

BOLETÍN N.º 07

DERECHO PRIVADO

El derecho civil y procesal civil: Aspectos teórico-prácticos en materia de obligaciones, contratos y familia

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

Coordinadora:
Lucia Yolanda Salguero Julca

AÑO N.º 03 / FEBRERO 2024

Autores de esta edición:

Gelner Morocho Nuñez

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego

Alexander Rioja Bermúdez

Abogado por la Universidad San Martín de Porres

Brando Javier Paredes Miranda

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Alessandra Mendoza Del Valle

Abogada por la Universidad San Martín de Porres

Carlos Manuel Valdivia Rodríguez

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal

Guillermo Andrés Chang Hernández

Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica

Miguel Aldair Bernal Auqui

Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica

Elena Rosa Bedón Cerda

Jueza del Décimo Juzgado Penal Unipersonal de Lima

Pedro Agapito Gervassi Rivas

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Manuel Alexis Bermúdez Tapia

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Directores

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

Coordinadora

Lucia Yolanda Salguero Julca

BOLETÍN N.º07

DERECHO PRIVADO

El derecho civil y procesal civil: Aspectos
teórico-prácticos en materia de obligaciones,
contratos y familia

Autores en esta edición:

Gelner Morocho Nuñez	Alexander Rioja Bermúdez
Brando Paredes Miranda	Alessandra Mendoza del Valle
Carlos Valdivia Rodríguez	Guillermo Chang Hernández
Miguel Aldair Bernal Auqui	Elena Rosa Bedón Cerda
Pedro Agapito Gervassi Rivas	Manuel Alexis Bermúdez Tapia

Amachaq
Escuela Jurídica

2024

Lima – Perú

ISSN: 2810-8361

BOLETÍN N° 07

**EL DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL: ASPECTOS TEÓRICO-PRÁCTICOS EN
MATERIA DE OBLIGACIONES, CONTRATOS Y FAMILIA**

AÑO 03 – N.º 07 – FEBRERO 2024

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Bedón Cerda, Elena Rosa

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis

Bernal Auqui, Miguel Aldair

Chang Hernández, Guillermo Andrés

Gervassi Rivas, Pedro Agapito

Mendoza del Valle, Alessandra

Morocho Nuñez, Gelner

Paredes Miranda, Brando

Rioja Bermúdez, Alexander

Valdivia Rodríguez, Carlos Manuel

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORA:

Salguero Julca, Lucia Yolanda

COLABORADORES PRINCIPALES:

Borja Torres, Fernando Eddy

Fuentes Cespedes, Flabio Leandro

Linares Rodriguez, Natalia Alejandra

COLABORADORES:

Chalco Cucho, Diego Marat

Divizzia Franco, Richard

Mallco Huarcaya, Roxana
Moreno Mantari, Enrique
Romero Romero, Edin Omar
Vilchez Yantas, Gianfranco
Vizcarra Castillo, Carmen del Rosario
Zarate Torrejón, Mary Cielo del Pilar

ISSN: 2810-8361

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<http://www.editorialamachaq.com/b7-privado>

BOLETÍN N.º 07

“EL DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL: ASPECTOS TEÓRICO-PRÁCTICOS EN MATERIA DE OBLIGACIONES, CONTRATOS Y FAMILIA”

I. DIRECTORES:

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Máster en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORA EN ESTA EDICIÓN:

LUCIA YOLANDA SALGUERO JULCA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES PRINCIPALES EN ESTA EDICIÓN:

FERNANDO EDDY BORJA TORRES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FLABIO LEANDRO FUENTES CESPEDES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

NATALIA ALEJANDRA LINARES RODRIGUEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

EDIN OMAR ROMERO ROMERO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ENRIQUE MORENO MANTARI

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GIANFRANCO VILCHEZ YANTAS

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ROXANA MALLCO HUARCAYA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DIEGO MARAT CHALCO CUCHO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

RICHARD DIVIZZIA FRANCO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

CARMEN DEL ROSARIO VIZCARRA CASTILLO
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MARY CIELO DEL PILAR ZARATE TORREJÓN
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

V. AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

GELNER MOROCHO NUÑEZ
Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego

ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ
Abogado por la Universidad San Martín de Porres

BRANDO JAVIER PAREDES MIRANDA
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

ALESSANDRA MENDOZA DEL VALLE
Abogada por la Universidad San Martín de Porres

CARLOS MANUEL VALDIVIA RODRÍGUEZ
Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal

GUILLERMO ANDRÉS CHANG HERNÁNDEZ
Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica

MIGUEL ALDAIR BERNAL AUQUI
Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica

ELENA ROSA BEDÓN CERDA
Jueza del Décimo Juzgado Penal Unipersonal de Lima

PEDRO AGAPITO GERVASSI RIVAS
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MANUEL ALEXIS BERMÚDEZ TAPIA
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú



BOLETÍN N.º 07
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Privado
Disponible en:

<http://www.editorialamachaq.com/b7-privado>

Año: 2024

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com

El Boletín N.º 07 con eje temático “El derecho civil y procesal civil: Aspectos teórico-prácticos en materia de obligaciones, contratos y familia” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://www.editorialamachaq.com/b7-privado>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	10
- La oralidad “civil” y los principios de intermediación y concentración <i>Gelner Morocho Nuñez</i>	13
- Elementos procesales necesarios para la construcción de una estrategia de litigación <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	25
- Elementos básicos de la fase intermedia: Probática <i>Brando Javier Paredes Miranda</i>	33
- La oralidad en el proceso civil y los principios vinculados a ella <i>Alessandra Mendoza del Valle</i>	41
- Elementos básicos de la Fase Inicial: Alegatos <i>Carlos Manuel Valdivia Rodríguez</i>	49
- Sistema de responsabilidad civil <i>Guillermo Andrés Chang Hernández</i>	61
- El objeto de la obligación <i>Miguel Aldair Bernal Auqui</i>	69
- Elaboración de una buena cuantificación de pensiones y qué garantías establecer para mejorarlos <i>Elena Rosa Bedón Cerda</i>	79

- **Desalojo por ocupación precaria**
Pedro Agapito Gervassi Rivas87

- **Actos de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge**
Manuel Alexis Bermúdez Tapia 103

PRÓLOGO

El derecho civil como rama del derecho cumple una labor trascendental, en tanto regula a través de sus normas y principios lo concerniente a las relaciones privadas o civiles que se crean entre las personas que conforman nuestra sociedad. Asimismo, dentro de ella se enmarcan las distintas especialidades como es el derecho de obligaciones, el derecho de obligaciones, etc., los cuales permiten regular de una manera especial alguna de esas relaciones, que, al fin y al cabo, se crean con cotidianeidad, pues los seres humanos vivimos en constante interacción; y producto de ello, el derecho cumple la misión de buscar que dicha interacción no transgreda ni afecte de una manera negativa a las personas, ni a la sociedad como tal.

En esta misma línea, la interrelación de las personas al ser, en ocasiones, generadora de conflictos, necesita del derecho, el cual se dinamiza en el proceso, donde se llevará a cabo la resolución de dicha controversia, pero de una manera formal, racional y legítima; distinguiéndose así de otros mecanismos de solución.

Así entonces, el Área de Derecho Privado de AMACHAQ Escuela Jurídica presenta el Boletín N°07 “El derecho civil y procesal civil: Aspectos teórico-prácticos en materia de obligaciones, contratos y familia”, en la cual se busca no solo la descripción teórica de estas materias jurídicas; sino que se invita a la reflexión, comprensión y análisis de temas sumamente trascendentales para el correcto desempeño de aquellas en nuestra sociedad.

En este sentido, este boletín expone de forma sistematizada, las

transcripciones y los artículos de los Cursos Especializados realizados entre marzo y abril del 2023.

Por consiguiente, la presente entrega contiene temáticas que sin duda alguna serán de mucha ayuda para la formación de aquellos operadores del Derecho, temas como: la oralidad civil y los principios de intermediación y concentración, sobre la estrategia de litigación, la probática en la etapa intermedia, elementos básicos de la fase inicial tal como los alegatos, etc. Asimismo, en cuanto a la materia de derecho de las obligaciones y derecho familiar, se tiene en cuenta tópicos como el sistema de responsabilidad civil, el objeto de la obligación, la elaboración de una buena cuantificación de pensiones, el desalojo de ocupación precaria, etc.

En esta misma línea, es imprescindible extender nuestra gratitud a los autores de los escritos expuestos, pues la elaboración de esta no hubiese sido posible si no fuese por el compromiso y dedicación con el cual ellos compartieron sus conocimientos y reflexiones en este fructífero espacio académico. Los expertos académicos en cuestión son los profesores Gelner Morocho Nuñez, Alexander Rioja Bermúdez, Brando Javier Paredes Miranda, Alessandra Mendoza del Valle, Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, Guillermo Andrés Chang Hernández, Miguel Aldair Bernal Auqui, Elena Rosa Bedón Cerda, Pedro Agapito Gervassi Rivas, Manuel Alexis Bermúdez Tapia, a quienes desde AMACHAQ Escuela Jurídica les extendemos los más cálidos agradecimientos.

Finalmente, desde AMACHAQ desea que a través de los conocimientos tan relevantes compartidos con nuestro apreciado público, el auditorio vea enriquecida y ampliado sus conocimientos, ello con el objetivo de fortalecer el enfoque analítico y crítico que caracteriza a todo aquel interesado y estudioso del derecho, para que en un futuro no muy lejano, se logre la contribución a la formación de interesantes posturas doctrinales que coadyuven a partir de la crítica y de la reflexión la mejora de la aplicación del derecho en el país, el cual continua en constante evolución.

La oralidad “civil” y los principios de intermediación *

Gelner Morocho Núñez **

Universidad Privada Antenor Orrego

SUMARIO: 1 Introducción / 2. Planteamiento del análisis / 3. La oralidad civil / 3.1/ Oralidad como principio / 3.2 Oralidad Lingüística / 3.3 Oralidad procesal en sentido lato / 3.4 Oralidad procesal en el sentido estricto / 4. Sustento legal para aplicar la litigación oral en materia civil / 4.1. Artículo 51 del Código Procesal Civil (incisos 2, 3 y 4) / 4.2. Artículo 5 y 6 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial / 5. Marco legal / 6. Principio de economía procesal / 7.1 Simplificación y facilitación de la actividad procesal / 6.2 Principio de intermediación / 7. Los principios en acción / 7.1 Audiencias – Reglas Comunes / 7.2 Audiencia preliminar: función / 7.3 Audiencia preliminar: estructura / 8. Conclusiones / 9. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

La oralidad “civil”, los principios de intermediación y concentración son regulados a nivel de doctrina y legislación. Sin embargo, frente al surgimiento de nuevas circunstancias, se exige ciertas reformulaciones; no es suficiente la reproducción del manejo de una institución, este también requiere de más intervención de los operadores del derecho, quienes buscan una solución a un conflicto para poder reformular ciertos conceptos: la reformulación del proceso de intermediación.

2. Planteamiento del análisis

A través de proceso se instrumentalizan los derechos sustanciales de las personas que permiten concretizar la satisfacción de las necesidades primarias o de las necesidades que se estarían sometiendo a un conflicto. La satisfacción de las necesidades conlleva un fin privado particular de las partes que buscan estrictamente una solución específica, la cual involucra

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil – Curso Especializado en Litigación Oral en Materia Privada, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de marzo del 2023.

** Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego. Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Amazonas. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

al demandante y al demandado, quienes intervienen en el proceso. Además, dentro del proceso se fija el objetivo abstracto que se traduce en la paz social, a través de la aplicación de la norma jurídica.

3. La oralidad civil

Es una forma de comunicación escrita u oral dentro de un proceso judicial. El proceso estaba constituido por un proceso basado en audiencias (conciliación, saneamiento, fijación de puntos controvertidos y pruebas), esto generaba una excesiva mora procesal porque en su gran mayoría las partes no accedían o no asistían a la audiencia ocasionando la reprogramación de las audiencias.

La única norma que establecía la conclusión era la audiencia de pruebas y los demás actos procesales no generaban otra forma de conclusión, funcionaba como una forma de incentivar (en el sentido negativo) dado que la asistencia requeriría ser obligatoria, puesto que, caso contrario podría afectar las legítimas expectativas que estaban reguladas dentro del proceso, este no avanzaba se paralizaba. No obstante, a partir del Decreto Legislativo 1070 se reduce a un sistema estrictamente escritural, dejando como único acto procesal oral a la audiencia de pruebas.

Al realizar un análisis se llega a determinar que la oralidad es una forma en cómo se transmite los actos procesales, es decir, que ya no generará el tema escritural -donde al presentarse una nulidad este genera otro acto escritural-. No obstante, en el sistema oral lo único que se va a cambiar es la forma de transmitir los actos procesales dentro del proceso.

Entonces, inicialmente al determinarse un sistema por audiencias era lógico y se entendía el tema de la regulación de la dirección del proceso como una forma, cómo el juez director tenía que generar ciertas reglas claras que posibiliten el inicio y la conclusión del proceso.

El principio de intermediación, analizado desde una perspectiva tradicional buscaba la relación del juez con las partes y con los medios probatorios: intermediación objetiva e intermediación subjetiva (relación entre el juez con los medios probatorios -relación del juez con las partes), este principio, entendido en su real dimensión puede instrumentalizar otros como el principio de concentración el cual reúne en un solo momento (de actuación) varios actos procesales prescindiendo de aquellos innecesarios que no tienen incidencia en los el proceso general.

El principio de la economía procesal, supone una disminución de tiempo, actos procesales y costos económicos, de modo concreto está regulado

dentro del artículo V del título preliminar del CPC, aun cuando el principio de puede instrumentalizar otros, haciendo reformulaciones el principio de concentración estaría implícito en el principio de economía procesal.

3.1. La oralidad como principio

La oralidad, en síntesis, es un medio de expresión de pensamiento, ya sea oral o escrito. No obstante, esta misma forma o medio de expresión que se genera ajeno al del proceso, no solo se incorporan dentro del proceso, sino que serán determinantes en la forma de cómo se presentan los actos procesales, sea de forma escrita o verbal.

Dentro del proceso existen tres formas concretas las cuales sintetizan los sistemas que están regulados en las legislaciones:

En primer lugar, tipo procesal oral puro, el juez solo tiene en cuenta el material citado en la audiencia. En segundo lugar, el tipo procesal escrito puro se refiere a que el juez solo tendrá en cuenta el material suministrado por escrito y finalmente, el tipo procesal mixto en el que el juez tendrá en cuenta los aspectos suministrados, ya sea de manera oral o escrita (demanda, reconvencción, excepciones, entre otros), en la actualidad es este el que está funcionando en la legislación nacional.

En tal sentido, no opera como un principio sino como una forma de comunicación, cuya principal importancia radica en la forma como se incorporan y extrae información del proceso y de los medios de pruebas, esto es instrumentalizar otros principios. Mediante la aplicación de estos principios se obtiene concentración de actos, intermediación, valoración de prueba publicidad e informalismo.

De Oliveira hace referencia a que no existe un sistema procesal oral netamente puro, de por sí. Él cuestiona el segundo aspecto que corresponde a lo escritural y a su vez señala que existe una formalidad que claudica derechos sustantivos y que limita derechos fundamentales como el acceso a la justicia. El regular, recoger o incorporar dentro de un ordenamiento jurídico un sistema procesal puro significa una acción ortodoxa al sistema escritural, que de por sí es limitativo. Por ejemplo, un juez puede tener más de una decena de juicios al día, ante ello Manzanero señala que el tema de la memoria en cuanto a actos que uno puede presenciar no resultan permanentes en la mente de la persona, puede haber distorsiones asociadas a pensamientos o recuerdos anteriores, entre otros.

Entonces, la acción de retener toda la información vertida en las audiencias, con la finalidad de plasmar en un acto definitivo, resulta un proceso

complejo. Si este hecho es considerado un acto específico es admisible su recuperación, pero para temas más complejos es probable que se reserve el tema de la sentencia para expedirlo dentro del plazo que corresponde; según la vía procesal específica es probable que los operarios del derecho recurren a documentos, que según el artículo 234° del Código Procesal Civil es un documento. Siendo así, referirse a un sistema procesal oral netamente puro es casi imposible.

3.2. Oralidad Lingüística

Uso de la palabra hablada en el proceso sea cual fuera o una oralidad lingüística al margen del proceso, no se utiliza dentro del proceso porque es una oralidad que se usa como una forma de comunicación.

3.3. Oralidad Procesal en sentido lato

Consiste en el uso de la palabra hablada para la realización de actividades procesales en audiencia, siendo esencial el acto (oral) y no lo que se documenta. Para esta forma no importante que se traduzca la incorporación de la alguna información dentro del proceso, pero finalmente, para que se mantenga requiere una traslación en un documento que contenga la mencionada información para no desaparecer en el proceso. Es la escritura quien permite mantener algunos conceptos claros y permanentes a través del tiempo.

3.4. Oralidad procesal en el sentido estricto

Consiste en el uso de la palabra hablada para la realización de los actos procesales, conlleva la secuencia directa de los principios de: concentración, intermediación, economía procesal, celeridad y publicidad. Es esta la que se tiene regulada a nivel nacional.

El proceso es un instrumento para mediatizar o para lograr la satisfacción de derechos de las personas dentro del proceso, se tiene y se advierte que según la regulación la oralidad como una técnica resulta ser la más apropiada para hacer efectivo el principio de intermediación, por ello es que podría usarse. Esto con la finalidad de la intermediación en sentido tradicional, cuando se establece en el Título Preliminar como en la regulación del artículo V del TP del Código Procesal Civil cuando señala: “Las audiencias y la actuación de los medios probatorios se realiza ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan concretamente las actuaciones procesales por comisión (...);” según el artículo 202° del CPC, “La audiencia de la prueba será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad (...).”

Así se tendría que, si una audiencia es realizada sin presencia del juez, es nula.

3.4. Oralidad procesal en el sentido estricto

4. Sustento legal para aplicar la litigación oral en materia civil

4.1. Artículo 51° del Código Procesal Civil (incisos 2, 3 y 4).

Regula específicamente las facultades genéricas de los jueces, el juez tiene la dirección del proceso, dentro de esas facultades, dentro de capacidad de direccionar el proceso pueden ser instrumentalizados ciertas facultades especiales (artículo 50) y genéricas (artículo 51). Referente a esta última el inciso 2 señala: ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Por otro lado, el inciso 3 menciona: ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarse sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados. Mientras que en el inciso 4: rechazar preliminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, este puede ser alegado al promoverse el anterior. Al cuestionar las normas genéricas, sobre las cuales parte la litigación oral, se propone que estas facultades genéricas deben hacerse de manera complementaria siempre y cuando complementen los actos procesales expresamente determinados en la legislación civil, no supone la implementación de actos nuevos, no supone como actos únicos que afecte la estructura del proceso sino como actos complementarios.

4.2. Artículo 5 y 6 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Dirección e impulso del proceso, en su artículo 5 menciona: Los magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio, salvo reserva procesal expresa. Con este objeto tiene facultad sobre todos los intervinientes en los procesos judiciales de su competencia, quienes les deben el respeto y las consideraciones inherentes a su función.

Principios procesales en administración de la justicia, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustentado bajo los principios procesales de legalidad, intermediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de

la normatividad que le sea aplicable. El principio de legalidad se refiere al respeto de las formas y procedimientos, respetar la fuente de la ley y no subyugar a resoluciones administrativas con son las que las que se sustentan de manera expresa la oralidad o la litigación civil en el proceso civil en algunos distritos judiciales. Sin embargo, ver solo el lado malo sería mezquino, pues se advierte y puede constatar que hay muchos beneficios que se están generando como consecuencia de la litigación.

5. Marco legal

Resolución Administrativa N.º 049-2022-CE-PJ (Lima, 29 de enero de 2020): Aprueban el “Reglamento de funcionamiento del Módulo Civil Corporativo de litigación Oral” y el “Manual de Organización y funciones del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral – Tipo.”

Resolución Administrativa N.º 310-2019-CE-PJ (Lima, 31 de julio de 2019): Aprueban el “Protocolo de Actuación para el Módulo Civil Corporativo de litigación Oral de la Corte Superior de Justicia de Lima:”

Resolución Administrativa N.º 000173-2020-CE-PJ (Lima, 25 de junio de 2020): El Poder Judicial aprobó “El Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria.”

6. Principio de economía procesal

Se deriva del derecho al debido proceso, este principio supone ahorro de tiempo de los actos procesales y también la disminución de los costos en el proceso. Su explicación se reduce en dos aspectos: economía financiera del proceso y facilitación y simplificación de la actividad procesal.

6.1. Simplificación y facilitación de la actividad procesal

Se busca la simplificación de trámite, que el proceso sea lo más célere posible, pero que se garantice los derechos de defensa en la parte demandada. Aquí abarca dos conceptos:

En primer lugar, la eventualidad de la afirmación, que los medios de ataque y defensa del justiciable (demandante y demandado), se hagan en un solo acto y en el que corresponde al artículo 189º del Código Procesal Civil.

En segundo lugar, concentración de actos procesales, supone la reunión de la mayor cantidad posible de actos procesales en uno, no consiste en reducir la unidad de las etapas procesales dado que son considerados estándares infranqueables del proceso, se procurará dentro de uno de ellos reunirlos.

El objetivo de la concentración de actos procesales es evitar la dispersión y consiguiente dilapidación de la actividad.

Algunos señalan que tiene mejor aplicación en un proceso oral de audiencia preliminar; sin embargo, en el escritural también ha cumplido dicha finalidad, basta ver los actos procesales que se refiere en el 468° de CPC, solo cambia la forma como se obtiene, previa discusión.

6.2. Principio de inmediación

Un sector de la doctrina tradicional sostiene que el principio de inmediación es la realidad del juez con las partes y con todos los medios probatorios.

En un sentido amplio, implica que todas las actuaciones procesales sean desarrolladas en presencia judicial; y, en un sentido estricto exige que la sentencia sea dictada por el mismo juez que ha presenciado la práctica de las pruebas. Existen entonces, inmediación subjetiva que es el contacto directo del juez con las partes, testigos, y peritos; y la objetiva que es la relación directa del juez con las demás pruebas.

Por otro lado, desde una perspectiva individual se considera que es posible que se pueda determinar un contenido mínimo del principio de inmediación, y este debe exigir, siempre un contacto o comunicación directa y personal entre los intervinientes y los materiales del proceso. Esto sería el núcleo invulnerable e inviolable de la inmediación. No obstante, para que se le asigne el real contenido es preciso describir las concretas manifestaciones del principio de inmediación: una amplia y otra estricta.

Por consiguiente, es necesario que en principio de inmediación no solo debe reformarse de manera general, sino debe establecerse aspectos objetivos que puedan ser objeto de control por parte del juez, y así tener la posibilidad de acercarnos a la verdad en una declaración de parte, del testigo, o de la ratificación del perito, ya no analizando la conducta de quien la hace, sino la misma declaración la que debe hacerse de manera objetiva.

Posiblemente, resulte en una compleja y extensa tarea, pero creemos que podría ser analizado en función a las circunstancias controlables del juez, según lo propuesto por Nieva Fenoll que puede ser extendido a una perspectiva individual, a las partes procesales, ya sea una declaración de parte o a su actuación dentro del proceso, ya sea en actos orales o escritos. Estos criterios corresponden a la coherencia de relatos, contextualización de relatos (lugar, tiempo y contexto), corroboraciones periféricas y ausencia de comentarios oportunistas.

7. Principio de intermediación

Con el modelo de la oralidad civil se busca que el juez conozca el conflicto a profundidad y en virtud de ello establezca las formas procedimentales adecuadas, desarrollándose de la siguiente manera:

En primer lugar, está el proceso complejo o proceso de conocimiento abreviado, la cual consta de una audiencia preliminar y una audiencia de pruebas. En segundo lugar, se tiene a los Procesos Sencillos que consta de la Audiencia Única. A continuación, se mencionará cómo es que actúan estos procesos dentro de los casos comunes.

7.1 Audiencias: Reglas Comunes

- Las audiencias se programan por el área de administración del Módulo Civil.
- Las audiencias se realizan por el juez, en fecha y hora programada; en caso de inconcurrencia, se declara la conclusión del proceso. Sin embargo, los hombres que ejercen el derecho tienen la prohibición de aplicar de manera extensiva las normas que restringen derechos, según el artículo 139° inciso 9 de la Constitución Política del Perú. Para concluir el proceso la única posibilidad que existe es cuando hay regulación expresa para ello, ya que en el Código Procesal no está, entonces esas conclusiones carecen de contenido en el principio de legalidad y siendo una norma que va a restringir el derecho al acceso a la tutela judicial efectiva, restringirlo definitivamente así es erróneo y lesivo.
- Concentración de actos procesales.
- El desarrollo de la audiencia y las intervenciones son orales.
- La audiencia será grabada en medios audiovisuales u otro de igual seguridad.
- Se levantará un acta con datos mínimos: partes intervinientes, incidencias y fallo resolutivo.
- Se podrá expedir copia de la grabación o acta digital.
- El contenido de las grabaciones podrá ser objetado por los insistentes hasta 24 horas después de notificados con la audiencia.
- Imposibilidad de reprogramar, interrumpir o suspender las audiencias.

7.2 Audiencia preliminar: función

- Esclarecimiento del caso
- Oportunidad que resuelva el litigio a través de la conciliación (materias conciliables).
- Filtro de los hechos relevantes y material probatorio “útil”.
- Realizar una adecuada admisión de los medios probatorios.

Estructura de la audiencia: intentar la conciliación total o parcial, esclarecer los hechos, saneamiento procesal: excepciones, fijar los puntos controvertidos, cuestiones probatorias y admisión de los medios probatorios, juzgamiento anticipado.

Conciliación, se busca persuadir a las partes para que lleguen a un acuerdo conciliatorio explicando las ventajas de este. El juez otorga un espacio a las partes para que manifiesten sus pretensiones conciliatorias.

Saneamiento del proceso, resolver cualquier tipo de excepción y/o solicitud de intervención. Además, se discute abiertamente con las partes los hechos que conforman la causa para poder fijar de forma clara, concreta y objetiva los que no se encuentran discutidos y los controvertidos que requieren pruebas.

Saneamiento probatorio, un contradictorio activo y amplio, esto le exige ser más riguroso para eliminar así los elementos probatorios inadmisibles, impertinentes o inconducentes, a su vez, ahondar en la razón de ser de las pruebas para evitar incorporaciones superfluas o innecesarias.

7.3 Audiencia preliminar: estructura

Acreditación: Examen de los presentes y estudio de poderes.

Presentación del caso: Narración coherente de hechos relacionándolo con el derecho.

Propuesta de conciliación: El juez propone fórmulas conciliatorias, de ser materia conciliatoria.

Saneamiento del proceso: Advierte o no una relación jurídica procesal válida.

Fijación de puntos controvertidos: Determine hechos no controvertidos, hechos esenciales y no esenciales.

Saneamiento probatorio: Admisión o no de los medios probatorios

8. Conclusiones

Aun cuando pueda ser discutible la constitucionalidad de la oralidad civil actual, no es acertado negar la utilidad y los beneficios, como la reducción y la rapidez en la resolución de procesos judiciales. Además, aunque se afirma que la oralidad en el proceso civil facilita la efectividad de los principios de inmediación, concentración, economía y publicidad, esto no es exclusivo, pues, en el sistema escritural también es posible.

Por otro lado, no puede seguir aceptándose el actual concepto de la inmediación, relación del juez con las partes y los medios probatorio (subjetiva y objetiva); debe esta reformularse a un criterio objetivo que pueda ser objeto de control (coherencia del relato, contextualización del relato, corroboraciones periféricas y ausencia de comentarios oportunistas).

Finalmente, la inmediación ya no puede ser estrictamente directa (concepción tradicional), sino también deberá incluirse una indirecta, a través de medios electrónicos – internet como zoom, google meet, etc.

9. Respuestas a las preguntas del público

9.1. ¿Qué sucede si no cumple con los principios de inmediación y concentración en la oralidad civil?

Conforme está desarrollado es poco probable que esto no se pueda materializar. La propia realización de la audiencia preliminar significa la materialización del principio de concentración porque en esa audiencia preliminar se incorpora la audiencia de conciliación, la audiencia de saneamiento y la audiencia saneamiento probatorio, por eso es casi imposible que ello no se pueda materializar.

9.2. En base a su experiencia, ¿cuáles son las desventajas de la oralidad en el sistema civil?

Como en todo instituto procesal desventajas existen y no es un tema de la oralidad en sí, es un tema del sistema escritural, ocasionado que los órganos jurisdiccionales soportan una carga mayor a la dispersión de ciudadanos que existen dentro de un distrito o provincia. La creación de los órganos jurisdiccionales se hace muchas veces en función al número de habitantes de un determinado lugar, y la desventaja radica que existen pocos juzgados para la gran oferta existente de procesos, ocasionando una sobrecarga inmanejable, ya para el sistema escritural y oral.

9.3. ¿Cómo se garantiza la igualdad de las partes en un juicio oral civil?

A partir del X Pleno Casatorio se debería garantizarse en “la igualdad de armas” porque según mi punto de vista el juez no debe admitir un medio probatorio de oficio, se rompería el equilibrio de igualdad en el proceso debido al ingreso del medio probatorio se genera una ventaja de una parte frente a otra

Elementos procesales necesarios para la construcción de una estrategia de litigación *

Alexander Rioja Bermúdez **
Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. I Generalidades / 2. Teoría del caso / 3. Construcción de la Teoría del Caso / 4. Alegatos de Apertura / 5. Características de la construcción de una teoría del caso / 6. Elementos para la construcción de la teoría del caso / 6.1. Estructura fáctica o afirmación de los hechos / 6.2. Estructura jurídica o elementos legales / 6.3 Estructura probatoria o medios probatorios / 7. Estructura de la teoría del caso y postulación del proceso / 8. Utilidad en la correcta construcción de la teoría del caso / 9. Importancia en la correcta construcción de la teoría del caso.

1. Generalidades

El proceso es un conjunto de actos realizados por los sujetos activos de la relación procesal con la finalidad de resolver un conflicto de interés o una incertidumbre jurídica. Este requiere de la previa formulación de una estrategia, tanto de la parte demandante como la demandada, donde tienen que tomar determinadas decisiones y argumentar estas a fin de sustentar su postura o pretensión procesal.

De ahí que el proceso se puede relacionarse con juego del ajedrez, en el que los contrincantes usan estrategias para lograr ganar la partida, contando con igualdad de armas como lo es contar con peones, alfiles, torres, caballos etc.; de la misma manera, en el proceso los sujetos procesales cuentan con iguales herramientas de las que pueden hacer usos desde la postulación del proceso como lo es, el derecho de defensa, el de la prueba, la impugnación, la alegación entre otros.

Se debe tener en cuenta que, en la litigación oral, un aspecto trascendental e importante es la teoría del caso, como elemento de la estrategia de

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil, Curso Especializado en Litigación Oral en Materia Privada, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 06 al 09 de marzo del 2023.

** Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Magister en Derecho Contencioso Administrativo y Constitucional por la Universidad de Jaén, España. Realizó estudios de maestría y doctorado en Derecho Civil y Comercial. Autor de libros en materia Procesal Civil y Procesal Constitucional.

litigación, y de su correcta elaboración depende el éxito de la pretensión propuesta.

2. Teoría del caso

Arsenio Ore Guardia, quien es un connotado procesalista penal, se refiere a la teoría del caso y nos dice que “Es la herramienta imprescindible sin la cual no podemos afrontar eficiente y eficazmente un proceso, nace con la determinación de nuestra visión de los hechos y contiene el planteamiento estratégico del litigante”¹

Como otro punto de distinción mencionamos lo disco por Mauricio Duce y Andrés Baytelman esta es una idea incómoda para nuestra cultura jurídica tradicional, pues siempre hemos concebido al juicio penal como un ejercicio de averiguación de la verdad; y siendo así, ¿cómo podría el juicio ser una cuestión estratégica? No hay nada estratégico acerca de la verdad, diría un clásico: o el imputado mató a la víctima, o no la mató; o robó el banco, o no lo robó; ¿qué lugar tiene aquí la estrategia como no sea más bien un intento por, precisamente, ocultar o distorsionar la verdad? Esta es, más o menos, la postura que subyace a nuestra cultura tradicional ².

Recordemos que, en la litigación oral, tanto el demandante como el demandado tienen que poner en conocimiento del juez, lo ocurrido antes del inicio del proceso judicial. Lo que plantee o solicite alguna de las partes, el juez lo puede aceptar a través de una resolución judicial que pone fin al proceso. Así, el órgano jurisdiccional convalida la información que necesita para luego tomarla en cuenta y emitir una sentencia.

3. Construcción de la Teoría del Caso

La teoría del caso inicia cuando se toma conocimientos de los hechos materia de la pretensión; es decir, cuando un futuro cliente se presente ante su posible abogado, y le narra su versión de los acontecimientos que ponen de manifiesto la vulneración de un derecho que desea le sea reconocido.

Entonces, es ahí cuando el abogado planteará una hipótesis y establecerá los lineamientos de lo sucedido, advirtiendo cual sería la norma que resulta aplicable al caso en concreto. En síntesis, el abogado toma conocimiento directo de los hechos y formula una hipótesis de lo ocurrido debiendo corroborar ello con las pruebas que acrediten dichas afirmaciones y se pueda esbozar la norma a sustentar la futura pretensión.

1 ORE, Arsenio “teoría del caso: Recuperado:<https://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Incipp01.pdf>

2Mauricio Duce y Andrés Batelman. Litigación penal, juicio oral y prueba. Editorial Alternativas. Lima, 2005, p. 91.

4. Alegatos de apertura

En el esquema de oralidad en nuestro proceso civil,³ vamos a tener dos grandes audiencias: una audiencia preliminar ⁴y una audiencia de pruebas.

La audiencia preliminar, comprende las siguientes fases:

- a) Alegatos de apertura;
- b) Invitación a conciliar
- c) Saneamiento procesal.
- d) Invitación a proponer puntos controvertidos
- e) Fijación de puntos controvertidos
- f) Convocatoria a audiencia de pruebas o disposición de juzgamiento anticipado del proceso.

Conforme se aprecia esta audiencia inicia con los alegatos de apertura, momento en el cual se pone de manifiesto de manera oral la teoría del caso, es decir la exposición, clara, breve y sencilla al juez de los hechos cronológicamente detallados, la acreditación de los mismos y su basamento legal.

Cabe mencionar que el alegato de apertura no es “leer” la demanda o la contestación, (una mala praxis en muchos abogados) sino el primer contacto directo que el juez va a tomar respecto de nuestra pretensión en la que debemos captar la atención de este a través del relato de una historia sencilla, creíble, autosuficiente, lógica consistente que cuenta con un sustento probática y un respaldo legal, utilizando para ello el leguaje verbal de manera modulada y coherente. Como se sabe, la demanda es la materialización del derecho de acción y por ende el acto jurídico procesal que da inicio al proceso y pone de manifiesto la tutela jurisdiccional en su fase de acceso. De otro lado, el alegato de apertura implica la oralización de los hechos que contienen la demanda, los medios probatorios que la sustentan y la norma que pretendemos se aplique en el caso en concreto.

En los alegatos de apertura no bastará con contarle una historia al juez, sino que se debe mencionar cuáles son los elementos que conforman nuestra teoría del caso. Por lo tanto, hay que ponerse en consideración el elemento fáctico, el elemento probatorio y el elemento legal.

3RA 015-2020-P-CE-PJ 4 de febrero de 2020. <https://lpderecho.pe/reglamento-actuacion-modulos-civiles-litigacion-oral-otros-instrumentos-normativos/>

4En el artículo 36° del referido reglamento se regula la “Audiencia Preliminar” o “de esclarecimiento de hechos”.

Una correcta redacción de la demanda y por ende una adecuada oralización de la misma es trascendental para lograr en el órgano jurisdiccional captar su atención y la importancia de nuestra pretensión. De otro lado, estas afirmaciones deben contar con un sustento o respaldo probatorio, que permita su acreditación así como el sustento por parte del juez al momento de decidir.

Caso contrario, es decir, si no se acreditan los hechos que se han formulado en la demanda, el juez declarará infundada la pretensión, tal como lo señala el artículo 200 del Código Civil ⁵.

5. Características de la construcción de una teoría del caso

La teoría del caso tiene desde el punto de vista del proceso civil un único momento para hacer propuesta, solamente en la audiencia preliminar, es posible plantear los alegatos de apertura, y este debe contener nuestra teoría del caso, donde se encuentran los hechos, medios probatorios y norma jurídica.

Sencilla: La oralización de la demanda debe ser un acto procesal en el cual de manera clara y precisa el demandante debe desarrollar aquellos aspectos que sustentan un derecho con base en los hechos y medios probatorios propuestos.

Creíble: La teoría del caso debe ser creíble, no se deben establecer elementos que de alguna manera u otra sean fácilmente superables o cuestionables.

Autosuficiente: La postura propuesta ante el órgano jurisdiccional debe ser lo suficientemente sólida, para que no pueda ser rebatida ni cuestionada bajo ninguna circunstancia por la contraparte. Así, por ejemplo, si una de las partes señala que existe un contrato, esto evidentemente y de manera física deber haberse aportado, de esa manera establece una solides en la teoría del caso.

Suficiencia: La teoría del caso tiene que contener todos los elementos necesarios que sustenten lo que he alegado en la demanda o contestación.

La suficiencia implica que la cronología de los hechos sea entendible, no debe haber vacíos que generen dudas. En síntesis, debe haber un amparo legal, normativo, que implique el sustento jurídico.

⁵ Artículo 200.- Improbanza de la pretensión

Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvencción, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada.

Lógica: Debe existir una coherencia lógica en cada proposición que se ponga de manifiesto, debiendo encontrarse válidamente acreditado los hechos que lo han sustentado y que exista correlación en la norma invocada.

Omnicomprendiva: Es decir, aquello que lo comprende o incluye todo. La oralización de la demanda debe contener de manera general todos los hechos que se sustentan y debe ser debidamente explicativa de los actos subyacentes o consecuentes al mismo.

Consistencia: Implica que la demanda contenga estabilidad y solidez en las afirmaciones propuestas, así como en el sustento probatorio y jurídico planteado.

6. Elementos para la construcción de la teoría del caso

Los elementos para la construcción de la teoría del caso tienen que ver con tres estructuras: la fáctica, la probatoria y la jurídica.

6.1. Estructura fáctica o afirmación de los hechos

Está vinculada con los hechos, donde se tiene que mencionar precisamente lo más relevante y trascendente que ha dado origen a la pretensión planteada. La teoría fáctica se erige como el sustento de lo jurídico, además se debe identificar los hechos más importantes o condiciones para comprobar la existencia de la conducta punible y si existe alguna responsabilidad o no. Su redacción y posterior oralización debe ser clara, sencilla y breve. En ocasiones se observa demandas con exceso de hechos, y muchos de estos son irrelevante que no tienen mayor trascendencia en el proceso.

6.2. Estructura jurídica o elementos legales

La teoría jurídica es un punto medular, puesto que se debe verificar el encuadramiento de los hechos a lo establecido en las disposiciones legales, sustantivas y procedimentales. No se debe dar el simple hecho de copiar y pegar el Código Civil o el Código Procesal Civil, ya que esto solo sería una fundamentación legal, más no una fundamentación jurídica como nos pide el CPC.

Entonces esta parte de la estructura jurídica es muy importante, porque se coloca el aspecto sustantivo, y el aspecto procesal. En ocasiones un juez puede ser muy exigente y declarar inadmisibles demandas porque no han fundamentado jurídicamente su petitorio, y lo que sucede es que el abogado puede mencionar el principio del “iura novit curia” (el juez conoce el derecho). Sin embargo, este mismo principio aplicable en la etapa decisoria del proceso, no en la etapa postulatoria.

6.3. Estructura probatoria o medios probatorios

Acá interviene los medios probatorios que se postulan en el proceso, los hechos deben contar con un correlato en las pruebas que lo avalan. Como lo hemos mencionado, si un abogado no acredita con medios probatorios los hechos que está señalando, el juez determinará la infundabilidad de la demanda. Tal como lo señala el Art. 200 del CPC..

7. Estructura de la teoría del caso y postulación del proceso

Cuando se postula o se presenta una demanda se toma en cuenta los requisitos del artículo 424 del CPC., el cual dice que:

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 numeradamente 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. Conforme se puede advertir son requisitos de la demanda (424 CPC): los hechos en el que se funde el petitorio (inc 6), la fundamentación jurídica del petitorio (inc 7) y el ofrecimiento

de los medios probatorios(inc 9); qué conforman la estructura de la teoría del caso a la que ya habíamos hecho referencia líneas más arriba.

Entonces no es desconocido hoy para los procesalistas en materia civil la existencia de la teoría del caso toda vez que está siempre estuvo presente en nuestro ordenamiento procesal.

8. Utilidad en la correcta construcción de la teoría del caso

Planificar y organizar nuestros alegatos de apertura. estos deben ser, como se ha mencionado anteriormente, claros, sencillos y precisos.

Organizar la prueba. Mediante la cual se debe establecer que es lo más relevante que debemos poner de manifiesto al juez respecto de la acreditación del derecho propuesto y estructurar de acuerdo a la estrategia legal planteada.

Preparar la declaración de la parte/testigo. Esto no es sinónimo de hacer que el cliente o testigo mienta, la preparación debe ser para que se le ponga en conocimiento de la persona que se va a presentar, cuáles son las preguntas que le pueden hacer o cómo se dará el proceso.

Preparar el alegato de clausura. O también conocido como los informes finales. Esto se da antes de la sentencia y después de la actuación de los medios probatorios, y nos va a permitir informar de manera correcta los aspectos concluyentes al juez.

Adoptar una estrategia de defensa. Recordemos que el proceso es dialéctico, existe una tesis planteada por el demandante y una antítesis de la parte demandada, de ahí que la parte demandada también está en la posibilidad de proponer su propia teoría del caso, lo que ha de dar como consecuencia se puedan fijar correctamente los puntos controvertidos del proceso y por ende lo que el juez deberá resolver

Definir las cuestiones probatorias. Es decir cuáles son los medios probatorios que voy a atacar de mi contraparte, aquellos que deseo sean desvirtuados del proceso, tenido como herramienta la tacha y la oposición.

9. Importancia en la correcta construcción de la teoría del caso

Finalmente, es importante una correcta construcción de la teoría del caso y ello se debe tomar en cuenta desde dos puntos de vista, tanto desde la óptica del demandante como la del demandado. Es claro advertir que cada uno tiene su postura, su posición, su hipótesis, su propia teoría del caso, los

cuales van a ser propuestos al juez con sus propios hechos, medios probatorios y su propia fundamentación jurídica en los actos postulatorios del proceso y su oralización en la audiencia preliminar.

Por tanto, se debe saber plantear o construir correctamente la teoría del caso para una adecuada elaboración de la demanda/contestación así como para su oralización, la cual debe ser precisa, clara y breve.

Es así que la correcta estructura de litigación oral permite al abogado mejorar su desempeño en la labor encomendada y lo convierte en un verdadero profesional de las ciencias jurídicas.

10. Conclusiones

La teoría del caso es una herramienta con la que cuentan las partes procesales que les permite elaborar una estrategia para todo el proceso judicial.

Los alegatos de apertura, permite poner de manifiesto de manera oral la teoría del caso.

La teoría del caso se caracteriza por ser, Sencilla, Creíble, Autosuficiente, tener suficiencia, Lógica, Omnicomprensiva, y Consistente.

Los elementos para la construcción de la teoría del caso tienen que ver con tres estructuras: la fáctica, la probatoria y la jurídica.

La correcta estructura de litigación oral permite al abogado mejorar su desempeño en la labor encomendada y lo convierte en un verdadero profesional de las ciencias jurídicas.

Elementos básicos de la fase intermedia: Probática*

Brando Javier Paredes Miranda**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La prueba / 2.1 ¿Qué es la prueba? / 2.2. ¿Cuál es la finalidad de la prueba? / 2.3. Acepciones de la prueba / 3. Actividad probática del abogado / 4. El derecho fundamental a la prueba / 5. Los hechos en el proceso judicial / 5.1. Hechos y realidad / 5.2. ¿Qué es un hecho? / 5.3. Hecho externo, percibido e interpretado / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El En el Perú, en nuestras facultades de Derecho, existen pocos cursos que traten sobre aspectos sustanciales de la teoría de la prueba o la probática. Esto es así, ya que dicho tema ha sido muy poco estudiado debido a que siempre se ha prestado atención solamente a las reglas del derecho procesal referidas al ámbito probatorio. Adicional a ello, durante mucho tiempo se ha prestado mayor atención a las reglas de admisión y exclusión probatoria y se ha tratado a la prueba desde una única perspectiva: la del Derecho; sin embargo, esta no visión resulta insuficiente.

Como se expondrá, la teoría de la prueba o probática va mucho más allá del Derecho, lo trasciende, e incluso se podría afirmar que hay muy poco de Derecho en la probática. Entonces, para comprender este tema, se deben dejar de lado por un momento las reglas procesales con referencia a las pruebas y enfocarse en la prueba en sí y en la mejor forma de probar

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil – Curso Especializado en Litigación Oral en Materia Privada, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de marzo del 2023.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal. Especialista en Proceso Civil, Arbitraje y Mediación. Fue docente del Curso Teoría de la Prueba de la Facultad de Derecho de la PUCP y del curso Derecho Procesal Civil I de la Escuela de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Actualmente, trabaja en el Departamento Procesal de Luz del Sur S.A.A y es miembro del Grupo de Derecho Procesal Crítico y Constitución – GIDEPROC.

2. La prueba

2.1. ¿Qué es la prueba?

Sin referirnos a lo jurídico, las personas utilizan la prueba todo el tiempo. Por ejemplo, en el ámbito científico se necesitan probar las teorías que se postulan. Los biólogos, los químicos, los físicos y demás necesitan probar sus postulados y sus teorías. También, es necesario acreditar afirmaciones en la cotidianidad, ante cuestionamientos de nuestros interlocutores en entornos familiares, con amigos o en pareja. Entonces, la prueba, en un sentido general, no es un concepto exclusivo del derecho, sino que lo trasciende y va más allá.

Para Jeremy Bentham, un jurista inglés, el arte del proceso no es en esencia otra cosa que el arte de administrar las pruebas. Además, Francesco Carnelutti dijo: “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas; detrás de él, el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”. Más allá de lo hermoso de esta frase poética, esta contiene una gran verdad. La prueba es lo que va a ayudar a definir quién gana y quién pierde y, para el juez, es la herramienta principal medular que lo va a llevar a definir o a sentenciar respecto de determinadas afirmaciones sobre los hechos. Es ahí donde radica la importancia fundamental de la prueba.

2.2. ¿Cuál es la finalidad de la prueba?

Antes de responder a la cuestión que lleva por nombre este subtítulo, primero hay que responder otra pregunta: ¿Cuál es la finalidad del proceso penal? Una respuesta válida sería “satisfacer un interés público estatal”; pero, también, es que el juez emita una sentencia acorde a la realidad de los hechos.

Es decir, si se logra probar que cierto escenario ocurrió, el juez debe dictar un veredicto acorde a dicho suceso; y si se prueba que ocurrió lo contrario, la sentencia debe ir acorde a este. Entonces, se puede concluir que las sentencias judiciales están subordinadas a la realidad de los hechos y la única forma en que se puede acceder a dicha verdad es a través de la prueba. En síntesis, en un proceso judicial lo que concretamente se quiere es probar las afirmaciones que hacen las partes sobre determinado caso y la forma en que se esclarece la verdad de lo afirmado es mediante las pruebas.

2.3. Acepciones de la prueba

Hay una serie de significados de la prueba que se pueden entender en un sentido amplio. Primero, la prueba como resultado, sucede cuando se utili-

za el lenguaje para señalar algo que vaya acorde a la realidad; también se le conoce como evidencia. También, la prueba como medio, también conocido como instrumento de prueba; por ejemplo, la prueba documental, la prueba pericial, la prueba testimonial, etcétera. Por último, la prueba como actividad, como actividad probatoria, como etapa probatoria.

Dentro de todas estas acepciones se encuentra la probática, la cual es la ciencia encargada del estudio de la prueba de los hechos en el proceso. Además, esta ciencia se fundamenta en dos conocimientos constantes: La lógica y la psicología.

3. Actividad probática del abogado

En el caso de los abogados, hay una probática que es una rutina esencial para el abogado. Primero, se debe de realizar una exposición fáctica por el cliente, ya sea mediante datos orales, documentos o interrogatorios para así obtener información y lograr más claridad de lo que ha sucedido.

Después, se tiene que fijar el tema que se va a probar y se debe de acercarse a los hechos decisivos para el caso. Luego, se va a analizar el material recolectado para posteriormente elaborar una estrategia con una finalidad probática. Por último, se va a argumentar sobre la base de esa prueba y se va a demostrar los resultados con vistas a producir una evidencia; o sea, que el juez entienda la argumentación y que también comprenda que dicha argumentación fue construida en base a los hechos.

4. El derecho fundamental a la prueba

Antes de continuar, se debe dar un paso atrás y entender que toda esta actividad se enmarca dentro del derecho fundamental a la prueba. Se sabe que el derecho a la prueba es un derecho que no se encuentra regulado expresamente en la Constitución. Aun así, este derecho es uno fundamental y goza de protección constitucional, debido a que el tribunal constitucional se ha encargado de desarrollarlo y de definir sus límites a través de su jurisprudencia, lo que le ha brindado un progresivo reconocimiento.

Además, el derecho fundamental a la prueba es un derecho que se encuentra de forma implícita en el artículo 139 de la Constitución; es decir, el derecho fundamental a la prueba es un derecho que se encuentra contenido dentro del derecho al debido proceso. Entonces, este derecho a la prueba se compone a su vez de otros derechos y esos derechos forman parte del contenido esencial del derecho a la prueba.

Lo anterior se explica mejor tomando en cuenta de que se tiene un derecho al debido proceso, el cual, a su vez, tiene otros derechos contenidos

en él: derecho a la pluralidad de instancia, derecho a motivación de las resoluciones judiciales, derecho de defensa y, entre otros, el derecho a la prueba. Asimismo, el derecho a la prueba contiene otros derechos que forman parte de su contenido esencial como el derecho a ofrecer o utilizar medios de prueba, que se corresponden con el derecho a que dichos medios sean admitidos por el juez —salvo excepciones como pertinencia, ilicitud y oportunidad— y sean actuados en la fase de audiencia de pruebas, que es donde se enmarca la actividad probatoria referida a la etapa intermedia.

Esta etapa probatoria, de manera general, puede asociarse con el despliegue del derecho fundamental a la prueba, que se impregna en todo el proceso desde la etapa postulatoria —partiendo del derecho a ofrecer medios probatorios que puedan ser admitidos— como una etapa que todavía no se enmarca en la audiencia de pruebas: se presenta una demanda en la etapa postulatoria y se advierte de un derecho fundamental que es el referido a ofrecer medios probatorios, mismos cuya admisión por el juez —cuando califica la demanda— es necesaria salvo que dichos medios sean imperinentes o hayan sido obtenidos ilícitamente. Se advierte, entonces, que todavía no se está ante una fase una audiencia de prueba sino en la admisión de la demanda, aunque el derecho fundamental a la prueba también interviene; por eso se tiene el derecho fundamental a que la prueba ofrecida se actúe más tarde en la audiencia de pruebas.

Por otro lado, un medio de prueba se actúa poniéndose en práctica. Por ejemplo, si se dispone de una prueba testimonial, el juez o los abogados actuarán esa prueba haciendo un interrogatorio al testigo. Para actuar una prueba pericial, el juez va a interrogar al perito sobre el contenido o sobre las conclusiones del dictamen pericial que ha emitido. Un documento o medio de prueba documental se actúa, en la práctica, con el juez oralizando el material probatorio en cuestión, incluso se ha señalado que no se requiere de actuación para este caso, pero en realidad al leerlo ya se está realizando una actuación de ese documento.

Después de la audiencia de pruebas y previo a la decisión o emisión de sentencia, el juez va a valorar los medios de prueba, evaluando su fiabilidad de acuerdo a las reglas de la lógica. Por ejemplo, se evalúa en supuestos si el medio de prueba ha sido coherente en el tiempo, si el testigo se ha contradicho en algunas ocasiones o si se encontraba en todas sus facultades relativas a su condición mental e incluso a su edad. Estas cuestiones resultan importantes para poder asignarle un valor a los medios de prueba, se advierte que todos los derechos referidos no se encuentran enmarcados únicamente en la audiencia de pruebas, sino que se encuentran en la fase postulatoria, de admisión, de audiencia y previo a emitir sentencia.

Entonces, el derecho fundamental a la prueba está presente en todo ese itinerario del proceso y es por eso que resulta tan importante entender cuáles son los derechos que componen el derecho fundamental a la prueba y cómo se manifiesta este derecho a lo largo de todo el proceso judicial, no solamente en la etapa probatoria sino en el proceso en general.

5. Los hechos en el proceso judicial

5.1. Hechos y realidad

La información es la materia prima de lo que se va a probar; para ello, necesitamos tener claro los hechos y, a partir de ahí, se procederá a elaborar inferencias y crear razonamientos, mas no se puede armar una teoría de un caso judicial, si no se tiene claridad sobre los hechos.

Con respecto a lo anterior, hay una distinción muy importante que hace el iusfilósofo Daniel González Lagier entre los hechos y la realidad. Él nos dice que hay hechos que están relacionados con la realidad y que el conocimiento objetivo de la realidad es deseado por todas las personas, mas no siempre es posible acceder a ella por nuestras capacidades limitadas como humanos. Eso no significa que existan múltiples realidades, sólo existe una realidad y una verdad. No obstante, existen los hechos y es mediante ellos, a través de probarlos, que poco a poco nos acercamos a la verdad.

5.2. ¿Qué es un hecho?

Es todo aquello que existe en el mundo espacio-tiempo. La anterior definición puede ser fácilmente confundida con la de "objeto", así que para distinguirlos se usará un ejemplo: Un vaso es un objeto y la muerte de Sócrates, un hecho. El objeto puede mantenerse a través del tiempo y el espacio, el hecho es algo que ocurrió o que está ocurriendo en este momento y que puede ser ubicado como un punto en la historia a través de las coordenadas de lugar y tiempo.

Por otro lado, para Russell, el hecho es aquello que hace verdaderas o falsas a nuestras proposiciones o creencias. En ese sentido, el hecho es el puente que conecta nuestro lenguaje con la verdad. Por ejemplo, si se dice que "Sócrates está muerto", el enunciado es verdadero debido a un cierto suceso fisiológico que sucedió hace siglos en algún lugar de Atenas

5.3. Hecho externo, percibido e interpretado

Otro aporte realizado por el profesor González Lagier es sobre la clasificación de los hechos: externos, percibidos e interpretados. Dicha categorización es más amplia que las divisiones clásicas del hecho o las realizadas por

la doctrina procesal actual, pero que es muy importante para identificar correctamente cuando un hecho ocurrió o cuando un hecho fue percibido e interpretado mas no sucedió.

Para empezar, el hecho externo es algo que sucedió sin importar que se haya interpretado algo distinto o que no se haya interpretado nada; o sea, un suceso desnudo de cualquier subjetividad y de cualquier interpretación. Por ejemplo, un terremoto determinado lógicamente por la entidad competente es un hecho, independientemente si alguien percibe el movimiento. Ahora, a partir de un hecho externo se pueden generar percepciones y ahí es cuando entran lo que se denomina el hecho percibido.

El hecho percibido es un conjunto de datos o impresiones que el hecho externo produce en cualquiera de nuestros sentidos. Puede ser un aroma, un sonido, la temperatura del ambiente, etc. Una vez percibido el hecho externo, se realiza una interpretación. Ahí es donde surge el hecho interpretado.

El hecho interpretado muchas veces difiere dependiendo de la persona que esté experimentándola ya que cada uno ha tenido una serie de experiencias previas que le empujan a concluir algo en base a una información limitada de la realidad. Cada persona es distinta, cada persona es diferente, cada persona puede interpretar un hecho de distinta manera y es por ello que el hecho interpretado es el más subjetivo de los hechos. Una forma de ejemplificar lo expuesto es la siguiente: Dos amigos van caminando juntos por las calles de noche, cuando ven a lo lejos a un desconocido que empieza a agitar su brazo de un lado al otro; uno de ellos se asustó y el otro se alegró.

Del ejemplo anterior, se pueden extraer los tres tipos de hechos. El hecho real o externo fue el movimiento del brazo realizado por el extraño, el hecho percibido es la imagen a oscuras de la persona que agitaba el brazo y que fue percibida de manera visual y, por último, hubo dos hechos interpretados: uno interpretó el hecho real como una amenaza y el otro, como un saludo. Misma realidad, diferentes interpretaciones.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. Si bien se permiten todas las pruebas en tanto existe el derecho a la prueba, hubo un caso en particular, el de las agendas de Nadine, obtenidas de una manera no tan legal. En dicho caso, los elementos probatorios se sustrajeron de su casa y aun así fueron admitidas dentro del proceso penal. ¿Qué diría al respecto de esto?

Respecto de este punto, es importante recalcar que en principio una teoría de la prueba o la probática tienen como objetivo admitir todas las pruebas que sean posibles. La idea es que, como decía Jeremy Bentham: "Todo lo que sirva para probar es prueba". Sin embargo, hay reglas que, nos guste o no, limitan el acceso a ellas. Uno de esos límites para que se admita una prueba es justamente la licitud y la pertinencia.

No podemos incorporar una prueba ilícita, la prueba ilícita no está contemplada en nuestro ordenamiento salvo cuestiones de interés público, o sea de gran interés. Ha habido pronunciamientos en los que se ha dicho: "Bueno, esto es una prueba ilícita y aun así la vamos a admitir, pero excepcionalmente".

En otros casos como en el caso de los "Petro-audios" se dijo: "No, no podemos admitir esta prueba porque se ha violado el secreto a las telecomunicaciones". Entonces, hay reglas definitivamente probatorias que van a limitar el acceso a la prueba, el acceso al conocimiento de los hechos; pero son restricciones que están dadas por el ordenamiento jurídico, y en la medida de eso se tienen que respetar.

6.2. ¿Las normas implicadas en el proceso penal según su criterio están a favor o en contra o en equilibrio de los criminales investigados?

Es muy difícil afirmar si están en contra o a favor de los criminales, empezando con que nuestro ordenamiento jurídico establece una presunción de inocencia y unas garantías para el justiciable o imputado. Así que, se tiene que partir no de la base de que el investigado es culpable; sino, de que el fiscal tiene que desplegar un arsenal probatorio para determinar que efectivamente el imputado ha sido culpable.

Existe un marco legal, unas reglas de juego, y ahí es donde el fiscal debe demostrar. Si este afirma: "A ha asesinado a B", tendrá que aportar todos los elementos de prueba para que se determine que realmente es el culpable.

Yo no considero que en nuestro sistema haya reglas o normas que estén destinadas a acusar o atribuir responsabilidad a los imputados ni mucho menos absolverlos; al contrario, es un sistema que pretende mantener un equilibrio sobre la base de un de un modelo adversarial en donde interviene mucho el sistema oral o incluso la práctica oral.

6.3. ¿Cuándo procede la admisión de nuevos medios de prueba, pero ya en el juicio oral?

La admisión de los medios de prueba nuevos siempre va a versar sobre hechos nuevos. Por ejemplo, cuando se presentó la demanda yo no tenía aún forma de conocer ese hecho o ese hecho no había ocurrido. Si yo ya estoy en el juicio oral y recién tengo el hecho (es decir, recién tengo acceso a ese medio de prueba) , lo puedo presentar.

Seguramente el juez de repente no lo va a admitir en ese momento en la audiencia; pero probablemente lo tenga en cuenta al final. Esto ocurre siempre que sea un hecho extemporáneo; o sea, un hecho que se haya suscitado después de la etapa postulatoria, esto dado que en nuestro sistema rige la regla de preclusión, en la que los medios de prueba se presentan en la etapa postulatoria y no después.

Como consejo, no se guarden nada, no guarden una prueba como un "as" bajo la manga, porque probablemente sea muy difícil que se los admitan. En síntesis, si tienen todos los elementos de prueba utilícenlos y póngalos en su demanda, y si hay un hecho nuevo se podrá ofrecer el medio de prueba respecto de ese hecho.

La oralidad en el proceso civil y los principios vinculados a ella *

Alessandra Mendoza Del Valle **

Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El sistema de oralidad / 3. La oralidad en el código procesal peruano / 4. Beneficios del sistema oral / 4.1. Mayor celeridad / 4.2. La justicia escrita es una justicia muerta / 4.3. Mayor publicidad del proceso / 4.4. Favorece el ejercicio del poder de dirección del proceso / 4.5. La resistencia hacia el proceso oral obedece una fuerza de inercia / 4.6. Evita, en mayor medida en el proceso escrito, la inconducta procesal / 5. Retos del sistema oral / 5.1. Alterar sustancialmente el presupuesto / 5.2. Mayor número de jueces y funcionarios / 5.3. Capacitación e involucramiento / 6. Principios procesales del sistema oral / 6.1. Inmediación / 6.2. Concentración / 6.3. Economía procesal / 6.4. Celeridad procesal / 7. STC Expediente N.º 2814-2008 / 8. Expresión de los principios a través de las audiencias / 9. Respuestas de las preguntas al público.

1. Introducción

El contenido que se desarrollará es de vital importancia, debido a que implica el abordaje de temas vinculados al proceso civil y demás instituciones del derecho. Es así que abarcaremos desde el sistema de oralidad en el proceso civil; el cual recoge determinados principios que le darán sentido, hasta desarrollar los principios procesales del proceso por audiencias. Sin embargo, antes de abarcar el tema de los principios procesales en sí, se hablará en primera instancia sobre el sistema de oralidad en general. dejar de lado por un momento las reglas procesales con referencia a las pruebas y enfocarse en la prueba en sí y en la mejor forma de probar

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil – Curso Especializado en Litigación Oral en Materia Privada, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de marzo del 2023.

** Abogada por la universidad San Martín de Porres. Socia del estudio Mendoza Del Valle Abogados. Responsable de la estrategia legal y de la supervisión en la elaboración de demandas, contestaciones de demandas, medidas cautelares, recursos de apelación, casación, excepciones, entre otros. Cuenta con más de 15 años de experiencia en procesos civiles, constitucionales, contenciosos administrativos en los principales estudios jurídicos del país

2. El sistema de oralidad

El sistema de oralidad en el proceso civil es una demanda recurrente por los abogados litigantes, esta misma esta contra el proceso escrito y ha estado determinada en su origen por dos teorías, la privatista y la publicista. La primera teoría considera que el proceso es una controversia entre las partes, privada y que por lo tanto, no tiene que ser divulgada; mientras que la segunda teoría menciona que, aunque el proceso surge de una controversia privada y entre privados, tiene implicancias en la comunidad y por ello es trascendental conocer aquello que se resuelve, así también notar las formas en cómo se resuelve o analiza el proceso judicial. Es así que, se nota la orientación de las teorías privatista y publicista, por un proceso escrito y un proceso oral, respectivamente.

Independientemente sobre que elección de las teorías, el derecho romano ha tenido una influencia sustancial en la discusión respecto a la importancia de lo oral sobre lo escrito o viceversa. En las diferentes etapas de la historia romana desde su origen existieron tres etapas más definidas, la Legis Actiones, la formularia, etapas en las cuales predominó el aspecto oral debido a la inexistencia de la escritura y la lectura en dicho momento y la última etapa marcada por justiniano.

Prueba de ello es que cuando se dictaban edictos u ordenes sobre el pueblo, se leía bajo la presencia de la mayor cantidad de población debido al desconocimiento de la lectoescritura, tal como se expresó líneas arriba. No obstante, ello cambia en la última etapa de justiniano, debido a que la aristocracia ya poseía acceso a la lectura y la escritura, y son ellos los que impulsan la escritura en el derecho romano, debido a su consideración de aristócratas concentraban esas capacidades que poseían y así podrían controlar mejor aquellas situaciones que le favorecieran.

3. La oralidad en el Código Procesal peruano

Se instaure con el código civil promulgado en el año 1993 el cual es vigente hasta la actualidad, este impulsa la oralidad de manera sustancial y lo que hace el código es crear una serie de audiencias cuyo objetivo busca mantener una mayor cercanía entre el juez y las partes, es así que se crea la audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y la audiencia de pruebas. Sin embargo, varias de las audiencias mencionadas han desaparecido, aún perdura la audiencia de prueba y a excepción de proceso sumarísimo donde hay una audiencia única.

Esta desaparición generaría un impacto en los principios de inmediatez, concentración, economía, celeridad, entre otros. Asimismo, se analizará

las razones por los cuales desaparecen, estos principios son aquellos que impulsan el sistema de oralidad, le dan sentido; a través de los cuales se reivindica y se entiende la necesidad de un proceso con una carga oral importante, tal como se mencionó al inicio, dichos principios tienen como objetivo dar mayor protagonismo al juez para decidir más allá de los aspectos formales que regulan un proceso el poder decidir en base a los hechos que se encuentren en disputa y dicha cercanía con las partes le da a todos sin excepción del juzgado una percepción y cercanía diferente, los principios que sostienen el sistema oral le dan sentido.

4. Beneficios del oral

4.1. Mayor celeridad

En un proceso como el nuestro, escrito, pese a la intención de código procesal civil de instaurar la oralidad, esta instauración en la práctica no se ha logrado, basado en hechos empíricos. En un proceso natural de un litigante, la contraparte presenta un escrito, se les corre traslado a través de una notificación, se les brinda un plazo para absolver, se absuelve y el juez lo resuelve; en dicho proceso predomina el sistema escrito por lo que implica una demora. Todo lo contrario, con un proceso oral, por ejemplo, proceso de restitución al menor.

4.2. La justicia escrita es una justicia muerta

La oralidad tiene esta particularidad beneficiosa, debido a que permite al juez observar, escuchar y disuadir la conducta de las partes en caso no vaya acorde con la buena fe procesal, es positivo para el juez escuchar a las partes ya que tiene en frente un problema de vida, un problema entre seres humanos, esa cercanía permite conocer a dichos implicados y el hecho de inmiscuirse entre las partes aporta al juez formar sus propias convicciones. En este punto algunos detractores del sistema oral ponen en tela de juicio la imparcialidad del juez; sin embargo, el resultado podría ser más beneficioso que perjudicial debido a su experiencia en la materia de resolución; por ejemplo, en un proceso de indemnización.

4.3. Mayor publicidad del proceso

Es relevante debido a que le da sustento a esta realidad, lo que se quiere es que los actos se lleven en audiencia para que la comunidad pueda generar un control eficiente de aquello que esta siendo resuelto por el poder judicial, ayuda al mayor control sobre cómo se resuelve y realiza la audiencia

4.4. Favorece el ejercicio del poder de dirección del proceso

Bajo este sistema oral los jueces tienen un poder de dirección más amplio, son ellos los que dirigen y están presentes en todas las acusaciones que se dan en el proceso

4.5. La resistencia hacia el proceso oral obedece una fuerza de inercia

La oralidad no se ha aplicado como se debe, debido a que los jueces, magistrados y abogados necesitan una previa preparación que los permita tener un sistema oral a plenitud ya que este implica un cambio de mentalidad y reaprender instituciones procesales, en casos empíricos existen casos como los de abogados y magistrados que están al pendiente del proceso o por un tema de carga laboral no revisan los expedientes a plenitud y repiten esquemas preparados con anterioridad lo cual impide repreguntar, sacar temas que están en el escrito, y dar un giro diferente al proceso.

4.6. Evita, en mayor medida en el proceso escrito, la in-conducta procesal

Existen litigantes que presentan muchos escritos para aplazar el resultado de la sentencia, cuyo fin entorpece el proceso para que así el abogado evite ejecutar dicha sentencia ante la carga laboral; ello se eliminaría si aplicáramos un proceso mayormente oral que en la misma audiencia se resuelva aquellos aspectos que deban ser materia de solución.

5. Retos del sistema oral

Tenemos 3 grandes retos importantes, los cuales son:

5.1. Alterar sustancialmente el presupuesto

Es necesario que los locales estén diseñados para realizar las audiencias, que permitan la presencia de abogados jueces y el público en un espacio adecuado, ya que estos últimos son los principales fiscalizadores; por ejemplo, corte suprema vs juzgados.

5.2. Mayor número de jueces y funcionarios

Es difícil un buen manejo con tanta carga procesal, en un ambiente donde se posee expedientes sin revisar es complicado dedicar una audiencia total o predominantemente oral. Para que el juez sea el director del proceso y que lidere las audiencias tuvo que haber revisado los procesos a detalle y con anterioridad.

Sin embargo, con la cantidad de jueces reducidos que posee nuestro sistema es muy complejo; por ende, es necesario el mayor número de jueces y

un ambiente adecuado para la implementación de un sistema predominantemente oral.

5.3. Capacitación e involucramiento

Se aplica tanto para abogados y jueces, es necesario la capacitación del proceso que no sea la narración del proceso escrito, sino uno en donde que el sistema oral cambie el rumbo del proceso.

6. Principios procesales del sistema oral.

Son aquellos que le dan sentido al sistema de oralidad, los cuales son:

6.1. Inmediación

Es aquel principio que permite una relación directa entre el juez y las partes, el juez podrá percibir a las partes su reacción o conductas. Algunos detractores mencionan que el juez podría perder imparcialidad, debido a la interacción tan cercana entre partes, lo cual, por el contrario, sería beneficio la cuestión de narrar con respecto a la controversia que poseen. La pandemia cambia un hito importante, se pierde intermediación al proceso, por ejemplo, audiencia de prueba, pandemia, casación 2217- 2017.

6.2. Concentración

Pretende que el proceso ocurra en el menor numero de actos posibles y dichos actos sean dirigidos por el juez, (Art. 2006 CPC). Para que exista una verdadera concentración de actos procesales en el menor número de actos posibles hay retos dependientes en el sistema de justicia; se necesita la mayor cantidad de jueces, para conocer a detalle el proceso y en una sola audiencia resolver y escuchar a las partes y emitir un procedimiento, es evidente que para ello se requieren mayor preparación y mayor tiempo de aquellos que tienen a su cargo la administración judicial.

6.3. Economía procesal

Es equivalente al principio de concentración, pero se analiza de manera independiente, procura cuidar las decisiones en términos de tiempo, gasto y esfuerzo; el cual pretende el desarrollo de la mayor cantidad de actos posible en la menor cantidad de audiencias y que todo se resuelva de manera simultánea.

El proceso sumarísimo es el único que mantiene la audiencia única que tiene en una sola oportunidad el saneamiento, fijación de puntos controvertidos, admisión de los medios de prueba, actuación de estos, sentencia.

En la práctica, existen casos en el que no se aplican debido a la gran carga procesal de los jueces.

6.4. Celeridad procesal

Lo que pretende es evitar tener una justicia tardía porque la justicia tardía no es justicia por ello se impulsa la improrrogabilidad de plazos en diversas instituciones

6.5. Publicidad

Permite que la comunidad pueda fiscalizar de manera adecuada la actuación de los administradores de justicia, más aún en un sistema de democracia. En una situación como la nuestra, el que el poder judicial tiene una aprobación de más del 20% y menor al 25%, según Ipsos, 2018. dicho principio cobra relevancia con un poder judicial que posee una aprobación de 20% es relevante que el mismo poder judicial promueva la publicidad de las audiencias para que sus actuaciones sean fiscalizadas por la comunidad en audiencias abiertas y ello es una garantía al ciudadano.

7. STC Expediente N.º 2814-2008

Uno de los elementos esenciales del Estado Social y Democrático del Derecho es la responsabilidad de los funcionarios, ello implica una capacidad fiscalizadora importante por parte de la población a fin de controlar a los funcionarios y servidores públicos, idea central o nuclear del sistema democrático. Esta responsabilidad de los funcionarios viene siendo aparejada con el principio de publicidad. El principio de publicidad es propio de la cultura de transparencia, cuyo extremo opuesto es la "cultura del secreto".

Todos los principios son relevantes, pero si tuviésemos que elegir entre ellos, resaltamos el principio de inmediación y el principio de publicidad, el primero es importante porque posee el contacto cercano entre las partes, la versión cercana de audiencia entre las partes. El segundo, en un caso como el nuestro, Perú, cuando el sistema de justicia baja, fomentar la publicidad brinda la transparencia que se requiere para solventar el prestigio y la actuación del juez.

8. Expresión de los principios a través de las audiencias

El Código Procesal Civil de 1993, estableció 3 principios: i) saneamiento, ii) conciliación iii) principio de saneamiento. De las tres audiencias diseñadas para el proceso de conocimiento, solo ha quedado la audiencia de pruebas, y en el proceso sumarísimo sí a quedado la audiencia única.

La audiencia de saneamiento quedo en la práctica, no es una audiencia que requiera la presencia de las partes, sino una resolución que declara el saneamiento del proceso, que es una relación procesal valida se fijan en los puntos controvertidos.

9. Respuestas a las preguntas del público

9.1. Además de los espacios que se dan en el sistema de litigación de oralidad americana, ¿Qué otros aspectos de dicho sistema se podrían aplicar en nuestra legislación?

Se resalta dos grandes beneficios, primero, el hecho de tener un sistema avanzado en la jurisprudencia, lo cual genera certeza en el ciudadano de aquellos casos que podría ser resuelto, con una expectativa razonable pero que puede estar sujeto a cambios en el precedente pero que serían fundamentados. Además de una implementación eficiente del sistema oral.

9.2. Si bien hacer público las audiencias aumenta la aprobación del poder judicial, ¿Qué otras acciones podrían contribuir al aumento de dicha aprobación?

El sistema de justicia es un reto en sí mismo, para tener la satisfacción de los ciudadanos, en primer término, implica a la resolución pronta de casos por los jueces, para ello es necesario la participación de mayor numero de jueces y fiscales, sino es humanamente imposible lidiar con la carga procesal. Asimismo, resulta fundamental la transparencia a través de un sistema judicial tecnológico que funcione, y así evitar situaciones engorrosas en procesos simples que en ocasiones son impulsados por el mal enraizado como la corrupción.

Elementos básicos de la Fase Inicial: Alegatos*

Carlos Manuel Valdivia Rodríguez**

Universidad Nacional Federico Villarreal

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Componentes de la teoría del caso / 3. Utilidad de la teoría del caso durante su preparación / 4. Utilidad de la teoría del caso en un proceso oral / 5. Teoría del caso / 6. Carga de la prueba / 7. Alegatos de apertura / 8. Conclusiones / 9. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Si se quiere hablar de lo que son los alegatos iniciales se tiene que primero partir de lo que es una teoría del caso para que en la parte final ya hablar sobre cómo formar lo que son los alegatos iniciales para lo que es la oralidad en su etapa inicial, en tal sentido la teoría del caso es en torno a lo que se van armar los alegatos de apertura, los alegatos iniciales y como se puede ver del concepto referido por el autor Thomas Mauet, profesor de la Universidad de Boston, quién refería lo siguiente: Es una simple lógica y persuasiva historia sobre lo que realmente sucedió desde nuestro propio punto de vista, debe ser consciente con la evidencia no controvertida y la aplicación del derecho sustantivo ¿Qué implica esto? Que si se quiere de manera eficiente plantear lo que va a ser los alegatos iniciales tenemos que partir desde una estrategia, a la cual nos permita que ese mensaje que se quiere transmitir al juez, quien será finalmente el que resuelva el proceso, quien resuelva el caso pueda entendernos lo que se pretende acreditar, lo

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil – Curso Especializado en Litigación Oral en Materia Privada, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del lunes 06 al jueves 09 de marzo del 2023..

** Abogado y Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario - Argentina. Maestría en Derecho Civil y Comercial y Doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialización en Litigación oral civil en Fundesi de Buenos Aires (Argentina). Conferencista a nivel nacional e internacional, autor de diversos artículos en revistas especializadas. Profesor de Posgrado en Derecho Civil y Procesal Civil. Juez Superior Provisional de la Sala Civil de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

que se pretende denotar a lo largo de toda la etapa de audiencias y que esto reeditará en lo que va a ser la hacer la sentencia que se va a emitir.

Partiendo de esta teoría del caso tenemos que establecer algunas cuestiones, como es de que esta estrategia que lo va a plantear la parte que lo va a proponer de acuerdo con los intereses que pueda tener acorde a las pruebas más fuertes que presentar, van a ir de la mano de lo que es un cálculo probatorio y el mismo que se encuentra compuesto de varias fases.

2. Componentes de la teoría del caso

El En primer lugar, se habla de un cálculo heurístico, esa indagación, descubrimiento, búsqueda, investigación de documentos o fuentes históricas va a permitir establecer una estrategia en común. Por otro lado, el rastreo de fuentes de prueba, suponer que se da un accidente de tránsito, un vehículo enviste a otro, cruza la luz roja a una velocidad no permitida, enviste a otro y se da la fuga; ahí va a consistir el rastreo de pruebas.

Quienes apreciaron esto, quienes pueden proporcionar información que denote lo que principalmente se quiere denotar en esa teoría del caso. También se habla de un examen previo de las probabilidades cuantitativas y cualitativa de la prueba se va a evaluar preliminarmente si es que la prueba que se está presentando es una prueba fuerte, es una prueba en la cual va a permitir acreditar la posición de manera más vistosa, de manera más favorable.

La anti -formulación de hipótesis probatorias que puede adaptarse según la estrategia del contrario que se prevé y conoce, es decir, se tiene que preparar a lo que podría alegar la otra parte, podría buscar enervar o dejar mal parada en términos coloquiales la teoría del caso que se está planteando. Un quinto punto que se considera que es el medular, es el análisis probatorio y así mismo la formulación probatoria consiste en lo que es el tema de prueba y lo que son los aspectos relativos a la carga de la prueba.

3. Utilidad de la teoría del caso durante su preparación

Ya se conoce un poco la utilidad de la teoría del caso, que implica hacer la demanda desde los hechos que se va a afirmar. En tal sentido, si se pretende afirmar un hecho y persuadir al juez, convencerlo de esa posición que se está sosteniendo, se tiene que buscar que esa teoría del caso sea entendible comprensible y genere veracidad.

Por otro lado, ofrecer la prueba que sustente esos hechos que se afirma si se afirma el hecho "A" tiene que tener un correlato probatorio y detectarse los elementos faltantes, es decir, qué cuestiones pueden hacer que mi teoría

el caso, lo que persigue la teoría del caso es convencer al juez sobre la posición que se está sosteniendo y se va a iniciar de una determinada manera, se va a acreditar con lo que se alega en el espacio de las audiencias y finalmente si es que se llega a acreditar con las pruebas que se van a actuar las mismas esto reeditaría en que se tenga una sentencia la cual ampare la posición que se esté sosteniendo y es así que va a permitir evaluar en qué parte podría tambalear, en qué parte no podría estar sólida.

Por otra parte, evaluar la madurez de un caso para ser llevado a juicio, ver si ese proceso de responsabilidad si se puede plantear hoy o debo esperar 6 meses u ocho meses o un año para plantearlo porque van a tener más solidez las pruebas, si hay un proceso penal, ese proceso penal ya puede haber avanzado y se pueden haber realizado actuaciones procesales las cuales pueden servir para el proceso de responsabilidad civil por un accidente de tránsito suponer, en la cual puede existir algún tipo de homicidio culposo entre otras aristas que se da en este tipo de pretensiones.

4. Utilidad de la teoría del caso en un proceso oral

4.1. Mayor celeridad

En un proceso oral, la teoría del caso se erige como la base para formular el alegato de apertura, porque si no se tiene una teoría del caso sólida, que pueda generar veracidad o persuadir al juez, entonces va a poder fácilmente ser enervado por lo que diga la parte contraria.

Es así de que el alegato de apertura va a ir dirigido hacia lo que es la teoría del caso que se está planteando, teoría del caso la cual se va a sustentar en las pruebas con las que cuento en lo que se pretenderá acreditar en el proceso un alegato de apertura, no es revelar todo lo que lo que se hará en el proceso, en términos coloquiales es como presentar la foto inicial, como presentar el punto de partida hacia la cual se aspirará a denotar a lo largo de las audiencias y del proceso.

La oralidad civil se aplica en los procesos de conocimiento, en los procesos abreviados y en los procesos sumarísimos; es decir, de qué este alegato de apertura sea empleado al iniciarse lo que se denomina la audiencia preliminar o de esclarecimiento de hechos la cual se aplica, la cual se establece después de contestar la demanda, el juez convocará conforme lo establece el reglamento de organización y funciones del módulo corporativo civil de litigación oral se establece que después de contestarse la demanda se convocará las partes para efectos de lo que será esa audiencia denominada preliminar o de esclarecimiento de hechos, también se puede duplicar en los procesos sumarísimos dentro de lo que es la audiencia única que se regula

bajo las reglas de la audiencia preliminar de esclarecimiento de hechos y la audiencia de pruebas o de juzgamiento.

4.2. La justicia escrita es una justicia muerta

La oralidad tiene esta particularidad beneficiosa, debido a que permite al juez observar, escuchar y disuadir la conducta de las partes en caso no vaya acorde con la buena fe procesal, es positivo para el juez escuchar a las partes ya que tiene en frente un problema de vida, un problema entre seres humanos, esa cercanía permite conocer a dichos implicados y el hecho de inmiscuirse entre las partes aporta al juez formar sus propias convicciones. En este punto algunos detractores del sistema oral ponen en tela de juicio la imparcialidad del juez; sin embargo, el resultado podría ser más beneficioso que perjudicial debido a su experiencia en la materia de resolución; por ejemplo, en un proceso de indemnización.

5. Teoría del caso

Algunos aspectos generales mencionar es importante en la teoría del caso debe ser única, autosuficiente, simple, verosímil o creíble, asociada a un valor o bien jurídico ¿Que implica que sea única? Una teoría del caso no va ser la misma que se ha empleado en otro juicio tiene que ser diferente, tiene que adaptarse a las circunstancias y particularidades que se hayan podido dar dentro de lo que ha sido esa audiencia, es autosuficiente porque se tiene que sostener, se tiene que mantener a largo del debate que se va a dar en las audiencias porque si varía y cambia en torno a la estructura que se ha presentado no se va a quedar bien parados frente al juez y podría interpretar de que carece de veracidad lo que se está diciendo, es distinto que hablemos que la teoría del caso se puede adaptar o variar de acuerdo a lo que diga la otra parte, eso es válido pero no cambiar completamente lo que se ha dicho inicialmente.

Debe ser simple, comprensible, sin tanta confusión, sin tanta complicación, debe ser verosímil o creíble porque lo que se intenta es persuadir a ese juzgador en tanto a lo que estamos refiriendo tiene que ir asociado a un valor o un bien jurídico si fuera posible para captar principalmente la atención del juzgador, no estamos como en el common law frente a un jurado sino buscamos persuadir a ese juez que finalmente adoptará la decisión y rápidamente tendría que ser probado dentro de esta teoría del caso y aquí los aspectos, los hechos y la fundamentación fáctica que requeriría en torno a las proposiciones que se hayan podido establecer, requeriría establecer que realmente tiene que ser probado y partimos a lo que han firmado las partes dentro del momento procesal oportuno lo que resulte pertinente en cuanto a hechos relacionados al objeto del proceso o los no admitidos por la parte

contraria o aun siendo admitidos que se trate de un hecho de demostración necesaria, se ve que son cosas relevantes, que son cuestiones trascendentes para el proceso y en torno a las diversas proposiciones fácticas que han podido sostener cada una de las partes procesales, no se habla de cuestiones aisladas sino cuestiones concatenadas que van de la mano a lo que se ha referido al presentarse el caso y conforme a las pruebas presentadas, que van a ser admitidas y lo que va a ser actuada dentro de ese debate que se va a dar entre los abogados de las partes, el demandante y el demandado permitirá establecer ello; pero se tiene que partir de determinadas circunstancias que forman parte de nuestra teoría del caso que tendrán que ser probadas para generar esa veracidad.

Tomar en cuenta algunas cuestiones que no deben ser probadas como por ejemplo los hechos admitidos en la cual no habría mayor controversia, los hechos notorios en lo que resulte las afirmaciones, los hechos no admitidos por la parte contraria o aun siendo admitidos que se trate de un hecho de demostración, ello implica que, si se sostiene algo, se tiene que acreditar.

6. Carga de la prueba

El aspecto relativo a lo que es la carga de la prueba contenido en el artículo 196 y 200 del Código Procesal Civil que indica que todo aquel que alega un hecho tiene que acreditarlo. Parte de un problema humano milenario que es el de la falta de prueba, aplicándose el artículo 200 que el juez declare infundada la demanda y es así el sistema procesal esté estructurado en base a reglas que señalan a quien resuelve, en qué sentido debe hacerlo si no se acreditan será infundada la demanda, si se acreditan darle la razón a sí mismo, darle al decisor un poder o facultad para establecer para imponer aquellas consecuencias que resulten perjudiciales de la falta de prueba ya sea una o ya sea a otra parte procesal, de esta forma la carga de la prueba lo resumimos en lo siguiente a quien le incumbe probar, se parte de lo que es responsabilidad civil contractual, todo aquel que alega que se le ha ocasionado algún tipo de daños tiene que probarlo al presentar la demanda, artículo 1969 de código civil aquel que se le imputa el daño tiene que probarlo, todos conocen las reglas en torno a las cuales tienen que presentar esa demanda y si no se observa esto, esto derivará en que se aplique la regla de juicio que desestime lo que se está sosteniendo de ahí se ve graficado lo que se está refiriendo a la carga de prueba, regla de juicio y regla de conducta.

En este contexto es importante que tomemos en cuenta algunas cuestiones más de la prueba para abordar ya este aspecto de cómo podrían plantearse los alegatos de apertura cuándo y dónde debe hacerse la prueba y es importante que esto se efectúa conforme a un procedimiento que regula no solo con una parte que aporta fuentes y produce los medios para incorporarlos

al proceso siendo que contempla una actuación determinada que le es requerida. Los requisitos generales de la prueba, la conducencia en medio de prueba, su pertinencia del hecho, su utilidad y también puede establecerse pruebas, puede probarse un presupuesto fáctico en torno a presunciones partiendo de un hecho base indicio y se va a hacer ese enlace lógico tomándose en cuenta el fundamento fáctico y lo regulado normativamente para establecer ese enlace finalmente que aplicará el juzgador en la sentencia también, se puede referir a lo que son presunciones reales iuris tantum; en cambio, una presunción iure et de iure, que no admite una prueba en contrario, refiere a que es una presunción absoluta. La presunción judicial, simple hominis a través de indicios probados graves concordantes y precisos entonces yo voy a saltar un poco esto por algunas cuestiones que finalmente le permitirán al juez resolver.

7. Alegatos de apertura

El alegato de apertura se va a formular al iniciarse la audiencia preliminar o de esclarecimiento de hechos o en su defecto de un proceso sumarísimo dentro de la audiencia única y va a buscar es presentar al juzgador ese mensaje de lo que se busca presentar en el proceso si se habló, por ejemplo de un proceso de desalojo por ocupación precaria, que se tramita dentro de esta audiencia única lo que se hará inicialmente es presentar un caso al juez, si se es el demandante se le indicará brevemente que es lo que se persigue con la pretensión, está bien indicar por qué estaría planteando esa pretensión si por ejemplo se habla de un desalojo por ocupación precaria se indicará de que es lo que se persigue, es que Pedro cumpla con restituir el inmueble que lo viene poseyendo por un año sin el pago de arriendos y al haber concluido el contrato de alquiler que se había sostenido habiéndose mandado la carta notarial indicándose que ya no se iba a renovar el contrato conforme al cuarto pleno civil casatorio.

Este se tornó en precario a través de esto se le presenta el caso de manera breve de manera sencilla y podría de acuerdo a eso indicar algunas cuestiones que permita comprender ese caso, pero suponer pretensiones más complejas, se tiene que buscar que ese alegato de apertura no sea extenso no cause aburrimiento y además se entienda la dimensión de lo que se iba a presentar pero si nos ponemos en la otra acera de la parte demandada también se podría hacer en esos términos enervando lo que se ha dicho en escrito de la actuación de la demanda y lo que pretenderá de manera general denotar en el desarrollo de las audiencias que viene es por esto que estos alegatos de apertura son lo primero que se va a presentar al juez para que este conozca el caso que va a conocer, pero se parte de lo siguiente aspecto que se debe tomar en cuenta. El juez al llegar a la audiencia preliminar ya

conoce el caso porque ha hecho lo que se conoce como la gestión del caso sabe qué pruebas se están presentando, sabe qué afirmaciones pueden estar aprobadas y cuáles no.

Pero principalmente a una audiencia preliminar en la cual el juez parte con ese conocimiento y esto le permitirá que pueda optar algunas medidas porque se va al primer aspecto dentro de esas claves de la fidelidad de la teoría del caso que busca estos alegatos de apertura, que tienen que guardar concordancia con lo que se ha construido dentro de la teoría del caso que es la honestidad, el relato que se va a efectuar al juez tiene que ser veraz tiene que generar esa confianza porque recordar que quien va resolver el caso es un ser humano, un ser humano que tiene preconcepciones aunque no es idóneo y en este sentido mencionar que muchas veces se puede afectar lo heurístico de la ficción implica que el juez se puede llevar por algunas cuestiones preconcebidas internamente por él, la impresión que le puede dar la persona, la imagen de la persona, cómo se encuentra vestido, algunas cuestiones de la propia persona que podrían generar una imagen aunque no es idóneo pero se está afecto por esto y poner a eso de que la persona que ha sostenido esto va a generar a que desconfíe completamente de todo lo que se ha podido indicar, de todo lo que se ha podido hacer, el esfuerzo en el espacio de las audiencias es por esto que la honestidad es importante, es así de que lo que va a buscar la dialéctica es persuadir a ese juez en torno a los argumentos que estamos sosteniendo, se requiere dentro del alegato de apertura prepararse a profundidad no ir a pretender de llegar a esa audiencia preliminar con un papel "señor juez mi pretensión es tal cosa" eso no va a generar los objetivos que se persigue sino lo que se debe buscar es generar la atención de ese juez ir a facilitar mejor la información y de que este esté concentrado en el desarrollo de la audiencia es por esto que se requiere una preparación a profundidad, conociendo mi caso.

Estratégicamente lo más pertinente es partir desde una teoría del caso, una teoría del caso que conocemos en que va a derivar en que los fundamentos fácticos que consignen la contestación de la demanda de la mano de las pruebas que se va a presentar no ir a ganar por la mayor cantidad de pruebas sino por las pruebas que no pueden ser enervadas por la parte contraria y esta preparación a profundidad va de la mano de definirse una meta se percibe con lo que se está presentando dentro de esta teoría del caso una de las fases es el alegato de apertura y es diseñarse una estrategia la cual permita al cliente que gane el control de la situación y cómo gana el control de la situación a través de una estrategia la cual se sostendrá a lo

largo de este proceso permitirá también que ese cliente se sienta confiado de que es una teoría del caso sustentable, es una actividad del caso la cual no ha sido improvisada si no se habrá trabajado previamente, este va a ganar con toda la situación frente a los cambios que se puedan dar de acuerdo a lo que sostenga mi contraparte.

Es importante esto porque esto va a generar mayor serenidad y va a permitir que capturemos de manera más eficiente en el desarrollo de la misma y es por esto que también el alegato de apertura tiene que concentrarse en los hechos los cuales y permita generar la atención insistir mucho en esto porque lo que persigue principalmente estos alegatos de apertura es preliminarmente generar una imagen en el juez sobre lo que es el proceso que se está presentando y cómo podría darse el panorama en el desarrollo de las audiencias.

También se refiere que tendría que presentar como publicista, como un producto que pretendemos vender o captar la atención de un radio oyente captar la atención una persona que ve un programa de televisión o una publicidad en un evento determinado, escribir como publicista es presentar el caso generando la atención para poder vender aspirar a vender ese producto que estamos presentando que también podríamos identificarlo como pintar un cuadro con la presentación oral un cuadro al cual se le pone determinados colores un cuadro en el cual se pone determinadas figuras o cuestiones las cuales van a conllevar a la versión que se sostiene a la posición desde un aspecto estratégico desde un aspecto claro, que lo único que persigue que lo único que procura es convencer a ese juez el cual va a resolver el caso en torno a lo que se está sosteniendo en este concepto.

Hay que recordar que aquí la oralidad es muy importante porque la oralidad como se ha dicho hace un momento es verbalizar, es decir, contar una lectura del escrito de la contestación de la demanda o la demanda propiamente sino lo que se tiene que hacer plantear qué argumentos pueden resultar mejor a la posición que uno está sosteniendo, no presentar toda una información al juez la cual puede ser enervada puede ser escarbada por la parte contraria sino la información que más puede favorecer.

En este ámbito, se debe concertar en los hechos y esta concentración de los hechos generará de una manera más eficiente que se presente aquellos aspectos los cuales se quiere denotar se quiere resaltar para procurar captar la atención de ese juzgador, por eso hay que utilizar un poco el marketing en torno a ese alegato de apertura es importante que reflexionar que tomar en cuenta fortalezas y deficiencias.

8. Conclusiones

Si se sabe que mi fortaleza es redactar mejor que presentar el caso de manera oral y se trabaja de manera colectiva buscar que uno de los colegas lo haga, pero si tengo la obligación de hacerlo me preparo principalmente para no ponerme nervioso para no titubear para estar seguro se piensa que lo que mejor convicción genera lo digo de la experiencia judicial es ver un abogado seguro.

Un abogado seguro va a generar confianza, no un abogado que titubee sino seguro en lo que conoce en la estrategia que ha planteado y las pruebas que podría presentar en tal sentido es por esto que sabiendo las fortalezas y deficiencias lo que se puede hacer y generar es lo siguiente, de que si se sabe que nos ponemos nerviosos que estamos en un ambiente que podemos titubear presentarse a hacer un curso de oratoria o como se viene haciendo en países como Argentina se prepara a los abogados en torno a lo que es el teatro jurídico. Para efectos de que se suelten para que tengan dominio del escenario y no se pongan nerviosos.

Evidentemente la ventaja que viene trayendo la virtualidad en torno a lo que es la presencialidad es bien amplia porque una persona que es más nerviosa se siente más segura en un entorno virtual que frente a una audiencia presencial porque dentro de un espacio virtual se puede tener un papel que lo puedo leer dentro de la audiencia, pero en una audiencia presencial no podría hacer lo mismo porque generaría una mala imagen de que no se conoce el caso de que se está preparado y que de repente no se trae una información que podría resultar honesta para ese juzgador.

En este contexto por eso hay que plantear todos esos alegatos de apertura desde lo que es una estrategia que contiene la teoría del caso y esa estrategia que contiene la teoría del caso es hacer que ese juzgador se persuada en torno a la información que está presentando la parte que va a presentar ese alegato de apertura.

Es por esto que debemos darle la importancia que merece el alegato de apertura en tanto y en cuánto va ser esa información inicial que puede generar un buen punto de partida lo que será el desarrollo de las audiencias y lo que ha podido sostener esa parte procesal en torno a la misma, evaluar los posibles escenarios para que esta teoría del caso pueda funcionar y finalmente se deje en una posición de que sea una parte que sostiene fundamentos de manera veraz y de esa manera persuadir, que será reforzada ya con lo que se desarrolle en las demás etapas del proceso como es ya la actuación probatoria y que culminaría como todos sabemos con los alegatos de clausura que haría de esa suerte de dictado de la sentencia que hacen las

partes al juez en torno a lo que debe resolver y en torno a lo que el mismo se tiene que pronunciar en este ámbito.

9. Respuestas a las preguntas del público

9.1. ¿Se podrá mencionar alguna estrategia en donde el cliente obtuvo el control de la situación y justamente haya ganado un caso gracias a ello?

Hay que tomar en cuenta algunas cuestiones vemos que en el código procesal civil a partir de finales del año 2014 se dio una suerte de modificaciones al código procesal civil y entre ellas está la relativa a la actuación de la prueba testimonial y señalaba que lo que es la prueba testimonial se señalaba que ya no se iba a presentar un pliego con una solución de posiciones sino se tiene que hacer el interrogatorio de manera directa se dan situaciones en las cuales muchas veces no se trabaja en mérito a una estrategia y el abogado, no conoce al testigo que ha presentado, no conoce la información que pueda proporcionar

La estrategia tiene que partir en que yo tengo que estar preparado para todos los escenarios si por ejemplo se que pueden enervar a ese testigo buscaré no proponerlo otro caso en el cual es una persona mayor la cual no recuerda mucha información puede ser enervado fácilmente esto o presentar testigos que aportan o no aportan nada.

En el contexto de la oralidad ya lo que van a hacer las pruebas van a pasar por un filtro que son los hechos controvertidos para ver si se va a dar la admisión o no y es así de que muchas veces. El alegato de apertura puede empezarse mal por diversas cosas, el abogado se pudo poner nervioso, no fue su día también se puede dar ese escenario en el cual le pasaron múltiples cosas y no va preparado no acude preparado esa audiencia. Sin embargo, ya con el desarrollo de la misma pasamos a las siguientes etapas llega la presentación de pruebas este puede tener eficiencia en torno a las mismas y aquí en relación a remontarse un caso va a requerir un aspecto central, conocer a cabalidad el caso que estoy presentando para adoptar decisiones en ese mismo momento en torno a las aristas o situaciones que se podrían dar o se podrían generar en ese momento y que podría perjudicar. Aparte que busque tener seguridad a referir las cosas si no se tiene seguridad voy a generar confusión o un mensaje erróneo hacia el juez como estar falseando la información que se está presentando y todo esto va a jugar en contra.

Es por esto que sí se pretende presentar un alegato de apertura se podrá mejorar en torno a la solidez que tenga y el conocimiento del caso para lo que sigue que son lo que es las pruebas que se va a presentar que sería la manera de “voltear la tortilla” y finalmente después de ese desarrollo que

mi alegato de clausura sea importante, acredite y contravenga la posición de la parte contraria.

Hay que recordar que finalmente poner más énfasis en lo que es el alegato de clausura porque se constituyen esa suerte de dictado del juez que van a ser la partes a es este juez de cómo debe hacer la sentencia analizándose pruebas y algunas cuestiones que hagan ese juez adopte la posición que se ha sostenido en el largo de las audiencias podemos empezar mal en el alegato de apertura, pero podemos mejorarlo con actuación de pruebas y cerrarlo con broche de oro con lo que son los alegatos de clausura.

9.2. ¿Qué ejercicio podemos practicar para manejar un escenario con mucha seguridad?

Lo primero es conocer el caso prepararnos y proyectarnos en base a ese conocimiento del caso y lo que pueda decir la parte contraria a los diversos escenarios que puedan darse. Considerar eso si se conoce el caso se va a tener la seguridad de manejar con solvencia en la audiencia si se sabe que el aspecto oral, de exponer una idea de manera oral pone nervioso buscar los mecanismos de cómo mejorar en eso oratoria y teatro que permitan manejarnos mejor en esos escenarios que hay mayor tensión en la cual yo pretendo sostener una posición determinada.

Sistema de responsabilidad civil*

Guillermo Andrés Chang Hernández**
Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica

SUMARIO: 1. . Introducción / 2. Responsabilidad civil / 3. Tipos de responsabilidad/ 3.1. Responsabilidad extracontractual / 3.2. Responsabilidad por inejecución de obligaciones o contractual /4. La expectativa contractual / 5. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Las clases de responsabilidad civil de los regímenes de responsabilidad civil se fundan en que esta es una sola institución jurídica, y que determinados ordenamientos jurídicos tienen una regulación legal distinta.

Hay países en donde el sistema de responsabilidad civil tiene una misma regulación para las dos fuentes de responsabilidad civil; la responsabilidad civil por inejecución de obligación y la responsabilidad civil extracontractual.

En Perú, el sistema de responsabilidad civil tiene dos regímenes legales especiales para ser aplicado, lo cual resulta relevante porque de esto va a depender la forma de ¿cómo accionar jurídicamente frente a un caso de responsabilidad civil?, ¿cómo contestar un caso de responsabilidad civil?, ¿cómo enfrentar un caso de responsabilidad civil?, conociendo los alcances y la naturaleza de cada uno de estos regímenes de responsabilidad civil. Por ello, el presente trabajo abarcará más que todo las clases de regímenes de responsabilidad civil.

* Ponencia virtual llevada a cabo en Curso Especializado en Derecho de los Contratos, Obligaciones y Responsabilidad Civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el sábado 25 de marzo del 2023.

** Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga, magíster en Derecho Civil por la Universidad Castilla de la Mancha. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, del Instituto Peruano de Derecho Civil, y del Subgrupo de Trabajo de Responsabilidad Civil del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984.

2. Responsabilidad civil

Existen regímenes de responsabilidad civil como, por ejemplo: la responsabilidad civil paracontractual, la responsabilidad civil por actos de apoderamiento y la responsabilidad civil negocial. La doctrina argentina entiende estas clases de responsabilidad civil y le suma las otras, la extracontractual y la ejecución de obligaciones.

Estos regímenes de responsabilidad civil o clase de responsabilidad civil que propone la doctrina argentina pueden ser incorporados en los dos regímenes que tiene el Código Civil peruano.

Ahora bien, para ejemplificar: ¿qué régimen de responsabilidad civil le asiste al pasajero interprovincial que pide bajar en una zona no permitida?

Algunos pueden decir contractual porque el pasajero compra un boleto y este dentro de los parámetros generales del cumplimiento de la obligación tiene que dejarlo en su destino final; sin embargo, lo dejaron en otro lugar diferente al acordado. ¿Cumplió o no cumplió la empresa? y como tal ¿se exime de responsabilidad contractual o por inejecución de obligaciones?

Se cumplió con llevar, pero al dejar a su pasajero en un lugar peligroso y diferente a lo acordado, se aplicó el artículo “1969” del Código Civil. Esta es la cláusula normativa general de responsabilidad que dice “Aquel que por culpa, causa un daño a otro está obligado a indemnizar”. La empresa por culpa, por negligencia, por descuido dejó en una zona no permitida y peligrosa ¿responderá bajo el régimen contractual o bajo el régimen extracontractual?

Con solamente dos regímenes que tiene el Código Civil puede haber casos confusos. Es lo que la doctrina llama las “zonas grises” de la responsabilidad civil. Ahora bien, si con solo dos existen problemas, cabe la posibilidad de imaginar cómo sería con cuatro clases de responsabilidad civil. Por ello, la responsabilidad Precontractual; por ejemplo, puede muy bien ser reconocida o resarcir aquellos daños bajo una responsabilidad extracontractual a través de la responsabilidad por una ejecución de obligaciones.

Legislativamente, existen dos formas de tratar este tema; una es la teoría monista, la cual señala que el sistema de responsabilidad civil es uno solo. Mientras que la otra teoría es la Dual, la cual señala que, al tener naturaleza distinta, las fuentes de obligaciones deben ser reguladas por dos formas o por dos grupos de normas distintas.

Por ejemplo, los accidentes de tránsito. Aquí no se conoce con qué riesgo se cruza, el comportamiento y la conducta del sujeto que causa el daño;

por ello, el cargo de imputación de responsabilidad debe ser distinto que al de responsabilidad contractual a quien se conoce a la persona con la que se pacta un contrato. Esta sería una ejemplificación de la existencia del sistema dual.

En la ejecución de obligaciones se debe de saber claramente ¿cuál es la obligación a incumplir y si se tienen preestablecidas antes? Antes de la ocurrencia del evento dañoso, estas deben estar plasmadas en el contrato o en las leyes supletorias que regulan el contrato. Por ejemplo, si en un contrato no se pactan obligaciones de saneamiento estas se sobreentienden que están incorporadas porque son mandatos dispositivos de la ley.

En los supuestos de responsabilidad extracontractual es totalmente distinto. Allí las partes no tienen establecido cuáles son las prestaciones a incumplir.

3. Tipos de responsabilidad

La responsabilidad es una fuente y una obligación que puede generar responsabilidad civil entre dos personas no vinculadas, pero que se vinculan al momento de la generación del daño. Cuando surge el daño, nace el vínculo obligacional. El cual se divide en dos.

3.1. Responsabilidad extracontractual

En este tipo de responsabilidad, el vínculo se genera con la comisión del daño y con la obligación de reparar el daño.

Dentro de la responsabilidad extracontractual, la cual resulta ser de las más recurrentes, se muestran en los accidentes cotidianos como lo son los de tránsito. Por ejemplo, cuando un sujeto no deja bien parqueado su vehículo, el cual se desprende y choca con una moto. Otro caso sería cuando limpian y trapean el suelo de un centro comercial, echan agua y alguien se resbala. Así entonces, lo extracontractual está presente en mayores casos de la vida en sociedad.

3.2. Responsabilidad por inejecución de obligaciones o contractual

En este tipo de responsabilidad, el vínculo contractual se genera con la firma del contrato, y el vínculo de responder por un daño es cuando se inejecuta la obligación.

La responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, en el artículo 1314 del Código Civil dice que “quien actúa con la diligencia ordinaria

requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío, defectuoso"; es decir, solamente se le puede imputar la responsabilidad y asumirla. Mientras que el resarcimiento del daño lo asume aquel que incumplió y ejecutó su obligación de forma imputable. Esto quiere decir que, si no hay un incumplimiento imputable no hay responsabilidad civil.

Ahora bien, ejemplificando, se evalúa una situación en donde existe un contrato para llevar mercadería de un punto a otro. Pero por causales externas y ajenas al chofer, la mercadería se pierde. Entonces, por el incumplimiento de cualquier tipo de obligación, pueden ser invocados los artículos 1321 al 1332, al estar ubicado en el Libro Sexto que es el Libro de las Obligaciones.

Hay que recordar que el Código Civil peruano no versa sobre responsabilidad contractual de forma solitaria, sino que habla de responsabilidad por una inejecución de obligación. El criterio de imputación en la responsabilidad por inejecución de obligaciones siempre resulta ser subjetiva, ya que se tiene que demostrar al sujeto que incumplió la obligación o actuó con dolo. Asimismo, otro tema que se debate en la responsabilidad por una inejecución de obligaciones es ¿qué teoría causal se debe invocar para vincular el evento dañoso con el daño?, porque como sabemos dentro de la responsabilidad civil o para imputar responsabilidad civil existen cuatro elementos: evento antijurídico, daño, nexo causal o causalidad entre el evento antijurídico y el daño, y el criterio de imputación.

En el caso de la inejecución de obligaciones, muchos creen que la teoría causal a utilizar es la teoría de la causa inmediata o próxima. Ya que, el artículo 1321 del Código Civil señala lo siguiente "el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial tardío defectuoso contiene tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución".

La norma quiere decir que el daño que se tiene que reparar es el que nace de forma directa e inmediata del evento dañoso, este no dice nada de la teoría causal, lo que sucede es que, a nivel doctrinario, el objetivo de la teoría causal es exponer ¿cuál es la forma de identificar el evento dañoso? y ¿cuál es el efecto o el alcance del daño resarcible?

Lo que se tiene que hacer es, sencillamente, recurrir a otra teoría causal que el Código Civil reconozca a través de una interpretación integradora y sistemática.

Otros casos conocidos como las zonas grises de la responsabilidad civil en donde existe un evidente daño, hay un vínculo entre las partes, pero no se

sabe --o por lo menos está en duda-- si el evento dañoso está dentro del ámbito del contrato de responsabilidad extracontractual son los más invocados en los juzgados, porque en realidad existen más eventos dañosos en la sociedad que contratos firmados en la misma sociedad.

4. La expectativa contractual

Si violan la expectativa contractual hay responsabilidad civil, siempre que sea culposa o dolosa. También es responsabilidad cuando existe el empeoramiento del estatus.

La violación de la expectativa contractual se puede ejemplificar de forma sencilla en el caso de un contrato por 100 sillas para un evento; sin embargo, la otra parte solo trae 90. ¿Cuáles son las posiciones que se tienen en torno a las concurrencias de responsabilidades?

Así entonces, se trataría de una responsabilidad obligacional o contractual, porque en el Código Civil, específicamente en el artículo 1362, expone que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Es decir, si el daño se genera por una circunstancia anterior al contrato --en la etapa de negociación-- se aplica la responsabilidad obligacional.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. ¿Cuáles son los principales objetivos de los sistemas de responsabilidad civil y cuáles son los beneficios de su aplicación?

Si se tiene el sistema de responsabilidad civil como integral, incluyendo la inexecución como la extracontractual, pues —como sistema en el derecho peruano— se debe tener en claro que se profundiza y se detalla que su objetivo y finalidad es el resarcimiento.

Es decir, resarcir el daño que genere la inexecución de obligación o el daño extracontractual: si se dañó en 2929, se tiene que resarcir 2929, ni un sol más ni un sol menos; en caso de que haya un daño moral, a la persona o al proyecto de vida tiene que repararse de acuerdo a lo que establezca la ley.

Así entonces, el fin es resarcitorio, pero en los daños no materiales, el resarcimiento se entiende como una operación consoladora. La única forma de consolar el dolor, al momento —más allá de un abrazo o un pésame— es el dinero; y tiene que repararse a través del dinero tanto el daño moral como el daño a la persona.

En resumen, el fin primordial de la responsabilidad civil es resarcitorio; mientras que, en otros sistemas, la responsabilidad civil posee fin preventivo, donde no solamente se opere cuando se produzca el daño, sino que también se busque o incentive comportamientos para prevenir daños. Por ejemplo, en los supuestos de responsabilidad en ámbitos administrativos, mineros y de hidrocarburos, se genera que, quien esté en posibilidad de provocar el daño y ante la multa tan elevada, prefiera prevenir ese daño realizando todas las acciones necesarias para impedir la producción de este daño; sin embargo y por el momento, el fin es —tal y como está regulado en el Código Civil— eminentemente resarcitorio.

5.2. ¿Cuáles son las diferencias entre el sistema de responsabilidad civil basado en la culpa y el sistema de responsabilidad civil basado en el riesgo?

Más que sistemas, son dos criterios de imputación, que es uno de los elementos necesarios para que concurra tanto la responsabilidad extracontractual como la contractual.

En el criterio de imputación subjetivo, para hacer responsable a un sujeto se le tiene que demostrar dolo o culpa: que actuó con intención de dañar o que actuó con culpa, llámese negligencia, impericia o descuido. Sin embargo, en el criterio de imputación objetivo eso no es necesario, pues basta con que se cometa el daño sin importar si fue diligente o totalmente cuidadoso, si generó el daño debe responder, como es el caso del conductor de un vehículo: si el conductor del vehículo es muy cuidadoso y concentrado, pero genera daño, responde objetivamente y no se le necesita demostrar que fue negligente, culposo o intencional.

Esa es la gran diferencia al hablar de criterios de imputación de responsabilidad civil.

5.3. Se tiene el presente caso:

Un guardián que, en relación laboral con una empresa, en la realización de su trabajo muere por un accidente de tránsito dentro del local de la empresa, es procesado penalmente el chofer y las empresas aseguradoras son incluidas como parte civil. Penalmente, se absuelve al chofer y este no se pronuncia, la responsabilidad civil con el argumento de que no se probó en el proceso las normas de tránsito que fueron incumplidas. El asunto es que hay un abogado laboralista que establece de que esto se puede reclamar por la vía laboral, atendiendo que hay un contrato laboral con una responsabilidad contractual y que puede ponerse en la vía laboral la demanda de daños; misma que, incluso, señala que tiene un plazo de prescripción de diez

años, lo cual resulta relevante en este caso porque el fallecimiento ocurrió hace siete años y si se aplica la norma sobre la teoría extracontractual ya había prescrito aproximadamente en dos años.

Del caso presentado, ¿cuál sería la vía y la demanda del tipo de responsabilidad que se viene a reclamar?, ¿sería lo correcto plantear por la vía contractual o es que ya la sentencia penal ha generado cosa juzgada, o si ya se había prescrito?

Es un caso interesante y sí, en efecto, el camino para salvar el tema de la responsabilidad extracontractual del plazo prescriptorio, como usted señala, para el caso del vigilante contratado por la empresa “x”, pero dentro del local laboral existían otros negocios —que entiendo puede ser un terminal terrestre, pues un móvil lo atropelló—. Entonces se puede alegar incluso el artículo 1325, porque se están valiendo de terceros para cumplir una obligación mayor que es brindar el servicio del terminal terrestre; entonces allí se cumple la responsabilidad obligacional que son diez años y se puede ir contra el que te contrató directamente, aunque pueda decir: “oye, pero yo no fui quien te atropelló, sino que fue el tercero”. Pues hay un tercero que intervino para cumplir la finalidad; y como tal, se aplicaría el artículo 1325 que dice “aquel que se vale de terceros para el cumplimiento de la prestación responde por los daños de este tercero”. Entonces por ahí podría encajar, ahora claramente se necesitan mayores datos. Pero ojo, también sí sería una responsabilidad objetiva porque el servicio de vigilantes es estrictamente de riesgo y ahí se aplica la responsabilidad objetiva: no le es necesario demostrarle responsabilidad o culpa, y si es un terminal terrestre se puede —bajo una responsabilidad contractual— ir contra el terminal terrestre y contra los propietarios, porque ellos se han valido —bajo el artículo 1325— de la empresa de seguridad para prestar seguridad a sus terceros. Asimismo, se han valido de otras empresas de transportes —ya sea de interprovinciales o internos— para cargar sus maquinarias o sus insumos y además se han valido de terceros para el cumplimiento de su objetivo; finalmente por valerse de ese tercero han causado daño a uno. Entonces, con los pocos datos que se tiene, creería que por ahí se podría generar en base al artículo 1325 una responsabilidad por inejecución de obligaciones

Ahora bien, cabe cuestionarse, ¿la vía sería contractual, civil o laboral?. Al respecto, se tendrían dos casos: se puede ir paralelamente contra dos personas; es decir, contra la empresa de seguridad laboral y contra el terminal terrestre por la vía civil bajo esa norma: 1325.

5.3. ¿Un concepto de daño podría ser el lucro cesante que invoque la viuda, que tiene a sus hijos exigiendo que le paguen por ese lucro del sueldo que recibía la viuda —y que ya no está recibiendo, mismo y único sustento de su manutención— durante un tiempo hasta que se jubile?, ¿ese concepto se puede reclamar, el lucro cesante?

Claro, ya hay jurisprudencia donde se tiene como criterio los años de jubilación, más allá de que pueda ser impredecible. Por ejemplo, la siguiente semana, el sujeto iba dos días mareado y lo despedían, o encontraba otro trabajo; sin embargo, son criterios subjetivos que se toman en la pensión.

Otro tema que también se podría tener en cuenta, en caso de la viuda o de los hijos, de declarar un daño moral, y que a partir de esto, ellos pueden dar responsabilidad extracontractual. Con el daño moral atemporal: no se puede decir que el cómputo del daño moral va a ser desde el día del fallecimiento, porque al año siguiente y venideros se sigue sufriendo por la muerte del padre; evidentemente con —quizás— menos intensidad, pero la utilización del daño moral ha persistido con éxito, que el daño moral es atemporal y como tal no se puede decir que dos años de la responsabilidad extracontractual cuentan desde que murió. Esto implicaría la necesidad de buscar un abogado instantáneo a la muerte —soslayando el luto—, con la finalidad de que no se crucen los dos años. Como tal, para los daños morales no se aplica esa prescripción, pues el daño moral es atemporal: no tiene una fecha de prescripción, ya que el daño continúa, así entonces lo que se busca es reparar el daño.

Otro tema es el de la cuantificación del daño, distinto en la medida que puede señalar cuánto vas a recibir al año por sufrir por tu padre a temprana edad. Claramente hay otros factores y cómo se plantea el caso para que el juez pueda resolver una cantidad más.

El objeto de la obligación*

Miguel Aldair Bernal Auqui**
Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica

SUMARIO: 1. . Introducción / 2. La obligación en el derecho romano / 2.1. Obligatio est iuris vinculum / 2.2. Alicuius solvendae rae / 2.3. Secundum nostrae civitatis iura / 3. Concepto actual de obligación / 4. El objeto de la obligación / 5. Los requisitos de la prestación / 6. Los posibles contenidos de la prestación / 6.1. Obligaciones con prestaciones de dar / 6.2. Obligaciones con prestaciones de hacer / 6.3. Obligaciones con prestaciones de no hacer / 7. Ejemplos / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Etimológicamente, la palabra “obligación” procede del vocablo latino “obligatio”, la cual a su vez proviene o se le conoce como una variante de la palabra “obligare”, que está compuesta por dos vocablos: “ob”, cuyo significado es “alrededor” y “ligare” que significa “ligar o atar”.

De manera que, por su origen etimológico, “obligación” quiere decir sometimiento, subordinación, limitación o restricción impuesta a la actividad de la persona sometida a ella.

Asimismo, el término “ligare” evoca la idea de ligamiento o de atadura, precisamente porque se refiere a cuerdas o a cadenas con las que podía ser sujeto el incumplido, el mal pagador o el deudor, en tanto que el vocablo “solutio” o “pago” significa lo contrario de atar; es decir, desatar o desligar.

Posteriormente a la primitiva etapa romana, la “solutio” significó la liberación del deudor de este estado de sometimiento originado por el nacimiento de la obligación.

* PConferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de los Contratos, Obligaciones y Responsabilidad civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 25 de marzo del 2023.

** Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Especialista judicial de la Corte Superior de Justicia de Puente Piedra-Ventanilla. Estudiante de la Maestría con mención en Derecho Civil Patrimonial por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con diversos cursos y diplomados en Negocio Jurídico y Contratos.

2. La obligación en del derecho romano

En el antiguo derecho romano, se han dado diversas definiciones célebres acerca de la obligación civil. Una de ellas y la más acertada es las que se encuentra en las institutas de Justiniano, la cual menciona en una frase en latín "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*".

Ahora bien, si se hace un breve análisis de lo que mencionaba Justiniano, dicha frase se puede disgregar en tres partes, que se mencionarán a continuación.

2.1. Obligatio est iuris vinculum

En español significa "la obligación es un vínculo de derecho", lo que quiere decir que existe un vínculo jurídico entre dos personas: acreedor y deudor. En el antiguo derecho romano nacía un vínculo entre ambos partícipes estrictamente personal; ya que, si el acreedor se encontraba insatisfecho, este a través de un proceso obtenía la esclavitud de su deudor en caso de que no cumpliera con la obligación.

Más tarde se daría una espiritualización con la *lex poetelia papiria*. Dicha ley abolió el *nexum* y sustituyó el sometimiento personal del deudor por el de sus bienes. Transformando así dicha vinculación de personal a patrimonial; es decir, se modificó el sistema de ejecución, pues ahora no afectaba sobre las personas, sino sobre los bienes del deudor. Es así que Justiniano afirma que, en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor obtiene una satisfacción pecuniaria equivalente, mediante la ejecución del patrimonio del deudor.

2.2. Alicuius solvendae rae

La segunda parte de la frase de Justiniano era "*alicuius solvendae rae*", la cual hace referencia a que la obligación es un vínculo jurídico en virtud de que estamos obligados a pagar alguna cosa; es decir, un deudor contrae alguna obligación de cumplir una determinada prestación frente al acreedor, y este último tiene la facultad de exigirla jurídicamente.

3. Concepto actual de obligación

Como bien se sabe, la obligación era un concepto tradicional; sin embargo, actualmente existe un concepto sobre obligación que se muestra completa, pues fue esgrimida por un juez brasileño de nombre Hamid Bdine Junior, quien al realizar el comentario del Código Civil brasileño en el año 2010, nos menciona lo siguiente:

“La obligación es la relación jurídica a través de la cual el sujeto pasivo (deudor) está obligado a dar, hacer o no hacer algo (prestación) en beneficio del sujeto activo (acreedor). Sus elementos son los sujetos, la prestación y el vínculo jurídico. La prestación es siempre una conducta del deudor. Tendrá una naturaleza patrimonial y consistirá en dar, hacer o no hacer”.³

En suma, la obligación es un vínculo o relación jurídica en virtud del cual una persona llamada acreedor tiene la facultad de exigir a otra llamada deudor un determinado comportamiento, el cual puede ser positivo o negativo, ello haciendo referencia a la prestación, de cuyo cumplimiento responderá en última instancia el patrimonio del deudor

4. El objeto de la obligación

Ahora bien, una vez que se tiene en cuenta lo que es la obligación, cabe preguntar cuál viene a ser el objeto de la obligación.

En esta línea, Pietro Rescigno quien en su voz “*Obbligazioni*” (1979), sostiene que el objeto de la obligación es la prestación, la cual consiste en un tipo de conducta del deudor, de igual manera en una abstención tal como la acción de dar o hacer.

Por su parte el profesor Massimo Bianca en su libro “*L’ Obbligazione*” (1993), hace mención de que el objeto de la obligación es el programa material o jurídico que el deudor está dirigido a realizar y al cual el acreedor tiene derecho.

Asimismo, el jurista Emilio Betti en su libro “*Teoria generale delle obbligazioni*” (1955), expone que en la prestación se distinguen dos momentos. Por un lado, el momento subjetivo y por el otro el momento objetivo.

El momento subjetivo se refiere al comportamiento de cooperación requerido al deudor, mientras que el momento objetivo hace referencia al momento en que afecta a la utilidad que la prestación está llamada a aportar al acreedor. Cabe resaltar que esta utilidad es de carácter atípico y que normalmente se vincula al comportamiento de cooperación.

En síntesis, dentro de la prestación se distinguen dos elementos, el subjetivo que aparece en la conducta de cooperación y el objetivo que es la utilidad atípica atribuida. Entonces, el objeto de la obligación no es la cosa

³ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf (2010). Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudencia. Comentario al artículo 233, Coordinador: Cezar Peluso, Sao Paulo: Manole, pp.183-188)

misma en sí, sino más bien es un acto positivo o negativo a cargo del deudor y que puede tener por objeto o por contenido una cosa.

5. Los requisitos de la prestación

La prestación debe ser lícita, moral y jurídicamente posible; es decir, no debe contravenir normas imperativas, ni el orden público ni las buenas costumbres. Asimismo, debe ser posible, natural y jurídica, lo que significa que la actividad prometida pueda obtener el resultado propuesto por las partes. Por ejemplo, comprar un automóvil o comprar una motocicleta, lo cual es posible; por otro lado, dentro de lo que no es posible podría ser viajar al pasado o viajar al espacio por parte de agencias privadas, concurriendo así en un imposible jurídico.

La obligación o prestación también debe ser determinada o determinable, esto significa que no habrá relación obligacional si es que la prestación que tiene que cumplir el deudor o el objeto que ha de dar el deudor no está determinado, o si la misma convención no contiene los elementos necesarios para determinarlo.

Asimismo, esta prestación también debe ser patrimonial, ya que este elemento distingue la obligación de los deberes jurídicos de contenido no patrimonial, pues implica que su prestación es susceptible de valorarse patrimonialmente, o lo que es lo mismo que asignarle un valor a esta prestación.

A su vez, para determinar si concurre el elemento del contenido patrimonial, no interesa si los sujetos pactaron en el contrato una contraprestación, sino que lo relevante es que cualquier persona pueda hacer mentalmente una operación valorativa y que esa valoración económica sea aceptada por la sociedad. Es así que, a partir de esta afirmación, se puede inferir que en realidad el carácter patrimonial de una prestación se encuentra dado, en definitiva, por la noción que se maneje de esa prestación. Siendo así que, aunque en principio todo es susceptible de valorizarse económicamente, hay ciertos bienes que por la percepción que la sociedad tiene de ellos, se les niega el carácter de patrimonial.

En resumen, el objeto de la obligación es la prestación, lo cual a su vez es definida como la actividad humana que va a tener que ser desplegada por el deudor y que va a consistir en un efectivo dar, hacer o no hacer. En ese sentido, toda obligación tiene una prestación, la cual viene a ser su objeto.

6. Los posibles contenidos de la prestación

El Código Civil peruano a diferencia del Código Civil italiano de 1942 no establece legislativamente el carácter patrimonial de la prestación; sin em-

bargo, esta queda sobreentendida de la definición legislativa de la obligación, la cual se extrae de la interpretación sistemática tanto de los artículos 1351 y del artículo 1402 del Código Civil.

Respecto a la exigibilidad de la prestación, este elemento implica que en toda obligación el acreedor pueda exigir al deudor el cumplimiento de su obligación, y en caso el deudor incumpla esta obligación, el acreedor puede además exigirla judicialmente, e incluso si esta no fuese posible, podría reclamarla a través de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Sin embargo, este rasgo de exigibilidad no significa que siempre las obligaciones van a poder ser exigidas en especie. El límite que pone el derecho de obligaciones es el empleo de violencia contra la persona del deudor, en ese caso hay un límite que establece el ordenamiento jurídico, ya que no va a ser posible exigir el cumplimiento forzoso de una obligación. Es por ello que en estas situaciones el derecho ofrece otras alternativas, como la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios que el incumplimiento haya ocasionado.

Por otro lado, el profesor Vincenzo Roppo en su libro “Istituzioni di diritto privato” (1996) sustenta que la prestación puede tener contenidos variados y heterogéneos, toda vez que estos no están preestablecidos de manera rígida por la ley, sino que pueden ser determinados libremente por las partes más allá de los esquemas legales.

En este sentido es que encontramos una clasificación de la obligación sobre los posibles contenidos de la prestación.

6.1. Obligaciones con prestaciones de dar

En primer lugar, se encuentran las obligaciones con prestación de dar reguladas desde el artículo 1132 al artículo 1147 del Código Civil.

Estas obligaciones son aquellas en las cuales las prestaciones consisten en entregar una cosa; es decir, la obligación de dar implica que el deudor haga entrega física o jurídica de un bien a su acreedor, lo cual puede ser un bien cierto o incierto, inclusive un bien fungible.

Un bien cierto es aquel específico, por ejemplo, un auto, un departamento o una motocicleta; un bien incierto es aquel determinado al menos en su especie y cantidad, tal como un kilo de arroz; y un bien fungible es un bien que resulta de fácil intercambio o reemplazo.

Respecto a ello, un ejemplo de la aplicación del principio de identidad del pago en las obligaciones de dar sería el siguiente:

Una biblioteca de una reconocida universidad encarga a una muy prestigiosa casa editorial la adquisición de treinta libros de derecho civil; sin embargo, por circunstancias del destino, dicha casa editorial le hace entrega de cuarenta libros de derecho civil a dicha biblioteca.

Entonces, cabe preguntarse, ¿puede la universidad rechazar el pago?, la respuesta es que sí, ya que la deudora al pretender cumplir su prestación de dar con un objeto distinto al pactado estaría violando el principio de identidad de pago y con ello incumpliendo el contrato.

Asimismo, aquí surge otra pregunta, ¿también podría la acreedora recibir voluntariamente la entrega de los cuarenta libros de derecho civil en lugar de los treinta libros que se pidieron en una primera oportunidad? La respuesta también es afirmativa, ya que una alternativa correspondiente a la esfera del acreedor es poder admitir como pago un objeto de la prestación distinto a la inicial; es decir, como cumplimiento de la prestación a cargo de su deudor y con ello extinguir la obligación.

En este sentido, se debe recordar que, en materia de derecho de las obligaciones, la palabra "pago" hace alusión al cumplimiento, el cual no necesariamente se traduce en dinero, sino también en la entrega de un bien distinto al dinero, o de igual manera la realización de un servicio o una inactividad como por ejemplo el secreto profesional que cuentan los abogados litigantes.

6.2. Obligaciones con prestaciones de hacer

En segundo lugar, se encuentran las obligaciones con prestaciones de hacer, las que están reguladas tanto del artículo 1148 al artículo 1157 del Código Civil.

Estas obligaciones son aquellas actividades, acciones o trabajos desplegados por el deudor de una obligación con miras a la satisfacción del interés de su acreedor, pudiendo ser estas obligaciones de hacer propiamente dichas, las que se agotan tras su realización. Como por ejemplo, el servicio profesional que ofrece un abogado; así también, pueden ser obligaciones de hacer que terminan en un dar, por ejemplo, la construcción de un inmueble para su posterior entrega.

Las obligaciones de hacer también se presentan en otras áreas del derecho como el derecho tributario, administrativo, comercial, etc. Por ejemplo, en los contratos de locación, de prestación de servicios médicos, servicios legales, servicios de gasfitería o hasta en la contratación de grupos musicales; es decir, los que involucran una prestación cuyo contenido es un hacer.

Ahora bien, un ejemplo de obligación de hacer intuitu personae sería el siguiente:

Se organiza un concierto en Lima en donde el cantante será el tenor mundialmente conocido, Andrea Bocelli, y una vez llegada las noticias a nuestro país, las entradas se agotan en menos de una semana. Sin embargo, llegado el día del concierto ocurre un accidente que afecta las cuerdas vocales de dicho gran tenor, impidiendo así que este pueda cantar.

Indudablemente cualquier otra persona, incluso otro artista podría hacer el performance en la interpretación de las canciones previamente establecidas para el concierto, pero en el caso concreto, la obligación de hacer se contrajo en función de una persona específica, quien es Andrea Bocelli. Es así que, este artista de no cantar o de poder cantar por algunas circunstancias, no podría pretender que otro lo reemplace en la ejecución de esta prestación.

Ahora, otro ejemplo vinculado al ámbito jurídico sería el siguiente:

La facultad de derecho de una universidad limeña organiza un Conversatorio de Filosofía del Derecho que tiene como ponente principal al ius filósofo español Manuel Atienza, del cual su reputación es de tal magnitud que origina que también se agoten las entradas en menos de una semana. Una vez llegado el día, el ponente almuerza previamente a su exposición y lastimosamente contrae un mal estomacal, por lo que tiene que ser internado de urgencia en una clínica limeña. Es así que, al enterarse de esta noticia, más del ochenta por ciento de los participantes solicitan el reembolso de sus entradas.

6.3. Obligaciones con prestaciones de no hacer

Las obligaciones con prestaciones de no hacer se encuentran reguladas de los artículos 1158 al 1160 del Código Civil.

Estas obligaciones de no hacer son aquellas abstenciones a las que se compromete el deudor, los cuales pueden también involucrar un no dar. Por ejemplo, el ya mencionado secreto profesional, la obligación de no revelar la fórmula de Coca Cola, el no construir una edificación, etc.

Un ejemplo de obligaciones de no hacer se encuentra también en el artículo 15 de la Ley General de Salud, la ley 26842, cuando esta regula la reserva de información sobre el acto médico e historia clínica, y en el artículo 74 del Código de Ética del Abogado, cuando regula el secreto profesional. Asimismo, no se debe olvidar que las partes de un contrato en virtud de su autonomía privada pueden pactar las obligaciones de no hacer que se les

ocurran. En este sentido, pueden ser ejemplos de obligaciones con prestaciones de no hacer: el no vender una cierta cosa, el no competir con un determinado acreedor en el mercado, el no trabajar para cierta empresa o el ejemplo recurrente de no publicar ni revelar secretos de tan grandes tiendas como Kentucky Fried Chicken, Coca cola, Pepsi, etc.

Por otro lado, en cuanto a la ejecución de la prestación, esta puede ser periódica cuando debe realizarse en intervalos de tiempo regulares como es el caso del pago mensual de un arrendamiento de un bien mueble o inmueble; o puede ser también continuada cuando no haya apreciables interrupciones del cumplimiento de la obligación, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica.

7. Ejemplos

A continuación, algunos ejemplos de obligaciones serían las siguientes:

a. Mientras conduce su automóvil Renault Duster, Juan Ortiz embistió culposamente el automóvil Fiat de Pedro Pérez, que se encontraba estacionado correctamente. Luego de frustradas negociaciones, Juan Ortiz demandó a Pedro Pérez por los daños en su vehículo cuantificados en el monto de \$.2.000.00 (dos mil con 00/100 dólares americanos).

En este ejemplo, Juan Ortiz viene a ser el deudor, Pedro Pérez es el acreedor, el objeto es la indemnización de daños y perjuicios por el monto de dos mil dólares americanos y la causa sería un hecho ilícito; es decir, un cuasidelito.

b. Julio Gonzales se compromete a pagarle S/500.00 (quinientos con 00/100 soles) a Eugenia Guillén a cambio de que ella le anticipe las preguntas del examen de ingreso a la universidad.

En este ejemplo no existe una relación jurídica obligatoria, toda vez que el objeto es ilícito; puesto que, para que exista una obligación el objeto debe ser lícito conforme a nuestro ordenamiento jurídico y también conforme al orden público y a las buenas costumbres; por lo tanto, este es un acto nulo por objeto ilícito.

c. Carlos Torres entra al local de la empresa de telefonía celular “Entel” y compra un celular por S/ 5.000. Luego suscribe un contrato de prestación de servicios de telefonía celular con dicha empresa por un plan que incluye datos móviles por un precio fijo de S/200 a pagarse a mes vencido los días cinco de cada mes. En este ejemplo si se identifica las relaciones jurídicas obligatorias encontramos cuatro relaciones, la primera donde Carlos Torres es deudor, la empresa de telefonía móvil Entel es el acreedor, el objeto

de esta obligación es la entrega de los cinco mil soles y la causa es contractual. Como segunda relación jurídica obligatoria encontramos que Entel es deudor, Carlos Torres es acreedor, el objeto es la entrega del celular que compró y la causa sería contractual. Luego, como tercera relación jurídica obligatoria se tiene que Entel es deudor, Carlos Torres es acreedor, el objeto es la prestación de servicios de telefonía celular, mediante un plan de datos móviles, y la causa sería contractual. Y por último, como cuarta relación jurídica obligatoria, se tiene que Carlos Torres es deudor, la empresa de telefonía móvil Entel sería acreedor, el objeto es el pago mensual de doscientos soles por el plan de datos móviles y la causa sería también contractual.

d. Cuando Susana Fernández se enteró que su hijo Andrés iba a ser padre decidió hacerle una donación. Intuyendo que se iba a tratar de una niña, le donó a su hijo toda su colección de muñecas de porcelana. Sin embargo, aclaró, que en caso de que naciera un varoncito Andrés debería devolverle dichas muñecas. En tal supuesto, Susana se comprometía a entregarle a su hijo la suma de \$1000, comprometiéndose Andrés a destinar parte de ese dinero a comprarle autos coleccionables al bebé.

En este ejemplo tenemos por un lado una primera obligación condicional en donde el deudor sería Susana Fernández, el acreedor sería Andrés, el objeto es la entrega de colección de muñecas de porcelana y la causa sería el contrato de donación; asimismo, se cuenta con un elemento accidental, el cual viene a ser la condición resolutoria que hace referencia al nacimiento de un niño.

Por otra parte, se tiene una segunda obligación condicional, en el cual el deudor es Susana Fernández, el acreedor es Andrés, el objeto sería la entrega de los mil dólares americanos, la causa es el contrato de obligación y el elemento accidental sería la condición suspensiva del nacimiento de un niño, además de un cargo, el cual es la destinación de ese dinero en comprar autos coleccionables al bebé.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Se considera que existe una completa clasificación del objeto de la obligación en el Código Civil?

Sí, puesto que encontramos obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer, incluso antiguamente se trataba de las obligaciones de prestar que venían del latín *praestare*. En ese sentido, se considera que sí se encuentra completa esta clasificación.

8.2. ¿Cuáles son los problemas más recurrentes que se han podido observar, justamente en el tema del objeto de la obligación?

Los problemas más frecuentes que se dan en relación con este tema son muchas veces cuando se trata de relaciones indeterminables o indeterminadas, pues el Código Civil no es tan claro en ese punto.

8.3. ¿Qué es lo que debería investigarse aún más justamente en el campo relacionado a este tema?

Se debería investigar el objeto de la obligación, así como algunos cambios que puede sufrir nuestro Código Civil, cambios que ya han tenido el Código Civil argentino o el Código Civil brasileño en cuanto a la claridad en una clasificación de las obligaciones. Si bien es cierto nuestro Código Civil no es muy claro a diferencia de otros códigos al referirse a este tipo de obligaciones, sería ideal que se puede dar un cambio en ese aspecto.

Elaboración de una buena cuantificación de pensiones y qué garantías establecer para mejorarlos*

Elena Rosa Bedon Cerda

Jueza del Décimo Juzgado Penal Unipersonal de Lima

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿A qué llamamos alimentos? / 3. ¿Quiénes son los obligados? / 4. Rubros y Casación 37-2022 Arequipa / 5. Criterios para fijar la asistencia alimenticia / 6. Vínculo legal y necesidad alimenticia/ 7. Pautas para fijar una correcta pensión alimenticia/ 8. Criterios penales / 9. Disminución o incremento de alimentos / 10. Conclusión.

1. Introducción

ELa Carta Magna del Perú establece el derecho a la vida como un derecho fundamental y de este derecho se deriva otros derechos inherentes a ella, además tienen misma importancia, ese es el caso del derecho alimentario, que se encuentra tutelado no solo en nuestra Constitución Política sino también en el Código Civil referido al derecho de familia incluso en el Código de niños y adolescentes.

Los seres humanos se diferencian de las plantas ya que ellas son autosuficientes para producir sus alimentos, pero con los animales somos parecidos, esto justamente porque al nacer, tanto los animales como los seres humanos cuentan con la escasa o nula capacidad de mantenerse a sí mismos o sobrevivir solos; el hombre al llegar a este mundo es tan desvalido, necesitado de protección de su progenitores, de alimentación para su sobrevivencia, lo cual en muchas veces se ha visto o vemos en nuestra realidad que hay las persona obligadas de atender estas necesidades se desentienden; de esta necesidad de sobrevivencia para perpetrar el género humano y el desinterés de algunos obligados, nace el derecho de alimentos.

* Ponencia virtual llevada a cabo en el curso especializado en derecho privado y derecho familiar; curso especializado en derecho de familia, sucesiones y su defensa legal , organizado por Amachaq Escuela Jurídica, el 06 de abril del 2023.

Por ello, se dice que los llamados a cubrir esa necesidad o deficiencia para sobrevivir son los progenitores, estos son los principales obligados a prestar los alimentos. Por otra parte el ciclo de vida se encuentra conformado por: nacer, crecer y decrecer, al nacer se necesita de alguien que cubra las necesidades de alimentos, protección, cariño, fortaleza, guía, las enseñanzas de vida etc.; posteriormente al decrecer nuevamente el hombre atraviesa otra dificultad, vida bien gastada ya no cuenta con esa capacidad de autosuficiencia; consecuentemente, en la vejez también se es menester que se cubra la misma necesidad.

El Estado peruano y los demás estados en el mundo han previsto que esta necesidad o esta imposibilidad de autosuficiencia debe de ser cubierta por sus parientes en línea Recta, colateral u horizontal, cónyuges u adoptados, viéndose obligados así a asistir a estas personas en estados de necesidad.

2. ¿A qué llamamos alimentos?

El concepto de alimentos o noción de alimentos está previsto en el artículo 472 del Código Civil y menciona que "Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto."

Esta definición también concuerda con lo establecido en el artículo 92 del Código de Niños y Adolescentes que establece "se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto." En otras palabras, se puede decir que tiene mucha similitud y la misma esencia con el artículo 472 del C.C.

A su vez, la definición de alimento responde a las necesidades básicas del ser humano para realizar sobrevivir, desarrollarse y cumplir sus funciones; así mismo, se hace mención al vestido, la educación, la parte espiritual como la recreación, el esparcimiento que resultan imprescindibles para el desarrollo ético moral e intelectual de la persona, todo esto forma parte de los alimentos, aunque no sólo se habla de "comida", sino también de cosas y eventos nutren la parte espiritual o emocional del ser.

Consecuentemente se puede decir que los alimentos es todo lo material indispensable para la supervivencia o subsistencia de la vida humana, del mismo modo, se puede decir que es tan imprescindible como la habitación, el vestido, siendo estos esenciales y por los cuales se debería iniciar un pro-

ceso de alimentos; este es el inicio para entender cómo se debe de cuantificar un proceso de alimentos que no debe de exceder lo requerido, ni debe de ser inferior a lo necesitado, esto se debe de iniciar bajo la definición que los alimentos es todo lo necesario para la supervivencia humana: alimento, recreación, salud, vivienda, capacitación para el trabajo, etc.

3. ¿Quiénes son los obligados?

¿Quién es el primer obligado?, ¿quién es el segundo obligado?, ¿cómo podemos establecer un monto mayor o menor?, a estas interrogantes responde el artículo 475 del Código Civil, mencionando que "Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente: 1. Por el cónyuge; 2. Por los descendientes; 3. Por los ascendientes; 4. Por los hermanos."

Si es una persona casada y está imposibilitada de mantenerse a sí misma, el primer obligado que debe de prestarle manutención es el cónyuge; de ahí se parte porque nuestra Constitución protege a la familia nuclear (padre, madre, hijo del matrimonio). Así mismo, el primero que debe de asistir a un menor es el padre o la madre o los dos juntos dependiendo de la situación dependiendo de la situación en que viven, de no haber los padres, los hermanos son quiénes se encargan del menor de 18 años al igual que del disminuido en sus capacidades aun siendo mayor de edad.

4. Rubros y Casación 37-2002 Arequipa

Hay rubros que se debe de seguir o comprender el monto de una pensión de alimentos, algunos de estos tienen que ser: la alimentación que es lo mismo decir comida, el vestido, la educación, techo, salud, recreación son los más esenciales; además, se debe de tener en cuenta quién es el obligado a prestar alimentos y en qué medida. La orden o prelación en que deben de ser satisfechos los obligados llamados a prestar la pensión alimenticia deben de estar sujetos, según los jueces, a la casación 37-2002 de Arequipa sobre el traslado de la obligación alimenticia que señala que: "del estudio de autos ha quedado demostrado de forma fehaciente que al recurrente nunca se le emplazó en el proceso sobre alimentos de la cual deviene el reajuste sub materia, siendo inapropiado compelérsele ahora al cumplimiento de la obligación alimentaria de cuya causa que le precede no fue parte material, siendo que lo resuelto por las instancias de mérito determinan un grave perjuicio al emplazado al desconocersele el derecho constitucional consagrado en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil en cuanto señala que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a un debido proceso."

Si se trata de un menor de 18, los obligados principales parten desde los padres, a falta de ellos será los hermanos mayores de edad, abuelos, parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o el tutor que puede nombrar el consejo de familia.

5. Criterios para fijar la asistencia alimenticia

Los criterios para fijar los alimentos están mencionados en el artículo 481 de nuestro Código Civil que nos dice “Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor. El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.”

Si bien la pensión alimenticia es fijado por un juez, también existe la posibilidad de ser fijada en una conciliación, además que, en esta fijación no solo debe de ser considerado el dinero como aportes económicos, sino también los cuidados, la atención, protección hacia al alimentista (sea menor de edad, disvalido o anciano).

6. Vínculo legal y necesidad alimenticia

¿Qué es el vínculo legal? Se trata de una relación familiar natural reconocida por ley (padre, hijo, hermano, sobrino, abuelo, nieto), y se deben alimentos entre sí; es decir, ellos deben o a ellos deben prestarle alimentos. La obligación alimentaria nace de la necesidad de sobrevivencia del hombre y la desidia de los obligados a otorgarlos, el derecho alimentario se ha positivizado para que “los desentendidos” se hagan cargo de sus deberes con la finalidad de lograr la perpetua existencia de la especie humana, y de esa manera esta obligación nace desde la ley, desde la obligación moral y la ley natural y positiva que viene desde tiempos remotos.

Ahora bien, tenemos que entrar a un punto controvertido: ¿qué se entiende por la necesidad del alimentista?, se entiende como un estado de no poder atenderse por sí mismo, se traduce en un ser, un imposibilitado de auto sostenerse, por ello decimos que este derecho implica el reconocimiento del derecho a la existencia como el primero de los derechos congénitos.

7. Pautas para fijar una correcta pensión alimenticia

Se puede mencionar que, los alimentos representa el objetivo del presupuesto principal de la obligación de alimentos; por ejemplo cuando la necesidad alimenticia es de un menor de 5 años no tiene la misma necesidad de un menor de 1 año o que un menor de tres meses o a un adolescente; por ello, al momento de fijar la pensión alimenticia se tiene que analizar la situación particular que le rodea ya que por ser menor de edad como un recién nacido o pequeño no quiere decir que no necesita comer por ejemplo, al contrario, el neonato tiene varias o infinitas necesidades partiendo por una buena alimentación, vestido, cuidados, artículos de estimulación etc, cuando va creciendo y le toque ir al colegio se sumará la necesidad de sus artículos escolares, vestimenta, uniforme, etc.

El adolescente por su lado necesita recrearse; salir con los amigos, obviamente sin tomar bebidas alcohólicas. Cuando se piensa en la pensión alimenticia, se piensa en lo necesario para la alimentación, dentro de esa alimentación no contempla el cubrir las bebidas alcohólicas que puede ingerir el adolescente en sus momentos de recreación, como bien se conoce las bebidas alcohólicas son dañinas.

La pensión alimenticia tiene que cubrir lo indispensable para la sobrevivencia, si los alimentos se fijan por conciliación debe ser dependiendo de la posibilidad económica del obligado, se tiene que tomar en cuenta si el responsable tiene trabajo fijo o eventuales, su grado de estudio, por ejemplo el demandado si solo llega a ganar el sueldo mínimo no podría pasar mil soles ya que estaría atentando contra su propia subsistencia.

Por otro lado, si el obligado alimentario resulta ser un profesional que cuenta con un buen trabajo o una empresa, las posibilidades económicas son diferentes pero los niños tendrán las mismas necesidades claro también se tomará el tipo de vida que vive cada uno con ideas y formas de vida diferentes; también se considerará la capacidad de adquisitiva del padre o madre responsable del pago alimenticio ya que al niño o adolescente al no darle lo necesario según su estado o lugar donde vida y entorno que le rodea puede ser discriminado por no contar con lo necesario para ese círculo, hablamos de clases sociales bajas, medianas y altas; también se tiene que tomar en cuenta el lugar donde residirá para que el juez determine correctamente el monto de la pensión, porque un juez que va fijar la suma dineraria que debe pagar en favor de un alimentista que se encuentra en el distrito de La Molina será diferente la percepción a uno que se encuentra en Independencia o en los pueblos lejanos de provincia, estamos hablando de costos de vida diferente.

8. Criterios penales

Se debe considerar que las personas son captadas, no de manera libre o voluntaria, sino que se han ido usando técnicas de manipulación o con engaños. Aquí entra el papel importante de la legislación penal porque se debe respetar el derecho a la libre formación de nuestra voluntad, ya que el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad ideológica conlleva a que actuemos yelijamos nuestra religión, ideología o creencias con las que tengamos mayor afinidad.

Para ello, tiene que haber un proceso interno de formación de tu voluntad de qué es lo que quieres creer o no creer y que quieres hacer o no. Este proceso debe ser libre, es por ello por lo que las sectas dan herramientas para que las personas vayan pensando o se vayan dirigiendo hacia un específico contexto, pero realizándolo de tal forma que la decisión será "tuya". Al interferir con esas técnicas, van doblegando tu voluntad y te dirigen cada vez más a su tutela.

Sin embargo, aunque esa persona, por ejemplo, decida acostarse libremente con el líder de la secta, esa libertad no será plena, puesto que ese consentimiento está viciado porque previamente le han ido conduciendo hacia la voluntad del líder alterando las suya.

9. Disminución o incremento de alimentos

Respecto a la disminución o incremento de alimentos será dependiendo a los cambios y forma de adquisición del responsable ya que en el transcurso del tiempo si tiene una mayor remuneración podrá incrementar al alimentado también la pensión, ya que la normativa hace mención que la pensión va en aumento en la mayoría de las veces, ya que el costo de vida va en incremento.

Para fijar el monto de la pensión alimenticia se analizará el nivel adquisitivo del obligado, viendo los ingresos que posee, también se analizará la cantidad de hijos por alimentar, ya que al tener más hijos será mayor las necesidades de cada hijo y la distribución debe ser equitativo proporcional a sus necesidades, si alguno de los hijos cuenta con alguna enfermedad sus derechos no serán la misma de alguien que se encuentra sano, ya que necesitará mayores cuidados no solo personales sino incluso clínicos.

10. Conclusión

No sólo es la vida el primer derecho fundamental del que derivan otros derechos de la misma naturaleza, sino que por su importancia, el ordenamiento jurídico se sirve del derecho de familia para proteger la institución típica de los alimentos.

Por alimentación entendemos el derecho de los hijos y el deber de los padres, y de estos padres respecto a sus hijos cuando llegan a la ancianidad o alguna enfermedad que imposibilite su propia manutención, lo que comprende una doble dimensión, aspecto esencial que es imprescindible para la conservación de la vida humana, el material, que consiste en el espacio, el vestido y la propia alimentación, y el otro espiritual o existencial, que consiste en educación, formación y preparación para la vida laboral, asistencia médica y psicológica, vacaciones, y comprende además los gastos relacionados con el embarazo de la madre desde la concepción hasta después del parto.

Desalojo por ocupación precaria*

Pedro Agapito Gervassi Rivas**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Antecedentes / 3. Base normativa / 3.1. Clases de posesión en el Código Civil / 3.2. Presunciones / 3.3. El artículo 546 del Código Procesal Civil – Procedencia / 3.4. El proceso de desalojo / 3.1.1. Sujetos activo y pasivo en el desalojo / 3.4.2. Tercero con o sin título / 3.4.3. El pago de mejoras / 4. El Cuarto Pleno Casatorio Civil / 4.1. ¿Qué resuelve la Corte Suprema? / 4.2. Casación nro. 4442 – 2015 - Moquegua - IX Pleno / 5. Conclusiones / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Existen diversos procesos de desalojo, el Cuarto Pleno Casatorio Civil, se centra en uno en particular: el desalojo por ocupación precaria. Esto nos conlleva a desarrollar una opinión que se va a complementar en el presente escrito.

2. Antecedentes

Desde un análisis inicial, surge la siguiente pregunta: ¿Qué motiva a este pleno más allá del recurso de casación?, los casos de desalojo suelen ser engorrosos, ¿cuál es la razón de esto?, anteriormente, esto dependía de si se era demandado o demandante. Existía mucha incertidumbre e inseguridad. En la práctica, lo que solía ocurrir era que el demandante intentaba desalojar a alguien y el demandado siempre encontraba formas de evadir este proceso sumárisimo que, en teoría, debería ser rápido. En consecuencia, el demandado siempre buscaba complicar el asunto y los jueces, ante

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso especializado en Derecho Civil y Procesal Civil - Curso Especializado en Plenos casatorios civiles y Precedentes vinculantes organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 29 de abril del 2023.

** Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado en la Coordinación de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N°. IX-Lima, SUNARP. Ex abogado del Tribunal Registral de SUNARP. Miembro de la Red de Capacitadores de SUNARP. Ponente en diversos institutos jurídicos. Autor de diversos artículos relacionados al Derecho Civil.

cualquier alegato por parte de estos demandados, se inhibían de inmediato o declaraban que el caso no debía ser tratado en esta instancia, sino en un proceso de acción reivindicatoria.

En este sentido, la acción del desalojo que debía ser una acción rápida e inmediata a favor del propietario se convertía al final en una lucha de años y muchas veces, los predios no lo justificaban; por ejemplo, cuartos, departamentos pequeños que se perdían en el camino o simplemente las partes desistían de estos procesos, por lo que se hacía un tanto inútil.

Ahora bien, el profesor Pasco (2001) menciona que: “Los jueces habían llegado a considerar que cualquier circunstancia invocada por los demandados para justificar su posesión hacía inútil al desalojo y obligaba al demandante a acudir a la acción reivindicatoria”.

Entonces, esto pasaba hasta antes de este pleno casatorio; es así que, nos sumamos a la opinión de los profesores que están de acuerdo con este pleno. Sin duda, no es una obra perfecta, pero las intenciones y lo que se resuelve es bastante positivo, se considera que existe un antes y un después de este pleno.

3. Base normativa

Los plenos casatorios sin duda hoy en día vienen marcando una posición importante dentro de nuestro sistema, tanto así, que ya se hace imposible la aplicación de normas sin la correcta interpretación y aplicación de estos precedentes, esto a pesar de no tener un sistema como el common law, puesto que no podemos apartarnos inmotivadamente estos plenos casatorios. En ese sentido, es importante estudiarlos.

Previamente a esto, se sabe que se está hablando de un desalojo, el desalojo de una persona que tiene la posesión de un bien que no le corresponde, además, esto está regulado en nuestra base normativa, el Código Civil y el Código Procesal Civil.

Nuestro Código Civil, primero regula a la posesión como un ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad; entonces, quien va a ejercer probablemente esta posesión precaria no va a contar con un título legítimo para poder poseer el bien.

Ahora bien, estos conceptos de posesión, se resumen en el control que se tiene sobre la cosa, no necesariamente el contacto directo con ella, como en teorías pasadas; sin embargo, hoy nos encontramos con la teoría objetiva de la posesión, esto quiere decir que, con tal de tener el control del bien, soy posesionario, por eso que deviene así una posesión mediata e inmediata.

Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título y corresponde la posesión mediata al poseedor que confirió el título, lo cual no necesariamente tiene que ser sobre bienes inmuebles; por ejemplo, el caso de un carro en un estacionamiento, el propietario que se encuentra en otro lugar sabe que tiene el control (posesión), sobre el bien y la sociedad reconoce eso (reconocimiento social de la posesión), y no se perturba o se atenta contra ella, en consecuencia, ven el auto solo y respetan la posesión de otro. Entonces, a eso se refiere nuestro Código Civil, al control y comportamiento regular de acuerdo al bien, y no al contacto directo.

3.1. Clases de posesión en el Código Civil

Nuestro código ha regulado diversas formas de posesión y dentro de ellas se encuentra la posesión precaria.

La posesión ilegítima es de buena fe cuando el acreedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título. Es así que tenemos un poseedor que puede creer que alguien le ha transferido la propiedad y el bien, y él cree en este título, cuando en realidad este contiene algún vicio o adolece de un vicio, pero él cree en la legitimidad de su cliente.

La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada. Esta buena fe siempre se va a presumir, por ejemplo, vemos muchos colegas o estudiantes que, durante todo el estudio del derecho civil, se habla de diferentes fases, diferentes formas, sobretodo en la contratación o al momento de las tratativas, la negociación, la celebración, la ejecución, en todo el código civil se ve en los derechos reales, en derecho registral, etc.

En este sentido, se ve que todo el código civil va a regular en cierta forma esta presunción de buena fe; es así que nos damos cuenta de que nuestro sistema opta por sobre cualquier cuestión, valorar la buena fe, incluyendo el cuarto u otros plenos casatorios se han mostrado más expresivos en este sentido, a pesar de que no se digan; por otro lado, el código civil nos menciona que el poseedor de buena fe hace suyo de los frutos.

La obligación del poseedor de mala fe es restituirlos; y aquí es donde entra el tema de la posesión precaria del artículo 911 que está resaltado y estudiado en todo el cuarto pleno. Es así que nos damos cuenta de que la posesión precaria, por más ilegítima que sea, nuestro código civil la ha regulado como un tipo de posesión, siendo esta la que se ejerce sin título o cuando se tenía ha fenecido.

Este artículo que aparentemente era tan sencillo no podía ser inmediatamente aplicado por los jueces; es decir, había una suerte de temor, duda y riesgo al momento de su aplicación, entonces, este artículo 911 va a quedar ratificado, de alguna forma, con el cuarto pleno casatorio.

3.2. Presunciones

Debemos recordar que la posesión nos da una presunción de propiedad, es decir, el poseedor se presume propietario mientras no se pruebe lo contrario, pero esta presunción no puede ser opuesta al poseedor mediato por el inmediato, ni tampoco puede oponerse al propietario con derecho escrito; por ejemplo, si uno arrienda su auto no puede venir luego este poseedor inmediato ni puede haber una presunción de él al decir que el auto es suyo, porque se presume que el primero es quien tiene la posesión y en ese caso tiene la posesión mediata, además de también tener el derecho escrito.

En este sentido, esta presunción de propiedad va a tener límites; ósea, la posesión o bien se va a presumir, evidentemente los accesorios también y la posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él. Esta presunción de buena fe corre también para mantener los procesos de prescripción; por ejemplo, si transcurren diez años, ya no interesa mucho el tema de la buena fe, sino el artículo 950 del código civil que permite la consolidación de acto de buena fe.

Se presume la buena fe del poseedor, salvo que exista prueba en contrario; y se presume que la posesión continua si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se resume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario. Lo anterior se menciona a efectos de tener en cuenta, por ejemplo, las transferencias de posesión, las cuales son válidas, ya que hay artículos que la consolidan, pero para suma de plazo posesorio para la prescripción adquisitiva.

3.3. El artículo 546 del Código Procesal Civil - Procedencia

Este artículo habla respecto del proceso sumarísimo de desalojo, el código procesal civil ha tenido algunas modificaciones importantes. Es así que, se tramita el desalojo por ocupante precario de acuerdo con el inciso 4 del 546 del código procesal civil.

Son competentes los jueces de paz letrados para poder ver este tipo de procesos, salvo que, por cuantía, puedan también ser competentes los jueces civiles.

3.4 El proceso de desalojo

Ahora bien, ¿cuál es el objeto del procedimiento de desalojo?, se tramita de acuerdo al proceso sumarísimo con las precisiones que se han determinado líneas anteriores y procede a decisión del demandante el acumular la pretensión del pago del arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal, ósea, cuando ha habido un arrendamiento. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo con su naturaleza.

3.4.1. Sujetos activo y pasivo en el desalojo

El artículo 586 se debe resaltar porque se toma en cuenta en las resoluciones del cuarto pleno casatorio sobre el sujeto activo y pasivo en el desalojo, que era un tema que también no quedaba claro. ¿Quiénes pueden demandar?, cuando hacemos una lectura principal o genérica del código civil, podemos decir que todo está claro, pero nos damos cuenta que los procesos no.

Es así que, pueden demandar el propietario, el que tenga el derecho de propiedad puede demandar el desalojo; puede demandar el arrendador, quien no necesariamente debe tener el derecho de propiedad, por ejemplo, un arrendador que haya subarrendado el inmueble; o un administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio. Entonces, no siempre el propietario es el único legitimado para demandar, podría ser también un usufructuario, o alguien que tenga un derecho de uso, o un arrendador no propietario.

Por otro lado, pueden ser demandados, el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución. Entonces, no siempre va a ser este tema del inquilino moroso y el propietario, sino que, pueden darse otro tipo de supuestos.

3.4.2. Tercero con o sin título

El artículo 587 menciona que si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien éste le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda. El denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso.

Si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle su sentencia.

El tercero puede actuar con litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única.

Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107. Lo anterior es importante porque casi siempre estos casos deben llevarse en sede judicial y no en sede arbitral, porque en esta última no alcanza la competencia. También cabe el caso que pueda aparecer un tercero, y si este no suscribió el convenio arbitral, la cuestión es cómo se le puede desalojar

Es por ello que, en estos casos, siempre se ha recomendado bastante que mejor sea llevado al foro jurisdiccional que al arbitral.

Por otro lado, en cuanto a la falta de legitimidad pasiva, si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que solo se encuentra en relación de dependencia; por ejemplo, un guardián, conservando la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobrecargarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación. Lo anterior se refiere a una nueva notificación, el cual suele ser un tema importante en los procesos.

Asimismo, el artículo 589 del código procesal civil nos sugiere que, además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, ésta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta. Es decir, demandar no solamente la dirección o el DNI del señor que pudo haberlo notificado en su contrato, sino también en el predio su materia de desalojo.

Si el predio no tiene a la vista la numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido.

Además, en cuanto al desalojo accesorio, se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 87.

En cuanto a la limitación de medios probatorios, si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, solo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia. En su caso recordemos que estamos tratando por precario, no por falta de pago ni por vencimiento de plazo que es otra forma de desalojar a la persona.

El profesor Pozo ha comentado en muchas exposiciones, que ¿si hay falta de pago y si hay un vencimiento de plazo, no estamos ante un precario?, este análisis es muy válido, pero también surgen otros profesores que mencionan lo siguiente, mientras tu no lo requieras, no estás ante un precario

y el vencimiento de plazo tampoco hace que confluya un contrato de arrendamiento, lo cual está en el código civil, sino que va hasta el contrario que continúe hasta su requerimiento o se presume su continuación. Entonces, es por eso que nos encontramos ante procesos distintos.

Asimismo, el profesor Fort Ninamancco, quien más ha desarrollado el tema de los plenos casatorios, considera que el precario es cuando uno lo requiere con carta notarial y que la conciliación o situación a conciliar no nos convierte en precarios; es por esto, que son válidas estas diferencias y que existen todavía estos desalojos. Además, pueden considerarse otros tipos de desalojos por falta de pago o vencimiento, siempre y cuando sean bien emplazados.

El requerimiento del lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso.

3.4.3. El pago de mejoras

El tema del pago de las mejoras fue una de las justificaciones que hacían los demandados antes del cuarto pleno y que también resalta lo resuelto en la decisión de la corte para este cuarto pleno, porque antes los demandados, también decían “yo he realizado mejoras”, así que primero se discuta la devolución de estas mejoras para yo poder devolver el inmueble. Entonces, este tema de las mejoras era uno de los pretextos que tenían los demandados para entrapar el proceso de desalojo.

El poseedor puede demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Si antes es demandado por desalojo, deberá interponer su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. Este proceso no es acumulable al de desalojo; sino que, tiene que ser aparte y de acuerdo con el cuarto pleno, ya esto no justifica de que el juez del desalojo no se pronuncie sobre el fondo del bien como antes pasaba.

4. El Cuarto Pleno Casatorio Civil

Se presenta la casación N°. 2195-2011-Ucayali, en la que los demandantes son los hermanos Panduro y los demandados son una pareja, aparentemente los tíos de estos demandantes; la materia era el desalojo por ocupación precaria; y la vía procedimental era un proceso sumarísimo.

Algunos datos de esta demanda:

* Los demandantes acreditan tener su derecho de propiedad inscrito en el Registro de Predios.

* Los demandados sostienen, entre otros, que ellos son propietarios por prescripción, la cual se sabe que no necesita ser declarada, solo basta que se cumpla con los requisitos del art 950. El tema es que algunos consideran hasta la fecha que esta sentencia que habla de la buena fe para diversos supuestos en las adquisiciones necesita una sentencia, y otras que basta solo con cumplir con el artículo 950. Asimismo, la buena fe que habla el TC, hace poco con la sentencia, alcanza para todo; es decir, la buena fe se ha limitado a todo el ámbito de transferencia de propiedad.

Entonces, quien adquiere un bien y sabe que hay una persona en posesión, no está teniendo buena fe del todo y si así la adquiere, él está concurriendo en el riesgo de encontrarse con un prescribiente y, de esa manera, todo guarda relación con la norma y no tenemos que modificar más o al menos interpretar quizás mejor.

La corte en primera instancia ampara la demanda y se ordena el lanzamiento, es decir, verifica que tengamos un título inscrito y si hay propietarios ampara la demanda.

* Los demandados apelan y sugiere que las normas referidas a la conclusión del arrendamiento no se ajustan a la del desalojo por poseedor precario y que no se ha considerado los argumentos con relación a la prescripción adquisitiva de dominio.

La Sala Superior, confirmó el fallo de primera instancia en todos sus extremos, sosteniendo, entre otros, que los documentos presentados por los demandados a efectos de acreditar su condición de propietarios por usucapación aparecían a nombre de terceros, por lo que no queda desvirtuada la condición de poseedores precarios.

Es así que, aquí se considera un punto importante, ya que, uno puede decir que hasta ese momento la sala no tenía un pleno, al menos ya se pronuncia de manera justa y de manera adelantada a lo que le iba a decir el cuarto y hasta el noveno pleno, porque de alguna manera, analiza el argumento de la contestación de la demanda respecto al usucapión.

Ahora bien, hay profesores que sugieren que en segunda instancia tampoco se analizó; es así que se desprende que el cuarto pleno alcanza para diversas posiciones. Sin embargo, se llega a la conclusión que la segunda instancia sí lo hace, solo que los demandados no tenían documentación suficiente para desvirtuar su condición de precario, pero la sala sí se pronuncia.

* Ante la negativa de la primera y segunda instancia, la demandada interpuso recurso de apelación por infracción normativa, puesto que sugiere que se le está demandando por precario con normas de vencimiento de contrato.

En este sentido, se puede decir que ¿hoy en día la demandada podría plantear recurso de casación?

Nos damos cuenta de que esto se modificó en octubre del año 2022, y dijo (entre otros) que, para proceder al recurso de casación, el pronunciamiento de segunda instancia tiene que revocar en todo o en parte la decisión de primera instancia, dicho de otro modo, es que no hubiese procedido en este caso, porque a la demandada le habían declarado en primera instancia infundada y en segunda, confirmada. Entonces, ya tenía dos pronunciamientos en contra, por ende, no hubiese podido ir a un recurso de casación si hoy este caso se hubiese presentado.

Ahora, si se hubiese resuelto correctamente, puede que sí. Es así que todo empieza a guardar relación, recordemos que todo esto son obras humanas y no tienen por qué ser perfectas, pero que guarden una relación o que exista un contexto o un vínculo entre todo lo que ha venido siendo esto; y se corrija cuando hay que corregir, entonces probablemente no se hubiese dado un cuarto pleno casatorio.

4.1. ¿Qué resuelve la Corte Suprema?

La corte declara infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo de derecho.

La corte menciona que no hay contravención al debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.

Ha habido interpretaciones que deben entenderse respecto a la categoría del ocupante precario, por lo que no uniformizar dichos criterios implica dejar subsistentes interpretaciones contradictorias.

Entonces, la corte advierte de que ya había problemas, y entonces no podía esto seguir así, entonces, la corte uniformiza criterios respecto de este ocupante precario.

Es así que la corte en el considerado 3 menciona que hay que precisar que la correcta interpretación del artículo 911 es sobre el precario, y el 586, de los sujetos.

Se resuelve primeramente así que no procede el casamiento, pero por mayoría establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente: Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

Este concepto de precario es un concepto procesal donde evidentemente surge a raíz de un proceso; entonces se llega a la conclusión de que el 911 ha ratificado o ha extendido a este punto de la sentencia, dejando un panorama más claro con respecto de la aplicación de esta demanda por ocupante precario.

Asimismo, cuando se ocupa un inmueble ajeno sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para que sustente o hubiese fenecido de alguna manera frente a este reclamante, por haberse extinguido el mismo. Es así que ya no lo reduce al arrendatario, sino que simplemente vemos más allá de la renta cuando existe un título que hubiese fenecido o vencimiento de plazo en cualquier otro contrato que no necesariamente tenga que ser el de la renta.

Otro supuesto de precario es cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento de este, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien; por ejemplo, el contrato de usufructo, puesto que la disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer. Recordemos que en el desalojo no se discute propiedad, el desalojo es un proceso rápido en donde se discute la posesión, ya que se entiende que el propietario o el demandante no es necesariamente propietario como lo sugiere la misma corte, pero si es el titular legítimo para poder demandar la restitución de la posesión.

En el tercer considerando menciona que interpretar el sentido 585 del código procesal civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911 del código civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute de este, independientemente si es que es propietario o no.

Entonces, lo que nos sugiere la corte es que va a proteger a aquellos que tienen el derecho de poseer el bien, es decir, que van a hacer valer el artículo del 911, y no un artículo al que le podemos sacar la vuelta con el pretexto de las mejoras o con el pretexto de que uno es propietario por prescripción sin pruebas.

Busca, además, establecer, conforme al artículo 586 del Código procesal civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio.

El punto 5 menciona que se consideran como supuestos de posesión precaria a los casos de resolución extrajudicial de un contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1429 y 1430 del código civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

Lo anterior quiere decir que, en efecto, también es precario cuando se resuelve el contrato por alguna causal en el contrato; por ejemplo, una compraventa con contrato de reserva de propiedad, en la cual uno no transfiere hasta que no reciba la paga, y si esto no ocurre, se resuelve y así el contrato de compraventa, al final, nunca se produjo, ya que estaba la reserva, no hubo cumplimiento de la condición, por lo que uno se convertiría en precario.

El considerando 5.2. menciona que será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del código civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato.

No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del código civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato, sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación de este hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

Si bien existen muchas posiciones respecto a esto, podemos encontrar que mientras no haya un requerimiento, el contrato de arrendamiento continúa; pero si el requerimiento pone fin al contrato y por lo tanto el título ha fenecido, estaremos ante un precario. Es decir, el requerimiento sí convierte a esta persona cuyo vencimiento se ha producido en sus títulos en precario, sin embargo, el solo vencimiento sin requerimiento no.

Por otro lado, el considerando 5.3, el cual ha sido modificado, expresa que si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del código civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia —sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico—, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

4.2. Casación nro. 4442 – 2015 – Moquegua - IX Pleno

Se pronuncia en referencia sobre el otorgamiento de escritura pública en el punto 8, que es el que decide esta casación, se modifica lo que sugiere el IV Pleno, pues menciona:

Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del cuarto pleno, en el siguiente extremo, que si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del código civil, habrá que notificarle a las partes, y declarará dicha situación en la parte resolutive, ya no considerativa de la sentencia, y 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.

Entonces, le da un mayor ámbito de acción al juez para poder valorar, ya no en la parte considerativa, sino en la parte resolutive la nulidad manifiesta; por ejemplo, el demandado puede decir que no es un poseedor precario, porque el que me demanda me vendió, pero presenta un contrato de donación, el cual tiene que ser por escritura pública, es así que este caso es uno de nulidad manifiesta; o nos presenta un contrato de compraventa con falta de firma; entonces, la nulidad tiene que ser manifiesta; es decir, que el juez ya no solo tiene que valorar la parte considerativa, sino también la resolutive

Ahora bien, la razón de este pleno es la necesidad de conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, así como las ventajas que, en coherencia y economía procesal, determina la declaración de la nulidad manifiesta.

La idea es que el cuarto pleno funcione y no que con cualquier argucia deje de funcionar; ya que el cuarto pleno hace que funcione el desalojo por ocupante precario, pues como se sabe el desalojo es un proceso complicado y no rápido; entonces, lo que busca el pleno es hacer más ágil esta acción.

Con respecto a la importancia del registro, en el punto 5.4. la enajenación de un bien arrendado cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos convierte en precario al arrendatario; es decir, para aquellos que no han inscrito su arrendamiento respecto del nuevo dueño será precario al arrendatario, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del código civil.

En el punto 5.5 la corte menciona que cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo, sea de buena o mala fe, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

El 5.6 menciona, la mera alegación, haciendo referencia a la prescripción, ya no es medio suficiente, sino que se debe aportar buenas pruebas correspondientes al juez del desalojo valorado, las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique esté facultado sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante; es decir, el demandado debe tener muy buena prueba para generarle convicción al juez.

Ahora, si suponemos que no la tenga, pero que sí sea un propietario con prescripción que en ese momento en el que lo han demandado no tiene todas sus pruebas, no habría hecho todo lo que sugiere el 504 del código procesal civil; y es por ello que puede ser desalojado, aunque podrá demandar en un proceso abreviado su prescripción adquisitiva y podrá pedir luego su restitución del bien. Entonces, lo que busca el cuarto pleno es aplicar el proceso de desalojo para los precarios, que nada obsta que al final pudieran ser ellos propietarios.

En el punto 6, expresa que, en todos los casos descritos, el juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

Asimismo, en el punto 7, en lo que concierne a lo dispuesto para la acción interdical, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdical, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien. Es decir, tendrá que hacerlo en la vía de conocimiento.

Por último, el fundamento 50 de este pleno nos va a decir cuál viene a ser la justificación de que se haya resuelto de esta manera el cuarto pleno, que es del ocupante precario en sede notarial, y hacerlo lo más ágil posible; entonces es garantía del Estado darnos esta facilidad que hasta hoy en día no se ha conseguido pues los desalojos siguen siendo complicados, pero con un panorama más claro gracias al cuarto pleno. En este sentido, el fundamento 50 fundamenta todo el planteamiento del cuarto pleno casatorio, en el que la finalidad es la seguridad y tener un sistema predecible, por lo que el sistema avanza con los plenos casatorios para generar uniformidad con la jurisprudencia.

5. Conclusiones

A modo de conclusión, nuestro sistema lo que está buscando es tener una jurisprudencia ordenada y predecible.

El artículo 1135, 2014 y 2022 tienen algo en común sobre la buena fe, estos artículos prefieren aparentemente al titular registral por encima de cualquier otro, pero ninguno escapa de un término especial, la buena fe. No es que prefiere al titular con mala fe que llegó al registro para imponerse al que no tiene. Es por eso que el cuarto pleno, en su considerando 5, sugiere que vamos a considerar y a valorar las pruebas del prescribiente, para saber si está ante un propietario, y darle la posesión a quien le corresponde, no a quien aparentemente le corresponde.

En esta misma línea, si sumamos todo esto, más los plenos casatorios, nos damos cuenta de que nada está en contra, que todo tiene una relación y lo que se busca al final es proteger lo real por encima de lo aparente, protegiendo la realidad del propietario o del titular de la posesión por encima de lo publicitado en el registro. Que se busque un proceso rápido no significa que al final esto resuelva o determine quién es el propietario o el titular a poseer el bien.

Recordemos que nosotros podemos exigir o reclamar vía derecho de acción las titularidades de la propiedad o al desalojo respecto al derecho de propiedad y la acción reivindicatoria.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. Juan tiene una propiedad y tres hijos, los cuales viven en dicha propiedad. Al morir Juan, solo uno de sus hijos inscribe su derecho sucesorio haciéndose pasar como único sucesor. Luego de eso, él mismo dona la propiedad a un tercero, el cual vende la propiedad a una pareja. La pareja inscribe su derecho en el

registro y posteriormente demanda el desalojo por precario a los dos hijos que no reclamaron su derecho en su momento. En este caso, ¿qué derecho prevalece?, ¿el derecho sucesorio de los hijos o es la buena fe registral de la pareja?

El sentido indica que debería prevalecer el derecho de estos sucesorios, porque no ha habido una cadena de transferencia de buena fe. Asimismo, recordemos que la jurisprudencia está actuando, incluyendo lo que menciona el Tribunal Constitucional (TC), sobre proteger a personas que obren de buena fe, independientemente si usan o no el registro, el cual es un registro declarativo; es decir, no constituye derechos, el registro peruano es un registro optativo.

La jurisprudencia establece que se protege a terceros que hayan obrado de buena fe; es por ello, que, en el caso, se nota que no se ha operado de buena fe; es decir, por un lado, tiene una protección jurisprudencial, lo cual ha dicho el TC; y también tiene lo que ha dicho el código civil, el cual menciona que la acción de petición de herencia es imprescriptible. Es por esta razón, que el caso está a favor de estos sucesores a no ser desalojados.

6.2. ¿Procede el desalojo a usufructuario en registro?, cuando la propiedad pasa a un nuevo propietario que ha comprado en un remate judicial.

Sí, en realidad se puede desalojar a un usufructuario siempre que haya vencido el plazo; ahora, si hay un remate, se entiende que, el juez al dar el remate ha evaluado todo, incluyendo la situación jurídica de este usufructuario.

Además, hay un pronunciamiento judicial y cuando esto pasa, el juez no solamente dispone el desalojo, sino que dispone también el lanzamiento de todas las cargas que haya sobre el bien; por ejemplo, hipotecas, embargos u otras medidas que hubiera habido. Entonces, dentro de ellas, se entiende, que también debió valorar esta situación del usufructuario.

6.3. ¿Considera que el cuarto pleno casatorio civil ha resuelto todos los problemas de la posesión precaria?

No, ya que, si bien en mayor medida ha ayudado a resolver muchas incertidumbres, no cumple al final la idea de poder desalojar a una persona rápidamente, pero al menos nos conduce a identificar a correctos precarios; que a la luz de los códigos era claro, pero al momento de su aplicación el tema de las mejoras y estas alegaciones de prescripción complicaba el asunto.

Se considera que el cuarto pleno, de cierta forma, pone las cosas más claras en la mesa y de alguna forma ayuda en gran parte, no se podría decir que todo, pero si en la mayoría de los casos ayuda en los problemas de desalojo por ocupante precario.

Actos de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge*

Manuel Alexis Bermúdez Tapia**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Contexto Referencial / 2. Proceso judicial / 3. Casación / 4. Respuestas a las preguntas del público.

1. Contexto Referencial

EA l analizar el VIII Pleno Casatorio Civil es evidente que se debe de tomar en cuenta algunas expectativas, más aún cuando el presente tema no solo se vincula al ámbito del Derecho de Familia, sino que también puede conllevar una serie de connotaciones totalmente interesantes, ya que se va a tratar sobre la disposición de un bien de sociedad de gananciales por acción unilateral de uno de los cónyuges.

Para lo cual, se debe de observar el contexto referencial, debido a que no es lo mismo que se lleve a cabo un análisis de un conflicto familiar desde una perspectiva del derecho civil (puro), que una evaluación jurídica de un conflicto desde una perspectiva en el derecho de familia (Bermúdez-Tapia, 2008, p. 69).

En la evaluación de los conflictos de naturaleza familiar en el tiempo se debe evaluar no sólo el aspecto legal y el aspecto humano (los involucrados del conflicto), porque el conflicto familiar suele ser dinámico, subjetivo y supeditado a las acciones de las partes en contradicción en la cual se pre-

*Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil/ Curso Especializado en Plenos Casatorios Civiles y Precedentes Vinculantes, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el día 29 de abril de 2023.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

3 Registrado en RENACYT PO140233 y en el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Scopus ID 57278125300. Correo: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>.

senta la situación donde la persona A es madre soltera y conoce a la persona B, con quien desarrolla una relación matrimonial y tienen una hija, entonces tenemos a esa pareja con una hija matrimonial y a un hijo extramatrimonial. Una situación donde se puede empezar a analizar el futuro contexto patrimonial en la familia, en la cual suscita el siguiente problema: La pareja realiza la compra de un inmueble, sin embargo, la persona A no actualizó su documento de identidad, por lo que, en su estado civil aún figuraba como soltera, por lo tanto, la propiedad no se registró como sociedad de gananciales sino como única titular de la misma a la persona A.

En esencia, lo detallado es lo que se analizó en el Pleno en evaluación y nos permite detallar que es insuficiente evaluar un contexto jurídico sólo con los hechos detallados en un expediente porque la realidad socio familiar en crisis es mucho más compleja de lo que se evaluó.

Por ello, de la realidad en evaluación hay un elemento importante debido a que, en el ámbito patrimonial, las relaciones familiares pueden provocar relaciones patrimoniales que pueden contener elementos de mala fe que agudizan una situación y provocan un conflicto. En forma extensiva, este problema incluye la evaluación de las acciones de terceros respecto al bien social para evaluar si actuaron de buena fe o bajo condiciones negativas al ámbito de lo estipulado en el Código Civil.

En el caso en evaluación, se identifica que el bien figura de forma individual y que es accesible a la economía de todas las partes involucradas. Automáticamente, el hijo de la persona A "articula" la compraventa del inmueble y, la persona A al quedar como adjudicataria del inmueble, realiza la transferencia del bien inmueble a una tercera persona, en este caso, su compañera de vivienda.

En la circunstancia mencionada, fallece la madre de la persona A y no hubo la posibilidad de una sucesión intestada porque no se registró el contexto sucesorio y fallece la persona B, quien era su segunda pareja y su cónyuge con quien adquirió el bien materia de evaluación, por lo que, la hija matrimonial sucede en el ámbito procesal y sucesorio, presentándose la acción judicial.

Normalmente se cree que este conflicto comprendería a los cónyuges, pero de los hechos se desprende el hecho de que la hija matrimonial es quien ejerce una acción en contra del hermanastro y de la tercera persona para así garantizar no sólo sus derechos sino el verdadero contexto de la sociedad de gananciales de sus progenitores. En el caso presentado, los amicus curiae del octavo pleno casatorio civil presentaron posturas divergentes, donde no se evaluó el conflicto familiar.

2. Proceso judicial

Un análisis detallado de los sujetos procesales permite acreditar que estos eran la hija matrimonial de los originales propietarios de un bien, quién pudo complementar el interés y la legitimidad para obrar, respecto a su derecho en el ámbito sucesorio, debido a que heredaba con relación al padre, el 100% (ya que el padre falleció después que la madre) y en relación a la madre, el 50% del padre más un porcentaje de la sucesión por ser heredera forzosa. En el otro ámbito de las partes procesales, el hijo extramatrimonial solo podía comprender de la alícuota un 16% del inmueble como heredero de la madre. Como litisconsortes estaba la pareja del hijo que provocó el contexto de la compra-venta manipulada y la amiga de la pareja del hijo que generó todo este problema familiar.

La demanda de nulidad de acto jurídico fue planteada en el año 2012 y llega a la Corte Suprema en el año 2015, sin embargo, la casación es emitida en el año 2020. En un transcurso de 8 años, es importante tomar este ámbito procesal porque no se tomo en cuenta la perspectiva de las partes involucradas y suscita la siguiente pregunta, ¿qué hubiera pasado si las partes habrían conciliado? Resulta complicado plantearse el asunto debido a que, normalmente, no se concilian en temas patrimoniales cuando se trata de los intereses de las personas fallecidas o en este caso llamadas causantes porque el conflicto familiar no se centra en el análisis del tema sucesorio porque existen elementos de mala fe que han motivado la acción procesal y judicial de la demandante.

La Corte Suprema evaluó en el presente caso, tres aspectos: la nulidad del contrato respecto a la persona A, la convalidación y finalmente, la reivindicación de la misma.

3. Casación

El resultado de la Casación resulta significativo porque se establecieron siete criterios, de los cuales no resultan claros respecto al contexto familiar, porque esta realidad no se suele analizar en el ámbito judicial (Bermúdez-Tapia, 2011, p. 11). No se discutió el conflicto de los hermanos y lo que va a suceder en este aspecto, porque hay que recordar que, durante el tiempo transcurrido, hubo el propósito de perjudicar a la hermana, entonces se plantea lo siguiente: ¿Aún con la sentencia dada, los hermanos podrían volver a tener algún tipo de relación en el futuro?

Es en la situación planteada, en la cual distinguimos en el conflicto civil y el conflicto familiar, este último por regla general, casi nunca se analiza, no se toma en cuenta debido a que se cree que los elementos subjetivos no

resultan importante y lo demás se centra en el ámbito de la evaluación del conflicto civil, determinado, principalmente por los artículos VI del Título Preliminar del Código Civil y el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil que detallan el interés y la legitimidad para obrar; solo aquellos que contengan estos elementos, resultan ser titular de una acción en el ámbito judicial.

En el caso, la hija comprendía aquella potestad, sin embargo, se plasma la figura del litisconsorcio, debido a que la parte demandada comprende al hermano y a la tercera persona, y lo relevante es que el conflicto humano existente no es tomado en cuenta de la misma magnitud que el conflicto civil existente en el caso. No hay un análisis de la conducta para efectos de la cuantificación del daño a favor de la demandante, por lo que se concluye que la Corte Suprema se enfocó solamente en el aspecto civil, sin tomar en cuenta que afecta al desarrollo de las partes procesales.

No hay una sociedad de gananciales debido a que nunca se habilitó el matrimonio antes de la adjudicación de la compraventa, la persona A figuraba como soltera, surge la pregunta, ¿cómo se puede evaluar los conflictos familiares en nuestro país cuando tenemos en nuestro Código Civil, dos sistemas antagónicos, el sistema declarativo y el sistema constitutivo? Sea cual fuere, lo importante es el resultado de la casación.

La casación generó siete grandes elementos de representación:

El primero de ellos va a estar centrado en la evaluación al derecho de propiedad como derecho humano y fundamental, por lo tanto, los derechos de la persona A como parte de la sociedad de gananciales y de forma indirecta, se evalúa los derechos de la persona B, el esposo, pero quién ejecutó estas acciones fue la hija matrimonial, por lo que existe un inconveniente en una evaluación meramente civil.

En este sentido, también se tomó en cuenta la evaluación de la propiedad en un contexto de copropiedad. Al respecto, se debe recordar que una situación de copropiedad es distinta a una situación de sociedad conyugal, debido a que los aspectos legales difieren. Un copropietario no puede intervenir en la propiedad de otro copropietario. En el caso de los bienes inmuebles, existe la posibilidad de adquisición preferencial para el otro copropietario. Sin embargo, en el contexto actual, la sociedad de gananciales difiere de la copropiedad debido a que ambos cónyuges poseen derechos iguales. En la cual no siempre se garantiza la equivalencia de derechos.

Como tercer punto, se evalúa la buena fe en el ámbito inmobiliario al considerar las acciones de la persona A, su hijo y la tercera persona. En este

contexto, se evidencia claramente una intención de perjudicar a la hija matrimonial. Se establece de manera explícita que el artículo 315 del Código Civil requiere una 'actuación conjunta' para disponer del bien en cuestión. Sin embargo, considerando lo mencionado, ¿cómo se puede exigir una acción conjunta si no se ha registrado? ¿Si no se inició la sucesión intestada desde un principio? No se puede evaluar el caso únicamente desde la perspectiva civil, ya que implica considerar una perspectiva más compleja. Es necesario evaluar un asunto adicional: el quinto criterio.

El quinto criterio del caso consiste en evaluar la validez del acto de disposición. Se considera la complementación e integración de toda la legislación para analizar si el acto fue válido. Se sostuvo que si el acto de disposición no contó con la participación de un cónyuge, es nulo; sin embargo, la nulidad se debe de requerir, por lo tanto puede generar una condición de diferenciación debido a que nuestra legislación civil posibilita que un cónyuge acepte validar una transferencia de propiedad ejecutada inicialmente de forma unilateral.

Es importante tener en cuenta que puede ser validado, pero aun así resultar ineficaz; solamente si fue validado. De lo contrario, también es posible recurrir a la figura de la reivindicación, sin embargo, hay que tener en cuenta que los propietarios fallecieron. En consecuencia, corresponde una acción de nulidad respecto al titular del derecho que ya no es el cónyuge sino la hija matrimonial por sucesión procesal, no por sucesión. Luego de la sucesión procesal, puede presentar la sucesión correspondiente.

El presente caso y sus evaluaciones encuadran respecto al conflicto familiar y conflicto civil, este ha sido el punto principal en la casación que ha sido muy cuestionada por no generar una seguridad jurídica, y esto no es por la acción del juez, sino debido a la legislación.

Al exigir salir de la evaluación tradicional a efectos de generar una posición sólida, no se tomó en cuenta el conflicto familiar y no había otra opción de declarar la nulidad en favor de la demandante, en virtud de que la hija matrimonial reclamó en posición de sucesora procesal.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. Le presento el siguiente caso: Se solicita una medida de protección a favor de una persona de la tercera edad, la cual ha sido extraída de su casa y familiares de ella se encuentran usando sus bienes inmuebles. El juez de familia al momento de dictar su decisión desestima la pretensión con el argumento de que es un tema de conflicto de pro-

piEDAD y no un conflicto de familia, declarando infundada la pretensión. Se realiza la apelación y se hace mención del enfoque humano en el caso, en la cual existe una vulneración de los derechos de la persona de tercera edad, en consecuencia, es familiar. Ante lo dicho, existen muchos casos que recurren a este argumento y derivan la competencia a una ajena a la correspondiente y de esa manera rechazan la medida de protección. ¿Lo considera correcto?

Es un problema vinculado al ámbito de la legislación. El contexto judicial para la violencia familiar está entre lo civil y lo familiar, y se encuentra disfuncional. Por lo tanto, los jueces no investigan más allá del asunto, ya que podrían incurrir en prevaricato. Incluso podrían actuar en situaciones contradictorias si hay otros procesos judiciales en curso.

El conflicto familiar en ocasiones no se gusta analizar debido a que implica conocimiento en el ámbito penal, civil, constitucional, procesal y probatorio. Los jueces y legisladores han optado por analizar lo que se tiene, pero esto resulta insuficiente.

Entonces, el rechazo a la medida de protección sería nula por falta de motivación adecuada. Tenemos un problema, no de cómo se resuelve el conflicto, sino el problema está en cuál es el formato de la norma que va a ser aplicable, ya que eso genera competencia y jurisdicción, y los defectos sustanciales son bastante evidentes. En el ámbito de una medida de protección no se toma en cuenta los elementos de naturaleza económica o patrimonial que puedan tener las partes.

Y surge la pregunta ¿se ha visto alguna decisión judicial vinculada al contexto de violencia familiar en la cual se haya probado la acusación? No, entonces ¿cómo los jueces pueden sentenciar y eventualmente imponer sanciones si no tienen elementos probatorios totalmente determinados? En un proceso penal, si hay falta de pruebas o estas no son contundentes, no surge condena, sin embargo, en el contexto familiar, con presunciones se condena. En consecuencia, llegamos a un error del sistema.

REFERENCIAS

Bermúdez-Tapia, M. (2008) Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia. Lima: Editorial San Marcos.

Bermúdez-Tapia, M. (2011) La constitucionalización del derecho de familia. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.