



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno

Demandante: René Huaquipaco Hanco
Demandada: Catalina Ortiz Velazco
Materia: Divorcio por la causal de separación de hecho
Clase de proceso: Proceso de Conocimiento

Sumario:

I. DEL PROCESO.	01
1. Demanda.	02
2. Contestación de la demanda por el Fiscal Provincial.	02
3. Contestación de la demanda y reconvención.	03
3.1. Contestación.	03
3.2. Reconvención.	03
4. Sentencia de primera instancia.	04
5. Sentencia de segunda instancia.	07
6. Recurso de casación: extremos de la sentencia de segunda instancia impugnada.	09
7. Causal del recurso y sus fundamentos.	10
II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.	11
III. CONSIDERANDO.	12
1. El Estado democrático y social de Derecho y los procesos de familia.	12
2. El principio de socialización del proceso y los procesos de familia.	17



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3.	La función tuitiva del Juez en los procesos de familia.	19
4.	Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia.	20
5.	Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia.	23
6.	El divorcio en el Código Civil.	24
	6.1. Clases de divorcio.	24
	6.2. Causales de divorcio.	28
7.	El divorcio por la causal de separación de hecho.	30
	7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.	30
	7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.	31
	7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.	35
	7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.	36
	7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.	36
	7.6. Diferencia con otras causales.	39
	7.7. Efectos legales.	41
8.	La indemnización en el divorcio por separación de hecho.	43
	8.1. Concepto.	44
	8.2. Naturaleza jurídica.	45
	8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.	53
9.	La indemnización o adjudicación de bienes: de oficio y a instancia de parte.	63
	9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.	64
	9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.	67
	9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.	72



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

10. La reconvencción formulada por la demandada en el presente proceso.	75
10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia.	75
10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia.	76
10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.	77
11. Juicio de fundabilidad del recurso de casación.	80
12. De los efectos de la sentencia y el precedente judicial.	82
IV. FALLO.	83
Primero: Infundado el recurso de casación	
Segundo: Precedente Judicial Vinculante	
FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO.	86
I. El fin de la comunidad política.	87
II. La sociedad y el Estado al servicio de la familia.	88
III. La solidaridad y los procesos de familia.	89
3.a) La solidaridad como principio social.	90
3.b) La solidaridad y el crecimiento común de los hombres.	90
3.c) La solidaridad familiar.	90
Parte Decisoria	91



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Casación N° 4664-2010-Puno

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

I. DEL PROCESO.

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

1. DEMANDA.

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Mirian, nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesorias se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL.

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN.

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvencción en los siguientes términos:

3.1. Contestación.

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que éste le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

3.2. Reconvencción.

Interpone reconvencción para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvenccional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US\$.6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniente padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvención sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hancco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado *[debe decir 50%]*, tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvencción por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y sólo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: a) recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor, así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 [debe decir 59 a 72]¹, las que no han sido cuestionadas por el demandante; b) promovió actos de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90², las que tampoco han sido cuestionadas; c) rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le

¹ De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 08 y 21 de julio de 1981, 03 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

² A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román - Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicológico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 06 de mayo del 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y d) inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre del 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58³, no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156. Estos hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrateo de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de

³ De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro pre-universitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorroto de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvencción) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370 del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA.

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA

EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa- toda vez que la reconvención por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquélla, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictoras, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre del 2010.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.

Por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre del 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009 Lima⁴, 1585-2010 Lima⁵, 5512-2009 Puno⁶, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

⁴ En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

⁵ Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.

⁶ En este proceso en particular, el Juez de primera instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

III. CONSIDERANDO:

1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

1.- Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

La doctrina⁷ considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros⁸.

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva

⁷ Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

⁸ Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires - Eudeba, 2000, pp. 44-45.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

2.- Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un "mínimo de garantías" que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho "(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que *medios instrumentales* al servicio de ciertas finalidades"⁹.

3.- Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho¹⁰.

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo "...el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho". Y luego agrega el mismo autor que "Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho..."¹¹.

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de

⁹ Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. Cit., p. 50.

¹⁰ Constitución, artículo 43.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

¹¹ *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: "Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de 'todos' los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma"¹².

4.- Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional¹³ comprometido con la justicia social; el atributo *social* comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario¹⁴.

Háberle precisa además que "Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de 'Estado Constitucional', por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas"¹⁵.

Como puede apreciarse, una de las notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de

¹² Ob. Cit., p. 202.

¹³ La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.

¹⁴ Háberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.

¹⁵ Ob. Cit. p. 226.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

5.- La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio¹⁶.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiendo el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

6.- La denominación de Estado "democrático y social" de Derecho sólo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, "(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho"¹⁷. Tales condiciones materiales se dan no sólo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la

¹⁶ Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

¹⁷ González Ojeda, Magdiel. *El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano*. En: *Derecho y Sociedad* N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democratico-de-derecho-y-el-estado-peruano>.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: "La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros"¹⁸; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares¹⁹. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro²⁰ resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil²¹, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo²², la intervención del Ministerio Público, entre otros.

¹⁸ Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.

¹⁹ Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: "El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina –como dijimos– numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden". En: *Manual de Derecho de Familia*, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.

²⁰ Mangione Muro, Mirta Hebe. *Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado*, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ibidem*).

²¹ Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: "Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

7.- En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde sólo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. "En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen"²³.

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo 052.

2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

8.- Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso²⁴.

9.- Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente

mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana". En: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.

²² Cfr.: Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 84.

²³ Mangione Muro, Mirta Hebe. *Ibidem*.

²⁴ Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

10.- Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material²⁵ dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

²⁵ El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

3. LA FUNCIÓN TUTIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

11.- El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

12.- La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia²⁶.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

*Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos–, los poderes derivados de

²⁶ Cfr. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima – Perú, Librería Comunitas E.I.R.L. 2008, p. 163.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico²⁷.

4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

13.- Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de ésta)²⁸, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía²⁹, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozaini señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*³⁰.

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter processus*³¹. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en

²⁷ Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

²⁸ Cfr.: Gozaini, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

²⁹ Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.

³⁰ Gozaini, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

³¹ Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen³².

14.- Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesorio. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda³³.

16.- Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes

³² Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. Ob. Cit., p. 273.

³³ Al respecto se ha sostenido que: "El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo". En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, *JUS Jurisprudencia*, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)³⁴.

17.- En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la

³⁴ Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA.

18.- Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes³⁵.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, "siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus

³⁵ Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.



Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio Civil

hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal³⁶.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternatively la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19.- También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

20.- Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

6.1. Clases de divorcio.

21.- La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio "absoluto" del divorcio "relativo", según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de

³⁶ Hinostroza Mínguez, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

6.1.1. Divorcio sanción.

22.- Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges —o a ambos— como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

“La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”³⁷.

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”³⁸.

6.1.2. Divorcio remedio.

23.- Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a

³⁷ Quispe Salsavilca, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2*; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp.73-75.

³⁸ Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, pp. 115-116.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó³⁹.

Con alguna razón se sostiene que “[e]l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio⁴⁰; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de la finalidad social del instituto*, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio⁴¹. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar⁴² al divorcio remedio en:

A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

³⁹ Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

⁴⁰ Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

⁴¹ Cfr.: Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., p. 116. Señalan estos autores: “Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración”.

⁴² Respecto de esta sub clasificación, Díez Picazo y Gullón han referido: “Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”. (Ob. Cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.



Corte Suprema de Justicia de la República Tercer Pleno Casatorio Civil

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*).

24.- A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (*divorcio contencioso*), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio⁴³.

25.- La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el

⁴³ Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: "En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la Inconducta de otro, en otros —a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos— se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas". (Ob. Cit., p. 426).