ESTUDIO DE IURE ABOGADOS

Divorcio

Jurisprudencia peruana

comentada

1997-2026 | TOMO ÚNICO

Sentencias completas y comentarios doctrinales
Plenos casatorios y acuerdos jurisdiccionales
Índices cronológico y temático

Abogado Daniel Efrain Valderrama Chacaltana
RESPONSABLE DE LA EDICIÓN Y COMPILACIÓN

Tacna, Perú · 2026

Divorcio

Jurisprudencia peruana comentada · 1997-2026

Tomo único

Editor

Estudio De Iure Abogados

Responsable de la edición y compilación

Abogado Daniel Efrain Valderrama Chacaltana

Tacna, Perú

WhatsApp: 956226278
Correo: deiureabogados70@gmail.com
Página web: https://deiureabogados.net.pe

Edición de consulta · Septiembre de 2026

Investigación y redacción preparadas con asistencia de inteligencia artificial. No es una publicación oficial del Poder Judicial ni del Tribunal Constitucional. Los datos del editor y del responsable corresponden a la información proporcionada para esta edición.

Los facsímiles no son copias certificadas y no conservan la validación criptográfica de los archivos firmados. Para uso procesal debe consultarse la fuente original. No se consigna ISBN ni depósito legal no acreditados.

Introducción

El divorcio pone fin al vínculo matrimonial, pero no agota por sí mismo las cuestiones que deja abiertas la ruptura: cuidado de los hijos, subsistencia, distribución patrimonial, indemnización y efectividad de lo decidido. La lectura de la jurisprudencia exige comprender esa pluralidad de problemas y distinguir los presupuestos de cada pretensión.

Este tomo reúne resoluciones completas, con comentarios previos que identifican el resultado, su razonamiento, conexiones doctrinales y límites. La organización por años permite seguir el desarrollo de la tutela constitucional, la formulación del III Pleno Casatorio Civil y su aplicación posterior. Los índices temáticos permiten una consulta transversal sin perder el contexto cronológico.

El III Pleno es el centro de la obra: su litigio versa directamente sobre divorcio por separación de hecho. Los plenos VIII y X se incluyen por conexidad patrimonial y procesal, respectivamente. No se presentan como plenos especializados en divorcio. Su reproducción íntegra permite investigar las reglas junto con la argumentación y los votos del documento, en lugar de aislar fórmulas de sus presupuestos.

La selección muestra cuestiones que no deben reducirse a titulares: un recurso fundado puede ordenar reenvío sin conceder el divorcio; la función tuitiva no autoriza decisiones sorpresivas; la ausencia de prueba del perjuicio no equivale a negar toda protección económica; y la coexistencia de causales sancionadoras y objetivas genera debates patrimoniales que no aparecen resueltos de manera uniforme.

Los comentarios doctrinales se apoyan en publicaciones consultadas e identificadas mediante las claves D1-D4. La conexión de un artículo con una sentencia posterior es una operación editorial y se declara como tal. Las obras mencionadas por los jueces o citadas por otros autores no se presentan como lecturas directas de esta edición.

La finalidad es ofrecer material de investigación y consulta profesional. No se afirma exhaustividad ni que una sentencia individual refleje necesariamente el criterio vigente de todas las salas. Cada utilización práctica requiere verificar su autoridad, la situación normativa y la semejanza entre los hechos del precedente y los del expediente concreto.

Índice general

Sección	Página
Introducción	003
Índice general	004
Índice cronológico	005
Índice temático	007
Método y alcance documental	008
Guía de investigación y lectura	009
Doctrina y líneas de contraste	010
1997 · Jurisprudencia y acuerdos	011
1998 · Jurisprudencia y acuerdos	027
1999 · Jurisprudencia y acuerdos	032
2011 · Jurisprudencia y acuerdos	037
2012 · Jurisprudencia y acuerdos	148
2013 · Jurisprudencia y acuerdos	154
2014 · Jurisprudencia y acuerdos	167
2015 · Jurisprudencia y acuerdos	181
2016 · Jurisprudencia y acuerdos	233
2017 · Jurisprudencia y acuerdos	259
2018 · Jurisprudencia y acuerdos	321
2019 · Jurisprudencia y acuerdos	354
2020 · Jurisprudencia y acuerdos	449
2021 · Jurisprudencia y acuerdos	565
2022 · Jurisprudencia y acuerdos	583
2024 · Jurisprudencia y acuerdos	589
2026 · Jurisprudencia y acuerdos	623
Bibliografía doctrinal	636
Registro de fuentes judiciales	637

Índice cronológico

C: comentario. T: texto judicial. Se utiliza el año de emisión cuando consta; el X Pleno se ubica en 2020 por difusión, con reserva expresa sobre su fecha de emisión.

Fecha / ficha	Resolución o acuerdo	C	T
1997-04-29 / J01	TC · Exp. 00018-1996-AI/TC	011	012
1997 / J02	Pleno Nacional de Familia · Acuerdo 10	025	026
1998 / J03	Pleno Nacional de Familia · Acuerdos 6 y 9	027	028
1999 / J04	Pleno Nacional de Familia · Acuerdo 1	032	033
2011-03-18 / J05	III Pleno Casatorio Civil · Casación 4664-2010 · Puno	037	038
2011-05-17 / J06	Casación 1785-2010 · Arequipa	134	135
2012-11-16 / J07	Casación 4632-2011 · Lima Norte	148	149
2013-04-16 / J08	Casación 1448-2012 · Lima	154	155
2014-04-03 / J09	Casación 2898-2013 · Lima Norte	167	168
2015-03-20 / J10	Casación 745-2014 · Lima	181	182
2015-03-25 / J11	TC · Exp. 00782-2013-PA/TC · Lima	190	191
2015-08-25 / J12	Casación 186-2015 · Lima Norte	209	210
2015-09-18 / J13	Casación 3475-2014 · Lima Norte	223	224
2016-09-19 / J14	Casación 4176-2015 · Cajamarca	233	234

Fecha / ficha	Resolución o acuerdo	C	T
2016-09-21 / J15	Casación 3882-2015 · Cusco	245	246
2017-05-09 / J16	Casación 2219-2016 · Sullana	259	260
2017-05-16 / J17	Casación 3470-2016 · Lima	289	290
2017-06-13 / J18	Casación 991-2016 · Lima Sur	302	303
2018-05-17 / J19	Casación 3401-2016 · Lima	321	322
2018-06-11 / J20	Auto calificatorio · Casación 1213-2018 · La Libertad	347	348
2019-03-12 / J21	VIII Pleno Casatorio Civil · Casación 3006-2015 · Junín	354	355
2020 / J22	X Pleno Casatorio Civil · Casación 1242-2017 · Lima Este	449	450
2021 / J23	Pleno Nacional Civil Familia · Temas 1 y 4	565	566
2022-08-31 / J24	TC · Exp. 00177-2022-PA/TC · Áncash	583	584
2024-04-18 / J25	Casación 2439-2019 · Loreto	589	590
2026-03-12 / J26	TC · Exp. 02731-2024-PA/TC · Ica	623	624

Índice temático

Sistemas de divorcio y causales

J01 (p. 011) · J10 (p. 181) · J14 (p. 233) · J25 (p. 589)

Separación de hecho: elementos y prueba

J07 (p. 148) · J17 (p. 289) · J20 (p. 347)

Indemnización: procedencia y cuantificación

J05 (p. 037) · J06 (p. 134) · J08 (p. 154) · J09 (p. 167) · J12 (p. 209) · J15 (p. 245) · J19 (p. 321)

Congruencia y derecho de defensa

J11 (p. 190) · J18 (p. 302) · J20 (p. 347) · J26 (p. 623)

Adulterio y caducidad

J13 (p. 223) · J24 (p. 583) · J25 (p. 589)

Bienes sociales y liquidación

J03 (p. 027) · J21 (p. 354) · J16 (p. 259) · J23 (p. 565)

Prueba de oficio y violencia

J02 (p. 025) · J22 (p. 449) · J10 (p. 181)

Divorcio extranjero y consulta

J04 (p. 032) · J23 (p. 565)

Votos y discrepancias

J01 (p. 011) · J05 (p. 037) · J11 (p. 190) · J16 (p. 259) · J21 (p. 354)

Método y alcance documental

Selección y cierre

Consulta cerrada el 3 de septiembre de 2026. Se incorporan 26 unidades comentadas: sentencias, un auto calificatorio y conjuntos de acuerdos. Se priorizan separación de hecho, indemnización, causales, prueba y efectos patrimoniales. Los años sin entradas no significan ausencia de jurisprudencia.

Fuentes y autoridad

Se priorizan copias oficiales del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Las copias de LP Derecho e IUS Latin se identifican en el registro final. Los acuerdos jurisdiccionales se distinguen de los precedentes casatorios y de las sentencias constitucionales. Un pleno del Tribunal Constitucional no es un pleno casatorio civil.

Integridad documental

Cada sentencia se reproduce completa conforme al archivo recuperado, incluidos sus votos y certificaciones. Esto no equivale a incorporar el expediente procesal completo. Del Pleno de 1997 se selecciona el acuerdo 10; de 1998, los acuerdos 6 y 9; de 1999, el acuerdo 1; de 2021, los temas 1 y 4.

Marcas y fidelidad

Se retiran elementos gráficos editoriales de los repositorios sin alterar el contenido judicial. En la Casación 745-2014 se limpia únicamente el margen vacío donde estaba el logo. Se mantienen firmas, sellos y ocultaciones. El reconocimiento automático se utilizó para investigación, no como transcripción literal sustitutiva.

Datación

Los años de expediente no son fechas de emisión. El VIII Pleno se sitúa en 2019 aunque fue publicado en 2020. La copia del X Pleno no precisa la fecha de emisión en su encabezamiento: se coloca en 2020 por difusión. En las actas sin fecha diaria inequívoca se consigna solo el año. La resolución más reciente incluida fue emitida el 12 de marzo de 2026.

Alcance editorial

La cobertura de 2026 es parcial. No se asegura que incluya todas las resoluciones disponibles a la fecha de cierre ni todos los tipos de divorcio. La fuente judicial prevalece frente a la ficha; los comentarios son análisis de investigación, no certificaciones de vigencia ni asesoría sobre un caso concreto.

Guía de investigación y lectura

Leer primero el resultado

Identifique si el recurso es improcedente, infundado o fundado; luego si el tribunal resuelve en instancia o reenvía. La Casación 745-2014 es ilustrativa: exige nueva sentencia y no convierte el incumplimiento de una promesa en causal autónoma.

Separar instituciones

Disolución del vínculo, fenecimiento del régimen, liquidación, alimentos, compensación y resarcimiento son problemas distintos. La sola palabra indemnización no basta para trasladar reglas entre los artículos 345-A y 351.

Reconstruir las fechas

Organice fecha de separación, hechos constitutivos, conocimiento, demanda, reconvención y decisiones. Distinga efectos entre cónyuges y frente a terceros. No utilice el año del número de casación como fecha del criterio.

Controlar alegación y prueba

Para cada conclusión identifique el hecho alegado, la prueba admitida, la inferencia y la oportunidad de contradicción. Un expediente de violencia es relevante, pero no acredita automáticamente todas las afirmaciones de una parte.

Comparar y no equiparar

La falta de prueba del conocimiento en el Exp. 00177-2022 y su acreditación en la Casación 3475-2014 explican resultados diferentes sobre caducidad. El contraste entre el acuerdo de 2021 y la Casación 2439-2019 plantea, en cambio, una divergencia de enfoque sobre coexistencia de causales.

Citar con precisión

Use órgano, número, fecha, fundamento y sentido del fallo. Si cita un voto singular, indíquelo. Los folios de este tomo ayudan a localizar, pero la numeración original y el enlace permiten comprobar el documento judicial.

Doctrina y líneas de contraste

D1 · Cabello Matamala, Carmen Julia

Estudio histórico de sistemas y de la incorporación de la separación de hecho. Las referencias normativas deben leerse según su fecha, no como legislación consolidada de 2026.

Consultar publicación académica

D2 · Santome Sánchez, Aldo

Distingue los regímenes de los artículos 345-A y 351, y critica su traslado indiferenciado a otros conflictos matrimoniales.

Consultar publicación académica

D3 · Alfaro Valverde, Luis

Examina la justificación racional de la iniciativa probatoria y la posibilidad de control de sus razones.

Consultar publicación académica

D4 · Ramírez Huaroto, Beatriz María Lourdes

Analiza el control constitucional de conflictos familiares; incluye el Exp. 00782-2013-PA/TC y permite contrastar límites de congruencia y defensa.

Consultar publicación académica

Precaución temporal

El artículo de 2001 refleja el ordenamiento de su época. Sus referencias a plazos y vías no deben utilizarse como legislación consolidada de 2026. El libro reproduce normas dentro de las sentencias con fidelidad histórica; no incorpora un código actualizado ni sustituye su verificación oficial.

1997 / J01 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 00018-1996-AI/TC

Igualdad, integridad y valoración de las causales

Tribunal Constitucional · 29 de abril de 1997

Localización: Fundamentos 2-3 y fallo; voto de García Marcelo

1. Decisión y alcance

Demanda fundada en parte. El artículo 337 queda limitado a la injuria grave: se elimina la apreciación de sevicia y conducta deshonrosa según educación, costumbre y conducta de los cónyuges. Se conserva el voto parcialmente discrepante.

2. Análisis jurídico

El conflicto constitucional pregunta si la preservación del matrimonio justifica distintos umbrales de tolerancia frente al daño. El fallo impide relativizar las dos causales invalidadas mediante condiciones socioculturales. La discrepancia propone extender esa conclusión a la injuria grave; no es el resultado adoptado.

3. Aplicación y contraste

Al citar esta sentencia, diferencie el texto legal sometido a control, el segmento expulsado y el que subsistió. La protección de la familia no permite presuponer que una persona debe tolerar violencia por su educación o entorno.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 401-404, aporta el contexto conceptual de disolución y sistemas de divorcio. La conexión constitucional formulada aquí es editorial.

5. Límites de utilización

Sentencia de inconstitucionalidad, no pleno casatorio. Las expresiones históricas del texto y la posición minoritaria se reproducen sin convertirlas en recomendaciones del editor.

Ficha técnica D1 · Volver al final del tomo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1

Exp. 018-96-I/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete, reunido el Tribunal Constitucional en SESION DE PLENO JURISDICCIONAL, con la asistencia de los señores Magistrados:

Nugent, Presidente;
Acosta Sánchez, Vice Presidente;
Aguirre Roca,
Diaz Valverde,
Rey Terry,
Revoredo Marsano,
García Marcelo,

actuando como Secretario Relator (e), el doctor José Luis Echaiz Espinoza, pronuncia la siguiente sentencia; con el voto discordante del Magistrado José García Marcelo.

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santisteban de Noriega, contra el artículo 337° del Código Civil, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 295.

ANTECEDENTES:

Admitida a trámite con fecha 03 de enero de 1997; se ordenó el traslado legal correspondiente al Congreso de la República, que en Sesión de Mesa Directiva, de fecha 30 de enero de 1997, nombró como apoderado del Congreso al señor Congresista, don Jorge Muñiz Zichez, ante este Tribunal.

52

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

052

1. LA DEMANDA

La demanda de inconstitucionalidad se interpone contra el artículo 337°, del Código Civil, que dispone: "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges".

Respecto al texto transcrito el accionante expresa, principalmente, lo siguiente:

a) El artículo 337° del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

Este derecho está reconocido en el artículo 2, inciso 2), de la Constitución de 1993, así como también está previsto en el artículo 26° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 24° de la Convención de Derechos Humanos.

Aplicando el test de razonabilidad al artículo 337°, se concluye que éste es discriminatorio, por las siguientes razones: a) El citado artículo coloca a las personas de escasa educación o de pocos recursos económicos en una situación de desventaja en relación con aquellas personas que sí poseen estudios o una buena posición económica; b) Si bien la finalidad de preservar el vínculo matrimonial es legítima, la regulación restrictiva del divorcio en el Código Civil vigente es una muestra de que existen otros medios que pueden conducir al fin, sin sacrificar el principio constitucional de igualdad; c) El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral así como el derecho al honor y a la buena reputación son más importantes que la preservación del vínculo matrimonial; d) No se explica porqué la conducta de ambos cónyuges debe apreciarse sólo en las tres causales aludidas en el artículo 337° y no en las otras, a no ser que se pretenda mantener diferenciaciones históricamente muy arraigadas, y que han situado a vastos sectores de la población en una posición desventajosa y abiertamente contraria al principio de igualdad.

b) El artículo 337° del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la vida, a la integridad moral, psíquica y física.

La violencia contra la mujer, en cualquiera de sus formas, constituye una violación de los derechos humanos, especialmente del derecho a la vida y a la

integridad física, psíquica y moral, recogido en el artículo 2°, inciso 1) de la Constitución Política del Perú.

El derecho a la vida se encuentra reconocido también en el artículo 6° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, norma que reconoce también, en su artículo 5°, el derecho a la integridad personal.

La norma impugnada que señala que la violencia física y psicológica se valora teniendo en cuenta la educación, costumbres y conducta de los cónyuges, determina que la protección de los derechos humanos depende del grado de instrucción y del estrato social al que pertenezca su titular.

c) El artículo 337° del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental al honor y a la buena reputación.

La jurisprudencia ha definido la **injuria grave** como toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común.

La doctrina ha definido el honor como el sentimiento de autoestima, la apreciación positiva que la persona tiene de sí misma y de su actuación. La reputación es la cara opuesta, porque es la buena idea que los demás se hacen de una persona. El honor y reputación son derechos complementarios de la persona y esenciales para que pueda convivir en sociedad.

No se entiende porqué la valoración de la injuria grave dependa de la condición social de los cónyuges. Ante idénticos insultos una persona de escasa educación puede sentirse tan ultrajada como un profesional adinerado. El derecho constitucional al honor y a la buena reputación debe protegerse al margen de la instrucción de la persona y del estrato social al que pertenezca.

La Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental al honor y la buena reputación en su artículo 2°, inciso 7). Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

d) El artículo 337° del Código Civil de 1984, viola los derechos fundamentales a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

La aplicación del artículo 337° del Código Civil trae como consecuencia que aquellas personas cuyas demandas de separación de cuerpos o de divorcio sean desestimadas en atención a su educación y costumbre, continúen soportando hechos de violencia, agravios y deshonor, que vulneran el derecho reconocido en el artículo 2°, inciso 22, de la Constitución Política del Perú.

2 CONTESTACION DE LA DEMANDA

Absolviendo el trámite de contestación de la demanda, el Congreso, a través de su apoderado, el señor Congresista Jorge Muñiz Síchez, la niega y contradice en todas sus partes, principalmente, por los siguientes fundamentos:

a) El artículo 337° del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley.

El primer deber de protección que tiene el Estado recae en la familia, por eso es que en el artículo 337° del Código Civil le otorga facultad al juez para poder analizar las situaciones en las que se han producido la sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa a fin de determinar si constituyen causal de separación de cuerpos, siempre teniendo en cuenta la conservación de la familia.

El reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad los coloca como precedentes en un orden de prioridad. Estas instituciones existen antes de la ley. La ley sólo las reconoce, lo que equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos por lo que están investidos de protección y conservación.

El artículo 337° del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley. Basa su fundamento en lo señalado por el constitucionalista José Coloma Marquina, el cual manifiesta que el Tribunal constitucional español ha dividido en dos áreas la protección al principio de igualdad, desigualdad en la ley y desigualdad en la aplicación de la ley. Continúa diciendo que , "El Tribunal Constitucional analiza la supuesta desigualdad cuando ésta nace de la Ley, determinando primero, si existe una causa objetiva y razonable que fundamenta la no igualdad; y segundo, si dicha

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable, debiendo haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin..."

Es distinto el caso de la desigualdad en la aplicación de la ley: citando al constitucionalista José Coloma , el demandante sostiene que se viola el principio en la aplicación de la ley, cuando un mismo precepto se aplica a casos iguales con notoria desigualdad por motivos arbitrarios, desigualdad que es sinónima para el Tribunal Constitucional Español, de conducta arbitraria. A diferencia del test que se aplica en casos de desigualdad en la ley, donde la razonabilidad se mide en función de la propia norma, en la desigualdad por aplicación de la ley, ésta se mide respecto a la aplicación de la norma al caso concreto; así serán razonables las subnormas deducidas de la norma aplicable de acuerdo a cómo fueron utilizadas. En el control de igualdad en este caso, lo fundamental para el órgano de protección de la igualdad, sino plasman una adecuada tutela judicial

b) El artículo 337° del Código Civil no viola el derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física.

Según los demandados, que citan a José Rubén Taramona, la **sevicia** puede definirse como el trato cruel que da uno de los cónyuges al otro, actos vejatorios realizados a fin de producir un sufrimiento que logre exceder el respeto entre marido y mujer. La sevicia "Se expresa por maltratos físicos, siendo apreciada por los daños materiales que produce. Lo que busca el cónyuge agresor es el sufrimiento del otro cónyuge logrando exceder el mutuo respeto entre marido y mujer".

Considera la parte demandada que el artículo 337° no contribuye a la violación de estos derechos, pues el juez debe calificar la voluntad del infractor y la calidad del receptor debido a que el grado del agravio depende sustancialmente de la forma en que sean apreciados y percibidos los hechos por la víctima en ese momento.

Lo que puede ser sevicia para unos, calificada como una causal de separación de cuerpos puede ser tolerable para otros, por lo que no daría lugar al fundamento de la demanda.

Está condicionado al arbitrio judicial, a la interpretación del juez teniendo en cuenta las condiciones socio económicas y culturales del cónyuge que invoca la acción, evaluando si las causas del maltrato fueron graves o no, si se trata de un

hecho aislado o de un verdadero hábito; si los hechos ocurrieron en público o en privado, o si el uso de la fuerza ocurrió en defensa de un derecho o arbitrariamente.

c) El artículo 337° del Código Civil no viola el derecho al honor y la buena reputación.

Cada persona tiene un conjunto de características propias que constituyen su identidad, por lo tanto, si para unas personas las causales previstas en el artículo 337° del Código Civil pueden ser una grave ofensa, para otros no puede serlo en razón de su comportamiento habitual, costumbres o educación, u otros factores.

Por otra parte, los demandados señalan que "**la injuria grave** está relacionada a las ofensas que se realizan al honor y dignidad del cónyuge, producidas en forma reiterada e intencional por el agresor haciendo insoportable la vida en común. Esta puede darse en forma escrita, verbal , actitudes que denotan un ultraje y que representen un vejámen hacia la personalidad y dignidad". Como atenuación parcial, sostienen, que hay que tener en cuenta que los Tribunales aceptan como principio jurídico el aforismo clásico "Scienti et consentienti non fit injuria" (Al que conoce y consiente, no se le causa injuria o perjuicio).

d) **Respecto a la violación al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.**

La **conducta deshonrosa** consiste en la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto que deben existir entre los cónyuges a fin de lograr la armonía conyugal. La parte demandada no expone mayores argumentos de contestación, respecto a este punto.

Finalmente , considera que la norma contenida en el artículo 337° del Código Civil, no es inconstitucional en tanto que ella sólo faculta al juez "a tener en cuenta" ciertos criterios en función de la naturaleza de las causales invocadas, pues éstas se constituyen luego en juicio valorativo.

Habiendo examinado los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma, así como los manifestados a la vista de la causa, y los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, y habiéndose efectuado la votación en el Pleno convocado, para tal efecto por el Presidente del Tribunal;

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTOS:

Considerando:

1. Que se ha planteado la presente acción con el objeto de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del artículo 337º del Código Civil, que establece que "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges"; que la mencionada disposición se relaciona sistemáticamente con las causales de separación de cuerpos previstas en los incisos 2, 4 y 6 del artículo 333º del mismo cuerpo legal y con las causales de divorcio vincular, conforme al artículo 349 del Código Civil.

2. Que, en consecuencia, este Tribunal debe decidir si la apreciación por el juez, en cada caso concreto, de la educación, costumbre y conducta de los cónyuges es o no discriminatoria, como alega el demandante y para ello debe analizar si la desigualdad de educación, costumbre y conducta entre las parejas casadas, es circunstancia justificatoria del trato desigual que debe hacer el juez, en la aplicación del artículo 337° del Código Civil, como alega el demandado; que el principio de igualdad que la Constitución consagra en su artículo 2 inciso 2) exige, en primer lugar, que la diferenciación en el tratamiento jurídico persiga una finalidad legítima; que es legítima la finalidad del artículo 337° del Código Civil pues consiste en la conservación del vínculo matrimonial, y que es deber del Estado, plasmado en el artículo 4° de la Constitución, proteger a la familia, promover el matrimonio y reconocer a ambos como institutos fundamentales de la sociedad; que, sin embargo, también es legítima y constitucional la finalidad, dentro y fuera del matrimonio, de la defensa y del respeto a la dignidad de la persona humana, como lo establece el artículo 1° de la Constitución vigente, así como la protección del Estado a la vida, integridad moral, física y psíquica de la persona humana y de su libre desarrollo y bienestar, como lo dispone el artículo 2° inciso 1) de la Constitución; que también es legítimo y constitucional el derecho de toda persona al honor y a la buena reputación, como se desprende del artículo 2° inciso 7) de la Constitución; que el derecho a la paz, a la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, también constituye una finalidad legítima y constitucional plasmada en el artículo 2° inciso 22) de la Constitución y, por ello, resulta legítimo y constitucional el precepto del artículo 2° inciso 24), h de la Constitución cuando ordena que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tratos inhumanos o humillantes.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que, en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales y legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del artículo 337° del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, esté o no casada.

Que, el principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, , al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos.

Que si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el artículo 337° del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.

El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano.

3. Que, el término **"sevicia"** utilizado en el artículo 337° del Código Civil y también por los demandados en la contestación a la demanda, debe entenderse sustituído por el de "violencia física y psicológica" y no sólo referido, como parece entender la parte demandada, a los actos de crueldad física; que la violencia física y psicológica a la que se refiere el artículo impugnado del Código Civil, es una violencia alegada como fundamento por la presunta víctima para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio, por lo que no cabe presumir que ha consentido con ella, o que la ha perdonado, sino más bien, que no está dispuesto a tolerarla ni por costumbre, ni por miedo a la separación o al divorcio, ni por su grado de educación o cultura; que la existencia de violencia debe ser comprobada por el juez respecto a su debida existencia, de modo

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

objetivo; que, planteada la demanda de separación de cuerpos o de divorcio por el cónyuge agredido, y comprobada la existencia de violencia por acto o por conducta del otro cónyuge queda configurada y tipificada la circunstancia a que se refieren los artículos 333° y 349° del Código Civil como causal de separación de cuerpos y de divorcio vincular, pues la violencia no deja de ser tal por el hecho de que quien la realiza o el que la sufre, o ambos, tengan determinado nivel de educación o cultura, o vivan en un ambiente donde se acostumbre aceptarla, pues en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y derecho a vivir en paz; que, en consecuencia, siempre que hayan indicios de violencia física o psicológica por uno de los cónyuges debe bastar la exigencia de la presunta víctima a la separación de cuerpos o al divorcio para que sea admitida como presunta causal y pueda iniciarse el proceso; que, dentro del proceso, una vez comprobada fácticamente la violencia, queda probada también la vulneración a los principios constitucionales precitados,y no cabe, por ende, supeditar su carácter de causal, a la educación o conductas de los cónyuges.

Que, en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez mas civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante.

Que, respecto a la **injuria grave,** como causal de separación de cuerpos y de divorcio, la "gravedad" es condición para que la injuria constituya causal; que la gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez, del sentido de honor que ella tenga de sí misma.

Que el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la calumnia y la difamación, incide sólo sobre

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros.

Que, con estas premisas el Tribunal opina que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. El juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor interno del demandante y que, en consecuencia, no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario, estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo, de manera que no constituye, para ese individuo en particular, una injuria grave, capaz de ocasionar la separación de cuerpos o el divorcio. No quiere esto decir que el juzgador deba clasificar a la sociedad por estratos de mayor o menor cultura, costumbres o educación, pues en un mismo estrato económico, social y cultural es posible encontrar parejas y dentro de éstas, personas, con distinta apreciación y sentimiento de lo que constituye una injuria grave: la indagación del juez debe referirse al honor interno de la víctima y a la relación con su pareja, sin que sea gravitante el estrato social o cultural al que pertenezca.

Que la **conducta deshonrosa** como causal de separación de cuerpos y de divorcio exigida por el artículo 337, debe necesariamente concordarse con el inciso 6 del artículo 333 y con el artículo 349 del Código Civil, es decir que no constituye causal cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que "haga insoportable la vida en común". En esta causal debe apreciarse por el juzgador no sólo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge; que el requisito adicional de que "haga insoportable la vida en común" para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución, cuya defensa no debe quedar al arbitrio del juez. Una vez probados los dos extremos del inciso 6 del artículo 333° del Código Civil, es decir que existe conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges y que dicha conducta hace razonablemente insoportable la vida en común, queda configurada la violación objetiva al derecho constitucional que toda persona tiene al honor, a la buena reputación y a la vida en paz, derechos que deben ser reconocidos, independientemente del grado de instrucción de la persona o del estrato social o cultural al que pertenezca.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que, en lo que concierne a la costumbre, si bien el término "conducta" sugiere una "serie" de hechos que pueden suponer una costumbre entre los cónyuges, y por ende ,una situación aceptada tácitamente por el agraviado, tal presunta aceptación no "constitucionaliza" la violación a la dignidad y al honor de la víctima. El requisito adicional a la conducta deshonrosa, de "hacer insoportable la vida en común" supone de modo razonablemente objetivo que, llegado determinado momento, la víctima en la relación conyugal ya no está dispuesta ni puede soportar más la conducta deshonrosa de su cónyuge, a costa de sí mismo y de sus derechos personales básicos: la interposición de la demanda debe considerarse, entonces, como presunción de derecho, de que ese momento ha llegado y la conducta deshonrosa una vez comprobada fácticamente en el proceso, pasa a constituir causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Que, en base al artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política, que prohibe distinguir entre las personas por motivos de origen, condición económica o de cualquiera otra índole; a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por el Perú el 22 de Marzo de 1996, en especial a su artículo 6° que proclama "el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación", derecho que este Tribunal también reconoce a todo varón; al artículo 2 inciso 7) de la Constitución Política que reconoce el derecho fundamental al honor y a la buena reputación, que concuerda con el artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 20° inciso 22 de la misma Constitución Política, que consagra el derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y, vistas las sugerencias del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Tribunal considera que los medios escogidos por el legislador, es decir, la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

62

Por estas consideraciones el Tribunal Constitucional

FALLA:

Declarando fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santisteban de Noriega, contra el artículo 337° del Código Civil, en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria grave, disposición que queda vigente. El artículo 337° del Código Civil, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave.

Regístrese y publíquese en el Diario Oficial, en el plazo de Ley.

SS.

NUGENT

ACOSTA SANCHEZ

AGUIRRE ROCA

DIAZ VALVERDE

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

GARCIA MARCELO

Lo que certifico:

JOSE LUIS ECHAIZ ESPINOZA
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

63

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO DEL SEÑOR GARCIA MARCELO CONCORDANTE CON LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA Y DISCORDANTE, PARCIALMENTE, CON LA PARTE RESOLUTIVA DE SU FALLO.

El Magistrado que suscribe no obstante concordar con la mayoría de los fundamentos contenidos en la sentencia y disentir solo parcialmente, de la parte resolutiva contenida en su fallo, estima que debe declararse Fundada en todos sus extremos la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el artículo 337° del Código Civil y en consecuencia Inconstitucional el referido precepto.

FUNDAMENTOS

Que si bien es cierto que la "injuria grave" como causal de divorcio se encuentra directamente relacionada con la hipótesis de transgresión al derecho al honor, principalmente en su dimensión o esfera interna antes que en su dimensión o esfera externa, ello no supone en modo alguno que los hechos reputados como gravemente injuriosos incidan exclusiva y excluyentemente respecto del sentimiento subjetivo de la persona afectada pues todo insulto calificado, resulta tan reprochable como nocivo para la relación conyugal o de pareja, que no es por principio un asunto sólo individual sino también social, tal y como se desprende del artículo 1° de la Constitución que reconoce como el fin supremo de la sociedad y el Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, y más aún, el artículo 4° de la misma Norma Fundamental que señala como deber de la comunidad y el Estado, promover al matrimonio, que no supone por supuesto y como es evidente, una relación sustentada en el maltrato moral de las personas.

Que en concordancia con lo manifestado, resulta inaceptable la invocación de la ponderación judicial tomando en cuenta circunstancias de educación, costumbre y conducta de los cónyuges, cuando se trata de merituar la causal de "injuria grave", pues ello equivaldría a decir que menos dignidad u honor, le corresponden a una persona de inferior educación o posición socio-economica que a una persona venturosamente nacida en el seno de un hogar con mejores condiciones, cuando el insulto agravado no deja de ser en cualquier circunstancia una ofensa indiscutible por donde se le mire.

Que por otra parte y correlativamente a la transgresión del derecho constitucional al honor y dignidad personales, la exigibilidad de la antes citada ponderación judicial afecta con la misma intensidad tanto el derecho a la integridad moral de las personas como el derecho a la igualdad ante la ley, reconocidos ambos en los incisos 1 y 2 del artículo 2° de la Constitución del Estado, circunstancia al parecer no merituada debidamente en los fundamentos de la sentencia.

Que por último, no existen a mi juicio elementos notoria o razonablemente distintivos entre las causales de sevicia y conducta deshonrosa por un lado y la de injuria grave, por otro, siendo por el contrario las situaciones prácticamente iguales, lo que hace aplicable el principio según el cual "donde existe la misma razón, existe el mismo derecho", siendo en consecuencia igual de inconstitucionales, las tres hipótesis recogidas por el impugnado artículo 337° del Código Civil.

GARCIA MARCELO

Lo que certifico:

JOSE LUIS ECHAIZ ESPINOZA
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1997 / J02 / COMENTARIO JURÍDICO

Pleno Nacional de Familia · Acuerdo 10

Violencia psicológica y prueba trasladada

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1997 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Localización: Acuerdo 10, página 21 del archivo

1. Decisión y alcance

Por consenso se precisan elementos para apreciar la violencia psicológica y se reconoce idoneidad al expediente de violencia familiar, sujeto a valoración conjunta.

2. Análisis jurídico

El acuerdo no atribuye efecto automático a toda denuncia. Distingue el expediente como documento público y la conclusión que puede extraerse de su contenido. La frecuencia, el carácter vejatorio y el sufrimiento aparecen entre los factores históricos de valoración.

3. Aplicación y contraste

Es indispensable identificar qué actuación se incorpora y permitir que se discuta su contenido. La mera existencia de otro proceso no equivale a que todos los hechos denunciados hayan sido acreditados.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 88-90, ofrece un contraste posterior sobre justificación racional de la actividad probatoria.

5. Límites de utilización

Acuerdo orientador de 1997. Sus criterios no sustituyen la legislación posterior sobre violencia ni exigen necesariamente repetición para reconocer una afectación.

Ficha fijada. Conserva referencia original final del tomo.

ACUERDO Nº 10

DIVORCIO POR CAUSAL

Criterios para discernir la causal de violencia psicológica en los casos de divorcio.

¿Qué valor o eficacia probatorios tiene el expediente de violencia familiar para acreditar una causal de divorcio?

Se aprobó por consenso que la causal de violencia psicológica debía ser evaluada tomando en consideración el carácter dañino, vejatorio, intimidante, amenazante o de desprecio presente en el acto, la frecuencia con que se producen los actos, la intención causar daño y el sufrimiento moral.

Por otro lado, se acordó también por consenso que el expediente de violencia familiar es un medio probatorio idóneo como documento público para acreditar una causal de divorcio; pero debe ser apreciado conjuntamente con las otras pruebas aportadas.

1998 / J03 / COMENTARIO JURÍDICO

Pleno Nacional de Familia · Acuerdos 6 y 9

Bienes sociales, terceros y alimentos entre cónyuges

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1998 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Localización: Acuerdos 6 y 9; páginas 15-16 y 21-22

1. Decisión y alcance

El acuerdo 6 considera nula la disposición unilateral y propone discutirla en otro proceso con el tercero adquirente. El acuerdo 9 diferencia alimentos de oficio en separación convencional y divorcio por causal.

2. Análisis jurídico

La fuente documenta dos tensiones: tutela patrimonial frente al derecho de defensa del adquirente, y congruencia frente a subsistencia del cónyuge. No son problemas intercambiables. El acuerdo 9 acepta por mayoría la intervención alimentaria en el segundo supuesto y la rechaza en el primero.

3. Aplicación y contraste

El acuerdo sobre bienes debe leerse junto con el VIII Pleno posterior. La atribución de una prestación requiere distinguir alimentos, liquidación y compensación por separación, con sus respectivos presupuestos.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209, ayuda a separar las distintas pretensiones patrimoniales matrimoniales; no comenta este acuerdo de manera específica.

5. Límites de utilización

No son precedentes casatorios. La referencia histórica a la cónyuge se conserva sin excluir el examen de derechos del otro cónyuge cuando corresponda.

Ficha técnica D1 · referencia original final del tomo.

ACUERDO Nº 6

ACTOS DE DISPO5ICION UNILATERAL DE BIENES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

6.1 QUÉ CONSECUENCIA TIENE LA DISPOSICIÓN UNILATERAL DE BIENES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL?
CONSIDERANDO:
.Que, de conformidad con el artículo trescientos quince del Código Civil, para disponer bienes sociales o gravarlos se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos de poder al otro para ese efecto, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin la intervención de ambos conyugues.

.Que, si contraviniendo dicha norma o practicara actos de disposición de bienes sociales por uno sólo de los conyugues se incurriría en la causal de nulidad de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve inciso uno del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan al orden público según artículo Quinto del Título Preliminar del Código Civil.

.Que, asimismo, ninguno de los cónyuges puede disponer unilateralmente de todo o parte de sus derechos y acciones considerados como cuota ideal, por cuanto el régimen de la sociedad de gananciales es un régimen patrimonial de naturaleza autónoma que goza de garantía institucional y que por tanto no puede equipararse a una copropiedad o condominio.

EL PLENO : POR UNANIMIDAD
ACUERDA:
Que, los actos de disposición unilateral de los bienes sociales, inmuebles o muebles registrables o de derechos y acciones, que pueda hacer uno de los cónyuges sin la intervención del otro es un acto jurídico nulo.

6.1. ¿PUEDE DECLARARSE LA NULIDAD DE UN ACTO DE DISPOSICION UNILATERAL. DE UN BIEN SOCIAL DENTRO DE UN PROCESO DE DIVORCIO?

CONSIDERANDO:
. Que, en los procesos de divorcio en el que se ventilan acciones personalísimas sólo intervienen los cónyuges y el Fiscal Provincial que representa los intereses de la sociedad en juicio, pues la disolución de un matrimonio no es un asunto privado que sólo atañe a los cónyuges sino también a la sociedad;

. Que, la nulidad de un acto jurídico de disposición unilateral de un bien socia efectuado por uno de los cónyuges a favor de un tercero, no es una pretensión acumulable al proceso de divorcio ni como accesoria ni como subordinada, en el que tampoco podría involucrarse a un tercero, por lo que la demanda en ese sentido puede ser declarada improcedente según el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal civil;

. Que la nulidad del acto jurídico no puede declararse de oficio sin la intervención del tercero adquiriente cuyo derecho de defensa no puede ser desconocido;

EL PLENO: POR MAYORÍA

Centro de Investigaciones Judiciales

ACUERDA:

Que, en los procesos de divorcio no se puede acumular o declarar la nulidad de un acto jurídico de disposición unilateral de un bien social, el que debe ser materia de otro proceso en el que sea citado el tercero adquiriente. "

Posición minoritaria:

La posición minoritaria considera que sin la necesidad de declarar la nulidad de ese " acto jurídico de disposición unilateral de un bien, es factible que el Juez al liquidar la sociedad de gananciales pueda adjudicar el valor del bien a la cuota del cónyuge que efectuó el acto de disposición unilateral, siempre y cuando no exista discrepancia, respecto al valor del bien, lo que evitaría un proceso innecesario contra el tercero.

De Iure ABOGADOS

ACUERDO Nº 9:

FIJACIÓN DE OFICIO DE ALIMENTOS, SI LOS CONYUGES NO LOS HAN ACORDADO DE SEPARACIÓN DE CUERPOS

Se dan dos supuestos:
A. Para la separación de cuerpos convencional
9.1. ¿PUEDE EL JUEZ DECLARAR DE OFICIO LOS ALIMENTOS, SI LOS CÓNYUGES NO LO HAN ACORDADO.

CONSIDERANDO:
. Que, en principio la separación convencional resulta una separación de consumo, en la que uno de los requisitos de la acción consiste en acompañar el convenio correspondiente, siendo en este convenio donde se fija el régimen de los alimentos, tenencia de los hijos, régimen de los hijos, etc. Por lo que estando el acuerdo de voluntades plasmado en él, éste no puede ser afectado por intervención de un tercero (el Estado) por lo que el juez no podría ir más allá de lo que las partes han fijado en dicho convenio, deviniendo en aplicable el principio procesal contenido en el articulo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil por el cual "el Juez no puede ir más allá del pedido, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

. Que de otro lado, debe tenerse en cuenta que la fijación de alimentos de oficio para la cónyuge, en procesos de separación de cuerpos o divorcio, atentaría contra el espíritu de la ley, por cuanto está prescrito es por el divorcio cesa la obligación de prestar alimentos, y en la práctica vemos que si los cónyuges no han señalado régimen alimenticio entre si, ello responde a su capacidad económica.

. Por consiguiente, se exige, por parte del Juez, un estudio prolijo de los casos a fin de establecer si las partes en el convenio adjuntado a la demanda, han fijado el régimen alimenticio que les concierne.

EL PLENO POR MAYORIA
ACUERDA:
Por mayoría de 26 votos contra 5, se aprobó que el Juez no puede declarar de oficio los alimentos para la cónyuge, si los cónyuges no lo han acordado .

B. Para el divorcio:
9.2. ¿EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL, PUEDE EL JUEZ DECLARAR DE OFICIO LOS ALIMENTOS?

COMENTARIO:
Al respecto, esta circunstancia debe ser una excepción, fundada en el supuesto que el cónyuge inocente no tenga medios para subsistir; en este sentido la aplicación del acotado articulo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, exige una limitación, que puede ejercitarse cuando no afecta ni el derecho de la defensa, ni el principio contradictorio, vale decir cuando no altera en nada las pretensiones planteadas por las partes ni los hechos alegados sometidos a probanza. De lo expuesto, debemos tener en cuenta que la finalidad del proceso es lograr la paz social en justicia, por lo que no resultaría equitativo que luego de un proceso de divorcio en el que la parte emplazada

si bien mantenga el hogar y cuente con los medios económicos suficientes, a la vez que se resuelva la disolución del vínculo matrimonial, ello pueda conllevar a la extinción de la obligación alimentaria para con su cónyuge, máxime si éste último no cuenta con los medios económicos suficientes para subsistir (dado que se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar, lo que la sitúa en una posición de desventaja), por lo que a fin de no mermar el derecho del cónyuge inocente, el juzgador debe necesariamente emitir una declaración respecto: " derecho alimentario del mismo, a fin de que se le permita llevar una vida decorosa.

EL PLENO: POR MAYORIA
ACUERDA:
Por mayoría de: 23 votos contra 10, se aprobó que el Juez sí puede declarar de oficio los alimentos de la cónyuge.

De Iure ABOGADOS

1999 / J04 / COMENTARIO JURÍDICO

Pleno Nacional de Familia · Acuerdo 1

Reconocimiento de divorcios extranjeros

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1999 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Localización: Acuerdo 1, páginas 1-4 del archivo

1. Decisión y alcance

La mayoría admite homologar divorcios por causales no previstas en Perú, rechaza el reconocimiento de decisiones administrativas y acuerda por unanimidad retrotraer los efectos de la sentencia homologada a su expedición.

2. Análisis jurídico

El acta distingue el orden público internacional de la identidad estricta entre causales nacionales y extranjeras. También muestra una posición histórica restrictiva respecto de la autoridad administrativa, acompañada de razones de minoría.

3. Aplicación y contraste

La investigación de un divorcio extranjero exige separar autoridad emisora, firmeza, defensa y efectos temporales. No basta comprobar que el nombre de la causal coincide con el Código Civil peruano.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 401-402, sitúa históricamente vías judiciales y excepciones administrativas. No se atribuye a la autora un juicio sobre la vigencia actual de este acuerdo.

5. Límites de utilización

Acuerdo de 1999: no se presenta la exclusión de decisiones administrativas como respuesta actual universal. Debe contrastarse con reformas y jurisprudencia posterior antes de usarlo en un expediente.

Ficha técnica D1. Ver referencia completa en el final del tomo.

Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia

1999

ACUERDOS DE LA SESION PLENARIA

ACUERDO Nº 01

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

INTRODUCCION:

1.- Que si bien la comunidad jurídica internacional exige el reconocimiento de la validez de una sentencia extranjera, los ordenamientos nacionales se reservan; un poder de control antes de prestarle la fuerza para su cumplimiento.

2.- Que antes de declarar la homologación de una sentencia extranjera, el Poder Judicial es el llamado a revisar si la misma cumple o no con los requisitos que señala la ley del país ante el que se pretende el señalado reconocimiento.

3.- Que una sentencia extranjera sólo puede tener efectos extraterritoriales si es que ha obtenido el exequatur.

4.- Que el objeto primordial de la homologación de una sentencia extranjera, es reconocer que el conflicto resuelto por la misma tiene el carácter de cosa juzgada, como si hubiera sido dictada por un tribunal nacional.

5.- Que las partes deben atenerse a lo que ya ha sido decidido y no pueden volver a discutir la materia en jurisdicción de otro país: Res judicata por veritate habetur (aún más allá de las fronteras políticas). Este principio permite reconocer a la sentencia extranjera como cosa juzgada, aún sin haber pedido su exequatur.

I.- ¿Afecta al orden público la homologación de una sentencia extranjera que declara el divorcio por una causal no prevista en la ley nacional?

Que no es misión del exequatur analizar el fondo de la controversia resuelta sino únicamente la forma, es decir, verificar que la sentencia extranjera cuya homologación se solicita haya cumplido con los requisitos exigidos.
Que nuestra legislación permite el divorcio por la ley del domicilio.

Que con la homologación de una sentencia extranjera que declara el divorcio, se está resolviendo un problema socio-familiar, desde que las normas relativas al matrimonio y la familia, como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, son de orden público.

Que el artículo 2049° del Código Civil, sólo excluye a la ley extranjera cuando su aplicación resulta incompatible con el orden público internacional.
EL PLENO: POR MAYORIA SIMPLE (30 votos):
ACUERDA:

Que la homologación de una sentencia extranjera que declara el divorcio por una causal no prevista en la ley nacional, no afecta al orden público.

POSICION EN MINORIA (14 votos):
Se afecta al orden público al homologarse una sentencia extranjera que declara el divorcio por una causal no prevista en la ley nacional, porque:
a) no se cumple con lo dispuesto en el inciso 7.- del Artículo 2104° del Código Civil.
b) siendo de orden público las normas relativas al matrimonio y a la familia, se estaría dando fuerza a un divorcio sustentado en una causal ajena a las leyes peruanas.

II.- ¿Es procedente la solicitud de reconocimiento de una resolución administrativa extranjera que dispone la disolución del matrimonio?
CONSIDERANDO:
Que el exequatur está reservado para las sentencias y laudos arbitrajes extranjeros, tal como lo señala el propio Título IV del Libro Décimo del Código Civil.

Que el artículo 2102° del Código Civil se refiere expresamente a las "sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros", es decir, comprende a las decisiones netamente jurisdiccional dejando de lado a las de naturaleza administrativa.

Que la legislación peruana exige el pronunciamiento de una sentencia en el extranjero para proceder a su homologación, en consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no contempla el reconocimiento de resoluciones administrativas expedidas por autoridades extranjeras.

Que una resolución administrativa no reúne las garantías procesales de carácter jurisdiccional que si tiene las sentencias.
Que, una resolución administrativa no garantiza plenamente los principios del debido proceso.

EL PLENO: POR MAYORIA CALIFICA (34 VOTOS):
ACUERDA:

Que no es procedente la solicitud de reconocimiento de una resolución administrativa extranjera que dispone la disolución del matrimonio:

POSICION EN MINORIA (9 VOTOS):
Si es procedente la solicitud de reconocimiento de una resolución administrativa extranjera que dispone la disolución del matrimonio, porque:

a) el juez no puede dejar de administrar justicia
b) en el país que dicha resolución fue dictada, el divorcio por vía administrativa es un mecanismo legal establecido y por tanto aceptable, correspondiéndole al juez nacional revisar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y del debido proceso (requisitos de forma).

III.- ¿Desde cuándo surte efectos en el Perú la sentencia extranjera: a la fecha de expedición de la sentencia de exequatur, declarada la homologación, los efectos de la sentencia extranjera se retrotraen a la fecha de su expedición por el Tribunal extranjero?

CONSIDERANDO:
Que la homologación de la sentencia extranjera implica la revisión de sus formalidades y del cumplimiento de los requisitos contenidos en nuestro Código Civil `para su validez, y una vez otorgada aquella el reconocimiento surte efectos desde el momento en que se dictó las sentencia por el Tribunal extranjero.

Que la homologación de una sentencia extranjera le reconoce a ésta exigibilidad desde su expedición, por lo que en consecuencia tiene efecto retroactivo.

Que la sentencia extranjera homologada retrotrae sus efectos desde la fecha de su expedición, por cuanto es aquella la que constituye derechos, en tanto la homologación tiene un carácter declarativo.

Que la sentencia extranjera surte efectos retroactivamente desde la fecha de su expedición, una vez que queda consentida o ejecutoriada la sentencia de exequatur.

EL PLENO: POR UNANIMIDAD
ACUERDA:

Que los efectos de una sentencia extranjera homologada se retrotraen a la fecha de su expedición.

De Iure ABOGADOS

2011 / J05 / COMENTARIO JURÍDICO

III Pleno Casatorio Civil · Casación 4664-2010 · Puno

Separación de hecho y protección del cónyuge más perjudicado

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 18 de marzo de 2011

Localización: Fallo, reglas 1-6, páginas impresas 83-85; fundamentos 54-80 y voto adjunto

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. El Pleno establece reglas vinculantes sobre tutela familiar, indemnización o adjudicación preferente, alegación, prueba, contradicción e integración del fallo.

2. Análisis jurídico

La obligación del artículo 345-A se vincula con equidad y solidaridad familiar, no con la aplicación indiscriminada del régimen general de responsabilidad civil. La función tuitiva exige examinar la existencia de perjuicio, pero no autoriza una suma arbitraria sin hechos ni elementos de convicción. La regla 3.2 permite alegaciones posteriores a los actos iniciales, con oportunidad razonable de defensa.

3. Aplicación y contraste

La ficha del caso debe separar disolución, condición de cónyuge más perjudicado, modalidad de protección y cuantificación. El cuidado de hijos, la afectación emocional y las desventajas económicas son circunstancias a evaluar, no tarifas. La regla 5 condiciona la integración a que exista fundamentación en la sentencia apelada.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209 y 217-220, distingue la compensación del artículo 345-A del resarcimiento del artículo 351. D4, p. 142, estudia el control constitucional posterior.

5. Límites de utilización

Es el pleno central de este tomo. No debe extenderse automáticamente toda su regulación indemnizatoria a nulidad matrimonial o divorcio sanción. El voto adjunto no sustituye las seis reglas aprobadas.

Ficha doctrinal D4 en el índice final del tomo.

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 reconvención formulada por la demandada en el presente proceso. 75

10.1. La reconvención y la sentencia de primera instancia. 75

10.2. La reconvención 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

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:

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 accesoria 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.

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 reconvención 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. Reconvención.

Interpone reconvención 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 reconvencional, 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

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

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 dia, 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

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 reconvención 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 90[2], 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 psicólogico) 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.

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 reconvención 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 reconvención 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

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 58[3], 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.

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 prorrateo 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 reconvención) 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 reconvención 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).

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.

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 Lima[4], 1585-2010 Lima[5], 5512-2009 Puno[6], 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.

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 doctrina[7] 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 otros[8].

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.

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 Derecho[10].

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.

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 constitucional[13] 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 parlamentario[14].

Häberle 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 la 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] Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.
[15] Ob.Cit. p. 226.

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 matrimonio[16].

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, acogiéndose 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] Gonzáles 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-democrático-de-derecho-y-el-estado-peruano.

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 familiares[19]. 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 Muro[20] 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 civil[21], el reconocimiento de litisconsorcio pasivo[22], la intervención del Ministerio Público, entre otros.

---

[18] Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, sétima 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

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 proceso[24].

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.

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 material[25] 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 prohibe 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).

3. LA FUNCIÓN TUITIVA 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 sentencia[26].

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 Communitas E.I.R.L. 2008, p. 163.

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 jurídico"[27].

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 Echandía[29], 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. Gozaíni 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 proccesus*[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] Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, sétima 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.

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 producen[32].

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 accesoria. 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 demanda[33].

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.

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.

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.

16.- 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 Adolescentes[35].

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.

hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal"[36].

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

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.

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 motivó[39].

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 divorcio"[40]; 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 matrimonio[41]. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar[42] 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.: Diez 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, Diez 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 desenvolviendo 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.

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 matrimonio[43].

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).

proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: "Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges"[44].

6.2. Causales de divorcio.

26.- Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial[45]. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de

[44] Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.
[45] Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

cuerpos[46], estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos[47].

27.- Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio[48]. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen "conductas antijurídicas" que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: "La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosas*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir

[46] Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

[47] Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:
1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

[48] Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino "diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio". (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. Cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: "la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas". (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 439).

actos meramente *culposos*, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor"[49].

28.- Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

29.- Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su

[49] Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado *malicioso*), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.

La causal de divorcio (y de separación de cuerpos) por separación de hecho es incorporada a nuestro sistema civil a través de la Ley 27495, publicada el 07 de julio del 2001, luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. Veamos:

7.2.1. Proyecto de Ley.

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985[50].

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR[51]), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N°

[50] Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.
[51] Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex P. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. Cit., p. 211.

2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001.

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a

votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495.

30.- La Autógrafa del Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de la República fue remitido al Presidente Constitucional de la República Valentín Paniagua Corazao, quien no cumplió con promulgarla dentro del plazo constitucional, por lo que en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso ordenó que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, siendo numerada como Ley 27495 y publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de julio del 2001.

31.- La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado

por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

32.- Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo[52]. El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

Este supuesto configura lo que la doctrina a denominado una excepción al principio de irretroactividad de la ley, la misma que se presenta en los siguientes casos: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4) en los supuestos de disposiciones de carácter complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica.

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería "(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de

[52] Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: "En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado".

esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: *"[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio"*[53].

7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.

33.- Se ha conceptuado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: "La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos"[54].

También se asevera que la separación de hecho es "(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)"[55].

[53] Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: "Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley". En: *Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?* Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF, p. 15.

[54] Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p.256.

[55] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: "(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos"[56].

7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.

34.- La naturaleza jurídica de la causal, *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no sólo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.

35.- Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera

[56] Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero del 2006, se ha establecido que: "El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa".

Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: *material*, *psicológico* y *temporal*.

7.5.1. Elemento material.

36.- Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común[57]. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como "no habitar bajo un mismo techo", sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales[58].

7.5.2. Elemento psicológico.

37.- Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges –sea de ambos o de uno de ellos– para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte

[57] Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: "Este deber, llamado también 'deber de cohabitación', significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo".

[58] Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: "(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta". (*Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?*; Ob. Cit.; p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. *Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho*, JUS Doctrina y Practica, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca refiere que: "(...) no se configura la causal cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente"[59]. En el mismo sentido Plácido Vilcachagua señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros[60].

En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges[61].

Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse.

---

[59] Quispe Salsavilca, David. Ob.Cit., p.110.
[60] Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 48.
[61] Cfr.: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, Ob. Cit., p. 124.

7.5.3. Elemento temporal.

38.- Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan[62].

7.6. Diferencia con otras causales.

39.- Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En

[62] Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: "Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado". En: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.

cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

40.- Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges[63], con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias[64].

7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común.

41.- Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos[65], mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto

[63] Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

[64] En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

[65] Cfr.: Hinostroza Minguez Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

sancionado por el legislador[66]. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

7.7. Efectos legales.

42.- Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva[67]; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

43.- El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, "(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al

[66] Cfr. Quispe Salsavilca, David Percy. Ob. Cit., pp. 119-122.

[67] Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (*ex nunc*), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.

cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares"[68].

44.- Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

A) El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

B) La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa"[69].

45.- La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).

---

[68] Plácido Vilcachagua, Alex F. Ibidem; p. 51.

[69] En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: "Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otro medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil".

b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).

c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343).

46.- En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá –por remisión del artículo 355 del Código Civil– además los siguientes efectos:

a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340).

b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341).

8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO.

47.- Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar

brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

8.1. Concepto.

48.- En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria.

Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: "Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal"[70]. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, "al margen de toda responsabilidad".

49.- Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aún cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

[70] *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio.* Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

50.- No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

51.- El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.

Aún en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

52.- Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

8.2. Naturaleza jurídica.

53.- Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta

aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina[71] se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

8.2.1. Carácter alimentario.

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

8.2.2. Carácter reparador.

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial[72], y al efecto se establece una pensión compensatoria.

8.2.3. Carácter Indemnizatorio.

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial[73]. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta

---

[71] Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: http://www.nuevodivorcio.com/pensión_compensatoria.pdf

[72] "La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil –español-, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio". Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª del 01 de octubre de 1998.

[73] Zarraluqui, Luis Op. Cit. p. 3.

en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

8.2.4. Carácter de Obligación Legal.

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge mas débil[74]. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad[75] y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

8.2.5. Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual.

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad[76].

---

[74] Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. *La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?,* véase el texto en el siguiente enlace: http://www.bibliojutidica.org/libros/4/1943/23.pdf. Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada "indemnización en caso de perjuicio", derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. *Dialogo con la Jurisprudencia*, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp.147 y ss.

[75] Zarraluqui , Luis, Op. Cit. p. 8-9.

[76] La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuridicidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición[77], aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial[78]. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

8.2.6. Nuestro sistema normativo.

54.- Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no sólo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal.

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio

[77] Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo del 2010, en la que sostiene: "Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro".

[78] Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: "Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado". *Responsabilidad Civil derivada del divorcio.* Véase el texto completo en el siguiente enlace: http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf.

Aparicio Auñon sostiene que "(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales"[79].

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el *cuantum* indemnizatorio.

55.- Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria[80].

---

[79] *La Pensión Compensatoria*. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

[80] Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. Cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada *prestación compensatoire* en virtud de la cual "...uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho*. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

56.- En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor ***Alex Plácido Vilcachagua***, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos- los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido[61] debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal- consideramos que como la indemnización debe comprender no sólo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo[62].

En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor ***Leysser León Hilario,*** también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la

[61] El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

[62] Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de "protección del conviviente más perjudicado" (STS de 27 de marzo del 2001, 17 de enero del 2003, 23 de noviembre del 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p.131.

indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58.- Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la "estabilidad económica" del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge[83].

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

59.- Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común[84], particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En

[83] Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre del 2010, dejó establecido que: "Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)".

[84] La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: "En lo que respecta a la *relación de causa a efecto*, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño- haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría"[85].

60.- Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un *juicio de probabilidad,* más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal-, caso contrario, habrá una causa ajena[86].

61.- En el presente caso, para que proceda la indemnización ***(juicio de procedibilidad)*** por los daños producidos como consecuencia –nexo causal- del *hecho objetivo* de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, *pues que se trata del divorcio remedio.* Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en si, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales[87], con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa

[85] Op. Cit. p. 8.
[86] Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. *El Daño y su Cuantificación Judicial*, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 2008, p. 16.
[87] En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil.

Cosa distinta es que en el ámbito del ***juicio de fundabilidad*** se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.

62.- En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio- cualquiera de los cónyuges[88], y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización[89]. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada

[88] En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: "(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)".

[89] La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: "Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras".

como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación[90].

8.3.1. De la indemnización y los daños personales.

63.- Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad[91], si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio- de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

---

[90] También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. *Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano.* En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad,* Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima – Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

[91] Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, la familia monoparental (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. *Familia Monoparental*, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

64.- En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Diez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: "La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas"[92].

65.- El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí[93], con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

66.- Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

---

[92] Ob. Cit., pp. 139-140.

[93] El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor, no puede importar una conducta antijurídica y, por tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

En principio, el "daño personal" a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985 del Código Civil.

67.- El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego[94], aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El **daño biológico** representa la *faz estática* del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima[95].

68.- El **daño a la salud** representa el *aspecto dinámico* del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)[96].

69.- También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al "proyecto de vida" estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano[97].

---

[94] Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. p. 477.
[95] Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho.* Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.
[96] Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Ob. Cit., pp. 66-71.
[97] Fernández Sessarego sostiene que: "El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, "pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos". Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que "la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente" y que "la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción"[98].

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que "la noción del denominado 'proyecto de vida' concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)"[99]. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción

---

condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto." En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, diciembre, 1996.

[98] Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, Ob Cit. p., 412.

[99] Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

pública, una beca de estudios superiores)[100], precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

70.- En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial- a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia[101], como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí.

---

[100] Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida*, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú, 2006, p. 124 y ss.

[101] Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque "el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación". Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Sante Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie[102]. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona[103], tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322[104], y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984[105] y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985[106].

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial[107]. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente[108].

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado[109].

---

[102] Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.
[103] Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.
[104] Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
[105] Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
[106] Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.
El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.
[107] Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.
[108] La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp, ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico – material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".
[109] Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. Cit., p 122.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral[110]. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona[111]. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica[112].

72.- Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto[113].

73.- Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está

---

[110] Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: *Derecho de las personas*, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

[111] Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

[112] Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 208-212.

[113] En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, "(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)".

autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique "un cambio de vida" para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse "un mínimo" o "un máximo", sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros[114].

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes[115].

---

[114] Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

[115] En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio del 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:
"Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.
A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:
1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancias relevante.
En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad".

75.- Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.

76.- Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización[116]. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores[117].

[116] Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 57.
[117] Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p.

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.

77.- La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.

9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.

78.- La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4 y 43 de la Carta Política).

79.- En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite -vía demanda o reconvención- una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?.

80.- En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, **sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios**, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello[118]. Si la parte

[118] La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3016-2006 Lima, publicada el 03 de enero del 2008 en el Diario Oficial El Peruano, se ha estableció que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo "(...) de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los

interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3° del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los "perjuicios".

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico[119] y ha sostenido que "...todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera peticionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que "quien alega un hecho tiene que

casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]".
De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, se ha establecido que: "(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)".

[119] Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

probarlo", vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho"[120].

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: "(...) Sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales"[121]. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el

[120] STC 04800-2009-PA/TC del 05 de marzo del 2010.
[121] STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio del 2010.

cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.

81.- Según el principio dispositivo, *nemo judex sine actore*, el proceso sólo se inicia a instancia de parte, nunca *ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional[122]. No sólo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba[123]. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

---

[122] Hernando Devis Echandía define a la carga como: "un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales". En: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Victor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

[123] En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en "la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio". Carnelutti Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. *Las reglas generales del onus probandi*. En: AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

82.- A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesoria a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvención en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que **debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito**[124], como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso[125].

---

[124] Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

[125] Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvención: "Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o

83.- Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil[126].

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo[127].

84.- Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvencional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio[128]. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título

---

adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvención". *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2009, pp. 525-550.

[126] Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.
La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:
Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
La pretensión se sustente en un derecho indisponible;
Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
El juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

[127] Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.
El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

[128] El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso...".

Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa[129], sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra Constitución.

85.- Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.

86.- Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte -demandante o demandada- implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de

[129] En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: "Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su *decideratum:* la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio". *La Congruencia procesal*, 1ª edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

87.- En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada[130]. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural[131]; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la

---

[130] Cfr.: Peyrano, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario, Argentina, Editorial Libreria Juris, 2008, pp. 103-104.

[131] La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata[132], con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio[133].

9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.

88.- Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio *onus probandi*, esto es la carga de la prueba[134], la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente[135].

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la "noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez

---

[132] Constituyen **pruebas de actuación inmediata** aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

[133] Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

[134] En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

[135] Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte"[136].

89.- La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar.

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimará este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e

[136] *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales,* Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley[137].

90.- No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribirá a los hechos alegados por las partes, aún cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero si hechos respecto a los perjuicios, b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa[138].

Si bien el artículo 480, in fine, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales sólo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

---

[137] Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2366-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre del 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando:"Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos".

[138] Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: "... en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyan al mismo punto". *Sistema dispositivo y prueba de oficio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.

91.- En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO.

92.- La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvención, solicitando que el demandante la indemnice por *daño moral* y *personal*, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvención sobre indemnización por *daño moral*; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

10.1. La reconvención y la sentencia de primera instancia.

93.- La sentencia entre otros, ampara la reconvención de la demandada en la parte referida al *daño moral* y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial

de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

10.2. La reconvención y la sentencia de segunda instancia.

94.- La Sala Superior ha revocado sólo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad- y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el *daño y perjuicio* sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del *proyecto de vida matrimonial*, y que se trata de un supuesto de *responsabilidad civil familiar de tipo contractual*.

También la Sala estima que le corresponde velar por la *estabilidad económica de la consorte perjudicada* así como reparar los *daños a su persona* fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvención en parte, ha señalado un monto indemnizatorio sólo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de ésta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.

95.- En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvención en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: "establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la[s] que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio".

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvencional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvención, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada –demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

96.- No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.

B) En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona[139]. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino

[139] Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, auque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada.

C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.

D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil[140]. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito[141].

97.- En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

---

[140] Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

[141] El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intensiones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

A) Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del *cuantum* indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.

B) Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del "proyecto de vida matrimonial"; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan truncas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.

11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

98.- En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvención se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

99.- Como puede apreciarse de la reconvención, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un prestamo dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US$.6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvención la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvención, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

100.- La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvención, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

101.- En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre

las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvención y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no sólo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvención, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvencional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil.

12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL.

102.- El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República[142] de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

[142] El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.

IV. FALLO:

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

Primero. Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre del 2010, expedida por la Sala Civil de San Román – Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.,

Segundo. Así mismo, declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.
2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.

El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal **pretensión** en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya **alegado o expresado** de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

3.5. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las

siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancia relevantes.

5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo.

SS.

LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON **RAMIRO DE VALDIVIA CANO**

Corte Suprema de Justicia de la República
Tercer Pleno Casatorio Civil

VÍCTOR TICONA POSTIGO

ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ

ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

SABINO LEÓN RAMÍREZ

JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA

RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ

Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora

LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:

En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.

La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos sólo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades –lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas–.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirlas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.

II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas.

Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas sólo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin

trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. Laborem exercens, 19: AAS 73 1981)

III.- LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.

3.a) La solidaridad como principio social

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, "la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos". (Juan Pablo II, Carta enc. Sollicitudo rei socialis, 38:1988 565-566).

3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

3.c) Solidaridad familiar

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9).

También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio"; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

a) Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.

b) Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de

las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece.

Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

2.- En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.

3.- El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.

4.- En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.

5.- Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte

podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

Ramiro V Cano

Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO

Carmen Rosa Champac Cabezas
Relatora

2011 / J06 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 1785-2010 · Arequipa

Tutela económica y cuantificación

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 17 de mayo de 2011

Localización: Considerandos finales y decisión, páginas 10-13

1. Decisión y alcance

Recurso fundado. Al resolver en instancia, la Corte fija S/. 8 000 a favor de la demandada en el extremo indemnizatorio.

2. Análisis jurídico

La sentencia exige valorar el menoscabo y la desventaja concreta del cónyuge. El fallo no se limita a ordenar una nueva motivación, sino que determina un monto. Su fundamentación incorpora consideraciones de solidaridad familiar que deben distinguirse de sus referencias filosóficas o religiosas.

3. Aplicación y contraste

La cuantía es una solución individual, no un mínimo legal. Para invocarla deben compararse los hechos relevantes y el material probatorio, evitando usar la sola duración del matrimonio como equivalencia económica.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209, proporciona una lectura posterior de la finalidad compensatoria del artículo 345-A.

5. Límites de utilización

El documento contiene una formulación no uniforme al describir las decisiones previas. El comentario registra lo ordenado finalmente, sin corregir el facsímil.

Fin del comentario. Retorne a la tabla de contenido final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. NRO. 001785-2010.
AREQUIPA

Lima, diecisiete de mayo de dos mil once.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con los acompañados; vista la causa número mil setecientos ochenta y cinco, en audiencia pública en el día de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley; emite la siguiente sentencia:

1.- MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación presentado por Yeni Mabel Quicaño Gainza, la resolución de vista expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que obra de fojas quinientos cuarenta y siete a fojas quinientos cincuenta y tres, su fecha veintinueve de diciembre del dos mil nueve, que confirma la sentencia apelada de fojas cuatrocientos ochenta y uno a cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha, catorce de mayo de dos mil nueve, en el extremo que declara FUNDADA la demanda de divorcio y en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial que unía a Franz Hugo Arroé Rodríguez con Yeni Mabel Quicaño Gainza, dispone que la patria potestad de Claudia Rocio Arroé Quicaño sea ejercida por ambos padres y la tenencia a favor de la madre. FIJA como régimen de visitas uno abierto a favor del padre. SIN LUGAR a expresión respecto de la fijación de pensión de alimentos para Claudia Rocio Arroé Quicaño por haber pronunciamiento judicial. POR FENECIDA la sociedad de gananciales y sin liquidación de bienes. **REVOCA** en el extremo que FIJA la indemnización en la suma de mil quinientos nuevos soles que debería abonar el demandante a favor de la demandada. REFORMÁNDOLA, con lo demás que contiene, en dicho extremo declararon **INFUNDADA** dicha pretensión por improbada,

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Mediante resolución de folios veintiocho a veintinueve del cuadernillo de casación, su fecha quince de setiembre de dos mil diez, se declaró procedente el recurso de casación propuesto por la demandada Yeni Mabel Quicaño Gainza, por la causal de la infracción de la norma sustantiva contenida en el artículo 345°-A del Código Civil. Al respecto la recurrente manifiesta que la Sala de mérito no ha considerado que en el presente caso existen pensiones pendientes de ser liquidadas, pues la demanda de aumento de alimentos se inició el quince de diciembre del año dos mil, y recién a partir de junio del año dos mil dos, se le otorga la pensión de alimentos ordenada durante tres meses y posteriormente fue disminuida por la empleadora del demandante en un treinta y cinco por ciento, por lo que existe pensiones alimenticias devengadas, lo que configura una indebida aplicación del artículo 345°-A del Código Civil. Asimismo la recurrente afirma que se aplicó indebidamente el referido artículo 345°-A del Código Civil porque no ha considerado el daño personal que se le ha generado y la frustración del proyecto de vida matrimonial, por lo que se debió velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y amparase la indemnización solicitada en su contestación de la demanda.

3.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que la demanda interpuesta por Franz Hugo Arroé Rodríguez está encaminada a obtener principalmente la disolución del vínculo matrimonial con Yeni Mabel Quicaño Gainza y accesoriamente solicita el cese de la obligación alimentaria en aplicación del artículo 350° del Código Civil. En tanto la cónyuge demandada precisa que debe declararse improcedente la demanda, por no cumplir con los requisitos de procedibilidad de la acción, ya que no se encuentra al día con las pensiones alimenticias a su favor y de sus menores hijos, ya que en el

proceso por aumento de alimentos seguido ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Mariano Melgar, expediente número 2000-1336, sobre aumento de alimentos, el proceso se inició el quince de diciembre del año dos mil y recién a partir de junio de dos mil dos, se le paga lo ordenado por el Juzgado.

SEGUNDO.- Que el Juzgado Transitorio de Familia del Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emitió la Resolución número cuarenta y seis del catorce de mayo del dos mil nueve, corriente de fojas cuatrocientos ochenta y uno a cuatrocientos ochenta y ocho, declarando **FUNDADA** la demanda **DIVORCIO** por causal de Separación de Hecho interpuesta por Franz Hugo Arroé Rodríguez en contra de doña Yeni Mabel Quicaño Gainza; en consecuencia, **DISUELTO** el vínculo matrimonial que los unía -causal en que incurrió el propio demandante-; en cuanto a las pretensiones accesorias declara que no procede disponer el cese alimentario como consecuencia del divorcio, por lo que estando en mandato judicial se mantiene éste a favor de la demandada, dejando a salvo el derecho a disentir del demandante; y los cónyuges pierden el derecho a heredar entre sí, el derecho de llevar el apellido del esposo; se dispone que la patria potestad de Claudia Rocio Arroé Quicaño la hija matrimonial, sea ejercida por ambos padres, y confirmando el reconocimiento de la tenencia de la adolescente a favor de la madre. **FIJA** como régimen de visitas uno abierto a favor del padre, para que pueda visitar a su hija. **SIN LUGAR** a expresión respecto de la fijación de pensión de alimentos para Claudia Rocio Arroé Quicaño por haber pronunciamiento judicial. **POR FENECIDA** la sociedad de gananciales y sin liquidación de bienes. **SE FIJA** una indemnización en la suma de mil quinientos nuevos soles que deberá abonar el demandante a favor de la demandada. **DISPONE**: que, consentida o ejecutoriada sea la presente resolución, se remita los partes judiciales respectivos al Registro del Estado Civil que corresponde, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) así como al

Registro personal de los Registros Públicos, previo pago de la tasa judicial respectiva; por considerar: Primero, que, respecto al requisito de estar al día en el pago de pensión alimenticia, este deber se tiene por cumplido en mérito del expediente de aumento de alimentos, que ofrece como prueba la demandada, en el que no hay requerimiento judicial alguno de pago pensiones alimenticias impagas.

TERCERO.- Que, asimismo, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, por Resolución número cincuenta y cuatro obrante a fojas quinientos cuarenta y siete a quinientos cincuenta y tres, REVOCÓ el extremo de la sentencia apelada que fijó el pago de indemnización ascendente a la suma de mil quinientos nuevos soles y CONFIRMÓ la sentencia de primera instancia en lo demás que contiene, bajo el sustento que es necesario tener en cuenta los fundamentos de hecho contenidos en el escrito de contestación de la demanda, en cuanto a que es la misma demandante quien reivindicó para sí la tenencia de los hijos, y que conforme a los certificados ya referidos, resultaría responsable de su crianza y estado emocional. Este extremo revocatorio no guarda coherencia ni equilibrio con la nobleza de la actitud que asume el o la cónyuge frente a los hijos, ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte del o de la cónyuge que incurre en abandono de su familia. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, la aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico; pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos

de la persona y al bien común de todos; incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares. En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil. Téngase en cuenta que ni el poder ni la sociedad crean la juridicidad; pues ésta imana del ser humano.

CUARTO.- Que, conviene para estos efectos, determinar que en los procesos judiciales la meta es la búsqueda de lo justo o res iusta; y en los que versan sobre materias de Derecho de Familia, los jueces tienen obligaciones y facultades específicas y el Estado flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales de la judicatura, sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; y en razón de la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales en el interior de la familia.

QUINTO.- Que debe tenerse en cuenta que, ante todo, se ha de priorizar la protección al hombre (varón o mujer) frente al peligro de ver infringida su dignidad y libertad; pues el hombre y la realidad de la sociedad. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1°, y 2° incisos 1°; 4° y 43° consagran, respectivamente: Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física; y a su

libre desarrollo y bienestar. La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. De esta forma, el Derecho privilegia la dignidad y la libertad del hombre ante la prepotencia de las fuerzas sociales arbitrariedades del poder.

SEXTO.- Que, lo anterior tiene sustento en que la persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible, más aún como lo señala Hervada (Hervada, Javier, Introducción Crítica al Derecho Natural, Página III, Editorial MINOS S.A. de C.V. México DF. 1984) *"... en la dignidad del hombre se contiene el fundamento de todo derecho, de manera que fuera respecto a lo que el hombre es y representa no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de éstos tengan forma de ley".*

SÉPTIMO.- Así mismo, el pronunciamiento judicial debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia. Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia como sociedad natural. También

debe considerarse que el artículo 335° del Código Civil establece que "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio"; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333° inciso 12° del propio Código Civil.

OCTAVO.- Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad» (Juan Pablo II, Exhortación Apóstolica Familiaris Consortio, 44: (mil novecientos ochenta y dos) 136; Santa Sede, Carta de los Derechos de la Familia, artículo 9).

NOVENO.- Debe tenerse en cuenta, de igual modo que como, lo ha expresado el maestro Manuel Sánchez-Palacios Paiva: "El objeto fundamental de la casación tiende a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y de las doctrinas jurídicas, de tal manera que la casación va más allá de los intereses de los particulares, tiene fines más ambiciosos, amplios y trascendentes, que el de remediar la injusticia del caso en particular, pues la sentencia de casación establecerá y determinará: a) si efectivamente se infringió una norma jurídica; b) cómo es que se produjo esa infracción; c) cuál debe ser la correcta o debida aplicación, en el sentido y alcance que fije el Tribunal Supremo. Y es tanto así que, aun cuando el fallo se estime correcto, el Tribunal Supremo deberá adecuar la fundamentación de derecho, cuando sea necesario, por la exigencia del interés público. Los fallos en casación son ejemplificadores para casos futuros. Estos principios integran lo que en teoría se denomina como el "jus constitutionis", que es el carácter público de la casación, que prima sobre los intereses particulares de las partes que se nominan el "jus ligatoris", o aspecto privado. Como reza el artículo 384° del Código, en su nuevo texto dispuesto por la Ley número 29364,

los fines esenciales de la casación son, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a lo que se debe agregar la preservación de las garantías del debido proceso, por ser también una de las causales de casación, como resulta de la concordancia con el artículo 388°, incisos 4° y 396° segundo párrafo. Esta disposición confirma que, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, prima el interés colectivo de la exacta interpretación de la ley sobre el interés privado de la parte recurrente, pues así es declarado como fin de la casación" (Sánchez-Palacios Paiva, Manuel, El recurso de Casación Civil, Página treinta y seis a treinta y siete, Editorial Jurista Editores. Lima-Perú. Dos mil nueve).

DÉCIMO.- En este contexto es de mérito calificar, las circunstancias y hechos probados de autos, como, el que la cónyuge y demandada contestó negativamente la demanda de divorcio, demostrando con ello la voluntad de mantener la unidad familiar; la conducta procesal no idónea del actor que se corrobora con la improbada imputación de infidelidad hecha en contra de la demandada. En razón a lo expuesto, corresponde señalar que la ética y la moral no resultan ajenos al Derecho, como demuestra la prescripción contenida en el artículo 288° del Código Civil sobre los deberes de fidelidad y asistencia que resultan concordantes para el caso, con las que legisla de manera integral, la figura del perjuicio del cónyuge afectado injustamente por el divorcio, en el artículo 345°-A de la misma codificación.

DÉCIMO PRIMERO.- Bajo ese parámetro conceptual de raigambre constitucional, el recurso de casación planteado debe estimarse, por las siguientes razones: a) la demandada no ha dado motivos para la separación de hecho, ello en mérito a lo que se aprecia de la prueba de parte actuada en el proceso y en cuanto a otros procesos judiciales a que se hace referencia, en todos ellos doña Yeni Mabel Quicaño Gainza, resulta ser la parte que solicita tutela jurisdiccional, en defensa de su persona y sus hijos; de protección en un caso contra la violencia familiar y

en los demás para que se le otorgue el derecho esencial a los alimentos de lo que se colige la inexistencia de motivos atribuidos a su parte respecto a la separación de su cónyuge. b) En cuanto al menoscabo y desventaja material, el accionante reconoce en su demanda haber abandonado el hogar conyugal y haber terminado la relación con la demandada y que consecuencia de la separación, ella ha quedado en una manifiesta situación de detrimento material. c) Respecto al daño moral debe merituarse la imputación improbada de la supuesta infidelidad que se atribuye a la demandada y las consecuencias naturales que produce en el seno de cualquier familia la ausencia inmotivada del padre, que obligan en este caso, a asumir todas las obligaciones al otro cónyuge, lo que indudablemente produce trastornos en la salud físicos y psíquicos de los que dan cuenta las conclusiones del atestado policial número 36-2000-XI-RPNP-SRA-CM-SF de fojas seis a ocho, d) Por último, se aprecia que en el presente proceso se ha hecho caso omiso a la graves implicancias que el divorcio importa a la sociedad, ya que podría ser traducido, en indolencia grave por parte del aparato estatal, pese a que la Constitución Política del Estado define al matrimonio y a la familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. e) La recurrida no ha sopesado que el núcleo del Derecho del que el hombre es portador, *"marca la línea divisoria entre legitimidad e ilegitimidad entre la acción jurídica y la acción antijurídica del poder y los grupos sociales"*. (Hervada, Op. Cit. III)

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, bajo esas premisas, este Supremo Tribunal enfatiza la prevalencia de la dignidad humana sobre la prepotencia de las decisiones políticas; la nula juridicidad de los atentados contra el hombre, su dignidad y la familia aunque estas infracciones adopten las formalidades de ley, por lo cual se concluye que la aplicación de la norma sustantiva denunciada trasciende en la causa y tiene incidencia en ella, por tanto, su alcance modificará el sentido de la decisión adoptada por la

Sala Superior e incluso por las instancias inferiores; siendo así, al no verificarse la causal material, debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 396º del Código Procesal Civil.

DÉCIMO TERCERO.- Que es igualmente necesario sancionar , que respecto a la declaración hecha por la sentencia de primera instancia :" Sin Lugar a pronunciamiento respecto de la fijación de alimentos para Claudia Rocio Arroé Quicaño por haber pronunciamiento judicial", que confirma la recurrida. Debe observarse que conforme se ha explicitado en la sentencia de primera instancia, recogiendo el dicho de la demandada en su escrito de contestación a la demanda, que ésta peticiona se deje sin efecto la disminución de pensión de alimentos, lo que difiere en forma y fondo de lo expresado en la recurrida, conforme se ha referido. Siendo que si bien, en efecto se ha verificado de autos la disminución del monto percibido por la demandada por concepto de alimentos, que se materializa en virtud de la existencia de dos mandatos judiciales distintos. Las Formas legales pre establecidas para regularizar este tipo de situaciones, deben obrarse como únicos instrumentos para establecer lo que corresponde a cada uno de los alimentistas con derecho a pensión. Por lo que no resulta amparable en este extremo, la petición de la demandada.

DÉCIMO CUARTO.- Que el fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico; pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos; incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la

delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares. En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil. **A) La solidaridad como principio social:** Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos. La solidaridad es también, "la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos". (Juan Pablo II, Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis, 38: (mil novecientos noventa y ocho) 565-566. **B) Solidaridad y crecimiento común de los hombres:** El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación. El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana. Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras. **C) Solidaridad familiar:** La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y

con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural. Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas. Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad» (Juan Pablo II, Exhortación Apostólica Familiaris Consortio, 44: (mil novecientos noventa y dos) 136; Santa Sede, Carta de los Derechos de la Familia, artículo 9).

DÉCIMO QUINTO.- Que todas estas condiciones se enmarcan en el contexto de las normas constitucionales que amparan a la familia como célula básica y su desarrollo natural a través del instituto matrimonial, y que, por ende, vinculan a la actividad jurisdiccional con el carácter tuitivo que importa la aplicación de las mismas en atención a su naturaleza jurídica. Así pues, en los procesos de divorcio los jueces tienen el deber de sopesar las circunstancias de la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el pre citado artículo 345°-A del Código Civil; condición previa sine qua non para llegar a conclusiones motivadas sobre la materia sub examine. En este entendido y conforme a la ratio legis de la norma constitucional, los jueces deben señalar con criterio de conciencia, si existieron motivos para la separación de hecho, la manifiesta situación de menoscabo, la desventaja material psíquica respecto al otro cónyuge y

la existencia de daño moral. Lo que en el caso de autos ha quedado suficientemente acreditado y que no ha sido debidamente valorado por las instancias de mérito.

3.- DECISIÓN:

a) Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 396° del Código Procesal Civil: Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto de fojas quinientos sesenta a fojas quinientos sesenta y cuatro, por la demandada YENI MABEL QUICAÑO GAINZA; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista corrientes de fojas quinientos cuarenta y siete a quinientos cincuenta y tres, su fecha veintinueve de diciembre de dos mil nueve, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que declara infundada la pretensión de indemnización.

b) Actuando como sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas cuatrocientos ochenta y uno a cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha catorce de mayo del año dos mil nueve, en el extremo que fija una indemnización en la suma de mil quinientos nuevos soles, **REFORMÁNDOLA** ORDENARON al demandante cumpla con pagar la suma de ocho mil nuevos soles a favor de la demandada, los que serán pagados en ejecución de sentencia.

c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; bajo responsabilidad; en los seguidos por Franz Hugo Arroé Rodríguez con Yeni Mabel Quicaño Gainza y el Ministerio Público, sobre divorcio por separación de hecho; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor De Valdivia Cano.

SS.
DE VALDIVIA CANO
WALDE JÁUREGUI
VINATEA MEDINA
CASTAÑEDA SERRANO
MIRANDA MOLINA

Mph/cs.

10 JUL. 2012

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DRA. LESLIE SOTELO ZEGARRA
SECRETARIA
SALA CIVIL PERMANENTE

2012 / J07 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 4632-2011 · Lima Norte

Separación, enfermedad y motivación

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 16 de noviembre de 2012

Localización: Considerandos quinto a octavo y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; nulidad de la sentencia de vista y nuevo pronunciamiento. Se exige valorar la declaración sobre enfermedad y pronunciarse sobre el artículo 345-A.

2. Análisis jurídico

El proyecto de convivencia en Italia y la explicación sanitaria del esposo hacen insuficiente equiparar distancia física con ruptura voluntaria. La declaración sobre tuberculosis era relevante para evaluar por qué no viajó y no podía quedar fuera de la justificación.

3. Aplicación y contraste

La cronología debe relacionar matrimonio, traslado, enfermedad y voluntad de convivencia. El reenvío no decide que toda separación por salud excluya definitivamente la causal: ordena valorar una explicación concreta.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 88-90, permite examinar la suficiencia y racionalidad de las inferencias probatorias.

5. Límites de utilización

Sentencia anulatoria: no concede por sí misma una indemnización ni resuelve definitivamente el divorcio.

Ficha técnica D1. Ver referencia original final del tomo.

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4632 - 2011
LIMA NORTE
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Lima, dieciséis de noviembre
del año dos mil doce.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número cuatro mil seiscientos treinta y dos – dos mil once, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas doscientos sesenta y nueve por Pedro Pablo Quispe Vera contra la sentencia de vista de fojas doscientos cuarenta y tres expedida por la Sala Civil Transitoria de Lima Norte el dieciocho de agosto del año dos mil once que confirma la sentencia apelada de fecha diecinueve de enero del año dos mil once que obra a fojas ciento cuarenta y ocho que declara fundada la demanda. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Concedido el recurso de casación a fojas treinta y cinco del cuadernillo de casación, por resolución de esta Sala Suprema del veintinueve de marzo del año dos mil doce ha sido declarado procedente por la causal relativa a la infracción normativa de carácter procesal apartados **A)** y **C): A)** La Sala debió colegir que en la resolución número dieciséis de fecha diecisiete de diciembre del año dos mil nueve, en la pregunta seis: *"Para que diga qué enfermedad le han diagnosticado: Dijo: me dijeron que tengo TBC; ya no tengo TBC más o menos desde el mes de abril; esa enfermedad la adquirí en el mes de agosto del 2003; yo me casé teniendo TBC; la demandante sí sabía que tenía TBC"*. Es por tal razón que el recurrente no pudo ir a Italia y su cónyuge sabía que tenía esa enfermedad; y **C)** No pudo reconvenir la demanda ya que se encontraba enfermo en el Hospital Hipólito Unánue, por lo que la Sala debió convenir en que la demandante le abone una pensión de alimentos con la cual contribuiría con sus gastos de salud y alimentación hasta que esté bien se salud y poder trabajar, ya que no quiere ser una carga para su padre. **CONSIDERANDOS: PRIMERO.-** Que, a fin de verificar si en el caso de autos se ha configurado la causal de infracción normativa procesal, es necesario señalar que Juana Elena Castillo Mendoza interpone demanda contra Pedro Pablo Quispe Vera sobre Divorcio por Causal de

Separación de Hecho y otro, a fin de que se declare disuelto el vínculo matrimonial contraído con el demandado el quince de septiembre del año dos mil tres, ante la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres, y se le abone un monto indemnizatorio no menor de cinco mil nuevos soles (S/.5,000.00), por daño moral, alegando que desde el año dos mil uno la recurrente se encontraba trabajando en Torino - Italia, acordando con el demandado viajar a dicha ciudad con el propósito de constituir su hogar conyugal sin embargo, el demandado inesperadamente rehusó viajar a Italia, negándose sin razón a convivir con la demandante, no habiéndose consumado la obligación principal de hacer vida en común, por la que la demandante tuvo que regresar sola a Italia el día dieciocho de septiembre del año dos mil tres. Alega que no han procreado hijos, ni tampoco tienen bienes conyugales, encontrándose separados de hecho hace más de cuatro años y tres meses. Asimismo, la recurrente en reiteradas oportunidades ha intentado llegar a un acuerdo con el propósito de formalizar la separación de cuerpos y el divorcio ulterior absoluto; sin embargo, el demandado procurando obtener una ventaja económica pretende demandar por alimentos a efectos de mantenerlo por estar casada y obligada. **SEGUNDO.-** Que, el *A quo* ha declarado fundada la demanda; en consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial habido entre la demandante y el demandado; por fenecido el régimen de sociedad de gananciales; que no corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre alimentos, patria potestad, tenencia y régimen de visitas, por no existir hijos habidos en el matrimonio; no corresponde fijar monto alguno por indemnización a favor del demandado; considerando que del Certificado Migratorio de fojas diecinueve y ciento veintiocho, se aprecia que la demandante salió del Perú el dieciséis de septiembre del año dos mil tres, por lo que está acreditada la separación de los cónyuges por más de dos años; asimismo, la separación de hecho también se encuentra acreditada con la declaración del demandado (fojas ciento doce a ciento quince); además con las declaraciones de Nelly Pineda Murillo y Edelma Violeta Idrogo Cieza, de fojas ochenta y nueve a noventa y uno y de

Norma Soledad Idrogo Cieza (fojas ciento doce a ciento quince) no sólo se acredita el elemento temporal, sino también los elementos objetivo y subjetivo. En cuanto a los alimentos, si bien es cierto que el demandado manifiesta en la audiencia de pruebas de fojas ciento doce a ciento quince que no trabaja y que no puede trabajar porque padecía de TBC, no es menos cierto que reconoce estar curado de dicha enfermedad; siendo así, tratándose de una persona de treinta y siete (37) años de edad, es evidente que puede procurarse ingresos para solventar sus propias necesidades. Por tanto, no corresponde fijar pensión de alimentos para ninguno de los cónyuges, debiendo ordenarse, a tenor del artículo trescientos cincuenta del Código Civil, el cese de la obligación de alimentos entre los mismos. En cuanto a la indemnización (artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil): señala que no corresponde fijar monto alguno, por cuanto ninguno de los cónyuges ha acreditado que se encuentre en estado de necesidad. **TERCERO.-** Que, el Colegiado Superior, ha confirmado la apelada considerando que los medios probatorios actuados por el *A quo* son el acta de matrimonio, el certificado de movimiento migratorio de la cónyuge, con el que se aprecia que la demandada dejó el país el dieciséis de septiembre del año dos mil tres, no registrando retorno. Con las testimoniales de Nelly Pineda Murillo y Edelma Idrogo Cieza (fojas ochenta y nueve a noventa y uno), en que refieren que la demandante trabaja en Torino – Italia, desde el año dos mil uno, siendo que ambos cónyuges decidieron viajar a dicha ciudad con el propósito de construir su hogar conyugal, el demandado rehusó viajar. Que, los cónyuges no procrearon hijos dentro del matrimonio y no existen bienes susceptibles de división y partición. **CUARTO.-** Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de

obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal. **QUINTO.-** Que, analizada la sentencia de vista impugnada se advierte que no se ha realizado una debida valoración de los medios probatorios conforme lo establece el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, puesto que en el numeral tres punto ocho de la recurrida se ha establecido que: *"Con las testimoniales de Nelly Pineda Murillo y Edelma Idrogo Cieza (fojas ochenta y nueve a noventa y uno), en que refieren que la demandante trabaja en Torino – Italia, desde el año dos mil uno (2001), siendo cierto que ambos cónyuges decidieron viajar a dicha ciudad con el propósito de construir su hogar conyugal, porque realizaron trámites administrativos en la Dirección de Migraciones para que el demandado viaje a dicha ciudad, siendo que éste se rehusó viajar…"*; no obstante lo expuesto el Colegiado Superior no ha tenido en cuenta la declaración de parte del demandado realizada en la actuación de pruebas cuya acta obra a fojas ciento doce, en donde señala en la pregunta seis: *"Para que diga qué enfermedad le han diagnosticado: Dijo: me dijeron que tengo Tuberculosis (TBC); ya no tengo TBC más o menos desde el mes de abril; esa enfermedad la adquirí en el mes de agosto del 2003; yo me casé teniendo TBC; la demandante sí sabía que tenía TBC"*. **SEXTO.-** Que, en consecuencia, al señalar el recurrente que no pudo ir a Italia por la enfermedad que padecía y que su cónyuge sabía que tenía esa enfermedad, el *Ad quem* debe valorar el acta de audiencia de pruebas citada a fin de que emita nuevo fallo. **SÉPTIMO.-** Que, por otro lado, conforme lo estipula el segundo párrafo del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, incorporado por el artículo cuarto de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, publicada el siete de julio del dos mil uno, establece que el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos

que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, trescientos cuarenta y dos, trescientos cuarenta y tres, trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos del Código Civil, en cuanto sean pertinentes. **OCTAVO.-** Que, del análisis del pronunciamiento expuesto en la sentencia de vista no se advierte pronunciamiento alguno respecto a lo señalado en el considerando anterior, por tanto deberá emitir pronunciamiento al respecto. **Por las consideraciones expuestas,** al advertirse que el presente proceso se encuentra incurso en la causal de infracción normativa de carácter procesal denunciada; es de aplicación el inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Pedro Pablo Quispe Vera, por consiguiente **CASARON** la sentencia de vista; en consecuencia **NULA** la resolución impugnada de fecha dieciocho de agosto del año dos mil once que obra a fojas doscientos cuarenta y tres; **ORDENARON** que el Colegiado Superior expida nuevo fallo con arreglo a ley y conforme a lo señalado precedentemente; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Juana Elena Castillo Mendoza contra Pedro Pablo Quispe Vera, sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho y otro; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

S.S.
TICONA POSTIGO
ARANDA RODRÍGUEZ
PONCE DE MIER
VALCÁRCEL SALDAÑA
MIRANDA MOLINA
Ivc/Gvq

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. Flor de María Concha Moscoso
Secretaria (e)
Sala Civil Transitoria
CORTE SUPREMA

2013 / J08 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 1448-2012 · Lima

Prueba del perjuicio y separación acordada

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 16 de abril de 2013

Localización: Fundamentos 10-12 y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. Se mantiene el fallo sin indemnización porque no se demostró la condición de cónyuge más perjudicada.

2. Análisis jurídico

La Corte considera la separación por mutuo acuerdo reconocida por la demandada y la mayoría de edad de los hijos. La conclusión depende de la falta de acreditación del perjuicio en ese expediente; no establece que el acuerdo de separarse borre necesariamente toda desventaja.

3. Aplicación y contraste

Conviene distinguir consentimiento a la ruptura y renuncia a una pretensión patrimonial. La argumentación debe mostrar qué hechos permiten identificar desequilibrio, no limitarse a sostener que todo divorcio produce sufrimiento.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209, ofrece el marco para diferenciar ruptura e indemnización, que no son consecuencias automáticamente equivalentes.

5. Límites de utilización

El encabezamiento judicial identifica Lima, aunque el nombre del archivo oficial contiene otra referencia territorial. Se respeta la identificación de la resolución.

Ficha técnica D1. Referencia al final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1448-2012
LIMA

SUMILLA.- En los procesos de divorcio por separación de hecho el monto de la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil debe ser fijada únicamente cuando se demuestra quien es el cónyuge perjudicado.

Lima, dieciséis de abril de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número mil cuatrocientos cuarenta y ocho – dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho número mil cuatrocientos cuarenta y ocho – dos mil doce, se ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas quinientos cincuenta y seis por la demandada **María del Rocío Armida Airaldi Quiñones**, contra la sentencia de vista obrante a fojas quinientos cuarenta y seis, su fecha once de enero de dos mil doce, que confirmando la apelada de fojas cuatrocientos noventa y seis, su fecha veintidós de julio de dos mil once, declara fundada la demanda interpuesta por Bruno José Ferraro White; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial civil celebrado entre los citados cónyuges, el fin del régimen de la sociedad de gananciales, y no haber mérito para fijar la indemnización a titulo de cónyuge perjudicado, por no haberse acreditado que alguno de los dos cónyuges ostente la condición de perjudicado en la separación.

II. ANTECEDENTES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1448-2012
LIMA

DEMANDA

Por escrito de fojas cincuenta y tres, Bruno José Ferrero White, demanda a su cónyuge María del Rocío Airaldi Quiñones, solicitando el divorcio por la causal de separación de hecho, la disolución del vínculo matrimonial y se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Alega que contrajo matrimonio con la demandada el veinte de julio de mil novecientos setenta y ocho ante la Municipalidad Distrital de Miraflores, procreando tres hijos, actualmente mayores de edad. La separación se produjo el veintiocho de julio de dos mil cinco por mutuo acuerdo, habiendo fijado cada cónyuge un domicilio personal; asimismo, precisa que ha cumplido con abonar los gastos de estudios de sus hijas y sufraga sus gastos de alquiler, mantenimiento, alimentación y servicios comunes del departamento donde residen.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por su parte los codemandados absuelven la demanda en los siguientes términos.

María del Rocío Armida Airaldi Quiñones

a) Sostiene que la demanda no reúne los requisitos legales previstos en el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, esto es, acreditar estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas.

b) El actor se comprometió a asumir todos los gastos que demandaban los estudios de sus hijas, compromiso que ha sido incumplido desde el veintisiete de setiembre de dos mil ocho, atendiendo a que no ha cumplido con pagar los gastos universitarios, asimismo desde marzo de dos mil ocho no ha realizado el depósito para sus gastos personales.

c) Cuestiona el valor probatorio de la denuncia policial que no acredita la separación, en tanto fue elaborada para justificar el inicio de la demanda.

Ministerio Público

a) Alega que el vínculo matrimonial se encuentra acreditado con la copia de la partida del matrimonio.

b) En relación al tiempo de separación se encuentra acreditado con la denuncia que obra a fojas veintidós.

PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Mediante resolución de fecha dos de agosto de dos mil diez que obra a fojas doscientos dieciséis, se declaró saneado el proceso y se fijó como punto controvertido:

Determinar si procede declarar fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, consecuentemente, declarar fenecido el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales y su subsiguiente liquidación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución de fojas cuatrocientos noventa y seis, su fecha veintidós de julio de dos mil once, dicta sentencia declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, declara jurídicamente divorciados a ambos cónyuges, disuelto el vínculo matrimonial, fenecida la sociedad de gananciales y declara no haber mérito a fijar indemnización a título de cónyuge perjudicado por no haberse acreditado que alguno de los dos cónyuges ostente tal condición, el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges y el derecho a heredarse entre si.

Dicha decisión se sustenta en lo siguiente:

i) En relación al requisito establecido en el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, si bien los cónyuges se deben recíprocamente alimentos; sin embargo, para que estos sean exigibles como requisito de procedencia deben haber sido fijados judicialmente o por acuerdo previo entre los cónyuges. En el caso de autos no se ha acreditado la existencia de acuerdo extrajudicial o sentencia alguna en la que se determine la exigibilidad de la

obligación alimentaria a cargo del accionante, por lo que no resulta exigible este requisito.

ii) Los cónyuges se encuentran separados de hecho desde el veintiocho de julio de dos mil cinco, conforme se prueba con la denuncia policial de retiro forzado de fojas veintidós y la propia declaración de parte de la demandada quien reconoce expresamente que el demandante ya no vive en la casa conyugal desde mediados de dos mil cinco, por lo que se ha cumplido con el requisito de temporalidad previsto en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil.

iii) La separación de los cónyuges ha sido consensuada por ende se debe entender que ambos cónyuges convinieron en hacer su vida separadamente, por tanto no se advierte la existencia de un cónyuge perjudicado que pueda ser objeto de un resarcimiento indemnizatorio, más aún si no obra prueba que acredite que como consecuencia de la separación la demandada ha sufrido daño en su salud física o mental, que se hubiese sometido a terapias psicológicas o de soporte emocional.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDADA

Argumenta lo siguiente:

I) La demanda contiene un supuesto de inadmisibilidad, al no contener los requisitos legales del primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, y si bien sus hijos a la interposición de la demanda eran mayores de edad, sus hijas no habían culminado sus estudios universitarios, y al momento de la separación el actor se comprometió con asumir los gastos que corresponden a dichos estudios y algunos gastos personales conforme se advierte del correo electrónico del veinticinco de enero de dos mil siete.

II) No se ha realizado un conveniente y adecuado análisis de las pruebas presentadas, ya que en autos existe un correo del siete de febrero de dos mil seis que no ha sido cuestionado, donde el demandante señala que devolverá los gastos del amoblado, en el alquiler y depósito en garantía, los cuales no han sido cancelados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1448-2012
LIMA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

Elevados los autos a la Sala Superior en mérito del recurso de apelación interpuesto por la cónyuge demandada María del Rocío Airaldi Quiñones, se expide la sentencia de vista de fojas quinientos cuarenta y seis, del once de enero de dos mil doce, confirmando la apelada por los siguientes fundamentos:

i) con relación al cumplimiento del requisito de procedencia previsto en el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil para que los alimentos entre los cónyuges sean exigibles como requisito de procedencia de la demanda, deben haber sido fijados judicialmente o por acuerdo previo entre los cónyuges, lo que no se ha acreditado en autos, además según las actas de nacimiento de los hijos procreados entre los cónyuges se aprecia que a la fecha que se produjo la separación habían superado la mayoría de edad, por lo que en caso de subsistir obligaciones alimentarias no resultaba exigible por la cónyuge.

ii) si bien el demandante expresó libremente su disposición y voluntad de devolver el monto de gastos realizados a su favor por la cónyuge demandada, no llegó a establecerse un acuerdo sobre un monto determinado de dinero que pudiera ser materia de devolución; tal es así que mientras el accionante considera una suma de préstamo en soles, la demandada considera la misma en dólares, de donde resulta una diferencia considerable. La comunicación habida entre los cónyuges mediante correo electrónico resulta insuficiente para constituir una obligación exigible con arreglo a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.

iii) La separación de hecho se encuentra acreditada con el reconocimiento de ambas partes, habiendo expresado la demandada que se encuentra separada de su cónyuge de mutuo acuerdo.

III. <u>RECURSO DE CASACION DE LA DEMANDADA</u>

Contra la resolución expedida por la Sala Superior obrante a fojas quinientos cuarenta y seis, la demandada María del Rocío Armida Airaldi

Quiñones interpone recurso de casación, mediante escrito de fojas quinientos cincuenta y seis.

Esta Sala Suprema, según resolución de fecha veinte de junio de dos mil doce, obrante a fojas veintinueve del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación por la **infracción normativa sustantiva del artículo 345-A del Código Civil** *(que regula el requisito de procedencia de la demanda de separación de hecho y la indemnización del cónyuge que resulte perjudicado con la separación)*; la recurrente alega que, en su contestación a la demanda señaló expresamente que ésta debía declararse inadmisible por no haber acreditado el actor estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas, en tanto el demandante además de incumplir con su obligación alimentaria, ha omitido honrar otras obligaciones que asumió formalmente, entre ellas, una deuda expresa y que fue incluso aceptada por el actor a favor de la recurrente en un correo electrónico, los que no han sido debidamente evaluados por las instancias de mérito.

En cuanto al segundo párrafo de dicho dispositivo legal, precisa que resulta claro que ha sido la recurrente la perjudicada con la separación, toda vez que no sólo se vio obligada a asumir los gastos que el demandante no honró, sino que no se le restituyeron los gastos que el actor generó y reconoció al momento de la separación.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

La cuestión jurídica en debate consiste en determinar si el demandante se encontraba al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas para incoar la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, y si la recurrente es la cónyuge que ha resultado perjudicada con la separación.

V. FUNDAMENTOS

1. Que, el **artículo 345°-A del Código Civil** señala: *"Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes".*

2. Que, en primer lugar, esta Sala Suprema analizará los supuestos contenidos en el primer y segundo párrafo del acotado artículo; el primero de ellos regula el requisito de la demanda de separación de hecho, y el segundo, la indemnización a favor del cónyuge perjudicado.

Presupuesto legal de la demanda de separación de hecho

3. Que, deben analizarse las razones que han dado lugar a la causal de separación de hecho. En efecto, los legisladores al momento de redactar esta norma tuvieron en cuenta que su finalidad era resolver un problema social, el cual consistía en dejar de mantener la ficción de una relación conyugal, la cual producía daños a las partes quienes tendrían la posibilidad de rehacer sentimentalmente su vida o formalizar sus nuevas relaciones de pareja. Por ende, al igual que toda norma legal, el fin último de los legisladores fue el procurar resolver el problema social surgido entre dos personas que, a pesar del tiempo de separación, no tenían posibilidad legal de separarse y divorciarse, bajo las estrictas

causales del divorcio, propias de un sistema jurídico absolutamente protector del matrimonio; que es en esas circunstancias que se dicta la norma que instituye como causal de divorcio la separación de hecho, convirtiendo nuestro sistema o modelo de divorcio sanción, en un sistema o modelo plurimodal en donde también se insertan causales propias del sistema o modelo del divorcio remedio.

4. El autor Varsi Rospigliosi señala que: *"la separación de hecho es la negación del estado de vida en común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, la cohabitación"*.[1]

5. Conforme lo señala la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495 (*que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio),* establece que para fines de incoar la demanda no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo, dispositivo legal que guarda coherencia con lo establecido en el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil.

6. En relación a los alimentos el maestro Cornejo Chávez sostiene lo siguiente: *"se trata de un derecho personalísimo, porque está dirigido a garantizar la subsistencia del titular del derecho en cuanto subsista el estado de necesidad, además, este derecho no puede ser objeto de transferencia inter vivos ni de transmisión mortis causa"*.[2]

---

[1] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *"Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y Uniones Estables"*. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2011. p. 353.
[2] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica, 10 ed. 1999. p. 575

7. De lo señalado precedentemente cabe concluir que como un requisito para interponer demanda invocando esta causal es que el demandante se encuentre al día en el pago de los alimentos u otras obligaciones que se hubieren pactado entre los cónyuges. Lo que va brindar seguridad y garantía al cónyuge demandado, puesto que incluso el cónyuge culpable de la separación puede invocar la separación de hecho.

8. Conforme lo han determinado las instancias de mérito, en el caso de autos no existe prueba que determine la existencia de un acuerdo extrajudicial o un mandato judicial que determine la exigibilidad de la obligación alimentaria a cargo del demandante, y si bien es cierto la recurrente señala que existen comunicaciones vía correo electrónico en la que el actor reconoció mantener una deuda con ella, no puede establecerse que dichos correos resulten un acuerdo expreso sobre el monto de dinero que corresponde ser devuelto, el que incluso no ha sido requerido su pago por la impugnante; por tanto no resulta exigible al demandante el requisito de procedencia contenido en el artículo 345-A primer párrafo del Código Civil; por lo que este extremo del recurso es **infundado**.

Indemnización al cónyuge perjudicado.

9. Que, esta Sala Suprema ha establecido en reiteradas sentencias casatorias el criterio de que el Juez está en la obligación de fijar, de oficio, una indemnización de daños y perjuicios, cuando de la apreciación de los medios probatorios llegue a la conclusión de la existencia de un cónyuge perjudicado con la separación e, incluso, esta propia Corte Suprema, ante dicha situación, ha actuado de manera prudencial, estableciendo una indemnización a favor del cónyuge perjudicado; posición que se desprende de lo expuesto en diversas sentencias, entre ellas, la Casación N° 5620-2007, de fecha cinco de noviembre de dos mil ocho, cuando en su sétimo considerando establece que *"En tal virtud, este Supremo Colegiado considera –*

contrario a lo sostenido por la Sala Superior- que si bien es cierto la demandada no solicitó como pretensión el pago de una indemnización de daños y perjuicios; sin embargo, estaba en la obligación de fijar una indemnización en cumplimiento del mandato expreso de la ley"; asimismo, en el considerando octavo de dicha sentencia se precisa que *"(...) Este Colegiado llega a la conclusión de que la Sala Superior ha incurrido en error in iudicando al no pronunciarse respecto de los daños y perjuicios ocasionados a la cónyuge demandada, bajo el sustento de que no lo ha solicitado y, además, porque consideró que no se habría acreditado quién es el cónyuge culpable, cuando el numeral denunciado lo que busca es determinar la existencia del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos y las dificultades económicas que enfrente; por consiguiente, el artículo 345-A del Código Civil resulta aplicable al caso de autos, debiendo esta Sala fijar una indemnización de daños y perjuicios prudencialmente, acorde con las pruebas acreditadas en el proceso en cuestión".*

10. Los fundamentos de la presente resolución adoptan los criterios establecidos por la Casación N° 1859-2009-LIMA, su fecha veinte de octubre de dos mil nueve, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que **fijó principios jurisprudenciales** sobre el caso en concreto, los que se sintetizan en lo siguiente: *"**a)** El artículo 345-A del Código Civil conlleva a que el juzgador determine obligatoriamente sobre la existencia de un cónyuge perjudicado, conforme su apreciación de los medios probatorios en cada caso concreto, así como su consecuente deber, de existir tal perjuicio, de fijar una indemnización a cargo de la parte afectada u ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos. **b)** El segundo párrafo del mencionado artículo 345 exige en forma imperativa al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el*

daño que se le cause a efectos de cuantificarlo vía indemnización, aunque ello no haya sido solicitado por las partes en la etapa procesal correspondiente; y, ***c)*** *En caso no haya sido solicitada dicha pretensión por el cónyuge perjudicado, el Juez, en virtud del mandato legal, deberá fijarlo necesariamente como punto controvertido para someterlo a debate".*

11. A mayor abundamiento, debe precisarse que mediante sentencia expedida el dieciocho de marzo del dos mil once recaída en la Casación N° 4664-2010-Puno, publicada en el diario oficial "El Peruano" el trece de mayo del mismo año, las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República desarrollaron el Tercer Pleno Casatorio Civil, en el que se fijaron una serie de criterios sobre la indemnización regulada en el precepto legal anotado, estableciendo como precedente judicial vinculante, entre otras, las siguientes reglas: *"2) En los procesos sobre divorcio -y de separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de los hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil".* En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

12. En tal virtud, examinada la resolución recurrida, se llega a la conclusión que si bien las instancias de mérito no han fijado un monto indemnizatorio a favor de la recurrente; sin embargo, no se ha probado en autos que dicha demandada haya demostrado ser la cónyuge más perjudicada con la separación de hecho, en tanto la separación fue por mutuo acuerdo conforme lo ha reconocido la emplazada en su

declaración de parte de fojas doscientos veintisiete, además que a la fecha de materializada la separación los tres hijos procreados con el actor habían adquirido la mayoría de edad, por lo que en caso de subsistir la pensión alimenticia correspondía a ellos solicitarla, siempre y cuando cumplan los presupuestos que establece la ley; en consecuencia, esta Sala Casatoria considera que este extremo del recurso extraordinario también resulta infundado.

VI. DECISIÓN:

En aplicación del artículo 397° del Código Procesal Civil:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por María del Rocío Armida Airaldi Quiñones a fojas quinientos cincuenta y seis; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha once de enero de dos mil doce, obrante a fojas quinientos cuarenta y seis, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Bruno José Ferraro White con María del Rocío Armida Airaldi Quiñones sobre divorcio por la causal de la separación de hecho; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Almenara Bryson. —

SS.

ALMENARA BRYSON

HUAMANÍ LLAMAS

ESTRELLA CAMA

CALDERON CASTILLO

CALDERÓN PUERTAS

Rro/jep'

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

2014 / J09 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 2898-2013 · Lima Norte

Omisión del análisis del cónyuge perjudicado

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 3 de abril de 2014

Localización: Fundamentos 6-8 y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado. Se casa la sentencia y se ordena emitir otra aplicando los criterios del III Pleno Casatorio.

2. Análisis jurídico

Afirmar que no existe daño no basta cuando no se examinan las circunstancias alegadas. La salida del hogar y la necesidad de demandar alimentos para las hijas exigían una evaluación articulada con el precedente.

3. Aplicación y contraste

El deber de analizar no equivale al deber de indemnizar siempre. La nueva decisión debe explicar por qué las circunstancias acreditan o no la condición protegida y qué consecuencia corresponde.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 88-90, sirve para controlar la justificación de la valoración y no solo su extensión formal.

5. Límites de utilización

El fallo no fija una suma. No debe citarse como reconocimiento definitivo de la indemnización solicitada.

Ficha técnica D4 en el final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 2898-2013
LIMA NORTE

Divorcio por causal de separación de hecho

Pronunciamiento judicial obligatorio respecto a existencia de cónyuge perjudicado.
Dentro de un proceso de divorcio por la causal de separación de cuerpos, el órgano jurisdiccional se encuentra obligado a analizar las circunstancias fácticas expuestas por las partes a la luz de las reglas previstas en el Tercer Pleno Casatorio Civil (CAS. 4664-2010-PUNO), a fin de determinar la existencia de un cónyuge perjudicado con la separación que deba ser resarcido con el pago de una indemnización por daños y perjuicios.
Normatividad Aplicable: Art. 345-A CC.

Lima, tres de abril de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil ochocientos noventa y ocho del dos mil trece, en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso de divorcio por causal de separación de hecho, la parte demandada ha interpuesto recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos setenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha veinte de marzo de dos mil trece, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte que, confirmando la sentencia apelada, declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho interpuesta por José Miguel Echarri Rupa y que, en consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, fenecida la obligación alimentaria entre los cónyuges y el régimen de sociedad de gananciales; y que, **integrando** la sentencia apelada declara que la fecha de fenecimiento de sociedad de gananciales rige desde el diecisiete de noviembre de dos mil tres; declara además, que no se fija indemnización por

daños y perjuicios por no haberse acreditado la existencia de cónyuge perjudicado.

II. ANTECEDENTES

DEMANDA

Según escrito de fojas veintitrés, José Miguel Echarri Rupa interpone demanda de divorcio por causal de separación de hecho contra Emiliana Domínguez Acosta, con la finalidad que se declare disuelto el vínculo matrimonial existente entre ambos, se declare además el cese de la obligación alimentaria y el fenecimiento de sociedad de gananciales y liquidación del bien social consistente en un terreno de ciento veinte metros cuadrados en la Manzana I lote 32 de la Urbanización Virgen del Rosario, Distrito de San Martín de Porres.

El demandante fundamenta su pretensión en que contrajo matrimonio con la demandada el día diez de octubre de mil novecientos noventa ante la Municipalidad de San Isidro y que procrearon dos hijas: Juana Iris (21) y Susan Emilie (18).

Menciona además que adquirieron un bien consistente en terreno, donde se constituyó hogar conyugal hasta el trece de agosto de dos mil uno, en que se retiró del hogar conyugal. Asimismo, indica que para efecto del cómputo del tiempo de separación de hecho debe considerarse **a partir del mes de noviembre de dos mil tres**, porque así lo sostuvo la demandada en el expediente N° 6362-2006 sobre divorcio por causal de separación de hecho, en el que se declaró infundada la demanda por haber sido interpuesta sin que transcurran los cuatro años exigidos por ley, ya que, en ese entonces, aún tenían hijos menores. Agrega el demandante que en sentencia del

proceso anterior se consideró el mes de noviembre de dos mil tres como fecha cierta para computar la separación de hecho, y así lo reconoció la demandada en el escrito de contestación de demanda y en diversos escritos. Además, refiere que durante la audiencia de pruebas la demandada mencionó que el demandante se fue de la casa el día domingo dos de agosto de dos mil tres, mientras que en su contestación de demanda sostiene que se retiró el diecisiete de noviembre de dos mil tres, por lo que solicita que tales declaraciones sean valoradas como **declaración asimilada**.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante escrito de fojas setenta y ocho, Emiliana Domínguez Acosta contesta la demanda alegando que es verdad que contrajo matrimonio y que procrearon dos hijas que se encuentran cursando estudios superiores con éxito. Señala además que es verdad que adquirieron un bien de propiedad de la sociedad de gananciales consistente en un terreno de ciento veinte metros cuadrados ubicado en la Manzana I Lote 32 de la Urbanización Virgen de Rosario, donde constituyeron su hogar conyugal.

Sin embargo, la demandada declara bajo juramento que después de la sentencia que declaró infundada la demanda de divorcio anterior, se produjo una reconciliación y se inició nueva etapa en la vida matrimonial, lo que pretende corroborar con las fotografías que se adjuntan y que no existe otra prueba que acredite que el demandante ha realizado nuevo abandono del hogar conyugal. Finalmente, indica que se debe respetar la calidad de cosa juzgada de la sentencia que declaró infundada la demanda de divorcio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 2898-2013
LIMA NORTE

Divorcio por causal de separación de hecho

PUNTOS CONTROVERTIDOS

Según consta de la resolución número diez de fecha veinticuatro de octubre de dos mil once, de fojas ciento veintiuno, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

1) Determinar si procede disolver el vínculo matrimonial contraído por las partes el diez de octubre de mil novecientos noventa, y si se encuentran separados por más de cuatro años continuos conforme lo prescribe el artículo 333 del Código Procesal Civil.

2) Determinar si corresponde que el demandante continúe con su obligación de acudir con una pensión de alimentos a la demandada y a sus dos hijas de manera indistinta.

3) Determinar el fenecimiento de la sociedad conyugal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego del trámite procesal correspondiente, se emitió la sentencia de mérito contenida en la resolución de fecha tres de abril de dos mil doce, que declaró fundada la demanda y que declara disuelto el vínculo matrimonial, fenecida la sociedad de gananciales y la obligación alimenticia entre los cónyuges y que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre patria potestad, tenencia, alimentos, régimen de visitas por tener hijos mayores de edad.

El *A-quo* argumenta que se acredita la separación con la sentencia que declaró infundada la demanda, que tiene como cierta la fecha de separación el mes de noviembre de dos mil tres. En cuanto a las fotografías presentadas por la demandada precisa que el demandante afirma haberse encontrado en el domicilio de la demandada por tratarse de una reunión familiar, lo que no significa que haya retornado al hogar conyugal, sino sólo

por visita, ya que no existen otras pruebas que acrediten vida en común o cohabitación.

Menciona además el Juez que se declara el fenecimiento de la sociedad de gananciales y se dispone el fenecimiento de alimentos porque no se acredita estado de necesidad y que en cuanto a la indemnización no se puede establecer la existencia de cónyuge perjudicado.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte mediante resolución de fecha veinte de marzo de dos mil trece, de fojas doscientos treinta y ocho, que confirma la apelada que declaró fundada la demanda, y que declaró disuelto el vínculo matrimonial contraído entre las partes, da por fenecida la obligación alimenticia entre los cónyuges y el régimen de la sociedad de gananciales, y que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a la patria potestad, tenencia, alimentos y régimen de visitas. Asimismo, **integrando** la sentencia apelada, **declara** que el fenecimiento de la sociedad de gananciales rige desde el diecisiete de noviembre de dos mil tres y que no se fija indemnización por daños y perjuicios al no haberse acreditado la existencia de cónyuge perjudicado.

Refiere el *Ad-quem* que en el presente caso se verifican los tres elementos necesarios para declarar el divorcio por la causal de separación de hecho. El elemento objetivo se verifica porque la vida en común fue interrumpida el día diecisiete de noviembre del año dos mil tres porque la propia demandada aceptó dicha situación de separación en el proceso anterior sobre divorcio seguido entre las partes, lo que se toma como declaración asimilada.

En cuanto al elemento subjetivo debe considerarse que la demanda interpuesta es evidente que el demandante no tiene la intención de continuar con la relación matrimonial con la demandada.

Señala también la Sala Superior que se cumple con el elemento temporal desde la fecha de retiro del demandante del hogar conyugal desde el diecisiete de noviembre de dos mil tres, cumpliéndose el plazo mínimo de dos años requerido por ley.

Por otro lado, el *Ad quem* considera que el Juzgador ha resuelto de manera correcta en cuanto al cese de los alimentos, a la liquidación de la sociedad de gananciales la que debe declararse desde el diecisiete de noviembre de dos mil tres.

Finalmente, en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios la Sala Superior menciona que aunque la norma exige la protección de la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, en el presente caso no se ha probado que ninguno de ellos haya sufrido algún tipo de daño como consecuencia de la separación de hecho, no invocándose daños ni en la demanda ni en la contestación de demanda, por lo que no corresponde fijar indemnización alguna.

RECURSO DE CASACIÓN

Contra la mencionada sentencia de vista emitida por la Sala Superior, la demandada interpone recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos setenta y seis.

Este Supremo Tribunal, mediante resolución de fecha cuatro de setiembre de dos mil trece declaró la procedencia del referido recurso por la causal de: ***i) infracción normativa del artículo 346 del Código Civil, ii) infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil; y iii) Apartamiento inmotivado del precedente judicial respecto de la casación N° 4664-2010- PUNO (Tercer Pleno Casatorio Civil)***.

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

La materia jurídica en discusión se centra en determinar si es que, en el presente proceso de divorcio por la causal de separación de hecho se ha logrado acreditar la reconciliación entre los cónyuges y los efectos que esto generaría en cuanto a la decisión adoptada. Asimismo, es necesario determinar si es que se debe ordenar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a alguno de los cónyuges que haya resultado perjudicado con la separación.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

1. Corresponde mencionar, de manera preliminar, que la función nomofiláctica del recurso de casación garantiza que los Tribunales Supremos sean los encargados de salvaguardar el respeto del órgano jurisdiccional al derecho objetivo, evitando así cualquier tipo de afectación a normas jurídicas materiales y procesales, procurando, conforme menciona el artículo 384 del Código Procesal Civil, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

2. Según se advierte del auto calificatorio de fecha cuatro de setiembre de dos mil trece, este Supremo Tribunal ha declarado procedente el recurso por tres causales que deberán ser analizadas de manera independiente.

En primer término, se denuncia la infracción del artículo 346 del Código Civil que, literalmente, prescribe: *"Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso.*

Tanto la sentencia como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal.

Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas".

Por otro lado, se denuncia la infracción normativa al artículo 345-A del Código Civil que, en su segundo párrafo establece que: *"El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder."*

Finalmente, se denuncia también el apartamiento inmotivado del precedente judicial contenido en la Sentencia Casatoria N° 4664-2010-PUNO respecto a los criterios que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional para la fijación de una indemnización por daños y perjuicios a favor del cónyuge que resulte perjudicado.

3. En cuanto a la primera causal denunciada, es necesario indicar que si bien la demandada (hoy recurrente) desde que compareció al proceso ha sostenido que ambos cónyuges retomaron sus relaciones conyugales luego de que el primer proceso de divorcio concluyera con la emisión de una sentencia infundada. Para acreditar su dicho la demandada ha presentado únicamente los medios de prueba consistentes en las fotografías de fojas setenta y dos a setenta y cuatro, las cuales, respecto a las cuales, el demandante refiere que su presencia en el domicilio de la demandada (antiguo domicilio conyugal) obedece únicamente a compromisos familiares

y a las visitas que efectúa a sus hijas. Al respecto, es necesario indicar que la supuesta reconciliación no ha sido debidamente acreditada en este caso, porque las tomas fotográficas muestran únicamente dos fechas aisladas, siendo insuficiente para acreditar la convivencia bajo el mismo techo.

Por el contrario, el demandante ha logrado acreditar con diversos medios de prueba que se encuentra viviendo en un domicilio distinto al de su cónyuge, como los actuados de un anterior proceso de divorcio en el que la demandada reconoce la separación de hecho, así como certificados domiciliarios policiales y municipales, de fojas noventa y siete a noventa y nueve. Este argumento se ha mantenido inalterable incluso desde el inicio del primer proceso de divorcio seguido entre las partes.

Se desvirtúa así una supuesta reconciliación entre los cónyuges y la existencia de cohabitación entre ellos, por tanto, la primera causal debe ser desestimada.

4. En cuanto a las dos últimas causales casatorias denunciadas, serán analizadas de manera conjunta, debido a que ambas guardan relación con un mismo tema: la necesidad del órgano jurisdiccional de fijar una indemnización a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación de hecho producida.

Es necesario precisar que atendiendo a la especial naturaleza tuitiva del Derecho de Familia, sus instituciones jurídicas se orientan a la protección de los sectores "más vulnerables" de la sociedad. Esto se manifiesta tanto en el derecho sustantivo, mediante la expedición de normas materiales protectoras, como en el derecho adjetivo, a través de la dotación a los Jueces de Familia de facultades especiales extraordinarias.

Dentro de este marco tutelar cobra especial relevancia la protección al matrimonio y a la familia como piedra angular de la sociedad. Una

convivencia social pacífica contribuye a la formación y al mantenimiento de familias fuertemente constituidas; sin embargo, la complejidad de las relaciones personales genera en muchos casos situaciones problemáticas que conllevan al decaimiento del vínculo matrimonial. Es en estas complicadas situaciones cuando el ordenamiento jurídico acrecienta su labor tutelar y, en el particular caso del divorcio, vela por proteger a aquel cónyuge que, tanto en su esfera patrimonial como extrapatrimonial resulta perjudicado con la separación y con alguna conducta antijurídica practicada por su cónyuge.

5. En este orden de ideas, el artículo 345-A contiene la obligación del Juzgador de velar por la estabilidad económica del perjudicado a través de dos formas: **i) fijando una indemnización por daños, y ii) ordenando a su favor la adjudicación preferente de los bienes sociales.**
Por otro lado, el Tercer Pleno Casatorio Civil reafirma la predisposición del Estado, y del órgano jurisdiccional en particular, de brindar protección al cónyuge que se ha visto perjudicado con la separación de hecho. En tal sentido, se ha establecido como regla vinculante la **flexibilización** procesal en estos casos, generándose la facultad del órgano jurisdiccional de romper algunas reglas tradicionales del proceso civil, como el principio de congruencia. En tal sentido, el órgano jurisdiccional se encuentra, con fines tuitivos, perfectamente legitimado para pronunciarse respecto a la indemnización aun cuando ésta no haya sido planteada ni alegada por ninguna de las partes. Por tanto, el órgano jurisdiccional, luego del análisis fáctico, determinará si en un caso concreto será necesaria la fijación de una indemnización que resarza el daño ocasionado a uno de los cónyuges.

6. En ese norte, los Jueces Especializados de Familia se encuentran vinculados a observar ciertas reglas, previstas (en abstracto) en el Tercer Pleno Casatorio Civil en cuyo fundamento segundo numeral 4, se precisa: *"Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancia relevantes".*

7. En el caso concreto, la Sala Superior considera en el décimo tercer fundamento de la recurrida que no se ha acreditado de manera fehaciente que alguno de los cónyuges haya sufrido algún tipo de daño como consecuencia de la separación; sin embargo, no se ha efectuado un análisis a partir de lo alegado por ambas partes, máxime si es el propio demandante quien refiere haberse retirado del hogar, por lo que, debe analizarse si es que incumplió injustificadamente con sus deberes conyugales de asistencia y con el deber de cohabitación. No se ha analizado la situación fáctica a partir de las reglas previstas en el precedente judicial invocado, por lo que, es evidente que la sentencia recurrida debe ser declarada nula a fin que el *Ad quem* proceda a analizar la controversia conforme a las pautas fijadas en dicha jurisprudencia vinculante del Poder Judicial y, en tal sentido analizar si

es que es necesario fijar una indemnización por daños y perjuicios a favor de la recurrente, considerando la incidencia del retiro del hogar del demandante así como la necesidad que tuvo la recurrente de demandar a su cónyuge para que cumpla con el pago de una pensión alimenticia a favor de sus –entonces- menores hijas; entre otras circunstancias que no han sido observadas al emitir la recurrida.

8. Por estos fundamentos, el recurso de casación debe ser declarado fundado en cuanto a las dos últimas causales casatorias mencionadas, y ante la nulidad insubsanable advertida en la recurrida, se debe ordenar al *Ad quem* la emisión de una nueva sentencia de vista que tenga en cuenta tales lineamientos.

V. <u>DECISIÓN</u>:

Estando a las consideraciones expuestas, esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado en el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil:

a) Declara **FUNDADO** el recurso de casación de fojas doscientos setenta y seis, interpuesto por Emiliana Domínguez Acosta; consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha veinte de marzo de dos mil trece, obrante a fojas doscientos treinta y ocho.

b) ORDENARON al *Ad-Quem* emita nueva sentencia de vista, teniendo en cuenta los lineamientos previstos en la presente Ejecutoria Suprema y en el precedente judicial contenido en la sentencia del Pleno Casatorio N° 4664-2010-PUNO.

c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por José Miguel Echarri Rupa con Emilia Domínguez Acosta y otro, sobre

divorcio por la causal de separación de hecho; intervino como ponente la Juez Supremo señora **Rodríguez Chávez**.-

SS.
ALMENARA BRYSON
TELLO GILARDI
ESTRELLA CAMA
RODRÍGUEZ CHÁVEZ
CALDERÓN PUERTAS

goc/igp

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

12 JUN 2014

2015 / J10 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 745-2014 · Lima

Imposibilidad de vida en común y valoración integral

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 20 de marzo de 2015

Localización: Fundamentos 5.3-5.8 y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; se anula la sentencia de vista y se ordena nuevo pronunciamiento.

2. Análisis jurídico

La Corte reclama analizar un conjunto de circunstancias: trato, cuidado, denuncias, actuaciones de protección y conformidad del demandado con el divorcio. La promesa de relacionarse con la hija de la actora es solo un elemento del cuadro, no una causal autónoma.

3. Aplicación y contraste

Al utilizar la resolución, separe denuncias, medidas y hechos acreditados. La negativa a un tratamiento reproductivo no debe convertirse editorialmente en una obligación de procrear ni en una causal independiente.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 401-404, distingue disolución, causales y sistemas. La vinculación con estos hechos es una lectura de la edición.

5. Límites de utilización

La sentencia ordena reenvío: no declara directamente fundada la demanda de divorcio. Los titulares que lo sugieren exceden la parte resolutiva.

Copia de jurisprudencia para uso académico y profesional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN N° 745- 2014
LIMA
DIVORCIO POR CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN

Sumilla.-*La Sala de mérito no analizó las pruebas y circunstancias alegadas por la actora, en función al cumplimiento de los fines del matrimonio, ni la voluntad del cónyuge demandado respecto a su conformidad con el divorcio, por lo que corresponde que se expida una nueva sentencia de vista, de conformidad con el pedido anulatorio de la casante y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil.*

Lima, veinte de marzo
de dos mil quince.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número setecientos cuarenta y cinco - dos mil catorce, en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO:

En el presente proceso de divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común, se ha interpuesto recurso de casación mediante escrito de folios cuatrocientos noventa y cuatro, del diez de febrero de dos mil catorce, por la demandante Arlet Huayhua Loayza, contra la sentencia de vista de folios cuatrocientos sesenta y nueve, del tres de enero de dos mil catorce, que revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda y reformándola la declara infundada.

II. ANTECEDENTES:

DEMANDA:

Arlet Huayhua Loayza interpone demanda de folios veintitrés, subsanada de folios treinta y cinco, contra José Luis Chimpén Salazar, solicitando que se declare el divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, conforme a lo establecido en el artículo 333 inciso 11 del Código Civil: Sostiene: **i)** El día trece de marzo de dos mil diez contrajo matrimonio civil con José Luis Chimpén Salazar ante el Consejo Distrital de Jesús María; **ii)** Durante el matrimonio no se ha adquirido ningún bien mueble ni inmueble; tampoco tuvieron hijos; **iii)** Señala que antes

de contraer matrimonio adquirió un departamento asumiendo a título personal el crédito hipotecario y el pago de la financiación; **iv)** El emplazado prometió antes de casarse que sería amigo de su hija y la llevaría al colegio; sin embargo, no cumplió su compromiso, teniendo que asumir ella misma dicha obligación; **v)** Desde el inicio del matrimonio no se cumplió con el deber de hacer vida en común en el domicilio conyugal, y asistencia mutua, puesto que el demandado trabaja de lunes a sábado todo el día y cuando regresa se aisla en su escritorio, bajo el pretexto que estaba ocupado; y **vi)** El emplazado está acostumbrado a beber licor y utiliza un lenguaje inapropiado por teléfono, lo que es preocupante, por cuanto, en casa vive su hija de quince años de edad, quien se expone a un peligro moral inminente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

José Luis Chimpén Salazar mediante escrito a folios sesenta y tres, contesta la demanda. Argumenta: **i)** Contrajo matrimonio en la fecha señalada en la demanda, habiendo transcurrido un año y un mes aproximadamente, y como resulta lógico existen problemas como en todo matrimonio pero no en la magnitud que prescribe la actora; **ii)** Con relación a que no se hace vida en común por su trabajo y dedicación a la bebida, dichos extremos son ciertos; sin embargo, ello no imposibilita que se pueda hacer vida en común; **iii)** Respecto a "no acompañarla a visitar a sus padres", arguye que la actora sobrepone su interés personal al interés común de la pareja y especialmente la del esposo; y **iv)** Con referencia a "no haber hecho nada por ser amigo de su hija de quince años de edad"; señala que la actora no puede ser una persona impositiva y autoritaria, en situaciones que probablemente no se produzcan en un corto plazo con una persona de la edad de su hija, que viene sufriendo la separación de sus padres biológicos, por tanto, el hecho de no llevar a su hija al colegio durante toda la semana, únicamente se desprende que esta persona no pretende tener un esposo sino un empleado.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Vigésimo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número nueve de fecha seis de marzo de dos mil doce, corriente a folios cientos seis, fijó como punto controvertido:

i) Determinar si los hechos alegados por la demandante e imputados al demandado configuran la causal de imposibilidad de hacer vida en común o impide reanudarla, para decretar el divorcio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Vigésimo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia a folios trescientos treinta, con fecha treinta de enero de dos mil trece, que declara fundada la demanda de divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común, en consecuencia se disuelve el vinculo matrimonial contraído por las partes, al considerar que: **i)** El matrimonio no se ha podido desenvolver normalmente debido a la notoria incompatibilidad de caracteres, incumpliéndose con los fines del matrimonio como la cohabitación, la asistencia mutua, la vida en común en el domicilio conyugal; y **ii)** La actora se fracturó un brazo y en lugar de ser atendida por su cónyuge, fue cuidada por su padre, lo cual hace imposible seguir viviendo junto al emplazado.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

La Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia de vista a folios cuatrocientos sesenta y nueve, revocando la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de incompatibilidad de hacer vida en común; y en consecuencia declara disuelto el vínculo matrimonial; y reformándola declara infundada la demanda. Fundamenta su decisión en lo siguiente: **i)** Con el acta de matrimonio de fecha trece de marzo de dos mil diez, queda acreditado el vínculo matrimonial de las partes contraído ante la Municipalidad de Jesús María; y **ii)** En virtud de las declaraciones aportadas por la actora y el

demandado, debe revocarse la sentencia apelada, por improbada, toda vez que no obra en autos, algún medio probatorio que acredite con certeza la imposibilidad de hacer vida en común entre los cónyuges por culpa del demandado y que amerite la disolución del vinculo matrimonial.

III. RECURSO DE CASACIÓN :

Contra la decisión adoptada por la Sala Superior, doña Arlet Huayhua Loayza, interpone recurso de casación mediante escrito de folios cuatrocientos noventa y cuatro.

Este Tribunal de Casación mediante el cuadernillo formado en esta Sala Suprema a folios treinta por resolución declaró procedente el recurso, por lo siguiente:

i) Infracción normativa de derecho procesal del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil:

Sostiene que la Sala Superior al emitir su decisión ha obviado el abundante material probatorio presentado por la actora que demuestra la imposibilidad de hacer vida en común.

ii) Infracción normativa de derecho material de los artículos 333 inciso 11 y 335 del Código Civil:

La Sala de mérito, se limita a realizar un recuento de lo alegado en autos por ambas partes y luego de manera incoherente y sin menor análisis, arriba a la conclusión de que la actora funda su demanda en hecho propio, lo que no solo es falso y antojadizo, sino que dicha conclusión no corresponde a lo actuado; además de existir una incongruencia en el fallo dado que por un lado reconoce que existe desavenencias conyugales, sin embargo, califica las mismas de no graves que quiebran el matrimonio; asimismo, no ha tenido en cuenta el Protocolo de la Pericia Psicológica número 037342-2013-PSC que concluye que el emplazado tiene una personalidad con rasgos narcisistas; situación que colisiona con la norma contenida en el artículo 333 inciso 11 del Código Civil.

IV. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

En este caso, la cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria, es verificar si la resolución recurrida ha infringido las normas comprendidas en el numeral tres de la presente resolución; en tal sentido, se deberá determinar si la actora ha cumplido con acreditar la imposibilidad de hacer vida en común con su cónyuge.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

5.1. Que, es pertinente indicar que nuestro Código Civil reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio. Al respecto sostiene Diez Picazo y Antonio Gullón[1] que 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.

5.2. Que, el divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, se encuentra regulada en el artículo 333 inciso 11 del Código Civil, representa el desquiciamiento del matrimonio y la inexistencia de correspondencia, compenetración y de asociación libre, voluntaria y armónica entre los cónyuges; además, está referida a aquellas circunstancias que debidamente advertidas y merituadas por el juez, determinen la imposibilidad de continuar con la relación marital. Cabe mencionar algunos casos en los que se incurre en la citada causal: **a)** abuso de uno de los

[1] Citado en el Tercer Pleno Casatorio Civil – Casación número 4664-2010 - Puno; página 26.

cónyuges contra el otro, **b)** acciones judiciales, y **c)** incumplimiento de deberes derivados del matrimonio, entre otros.

5.3. Que, en concreto, la actora sostiene que existe conflicto con su cónyuge debido a que no cumple con los deberes de cohabitación y asistencia mutua, puesto que trabaja de lunes a sábado todo el día y cuando regresa a casa se aisla en su escritorio; asimismo, acostumbra beber licor y usa un lenguaje inapropiado, no cumpliendo la promesa que le hizo de hacerse amigo de su menor hija ni llevarla al colegio; además cuando se fracturó un brazo, las atenciones se las brindó su padre y no el emplazado, pretendiendo vender el inmueble donde habitan, todo lo cual hace imposible seguir viviendo juntos. De otro lado, el demandado en su contestación de demanda, arguyó que los problemas comenzaron a la semana de haber contraído matrimonio y acepta que trabaja todo el día, bebe licor ocasionalmente y señala que el hecho de no haberla atendido cuando estuvo accidentada no significa que no tenga interés en ella.

5.4. Que, en el Acta de Audiencia de Pruebas corriente a fojas ciento cincuenta y cinco, el emplazado declaró que dentro del matrimonio se produjeron circunstancias que imposibilitan hacer vida en común con su cónyuge, debido a que la actora no cumplió con el acuerdo de someterse a un tratamiento médico para procrear; además, no lo atendía cuando estaba en casa y cuando le reclamaba optaba por no contestarle. Precisa además que se encuentra conforme con el divorcio.

5.5. Que, en la misma diligencia se recibió la declaración de la actora quien manifestó que los actos que imposibilitaron hacer vida en común empezó cuando sus cuñados le solicitaron que entregue dinero para su suegra; además, el demandado venía constantemente en estado de ebriedad al hogar, maltrataba psicológicamente a su menor hija; y no quería tener un hijo con ella.

5.6. Que, la Décimo Segunda Fiscalía Provincial de Familia de Lima mediante resolución de fecha veinticuatro de enero de dos mil doce -ver folios ciento sesenta y nueve-, dispuso otorgar medida de protección a favor de la actora e interpuso demanda de violencia familiar en la modalidad de maltrato físico en contra del emplazado; además, se sigue contra el demandado otro proceso de violencia familiar en agravio de su madre Carmen Victoria Salazar Revoredo Viuda. de Chimpén -ver folios ciento setenta-, de igual forma, la accionante denunció a su esposo por consumo de cocaína -ver folios ciento setenta y dos-; y el emplazado trató de impedir de manera violenta la mudanza de la actora del departamento que vendieron juntos -ver folios ciento ochenta y tres-.

5.7. Que, de las causales denunciadas y lo actuado en autos, se advierte la existencia de una serie de circunstancias que afectan el vínculo matrimonial, por lo que se han presentado una serie de problemas, tales como: **a)** la falta de respeto, atención y cuidado mutuos derivados del matrimonio, **b)** el emplazado aceptó ser un bebedor ocasional, **c)** el emplazado no atendió a la actora cuando estuvo accidentada, **d)** el emplazado no cumplió con su promesa de ser amigo de su menor hija ni recogerla del colegio, **e)** el emplazado ha sido denunciado por violencia familiar en agravio de su cónyuge y su propia madre, **f)** el emplazado fue denunciado por consumo de cocaína, g) el emplazado ejerció violencia al tratar de impedir la mudanza de la actora de un inmueble que vendieron ambos, y **h)** el hecho de no poder tener hijos por falta de tratamiento; en esa misma línea, el demandado indicó en su declaración en la Audiencia de Pruebas que se encuentra conforme con el divorcio, lo cual se corrobora con el escrito corriente a folios doscientos veintitrés.

5.8. Que, en consecuencia, la Sala de mérito no analizó las pruebas y circunstancias alegadas por la actora, en función al cumplimiento de los fines del matrimonio, ni la voluntad del cónyuge demandado respecto a su conformidad con el divorcio, por lo que corresponde que se expida una nueva

sentencia de vista, de conformidad con el pedido anulatorio de la casante y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil.

VI. DECISIÓN:

1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Arlet Huayhua Loayza de folios cuatrocientos noventa y cuatro, del diez de febrero de dos mil catorce; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha tres de enero de dos mil catorce, de folios cuatrocientos sesenta y nueve, emitida por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima;

2. ORDENARON el reenvío de los autos a la referida Sala Superior a fin de que emita nuevo pronunciamiento, tomándose en cuenta lo expresado en la presente ejecutoria;

3. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Arlet Huayhua Loayza con José Luis Chimpén Salazar, sobre divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común; y, los devolvieron; Integra esta Sala el Juez Supremo Señor Calderón Puertas por vacaciones del Juez Supremo Señor Mendoza Ramírez. Ponente Señora Tello Gilardi, Jueza Suprema.-

S.S.

TELLO GILARDI

VALCÁRCEL SALDAÑA

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

CALDERÓN PUERTAS

JAH /KPF

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. Carlos Bernabé Salgado
Secretario (e)
Sala Civil Transitoria
CORTE SUPREMA

17 SEP 2015

2015 / J11 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 00782-2013-PA/TC · Lima

Congruencia y defensa ante indemnización de oficio

Tribunal Constitucional · 25 de marzo de 2015

Localización: Fundamentos 19-21; razón de relatoría y votos

1. Decisión y alcance

Amparo fundado y nulidad de la resolución de vista cuestionada. La razón de relatoría explica el empate y el voto decisorio; se incluyen las discrepancias.

2. Análisis jurídico

La decisión objeta una indemnización otorgada sin alegación de hechos dañosos ni prueba que la sostenga. La rebeldía aparece dentro de ese contexto, no como una regla textual de pérdida automática de todo derecho material. El voto singular sostiene que el asunto pertenece a la judicatura ordinaria y discrepa del control realizado.

3. Aplicación y contraste

El contraste con el III Pleno exige precisar qué hechos ingresaron al debate y cómo pudo contradecirlos el obligado. No basta denominar tuitiva la intervención para justificar una condena sorpresiva.

4. Conexión doctrinal

D4, p. 142, comenta expresamente este expediente en relación con congruencia y derecho de defensa.

5. Límites de utilización

No declara inválido el III Pleno Casatorio. Debe leerse la razón de relatoría antes de atribuir al Tribunal una posición unánime.

Edición digital. Referencia original final del tomo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA OTDA FOJAS 1

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO FOJAS 8

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

RAZÓN DE RELATORÍA

El caso de autos se ha resuelto de acuerdo con la Resolución Administrativa N.° 028-2011-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece que el Presidente del Tribunal Constitucional tiene el voto decisorio en los casos que se produzca empate en la votación de causas vistas por el Pleno.

En efecto, en el caso se ha producido un empate entre la posición que declara **FUNDADA** la demanda y **NULA** la Resolución N.° 12 de fecha 25 de abril de 2008 (tres votos), y la que declara **INFUNDADA** la demanda (tres votos).

Estando entonces a que la primera posición, esto es, la que declara **FUNDADA** la demanda y **NULA** la Resolución N.° 12 de fecha 25 de abril de 2008, cuenta con el voto del Presidente del Tribunal Constitucional, es ésta la que se constituye en Sentencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de marzo de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani y la abstención del magistrado Miranda Canales.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Américo Isla Villanueva, contra la resolución de fojas 100 del segundo cuaderno, su fecha 10 de abril del 2012, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda de autos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 2

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 9

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre del 2008, el recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Sánchez-Palacios Paiva, Caroajulca Bustamante, Mansilla Novella, Miranda Canales y Valeriano Baquedano, y contra el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial, solicitando que se declare: a) fundado el recurso de casación planteado por el recurrente con fecha 20 de mayo del 2008 y declarado improcedente por la Sala Suprema emplazada; b) sin objeto la indemnización a su cónyuge por *daño emocional* ordenada por la Primera Sala Civil de Trujillo y estimada en dos mil nuevos soles (S/. 2,000.00), en la sentencia de vista de fecha 4 de abril del 2007; c) se le exonere de la multa interpuesta por la Sala Suprema emplazada; y d) se requiera al Quinto Juzgado de Familia de Trujillo que expida nueva sentencia.

Refiere que interpuso demanda de divorcio por la causal de separación de hecho contra su cónyuge doña Marcela Carbajal Pinchi y que esta fue estimada por los órganos judiciales. Aduce que, pese a que su cónyuge fue declarada rebelde, pues no contradijo la demanda ni reconvino sobre derecho alguno, se le ordenó indemnizarla por *daño emocional* con el monto de dos mil nuevos soles (S/. 2,000.00). Afirma que las normas del Código Civil no establecen una presunción absoluta del daño y que, por lo tanto, el órgano judicial no podía declararlo de oficio. Alega que dicha declaración constituye una decisión *ultra petita,* por lo que se estaría vulnerando su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva.

La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 15 de agosto del 2011, declara infundada la demanda por considerar que en reiteradas sentencias casatorias se ha establecido que el juez está en la obligación legal de fijar de oficio la indemnización de daños y perjuicios, cuando de la apreciación de los medios probatorios llegue a la conclusión de la existencia de un cónyuge perjudicado en un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, advirtiendo que en el acta de audiencia de conciliación se fijó como cuarto punto controvertido determinar si existe cónyuge perjudicado y, por ende, si corresponde indemnizarlo, por lo que el juez habría actuado conforme a ley al establecer el monto indemnizatorio.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República confirma la apelada, argumentando que no se ha incurrido en una violación manifiesta del derecho a la tutela procesal efectiva, pues en el proceso se fijó como punto controvertido determinar si existió o no cónyuge perjudicado y, por

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OTDA FOJAS 3

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO FOJAS 10

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

ende, si correspondía indemnizarlo, extremo que no fue cuestionado ni impugnado, razón por la cual, al concluirse en la sentencia que la cónyuge emplazada resultó ser la perjudicada y que, consecuentemente, le correspondía una indemnización, no se ha incurrido en ninguna violación constitucional. Por otro lado, advierte que la resolución que declaró improcedente el recurso de casación presentado por el accionante se encuentra debidamente motivada, al haberse pronunciado expresamente sobre cada una de las causales casatorias denunciadas.

FUNDAMENTOS

A. Petitorio

1. Fluye del petitorio de la demanda que el objeto del presente proceso constitucional se circunscribe al cuestionamiento de las resoluciones judiciales que otorgaron una indemnización por daño material a la cónyuge perjudicada en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho incoada por el recurrente. En tales circunstancias, se dirige a que se deje sin efecto: a) la sentencia de fecha 2 de octubre del 2007, expedida por el Quinto Juzgado de Familia de Trujillo en el extremo que fija la suma de tres mil Nuevos Soles como monto indemnizatorio que deberá cancelar el accionante a favor de la demandada, por ser la cónyuge perjudicada con la separación; b) la Resolución N.° 12, de fecha 25 de abril del 2008, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el extremo que revocó la sentencia emitida en primera instancia respecto al monto de indemnización otorgando a favor de la emplazada la suma de dos mil nuevos soles, por ser la cónyuge perjudicada con la separación; y, c) el auto calificatorio del recurso de casación recaído en la Casación N.° 2965-2008-LA LIBERTAD, de fecha 22 de agosto del 2008, emitido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el actor, condenándolo al pago de una multa de tres unidades de referencia procesal.

2. Conviene puntualizar que los derechos constitucionales afectados, de acuerdo a la argumentación del demandante, son el principio de congruencia procesal y, por tanto, el derecho de defensa.

B. Consideraciones del Tribunal Constitucional

B.1 Sobre el principio de congruencia y la interpretación del artículo 345-A del Código Civil

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 4

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 11

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

3. Sobre el principio de congruencia y su relación con la debida motivación, el Tribunal Constitucional tiene dicho lo siguiente:

> [...] uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que la decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (STC 8123-2005-PHC, Fund. N.° 35).

4. En este sentido, la debida motivación de las resoluciones judiciales obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (*incongruencia activa*). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (*incongruencia omisiva*) (Cfr. STC 04295-2007-PHC/TC, Fund. N.° 5 e).

5. Si bien el principio de congruencia resulta de aplicación a todos los ámbitos del derecho procesal, resulta especialmente válido cuando los intereses que las partes discuten son de naturaleza estrictamente privada; no obstante, cuando están en juego intereses de innegable trascendencia pública, la congruencia procesal puede verse restringida en atención a la legítima protección de otros bienes constitucionales (cfr. STC 2868–2004–AA, Fund. N.° 11; STC 0905–2001–AA, Fund. N.° 4). Por esta razón, en ámbitos de especial relevancia social del derecho, tal principio sufre una relativización. Así sucede, entre otros, en los ámbitos del derecho constitucional, laboral y de familia.

6. De ahí que, el Código Civil, en los casos de separación de hecho, imponga al juez un deber tuitivo respecto de la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, que lo faculta a fijar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, en los siguientes términos:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 5

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 12

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

> "Artículo 345-A.-
> Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.
> El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.
> Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes".

7. A juicio de este Tribunal Constitucional, este deber del juez resulta coherente con la concepción constitucional de la familia como institución natural de la sociedad (Cfr. STC 09332-2006-PA/TC, Fund. N.° 4) y con el principio de protección de la familia que de ella se deriva, consagrados en el artículo 4 de la Constitución y recogido también en el artículo 345 del Código Civil. En el ámbito procesal, este mandato constitucional vincula a todos los sujetos del proceso y en todas las etapas procesales, por lo que resulta justificado que la referida indemnización por responsabilidad civil familiar sea fijada necesariamente como punto controvertido, aun cuando no hubiera sido demandada por alguno de los cónyuges.

8. En estos casos, este Tribunal considera que existe una regla de precedencia condicionada que favorece la aplicación del principio de protección de la familia y determina la restricción del principio de congruencia procesal, por lo que una correcta aplicación de la función tutelar por el órgano jurisdiccional no puede limitarse a la simple constatación de si existe pedido indemnizatorio expreso de las partes, sino que exige al juzgador realizar un juicio de inferencia a partir de hechos objetivos a fin de evaluar la existencia de un cónyuge perjudicado –aquél que no motivó la separación de hecho- y fijar, si fuera el caso, la indemnización correspondiente.

9. El problema de los límites de la relativización del principio de congruencia ha sido abordado en la decisión dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N.° 4664-2010 PUNO) de fecha 18 de marzo del 2011, en donde se analizó los supuestos de procedencia de la indemnización de oficio al amparo del artículo 345-A del Código Civil. En dicha sentencia, se excluye la aplicación del principio *iura novit curia* en casos de ausencia de pedido, alegación o base fáctica para probar los daños. Asimismo, se debe destacar que en el punto segundo, numeral 3.2, del fallo de la sentencia se establece como precedente judicial vinculante que el juez de primera instancia de oficio se pronunciará sobre

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA FOJAS 6

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO FOJAS 15

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

dicha indemnización "*siempre que* la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma *hechos concretos referidos a los perjuicios* resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí". En caso contrario, el juez no está autorizado a emitir pronunciamiento sobre la indemnización.

10. En este sentido, para este Tribunal resulta de recibo, por su carácter persuasivo, el criterio interpretativo del artículo 345-A del Código Civil que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia; según el cual, una indemnización solo puede ser estimada cuando la parte interesada ha cumplido con invocar *hechos concretos referidos a los perjuicios*. En tal sentido se debe subrayar la siguiente regla:

> "Si no hay pretensión deducida en forma acumulada en la demanda o en la reconvención, por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el juez pueda pronunciarse en la sentencia sobe la estabilidad económica de cónyuge afectado" (Fund. N.° 80).

11. Tales hechos objetivos podrán servir al juzgador para valorar el perjuicio causado a uno de los cónyuges como consecuencia de la negativa injustificada del otro cónyuge de reanudar o continuar la cohabitación en el domicilio conyugal, sin que existan hechos imputables al primero. Entonces, será suficiente, que el cónyuge afectado alegue y logre acreditar a lo largo del proceso hechos concretos que demuestren el perjuicio sufrido. En algunos casos este daño podrá determinarse a partir de las circunstancias del abandono del hogar conyugal, de la manutención de hijos menores de edad, de la existencia de demandas de cumplimiento de obligación alimentaria, etc. Solo cuando tal situación fáctica se halle probada el Juez podrá legítimamente considerar a uno de los cónyuges como el más perjudicado; y, por esta razón, fijar una indemnización o, alternativamente, disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

12. Sin embargo, este Tribunal Constitucional debe subrayar que la relativización del principio de congruencia y el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, no autoriza al Juez, en ningún caso, a fijar discrecionalmente una indemnización a favor de un supuesto cónyuge perjudicado, si es que este no ha denunciado algún perjuicio, ni existe prueba alguna en este sentido; o peor aún, si el interesado expresamente ha renunciado a tal pretensión o fue declarado en rebeldía. Si a pesar de tales circunstancias, el juzgador impusiera el pago de una indemnización, incurriría en una grave violación del principio de congruencia; puesto que, no solo habría aplicado el derecho no invocado, sino, fundamentalmente, habría incorporado hechos al proceso. Tal proceder judicial atenta directamente, además, con garantías esenciales de la administración de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 7

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

justicia, contenidas en el artículo 139 de la Constitución, como son la imparcialidad judicial y el derecho de defensa.

B.2 Sobre el caso de autos

13. Del expediente de autos, a fojas 1, primer cuaderno, se aprecia que el recurrente interpuso demanda civil, solicitando: *i) el divorcio por la causal de separación de hecho; ii) el fenecimiento de la sociedad de gananciales; iii) se declare sin objeto regular el régimen de la patria potestad y de bienes, y iv) se declare el cese de la obligación de pensión alimentista.* Sin embargo, los órganos judiciales, pese a estimar la demanda del recurrente, ordenaron, a su vez, *indemnizar a la demandada por daño emocional,* a pesar de que la emplazada doña Marcela Carbajal Pinchi ni siquiera peticionó dicha indemnización toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno).

14. Efectivamente, de fojas 12 a 15 del primer cuaderno, obra la sentencia emitida por el juez de primera instancia, el cual afirma que, pese al estado de rebeldía en que se encuentra la demandada, esta debe ser indemnizada de manera prudencial y razonable por haber resultado la cónyuge perjudicada con la separación, pues tal como lo ha referido el propio accionante en su escrito de demanda, él ha procreado un hijo con otra persona, por lo que habría infringido los deberes de fidelidad contraídos por ambos cónyuges. Dicha situación habría causado daño emocional en la emplazada, frustrando sus expectativas matrimoniales y la consolidación de su matrimonio, razón por la cual fue indemnizada con la suma de tres mil nuevos soles. (S/. 3,000.00).

15. De fojas 25 a 26, del primer cuaderno, obra la sentencia de vista emitida por la Sala revisora, la cual confirma la sentencia de primera instancia argumentando que en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho se ha demostrado que la demandada ha resultado ser la cónyuge perjudicada con la separación, por lo que debe ser indemnizada, revocando el monto en la suma de dos mil nuevos soles (S/. 2,000.00), el cual ha sido calculado en función de lo actuado en el citado proceso.

16. Asimismo, de autos se desprende que, en su recurso de casación (fojas 39), el accionante alegó –entre otras causales– la interpretación errónea del artículo 345-A del Código Civil. En este sentido, sostuvo que de autos se aprecia que la cónyuge afectada no ha invocado el hecho dañoso y menos lo ha acreditado o probado, por lo que no puede disponerse un resarcimiento. Agrega que si bien es cierto el artículo 345-A del Código Civil previene que debe indemnizarse los daños

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA OTDA FOJAS 8

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO FOJAS 15

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

causados al cónyuge afectado o inocente, también es verdad que el presunto afectado no solo debe exigir el derecho como accionante o emplazado sino que debe acreditarlo procesalmente y, aún más, demostrar que los hechos comprometen gravemente su interés personal.

17. Por otro lado, de la ejecutoria suprema materia de cuestionamiento se advierte a fojas 50 que la Sala Suprema emplazada determinó que el recurrente no discutió el supuesto "error de hermenéutica" contenido en el artículo 345-A del Código Civil, refiriendo únicamente que la cónyuge demandada no ha probado el daño que se le habría causado, por lo que con dicha argumentación el actor pretende que se efectúe una revaloración de los hechos y de la prueba, lo cual no condice con los fines del recurso de casación, por lo que este fue desestimado y se le impuso una multa de tres unidades de referencia procesal, así como el pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso.

18. Ante estos hechos, este Tribunal debe constatar si la indemnización otorgada por las resoluciones judiciales cuestionadas resulta constitucionalmente legítima; o si, por el contrario, se ha configurado una violación del derecho de defensa y del principio de congruencia.

Sobre la alegada lesión del principio de congruencia procesal

19. Efectivamente, la indemnización ordenada de oficio por los jueces ordinarios no es procedente; puesto que estos dispusieron arbitrariamente el pago de una indemnización sustentada en el artículo 345-A del Código Civil sin que la beneficiada hubiese alegado algún acto o hecho dañoso en su perjuicio y sin que exista ningún medio probatorio que pruebe dicho daño. Situación que resulta evidente, si se considera que en el proceso civil la parte emplazada fue declarada rebelde. En este sentido, se aprecia de autos que nunca se apersonó a la instancia o alegó algún acto referido a cualquier tipo de perjuicio, por lo que los juzgadores no tuvieron base jurídica ni fáctica para emitir un pronunciamiento sobre la cuestionada indemnización; sin embargo, la impusieron a partir de apreciaciones subjetivas.

20. En consecuencia, a juicio de este Tribunal las resoluciones expedidas por los órganos judiciales contravienen el *principio de congruencia procesal.* En concreto, en el presente caso, aun cuando pudiera estarse frente a un caso de relativización del principio de congruencia, resulta patente que no hay identidad fáctica entre lo alegado por las partes en el proceso y lo concedido por el juzgador; por

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA FOJAS 9

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO FOJAS

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

consiguiente, la decisión judicial, respecto al extremo indemnizatorio, resulta incongruente.

Sobre la alegada lesión del derecho de defensa

21. Por otro lado, este Tribunal advierte que la demandada nunca se apersonó al proceso civil ni contestó la demanda, siendo declarada rebelde. En este sentido, fluye de los actuados que en ninguna etapa del proceso la emplazada alegó algún acto o hecho que lleve a la convicción de ser la cónyuge perjudicada por la separación de hecho. Razón por la cual, en coherencia con los fundamentos expuestos *supra*, se ha lesionado también el derecho de defensa del cónyuge demandante; puesto que los jueces ordinarios lo han sorprendido con una decisión indemnizatoria sustentada en razones respecto de las cuales el ahora recurrente nunca tuvo oportunidad de contradicción, toda vez que, como ha quedado establecido, nunca fueron invocadas por su contraparte. Y esto es así porque el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho en ningún caso puede reducirse a la posibilidad de defenderse contra las razones del juzgador.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

2. En consecuencia, declarar la **NULIDAD** de la Resolución N.° 12, de fecha 25 de abril de 2008, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 10
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 17

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA, LEDESMA NARVÁEZ y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto por la decisión de nuestros colegas, estimamos que la demanda de autos debe ser declarada **INFUNDADA**, pues la interpretación del artículo 345-A del Código Civil, sobre si la cónyuge afectada debe o no invocar la existencia de daño a efectos de que el juez le otorgue una indemnización en un proceso de divorcio, es un asunto de competencia exclusiva de la judicatura ordinaria, la cual además no ha contravenido los derechos fundamentales invocados por el recurrente.

Nuestras razones son las siguientes:

1. La posición en mayoría del Tribunal Constitucional considera que se debe declarar FUNDADA la demanda, alegando, principalmente, el siguiente argumento:

> 10. Efectivamente, *la indemnización ordenada de oficio por los jueces ordinarios no es procedente* pues *estos no pueden arbitrariamente ordenar el pago de una indemnización sustentada en el artículo 345-A del Código Civil sin que se haya alegado algún acto o hecho dañoso en perjuicio de una de las partes* y sin que exista ningún medio probatorio que pruebe dicho daño, máxime si en el presente proceso la parte emplazada fue declarada rebelde (…) [resaltado agregado]

2. El aludido articulo 345-A del Código Civil establece que: "(…) El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (…)".

3. Sobre el particular, estimamos que el razonamiento de la mayoría del Tribunal Constitucional constituye uno propio de los jueces ordinarios, en este caso, de familia, y no uno propio de la judicatura constitucional. Como es evidente, no corresponde a un juez constitucional indicarle al juez ordinario cómo debe interpretar el artículo 345-A del Código Civil (que los jueces emplazados han interpretado), o cuál debe ser la forma de probar el daño ocasionado a uno de los cónyuges, sino tan sólo controlar que en la actuación de dicho juez ordinario no se vulneren contenidos de relevancia constitucional.

4. Al respecto, precisamente, la mayoría del Tribunal ha asumido que se han vulnerado dos contenidos de relevancia constitucional: el principio de congruencia procesal (pues la demandada del proceso ordinario no se presentó y por tanto no alegó que haya sufrido daño, no debiendo los jueces ordinarios emplazados otorgar una indemnización –de dos mil soles– a su favor) y el derecho de defensa (porque el demandante de dicho proceso fue "sorprendido" por los jueces ordinarios emplazados, debido a que no tuvo la oportunidad de contradicción ni prueba en contrario).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 11

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 18

5. Siendo así, consideramos que lo primero que debe analizarse en el presente caso es si lo pretendido por el demandante de amparo tiene relevancia constitucional, o se trata de un asunto meramente legal o propio de la judicatura ordinaria. Para ello, resulta indispensable verificar inicialmente cuáles fueron los principales argumentos de los jueces emplazados para resolver:

Sentencia del 2 de octubre de 2007, Quinto Juzgado de Familia de Trujillo (fojas 12):

DÉCIMO: (…) en los procesos de divorcio por separación de hecho debe existir pronunciamiento necesario aunque no se hubiese solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge perjudicado con la separación, a través de la valoración de los medios probatorios que para el caso concreto amerite (CAS N.° 606-2003, publicada el 01-12-2003); Es en ese orden de ideas que se aprecia que no obstante el estado de rebeldía en que se encuentra la demandada, no debe perderse de vista que, tal como refiere el actor en su escrito postulatorio, la demandada formó a sus hijos con mucha decencia y moral, habiendo contribuido para que ellos sean profesionales; no obstante ello, tal como lo refiere el propio demandante, desde octubre de mil novecientos noventa y ocho se unió con doña Jessica (…), y con quien inclusive ha procreado un menor, apreciándose con ello, haber infringido los deberes de fidelidad que se debe los cónyuges, lo que sin duda causó un daño emocional a la emplazada y frustración en sus expectativas matrimoniales y consolidación de su matrimonio, motivo por el cual en el presente caso concreto, se aprecia con claridad que, la demandada resultó perjudicada con la separación, correspondiendo por ende ser indemnizada de manera prudencial y razonable.

Resolución del 4 de abril de 2008, Primera Sala Civil de Trujillo (fojas 25):

QUINTO.- Que, en ese sentido, de la revisión de los actuados, se tiene que resulta evidente que en esta separación de hecho uno de los cónyuges resulta necesariamente inocente y por tanto se convierte en el sujeto pasivo del daño que implica el hecho mismo de la separación conyugal, como se ha podido establecer de los hechos suscitados en el presente proceso, siendo el caso de la demandada Marcela Carvajal Pinchi, quien se ha visto perjudicada por el hecho de haberse truncado su proyecto de vida común con el cónyuge demandante, quien ha formado una relación producto de la cual ha procreado un hijo, por lo cual este daño fundamentalmente se refiere al moral y personal, sin embargo también se suscita la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales. Es así que resulta necesario establecer un monto indemnizatorio a favor de la cónyuge perjudicada".

Auto calificatorio del recurso de casación del 22 de agosto de 2008 (fojas 50):

SEGUNDO: (…) Analizada la citada denuncia, se advierte que el recurrente no cuestiona el supuesto error de hermenéutica en los que habría incurrido la Sala al analizar el citado artículo, versando su cuestionamiento únicamente en que la cónyuge inocente no ha probado el daño, ni tampoco se ha establecido si éste es material o moral; verificándose que lo que se persigue con tal argumentación es que se efectúe una revaloración de los hechos y la prueba, lo cual no se condice con los fines del recurso de casación (…) siendo ello así, debe desestimarse la referida denuncia".

6. De la revisión de estas resoluciones se evidencia que los órganos jurisdiccionales emplazados han interpretado el artículo 345-A del Código Civil y lo han aplicado al caso ordinario concreto, actividad que fue realizada conforme a sus competencias. Se

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OYDA
FOJAS 12

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 18

trató, pues, de típicas operaciones de interpretación de la ley, en el que los jueces ordinarios –y no los constitucionales– tienen la competencia de descubrir el sentido del artículo 345-A del Código Civil, respecto a cuál es el cónyuge perjudicado por la separación conyugal, si dicho daño se puede otorgar con o sin petición del cónyuge perjudicado, o cuál debe ser el monto de indemnización que le corresponde.

7. Valga precisar, además, que resulta impertinente referirse en este caso, como lo hace la posición en mayoría del Tribunal (f. j. 9), a la decisión contenida en la Casación N.° 4664-2010 PUNO de fecha 18 de marzo de 2011 (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), pues, además de que esta fue expedida con posterioridad a la fecha en que se dictaron las resoluciones judiciales impugnadas en el presente amparo (la última es de fecha 22 de agosto de 2008), a los jueces constitucionales no les compete resolver los procesos constitucionales conforme a la jurisprudencia vinculante de la judicatura ordinaria que interpreta la ley. En efecto, la debida aplicación e interpretación de jurisprudencia vinculante ordinaria (por ejemplo, de Plenos Casatorios o de Acuerdos Plenarios emitidos regularmente) es de exclusiva competencia de los jueces del Poder Judicial

8. En todo caso, lo que sí puede hacer el Tribunal Constitucional es ingresar a analizar si, en algún supuesto específico y excepcional, el contenido del precedente judicial a aplicar en sede ordinaria se encuentra ajustado a lo dispuesto en la Constitución en caso exista duda sobre su contenido y siempre que este análisis sea imprescindible en la resolución del caso puesto a consideración del Tribunal. Pero tal supuesto excepcional, valga aclararlo, no se presenta en este proceso pues, como ya se adelantó, el Tercer Pleno Casatorio Civil, invocado en la sentencia, fue emitido de manera posterior al dictado de las sentencias civiles analizadas en la presente causa, por lo que resulta irrelevante cualquier análisis de su contenido.

9. Ahora bien, siendo claro que la interpretación de la ley (y de la jurisprudencia vinculante ordinaria) es de legítima y exclusiva competencia de la judicatura ordinaria, ello en absoluto impide que, en determinados supuestos, cuando esta interpretación legal afecte derechos fundamentales, esta pueda ser revisada e incluso enmendada por los jueces constitucionales.

   Siendo así, en el presente caso, es necesario evaluar, ya no la pertinencia de la interpretación legal realizada por los jueces de familia, sino si estas incurrieron en algún déficit de interpretación de derechos fundamentales. En especial, corresponde analizar si la tesis interpretativa acogida por los juzgadores ordinarios han sido contrarias (1) al principio de congruencia procesal y (2) al derecho de defensa, cuyas afectaciones fueron alegadas por el recurrente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 13

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 20

10. En relación con el principio de congruencia, el recurrente considera que este fue trasgredido debido a que los jueces otorgaron una indemnización pese a no haber sido pedida por su ex cónyuge. Al respecto, el proyecto en mayoría sostiene correctamente que el principio de congruencia procesal, si bien tiene relevancia iusfundamental, puede ser desplazado o derrotado en determinados supuestos, por ejemplo, en nombre del principio de protección a la familia consagrado en el artículo 4 de la Constitución. En este sentido, la sentencia de autos señala que:

> "[E]xiste una regla de precedencia condicionada que *favorece la aplicación del principio de protección de la familia y determina la restricción del principio de congruencia procesal* [refiriéndose a lo regulado por el artículo 345-A del Código Civil], por lo que una correcta aplicación de la función tutelar por el órgano jurisdiccional *no puede limitarse a la simple constatación de si existe pedido indemnizatorio expreso* de las partes, sino que *exige al juzgador realizar un juicio de inferencia a partir de hechos objetivos a fin de evaluar la existencia de aun cónyuge perjudicado* –aquél que no motivó la separación de hecho– y fijar, si fuera el casi, la indemnización correspondiente" (f. j. 8, resaltado nuestro).

11. En el presente caso, precisamente, los jueces ordinarios han decidido el pago de una indemnización a favor de la ex cónyuge del amparista tomando en cuenta, en el marco de sus atribuciones, el daño o afectación que la separación habría producido en ella, tal como queda en evidencia con las citas de las sentencias civiles transcritas *supra* (fundamento 5).

12. Tratándose, entonces, de una limitación constitucionalmente razonable al principio de congruencia (como afirmamos unánimemente los magistrados del Tribunal), y estando debidamente motivada la decisión de los jueces de familia de establecer un monto indemnizatorio a favor de la cónyuge perjudicada, la demanda debe declararse infundada en este extremo.

13. Por otra parte, con respecto del derecho de defensa, el voto mayoritario señala que, debido que la ex cónyuge del amparista fue declarada rebelde, por ende, "en ninguna etapa del proceso la emplazada alegó algún acto o hecho que lleve a la convicción de ser la cónyuge perjudicada por la separación de hecho". De la anterior afirmación, los magistrados que suscriben la decisión en mayoría coligen que "se ha vulnerado (…) el derecho de defensa del cónyuge demandante, puesto que los jueces ordinarios lo han sorprendido con una decisión indemnizatoria sustentada en razones respecto de las cuales el ahora recurrente nunca tuvo la oportunidad de contradicción, toda vez que, como ha quedado establecido, nunca fueron invocadas [por] su contraparte".

14. Sin embargo, de la revisión de lo resuelto por los jueces civiles (fundamento 5, *supra*) se observa que, aunque es cierto que la cónyuge perjudicada no expuso directamente ningún daño o perjuicio indemnizable, los jueces ordinarios sí lo hicieron al resolver, en

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 14

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 21

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

uso de sus competencias legales, y frente a las razones expuestas por estos jueces en diferentes momentos el actor sí pudo defenderse. Siendo así, consideramos que no se ha producido realmente una afectación al derecho de defensa del actor, por lo que también en este extremo la demanda debe ser declarada infundada.

15. En suma, teniendo en cuenta que los jueces civiles han actuado en el marco de sus competencias, y que en su ejercicio no han vulnerado el principio de congruencia ni el derecho de defensa del actor, estimamos que debe declararse **INFUNDADA** la demanda.

SS.

SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 15

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 25

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00782-2013-PA/TC
LIMA
JUAN AMÉRICO ISLA VILLANUEVA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados emito el presente fundamento de voto por las consideraciones que a continuación expongo:

Proceso de familia subyacente

1. De lo actuado se aprecia que el demandante interpuso demanda de divorcio alegando "separación de hecho por más de 2 años" (Cfr. Código Civil artículos 333°, inciso 12, y 349°), que fue declarada fundada y, en consecuencia, se declaró disuelto el vínculo matrimonial; sin embargo, se le impuso una indemnización a favor de su exesposa (a pesar de la rebeldía de esta última), por haber sido "perjudicada" debido a la "infidelidad" que cometió, en virtud de lo establecido en el artículo 345°-"A" del Código Civil. Justificó tal decisión, además, en las propias declaraciones del actor, quien reconoció ser el progenitor de un menor con otra mujer.

   Dicho extremo de la sentencia fue impugnado. Empero, la Sala revisora se limitó a reducir la indemnización inicialmente decretada de S/. 3,000.00 (Tres mil nuevos soles y 00/100) a S/. 2,000.00 (Dos mil nuevos soles y 00/100). Lo resuelto en segunda instancia fue cuestionado mediante recurso de casación, que finalmente fue declarado improcedente.

Delimitación del asunto litigioso y planteamiento de las cuestiones jurídicamente relevantes a resolver

2. A través del presente proceso, el demandante pretende que se deje sin efecto la indemnización decretada, al no haber sido solicitada por su excónyuge, quien ni siquiera se apersonó al proceso. En tal sentido, corresponde a la justicia constitucional determinar si dicho resarcimiento era susceptible de ser estipulado en el proceso de familia subyacente.

   Tal como se advierte de las resoluciones expedidas en dicho proceso, se ha justificado dicha indemnización en la literalidad de lo previsto en el artículo 345°-"A"[1] del Código Civil. De acuerdo con la interpretación realizada por la justicia ordinaria de dicha disposición, el juez se encuentra obligado a "velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado" por lo que deberá "señalar una

[1] *"El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder."*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 16

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 25

indemnización por daños" u "ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal", incluso cuando no hubiere sido solicitado.

A juicio del accionante, dicha interpretación es inconstitucional debido a que, en buena cuenta, vulnera el principio de congruencia.

3. En tales circunstancias, el presente litigio se circunscribe a determinar si:

¿Es posible que la justicia de familia ordinaria determine una indemnización por daño moral en un proceso de divorcio por causal de "separación de hecho por más de 2 años" (Cfr. Código Civil artículos 333º, inciso 12, y 349º) a favor de un cónyuge perjudicado en un proceso en el que ni siquiera ha participado?

Análisis del caso

4. Tal como se advierte de autos, el Juez de Familia de Trujillo fijó como punto controvertido, incorrectamente en mi opinión, la determinación sobre si existe un cónyuge perjudicado o no (Cfr. Fijación de puntos controvertidos de la Audiencia de Conciliación obrante a fojas 9)[2], pues, el debate de la controversia en el referido proceso de familia, simplemente radicaba en determinar si la convivencia se interrumpió por más de 2 años o no.

   En la medida que su excónyuge no se apersonó al proceso, la labor de la justicia ordinaria únicamente debió limitarse a constatar si, como fue alegado, no hubo convivencia durante, al menos, 2 años. No le correspondía determinar quién fue el responsable de la ruptura, ni cuáles fueron las causas que los llevaron a separarse, como tampoco lo era especular, si producto de dicha ruptura, su exesposa padeció o no un daño emocional que debe ser resarcido, conforme será desarrollado *infra.*

5. Aunque nuestra Constitución ordena al Estado *proteger* a la familia y *promover* el matrimonio, la manera en que tal mandato debe ser llevado a cabo por el legislador (al regularlas) y por los jueces (al resolver las controversias relacionadas a temas de familia) no puede ser desproporcionada, ni desconocer derechos fundamentales. De ahí que si bien el Estado no puede permanecer neutral ante ambas instituciones, no se encuentra habilitado para interferir en la libertad de sus ciudadanos sin mayor fundamento.

6. Por consiguiente, la interpretación literal del artículo 345º-"A", del Código Civil, según la cual, en aras de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado

[2] Ello, sin embargo, no fue objetado por el propio accionante. De ahí que no puede entenderse que el demandante haya sido sorprendido por la justicia ordinaria.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTOA
FOJAS 17

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 24

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

por la separación, los jueces de familia deben establecer una indemnización a favor de aquél, incluso cuando ello no hubiera sido solicitado, debe ser descartada debido a que ninguna interpretación conforme con la Constitución del artículo 345-"A" del Código Civil, posibilita al juzgador a determinar una responsabilidad objetiva o señalar *motu proprio* cuál sería el eventual *daño moral* que se hubiera generado en su exesposa, subrogándola. En esa línea, también considero arbitrario que la justicia ordinaria haya fijado *motu proprio* una cifra con la cual la *"cónyuge perjudicada"* deba ser resarcida.

7. Sobre esto último, es preciso advertir, que la responsabilidad civil no tiene una finalidad punitiva, objetivo que, en cambio, sí persigue la responsabilidad penal. Atendiendo a dicha razón, es imprescindible que se demuestre la existencia de un daño o perjuicio (a no ser que el ordenamiento jurídico disponga lo contrario). Sin ello, no es posible imponer una indemnización, así se constate la existencia de un incumplimiento de un deber o de una obligación. Asimismo, tampoco puede perderse de vista que la noción de *daño moral* es manifiestamente subjetiva; por ende, tiene que necesariamente ser solicitada por quien padece el agravio.

   Precisamente por ello, lo resuelto en el proceso subyacente constituye una intervención excesiva en su libre autonomía de la voluntad, al subrogar, por completo, la libertad de autorregulación inherente a cada particular.

8. Dado que la excónyuge del actor no solicitó ninguna indemnización, el proceso únicamente debió haberse limitado a verificar si, efectivamente, estuvieron separados de hecho durante 2 años o no. Por ende, las razones por las cuales se separaron no debieron ser objeto de discusión. Y es que, aunque la ruptura de la relación marital pudo haber generado perjuicios económicos a ella, ésta tuvo la posibilidad de reconvenir la demanda imputándole una causal de adulterio para hacerlo jurídicamente responsable del divorcio, a fin de que asuma las consecuencias de su conducta o, de otro lado, apersonarse al proceso y solicitar una indemnización; sin embargo, no lo hizo. Es más, ni siquiera se apersonó al proceso.

9. Así mismo, llama la atención, que la justicia ordinaria no hubiera tomado en cuenta que, en su momento y de mutuo acuerdo, ambos cónyuges ya habrían dispuesto del inmueble que adquirieron como sociedad de gananciales y que no existen otros bienes susceptibles de ser repartidos; descartando, de antemano, toda posibilidad de que, previamente, ellos hubieran llegado a un entendimiento sobre el destino de los bienes que adquirieron como sociedad conyugal. Ahora bien, en un contexto en el que la otra parte no ha mostrado mayor interés en el resultado del mismo, obviar lo antes expuesto constituye una arbitrariedad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OYDA
FOJAS 18

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ENO
FOJAS 26

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. En virtud de las consideraciones antes señaladas, estimo que ha quedado acreditada la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y del *principio de congruencia procesal* al introducir en la solución del proceso subyacente una cuestión ajena al litigio.

Atendiendo a las consideraciones antes señaladas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, se declare la nulidad de las resoluciones cuestionadas en el extremo relacionado a la indemnización por daño emocional a su excónyuge del demandante, a fin de que el Quinto Juzgado de Familia de Trujillo expida una nueva resolución tomando en cuenta lo expuesto en la presente sentencia.

Sr.

URVIOLA HANI

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2015 / J12 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 186-2015 · Lima Norte

Ausencia de prueba y pretensiones distintas

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 25 de agosto de 2015

Localización: Fundamentos 9-11; decisión y certificación final

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. Se mantiene el divorcio y la ausencia de indemnización a favor de la recurrente.

2. Análisis jurídico

El proceso penal previo y su desenlace absolutorio no demostraban por sí solos el perjuicio del artículo 345-A. La Corte diferencia además la eventual pretensión por denuncia maliciosa del problema compensatorio debatido en el divorcio.

3. Aplicación y contraste

La existencia de alimentos tampoco funciona aquí como prueba concluyente. La investigación debe mostrar la conexión entre separación, perjuicio y medios de convicción; no acumular antecedentes sin explicar su significado.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209, respalda la necesidad de identificar la naturaleza de cada pretensión patrimonial.

5. Límites de utilización

La sentencia no afirma que los procesos de alimentos carezcan siempre de relevancia. Su suficiencia probatoria se evalúa en el caso.

Ficha 04 · Ver referencia original final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 186-2015
LIMA NORTE

Divorcio por causal de separación de hecho

Divorcio por causal de separación de Hecho
SUMILLA.- Según lo dispuesto por el artículo 345°-A del Código Civil, el Juez a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, al cónyuge más perjudicado con el divorcio, sin embargo, al no existir pruebas que acredite este supuesto las instancias de mérito deben omitir fijar el respectivo monto indemnizatorio.

Lima, veinticinco de agosto de dos mil quince.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número ciento ochenta y seis – dos mil quince, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

En el presente proceso de divorcio por la causal de separación de hecho la demandada **Teófila Díaz Girón** ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas trescientos cincuenta y siete, contra la sentencia de vista de fecha veinte de agosto de dos mil catorce de fojas trescientos treinta y siete, dictado por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia de fecha trece de diciembre de dos mil trece, de fojas mil doscientos sesenta y siete, que declara fundada la demanda y disuelto el vinculo matrimonial contraída el primero de setiembre de mil novecientos ochenta, en los seguidos por José Silvestre Díaz Saucedo con Teófila Díaz Girón.

II. ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

Por escrito de fojas catorce, el demandante **José Silvestre Díaz Saucedo** interpone demanda de divorcio por la causal de separación de

hecho solicitando que se ordene la disolución del vinculo matrimonial. Señala como sustento de su pretensión lo siguiente:

- Con la demandada contrajo matrimonio ante el Concejo Provincial de Lima el primero de setiembre de mil novecientos ochenta.
- Su último hogar matrimonial es el predio ubicado en la Mz. L, Lote treinta, Programa de Vivienda "San Diego – Vipol", distrito de San Martín de Porres.
- Han procreado tres hijos: Williams Miguel (veintinueve años), Arturo (veintisiete años) y Jenny (veintidós años) Díaz Díaz, que en la actualidad son mayores de edad.
- Desde el mes de setiembre de mil novecientos ochenta hasta el mes de noviembre de mil novecientos noventa y uno, su matrimonio se desarrollo en armonía.
- Posteriormente se suscitaron inconvenientes e incompatibilidades de caracteres quebrantando su unidad familiar, habiéndole causado constante agresión verbal y física hasta llegar al extremo que el día diez de marzo de dos mil uno, la demandada le causó lesiones graves con quemaduras de tórax, abdomen y hombro derecho tal como se verifica con la copia expedida por la Comisaria de Pro, razón por la que optó por retirarse en forma definitiva del hogar conyugal con el fin de proteger su integridad física y primordialmente su existencia, con ello se determina que su separación de hecho supera el plazo máximo que establece la Ley 27495.
- La demandada en el año mil novecientos noventa y dos, interpuso demanda de alimentos ante el decimo quinto juzgado civil de Lima, y mediante resolución del ocho de junio de mil novecientos noventa y dos se aprueba la conciliación a la que han arribado, fijándose la pensión alimenticia del cincuenta por ciento del haber mensual y demás bonificaciones que percibe, a favor de sus hijos William Miguel, Jenny y Arturo (ahora mayores de edad) y de la propia cónyuge.

Divorcio por causal de separación de hecho

- La demandada ha sido sentenciada a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el periodo de un año, impuesta por el sexto juzgado penal de Lima Norte por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones en su agravio por haber causado lesiones leves, (expediente N° 20295-2002)
- Desde mil novecientos noventa y uno acaeció la separación de hecho.
- Fruto de su relación extramatrimonial habida con Gladys Elisa Pocomucha Márquez ha procreado a su menor hijo Alessandro Daniel Díaz Pocomucha nacido el veintiséis de octubre de dos mil cinco.
- Durante su matrimonio han adquirido el predio ubicado en la Mz. L, Lote treinta del Programa de Vivienda San Diego Vipol – del distrito de San Martín de Porres que tiene un área de ciento veinte metros cuadrados.
- El cincuenta por ciento del predio que le corresponde cede a favor de la actora para que en forma conjunta con sus hijos puedan habitar y disponer.
- En cuanto a los alimentos, se encuentra al día y mes, a mes la demandada viene cobrando a través de su empleadora la Policía Nacional del Perú, por lo que al declararse la disolución del vínculo matrimonial debe dejarse sin efecto el pago de la pensión de alimentos. - Al resultar perjudicado por los actos cometidos por la demandada y que han determinado su alejamiento del hogar conyugal, resulta procedente el pago de la indemnización solicitada a favor de su persona.

CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Mediante escrito de fojas ciento quince, se apersona al proceso Teofila Diaz Girón al proceso y contesta la demanda señalado lo siguiente:

- La separación se produjo el dos mil cuatro y no desde la fecha que señala el actor.

- El accionante abandonó el hogar conyugal al ser descubierta su infidelidad con Gladys Elisa Pocomucha Márquez con quien procreó un hijo nacido el veintiséis de octubre de dos mil seis.
- Es cierto que contrajo matrimonio el primero de setiembre de mil novecientos ochenta y que sus hijos son mayores de edad
- Es verdad que interpuso demanda de alimentos arribando a un acuerdo conciliatorio.
- No es verdad que le haya causado lesiones el diez de marzo de dos mil uno, puesto que después de esa fecha si bien fue procesada fue absuelta de los cargos imputados.
- El actor se aleja del hogar conyugal el dos mil cuatro.
- Es cierto que durante su vida conyugal adquirieron un inmueble.
- No es cierto que el actor haya sido perjudicado con la separación toda vez que es el accionante quien la perjudicó con agresiones físicas y verbales.
- Se encuentra mal de salud y al producirse el divorcio, dejará de contar con el seguro de salud policial que le permite cubrir sus gastos de salud y atender sus dolencias, por lo que es necesario al ser una persona mayor continuar con la pensión que contribuya en algo a mejorar su situación.

PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Según se observa de fojas ciento setenta y cuatro, el *A Quo* fijó los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si la separación de hecho es de más de dos años.
2. Determinar si corresponde asignar una pensión de alimentos a favor de la demandada Teófila Díaz Girón y de su hija Jenny Díaz Díaz, y en su caso establecer el importe que corresponda a cada una de ellas.
3. Determinar si durante el matrimonio ha adquirido bienes muebles o inmuebles susceptibles de liquidación de gananciales.

4. Determinar si corresponde asignar un monto indemnizatorio a favor del cónyuge perjudicado por la separación de hecho.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución de fojas doscientos sesenta y siete declaró fundada la demanda y en consecuencia:

Disuelto el vínculo matrimonial contraído el primero de setiembre de mil novecientos ochenta, ante la Municipalidad Provincial de Lima.

Alimentos.- al existir pronunciamiento judicial al respecto de los alimentos carece de objeto emitir pronunciamiento en este extremo demandado dejando a salvo el derecho del actor de hacerlo valer con arreglo a ley.

Fíjese como fecha del fenecimiento de la sociedad de gananciales el nueve de julio de dos mil uno.

Perjuicio.- Al no acreditarse dicha situación en la separación de hecho, carece de objeto señalar un monto por concepto de indemnización, así como carece de pronunciamiento a los demás regímenes al ser mayores de edad sus hijos

APELACION

Mediante escrito de fojas doscientos noventa, la demandada Teófila Díaz Girón interpone recurso de apelación señalando los siguientes agravios:

1) Respecto al fenecimiento de la sociedad conyugal de gananciales.- La separación se produjo el año dos mil cuatro, por tanto ese año debe figurar como fecha de fenecimiento de la sociedad de gananciales.

2) Respecto al extremo que no se señala monto por concepto de indemnización.- Se ha probado que en los tres años de adulterio ha sido maltratada física y psicológicamente, por tanto ella ha sido perjudicada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 186-2015
LIMA NORTE

Divorcio por causal de separación de hecho

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

Elevados los autos a la Sala Superior en mérito al recurso de apelación propuesto, se expide la sentencia de vista de fojas trescientos treinta y siete, del veinte de agosto de dos mil catorce, que confirma la sentencia que declaró fundada la demanda, sosteniendo lo siguiente:

- La afirmación del demandante sobre la fecha de la separación ha sido probada con la denuncia por violencia familiar interpuesta ante la Comisaria de Pro, según es de verse de fojas doce, que da cuenta de los graves hechos de lesiones físicas por quemaduras inferidos por su cónyuge.
- En cuanto a la solicitud de indemnización a favor de la demandada, a tener de los hechos expuestos y probados, no corresponde monto alguno, conforme lo ha declarada la Juez y es de la misma opinión la señora Fiscal Superior.
- La señora Jueza ha omitido en la parte resolutiva, formalizar la cesión del cincuenta por ciento de acciones y derecho que le corresponden al demandante del inmueble ubicado en la Mz. L, Lote treinta del Programa de Vivienda San Diego –Vipol- en el distrito de San Martín de Porres, a favor de la demandada y sus hijos.

III. <u>RECURSO DE CASACION:</u>

Mediante escrito de fojas trescientos cincuenta y siete, la demandada Teófila Díaz Girón ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista emitida por la Sala Superior.

Esta Sala Suprema, según resolución de fecha veinte de marzo de dos mil quince, obrante a fojas treinta y seis del cuaderno respectivo, ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 186-2015
LIMA NORTE

Divorcio por causal de separación de hecho

a) **Infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado y del artículo 197 del Código Procesal Civil,** argumentando que la sentencia ha vulnerado el derecho de prueba y adolece de motivación insuficiente, toda vez que no se ha efectuado una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica, lo que ha originado un fallo con motivación insuficiente. Asimismo, señala que el artículo 197 del Código adjetivo regula la valoración de la prueba, sin embargo, la Sala Superior no ha valorado la denuncia policial que hace referencia en la sentencia apelada, que dio lugar a un proceso penal seguido contra la recurrente por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones graves en agravio del actor, por lo que para obtener una apreciación razonada de la prueba y una motivación suficiente correspondía que se conociera el resultado del citado proceso para corroborar o desvirtuar los fundamentos de la demanda, incurriendo en esta infracción a pesar que obra en autos el expediente penal fenecido como acompañado (ofrecido y actuado como medio probatorio) y no tomado en cuenta al resolver. El proceso penal terminó con la absolución de la recurrente de todos los cargos imputados por el actor, en consecuencia se debió confrontar ambos medios probatorios, la denuncia policial y el resultado del proceso penal. Por otro lado, manifiesta que otro medio probatorio que no se ha valorado es el expediente fenecido de alimentos seguido por la recurrente contra el actor. Es evidente que la motivación de la sentencia de vista para desvirtuar la indemnización que le corresponde como cónyuge perjudicada es insuficiente, por cuanto la conclusión a la que arriba la Sala Superior se limita a remitirse a las conclusiones del *A Quo* y de la Fiscalía Superior, por lo que correspondía a la Sala de vista explicar y contraponer las pruebas de ambos para obtener una conclusión razonada y explicar los motivos por los cuales se aparte de las pruebas fundamentales y relevantes

en su razonamiento y contrapone una simple prueba contra un proceso penal con sentencia consentida, cuyo contenido resulta siendo favorable a la recurrente.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE:

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si al expedirse la sentencia de vista impugnada se ha vulnerado el principio y derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como la motivación de las resoluciones judiciales, referida a la valoración conjunta de todos los medios probatorios aportados por las partes.

V. FUNDAMENTOS DE LA SALA CIVIL PERMANENTE:

Derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

1. El debido proceso o proceso justo reconocido constitucionalmente por el **artículo 139 inciso 3 de la Carta Magna**, se ha conceptuado como un derecho humano o fundamental que tiene toda persona por el solo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no sólo está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes y terceros legitimados, sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por tanto, aquel derecho no sólo tiene un contenido procesal y constitucional sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial y justo.

Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

2. La motivación de la resoluciones judiciales constituye un elemento del debido proceso y, además, se ha considerado como principio y derecho de la función jurisdiccional consagrado en el **inciso 5 del artículo 139 de la**

Constitución Política del Estado, norma constitucional que ha sido recogida en los artículos 122, incisos 3 y 4; 50, inciso 6 del Código Procesal Civil; artículo 12 de la LOPJ; siendo que su contravención acarrea la nulidad de la resolución.

3. Motivar comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por consiguiente, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma), como la motivación de derecho o *in jure* (en el que selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma).

4. En la motivación de las resoluciones judiciales pueden presentarse vicios que pueden ser objeto de control casatorio esto son: **i)** La falta de motivación; y **ii)** La defectuosa motivación; en relación a la primera debe señalarse que esta se divide en tres agravios: **a)** Motivación aparente.- se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; **b)** Motivación insuficiente.- se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente; y, **c)** Motivación defectuosa en sentido estricto.- ocurre cuando el razonamiento del Juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia denominándose en la doctrina los vicios o errores en el razonamiento del juzgador como *errores in cogitando.*

Valoración de la Prueba.

5. Conforme lo señala el **artículo 197° del Código Procesal Civil:** *"Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán*

expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión."

6. En el caso de autos los fundamentos sobre los cuales el recurrente sustenta su pretensión casatoria se circunscriben a lo siguiente: **a)** Se vulnera el derecho de prueba y la sentencia adolece de motivación insuficiente, al no efectuarse una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas; **b)** No se ha valorado la denuncia policial que dio lugar al proceso penal seguido contra la demandada por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones graves en agravio del actor el cual terminó con la absolución de la recurrente; **c)** No se ha valorado el expediente fenecido de alimentos seguido por la recurrente contra el actor; y, **d)** Para desvirtuar que le corresponde la indemnización como cónyuge perjudicada se limita a remitirse a las conclusiones del *A Quo* y la Fiscalía Superior.

7. Al respecto es preciso señalar, que el debate casatorio se circunscribe a establecer únicamente si la decisión adoptada por las instancias de mérito respecto a la solicitud de indemnización a favor de la demandada ha sido emitida con arreglo a ley.

8. Como se ha indicado el presente proceso versa sobre divorcio por la causal de separación de hecho instaurado por don José Silvestre Díaz Salcedo en contra de Teófila Silvestre Díaz Girón al considerar que no hacen vida en común desde al año 1991, sin embargo las instancias de mérito han determinado que el alejamiento del hogar conyugal se lleó a cabo el año 2001, extremo que no es objeto del recurso de casación, por lo que no se emite pronunciamiento al respecto, asimismo ambos cónyuges al considerarse perjudicados con el divorcio solicitan el pago de la respectiva indemnización, y al no haberse acreditado el perjuicio con la separación de hecho, carece de objeto señalar un monto por concepto de indemnización.

9. Sin embargo, la demandada Teófila Díaz Girón considera que es la cónyuge perjudicada y para probar su pretensión refiere que fue absuelta del proceso penal instaurado en su contra por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones graves, en agravio del actor y en el cual obtuvo sentencia favorable, asimismo manifiesta que el perjuicio por el divorcio por la causal de separación de hecho está acreditado con el proceso fenecido de alimentos seguido en contra de su cónyuge, pruebas que no han sido valoradas por las instancias de mérito.

10. No obstante ello, corresponde indicar que la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil está destinada a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como de los hijos; sin embargo tanto la denuncia policial, así como el proceso penal invocados no demuestran el supuesto perjuicio en contra de la demandada; por el contrario, obtuvo una sentencia absolutoria de los cargos imputados en su contra, y si consideraba que dicho proceso fue malicioso tenía expedito su derecho para instaurar la respectiva demanda de indemnización prevista en el artículo 1982 del Código Civil, en vía de acción y no a través de este proceso, ello debido a que dicha pretensión es distinta a la indemnización que contempla el artículo 345-A del acotado código sustantivo; asimismo el proceso de alimentos que refiere no es prueba suficiente para demostrar el supuesto perjuicio, sino que es en virtud al mismo que hasta la fecha sigue percibiendo una pensión de alimentos a su favor.

11. Estando a lo indicado se evidencia que la Sala Superior ha cumplido con emitir una decisión congruente con las pretensiones oportunamente apeladas por la demandada, así como haber esbozado los argumentos necesarios que le han permitido confirmar la sentencia apelada, y si bien es cierto los fundamentos expuestos no reflejan una desarrollo extenso por parte del Órgano Superior, también lo es que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido

esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, lo que se ha cumplido en el caso de autos, consideraciones por las cuales este extremo del recurso de casación es **infundado.**

VI. DECISIÓN:

En aplicación del artículo 397°del Código Procesal Civil, modificado por la Ley Nro. 29364 Declararon:

1. **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Teófila Díaz Girón, a fojas trescientos cincuenta y siete; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veinte de agosto de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos treinta y siete, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirmando la sentencia apelada de fecha tres de diciembre de dos mil trece, de fojas doscientos sesenta y siete declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho.
2. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Jorge Silvestre Díaz Saucedo con Teófila Díaz Girón sobre divorcio por la causal de separación de hecho. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Almenara Bryson.-

SS.

WALDE JAUREGUI

DEL CARPIO RODRIGUEZ

CUNYA CELI

CALDERON PUERTAS

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Rro.

DR. J. MANUEL FAJARDO JULCA
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

28 MAR. 2016

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 186-2015
LIMA NORTE

Divorcio por causal de separación de hecho

El Relator de la Sala que suscribe certifica: Que el señor Juez Supremo Almenara Bryson, Presidente de esta Sala Suprema no suscribe la presente resolución, habiendo dejado su voto en relatoría de conformidad con lo acordado el día de la votación, según consta en la tablilla y registro correspondiente, por cuanto presenta una dolencia física en el miembro superior derecho, lo que le imposibilita la suscripción.

El Relator de la Sala que suscribe certifica: Que el señor Juez Supremo Al
Bryson, Presidente de esta Sala Suprema no suscribe la presente res
habiendo dejado su voto en relatoría de conformidad con lo acordado el di
ión, según consta en la tablilla y registro correspondiente, por cuanto
presenta una dolencia física en el miembro superior derecho, lo que le imposibilita
la suscripción

SAVIN CAMPAÑA CORDOVA
Relator
Sala Civil Permanente de la Corte Suprema

2015 / J13 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3475-2014 · Lima Norte

Adulterio y caducidad

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 18 de setiembre de 2015

Localización: Considerandos quinto a séptimo y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. Se mantiene la aplicación del plazo de seis meses al haberse acreditado conocimiento anterior de la relación y del nacimiento extramatrimonial.

2. Análisis jurídico

El problema central es la prueba del conocimiento: escritos y notificaciones de otros procesos permitieron fijarlo. El nacimiento no debe confundirse sin más con la fecha del acto ni con la fecha en que el cónyuge afectado pudo conocerlo.

3. Aplicación y contraste

La comparación con el Exp. 00177-2022 resulta útil: allí no se tuvo por acreditada una fecha cierta de conocimiento. La diferencia probatoria impide tratarlas como respuestas necesariamente contradictorias.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 88-90, orienta a explicitar la inferencia entre documento, conocimiento y consecuencia temporal.

5. Límites de utilización

La copia contiene formulaciones confusas sobre algunas fechas. Se reproduce sin enmienda; para litigio deben cotejarse las notificaciones del expediente original.

Copia judicial. Reproducción oficial de fondo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3475-2014
LIMA NORTE
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

SUMILLA: "la sentencia de vista se encuentra arreglada a ley por cuanto acorde a una debida interpretación de lo previsto en el artículo 339 del Código Civil establece que el plazo de caducidad para demandar el divorcio por la causal de adulterio ha operado al haber quedado debidamente acreditado que la demandante conoció sobre el nacimiento de la hija extramatrimonial del demandando el nueve de julio de dos mil diez notificándosele el escrito de la contestación de la demanda con el acta de nacimiento de la menor acto ocurrido el veintinueve de agosto de dos mil diez siendo de aplicación el plazo de seis meses en la medida que correspondía al demandado acreditar que la demandante había conocido con anterioridad sobre su relación extramatrimonial y el nacimiento de su mejor hija lo que ha cumplido".

Lima, dieciocho de setiembre
de dos mil quince.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número tres mil cuatrocientos setenta y cinco – dos mil catorce en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley expide la siguiente sentencia: ----------

I. MATERIA DEL RECURSO: ----------

Se trata del recurso de casación interpuesto por Mónica Ruth Rubina Reyes contra el auto de vista contenido en la Resolución número noventa y ocho corriente a fojas ciento treinta y ocho emitido por la Primera Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Lima Norte que revoca la Resolución número once que declara infundada la excepción de caducidad y reformando la misma la declara fundada y en consecuencia concluido el proceso y ordena el archivo definitivo del mismo en el extremo del divorcio por la causal de adulterio. ----------

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: ----------

Esta Sala Suprema Civil Transitoria mediante resolución de fecha dieciocho de marzo de dos mil quince declaró procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **a) Infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5**

1

de la Constitución Política del Perú y de los artículos I del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil; señala que se afecta su derecho pues la decisión adoptada por la Sala Superior no justifica debidamente las razones en la que se sustenta para revocar la decisión adoptada por el juez de la causa resultando evidente que al amparo de una indebida apreciación y valoración de los medios probatorios se estima la excepción de caducidad propuesta por el demandado sin considerar que no se cumplen los presupuestos que establece la norma; y **b) Infracción normativa del artículo 339 del Código Civil,** sostiene que la Sala Superior efectuó una interpretación errónea de dicho precepto legal y ampara la excepción propuesta sin considerar que la recurrente refiere en su demanda que al viajar a Chile el once de mayo de dos mil diez no tuvo conocimiento de las dos contestaciones efectuadas en el proceso de alimentos y en el de violencia familiar mediante las cuales presentó la partida de nacimiento de la hija extramatrimonial habida la que asimismo demuestra que la actual conviviente del demandado es la madre de la precitada hija por lo que la caducidad de la causal de adulterio no se encuentra arreglada a ley; y **c) Apartamiento del Precedente Judicial** refiere que no se ha tomado en consideración lo establecido en las Casaciones números 373-95 y 611-95 afectándose con ello su derecho a la tutela judicial efectiva. ----------

III. CONSIDERANDO: ----------

PRIMERO.- Que, en el caso de autos corresponde precisar que por causal de casación se entiende al motivo que la ley establece para la procedencia del recurso"[1], pues éste ha de sustentarse en las causales previamente señaladas en la ley es decir puede interponerse por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma considerándose como motivos de casación por

[1] Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, p. 359

infracción de la ley la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso así como la falta de congruencia entre lo decidido y las pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia, mientras los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a las infracciones en el procedimiento[2]; en tal sentido, si bien todas las causales suponen una violación de la ley también lo es que ésta puede darse en la forma o en el fondo y habiéndose declarado procedente la denuncia casatoria por causal procesal corresponde hacer un análisis a fin de verificar la existencia de algún vicio que amerite su nulidad. ----

SEGUNDO.- Que, asimismo, previamente a emitir pronunciamiento corresponde hacer una breve descripción del decurso del proceso apreciándose lo siguiente: **ETAPA POSTULATORIA Demanda.-** Por escrito obrante a fojas uno Mónica Ruth Rubina Reyes demanda a Melitón Rojas Tapullima divorcio por las causales de abandono injustificado y malicioso del hogar y de adulterio alegando como fundamentos de su demanda que con fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa y tres contrajo matrimonio con el demandado ante la Municipalidad Distrital de Carabayllo siendo su ultimo domicilio conyugal el ubicado en la Manzana "O" lote 01 Asentamiento Humano Los Olivos Pro Sector C Parcela B San Martín de Porres habiendo surgido durante dicha relación hechos que crearon incomprensión e incompatibilidad de caracteres retirándose el demandado del hogar conyugal el treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve llevándose sus prendas personales así como un ropero y una cama de fierro VHS por lo que procedió a efectuar la denuncia por abandono de hogar el ocho de noviembre de dicho año y en cuanto a la demanda por adulterio; arguye que en una oportunidad vio a su esposo con una mujer refiriéndole que sólo era su amiga y que ahora ha tomado conocimiento que es su compañera con quien ha concebido una niña nacida el veintinueve de marzo de dos mil siete quien a la

[2] De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F, 1940, p. 222

fecha tiene cuatro años de edad. **EXCEPCION DE CADUCIDAD.-** Del cuaderno de excepciones- es de verse que mediante escrito obrante a fojas ochenta y cinco Melitón Rojas Tapullima se apersona al proceso y propone la excepción señalando que la demandante pretende probar el divorcio por la causal de adulterio fundamentando la misma en el nacimiento de la hija extramatrimonial Ariana Ivonne Rojas Elescano ocurrido el veintinueve de marzo de dos mil siete por lo que debe determinarse si al momento de interponer la demanda de divorcio la actora ya conocía de la existencia de la menor puesto que en el proceso de alimentos que le inició así como en el de violencia familiar ofreció como medios probatorios la partida de nacimiento de la niña según escritos de fechas veintiocho de mayo y veintiocho de setiembre de dos mil diez. **ETAPA DECISORIA AUTO DE JUEZ.-** El Juez del Segundo Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte mediante auto de fecha cuatro de noviembre de dos mil trece declaró infundada la precitada excepción al considerar que si bien revisados los expedientes sobre alimentos y violencia familiar seguidos contra el demandado se advierte que al contestar éste la demanda con fecha veintiocho de setiembre de dos mil diez presentó como medio probatorio la copia del acta de nacimiento de la menor notificándose dicho escrito a la actora el nueve de julio de dos mil diez siendo esta la fecha en la que habría tomado conocimiento de la existencia de la menor sin embargo al haber nacido la niña el veintisiete de marzo de dos mil siete a la fecha de la interposición de la demanda contaba con cuatro años de edad por tanto no habría operado la caducidad prevista en el artículo 339 del Código Civil -es decir a los cinco años de producida la causal- por lo que la excepción propuesta debe ser desestimada. **ETAPA DECISORIA AUTO DE VISTA.-** La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte por auto de vista de fecha dieciséis de mayo de dos mil catorce revoca el auto apelado que declaró infundada la excepción de

prescripción extintiva y reformando esa excepción declara fundada la misma en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso al considerar que conforme ha quedado establecido la demandante tuvo conocimiento del nacimiento de la hija extramatrimonial del demandando el nueve de julio de dos mil diez al habérsele notificado el acta de nacimiento interponiendo la presente acción el veintinueve de agosto de dos mil once resultando de aplicación el plazo de seis meses en la medida que el demandado tenia la carga de la prueba de acreditar que su cónyuge demandante había conocido con anterioridad la relación extramatrimonial y el nacimiento de su mejor hija lo que se ha cumplido en consecuencia al haberse considerado en el presente caso que no ha operado el plazo de caducidad para la interposición de la demanda en el extremo que se demanda el divorcio por causal de adulterio se ha dado una interpretación errónea a la norma contenida en el artículo 339 del Código Civil. ----------

TERCERO.- Que, ingresando al fundamento del recurso de casación es de observarse que la recurrente invoca como agravio la vulneración del debido proceso -específicamente de las disposiciones contenidas en el artículo 197 del Código Procesal Civil- al sostener que no se han contrastado debidamente los medios probatorios ya que es obvio que la recurrente al viajar a Chile el once de mayo de dos mil diez no tuvo conocimiento de las dos contestaciones de la demanda presentadas en el proceso de alimentos y en el de violencia familiar mediante las cuales adjuntó la partida de nacimiento de la hija extramatrimonial por lo que la causal de adulterio no se encuentra arreglada a ley correspondiendo a este Supremo Tribunal verificar si la decisión adoptada por la Sala de mérito fue expedida respetando lo dispuesto por el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil concordante con la norma contenida en el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial *que estatuyen que los magistrados tienen la obligación de fundamentar los autos y*

las sentencias bajo sanción de nulidad respetando los Principios de Jerarquía de las Normas y de Congruencia. ----------

CUARTO.- Que, asimismo es del caso anotar que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una garantía constitucional que asegura la publicidad de las razones que los jueces tuvieron en cuenta para pronunciar sus sentencias resguardando a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias aspecto que también ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número once de la sentencia número 1230-2003-PCH/T[1] y en ese contexto debe precisarse que el Derecho a la Prueba es un elemento del debido proceso que posibilita a todo sujeto procesal utilizar los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión el cual se encuentra regulado por el artículo 197 del Código Procesal Civil[2]. ----------

QUINTO.- Que, conforme a lo regulado por la doctrina la **caducidad** en el Derecho es la figura jurídica por la cual si el sujeto no ejerce la acción dentro de un lapso perentorio señalado por la ley pierde el derecho a entablar la acción correspondiente apreciándose que el artículo 339 del Código Civil contempla que la acción de divorcio por la causal de adulterio según lo previsto por el artículo 333 inciso 1 del Código acotado caduca a los **seis meses de conocida la causa por el ofendido y en todo caso a los cinco años de**

---

[1] **Sentencia del Tribunal Constitucional número** 1230-2003-PCH/TC **"el Derecho a la Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales** es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial previendo que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso posición que guarda relación con lo expuesto en la sentencia número 1230-2003.PCH/TC Fundamento jurídico número once, al indicar que, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental garantiza que los Jueces cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso mental que los llevó a decidir una controversia asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del Derecho de Defensa de los justiciables. De ese modo la exposición de las consideraciones en que se sustenta el fallo debe ser expresa clara legítima lógica y congruente

[2] **Picó I Junoy, Joan. El Derecho a la Prueba en el proceso civil, Barcelona, Bosch 1996, pags. 32, 33.**

producida y la que se funda en los incisos 2 y 4 del artículo en referencia caduca a los seis meses de producida la causal estando en los demás casos la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan. ----------

SEXTO.- Que, de los actuado en el proceso es de verse lo siguiente: **a)** Mónica Ruth Rubina Reyes y Melitón Rojas Tapullina contrajeron matrimonio civil ante la Municipalidad Distrital de Carabayllo el día veintiséis de junio de mil novecientos noventa y tres fijando su domicilio conyugal en la Manzana "O" Lote 01 Asentamiento Humano Los Olivos de Pro Sector C Parcela B San Martín de Porres; **b)** Con fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve el demandado se retiro del hogar conyugal efectuándose la denuncia respectiva el dos de noviembre de dicho año estando separados los cónyuges por más de diez años; **c)** De las Actas de nacimiento adjuntadas se advierte que la menor Elizabeth Indira Rojas Elescano nació el doce de setiembre del año dos mil y Jenyfer Alexandra Rojas Elescano nació el ocho de abril de dos mil cuatro asimismo es de apreciarse que la menor Ariana Ivonne Rojas Elescano nació el veintinueve de marzo de dos mil siete; **d)** Del proceso de alimentos se tiene que la actora demandó al emplazado por alimentos el nueve de mayo de dos mil diez -otorgando poder de presentación el once de mayo del año antes indicado por haber viajado a Chile- habiendo contestando la demanda el emplazando el veintiocho de mayo de dicho año anexando las actas de nacimiento de sus tres hijas; y **e)** Del proceso de violencia familiar se advierte que fue la demandada quien interpuso la demanda el dieciocho de agosto de dos mil diez procediendo el denunciante a contestar la misma el veintiocho de setiembre de dicho año adjuntado las actas de nacimiento de sus menores hijas. ----------

SÉTIMO.- Que, atendiendo a los fundamentos expuestos por la parte recurrente y efectuado el análisis de la sentencia de vista esta Sala Suprema concluye que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3475-2014
LIMA NORTE
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

Norte ha emitido fallo conforme a derecho por cuanto acorde a una debida interpretación de lo previsto en el artículo 339 del Código Civil establece que el plazo de caducidad para demandar el divorcio por la causal de adulterio ha operado al haber quedado debidamente acreditado que la demandante conoció sobre el nacimiento de la hija extramatrimonial del demandando el nueve de julio de dos mil diez notificándosele el escrito de la contestación de la demanda con el acta de nacimiento de la menor acto ocurrido el veintinueve de agosto de dos mil diez siendo de aplicación el plazo de seis meses en la medida que correspondía al demandado acreditar que la demandante había conocido con anterioridad sobre su relación extramatrimonial y el nacimiento de su mejor hija lo que ha cumplido no evidenciándose por tanto la vulneración del debido proceso como mal alega la parte recurrente como tampoco se transgreden los lineamientos del precepto legal de orden material contemplado en el artículo 339 del Código Civil consiguientemente al no apreciarse la incidencia que la precitada norma tendría para nulificar lo actuado resulta evidente que lo único que cuestiona son situaciones de orden fáctico por lo que el recurso de casación no puede ser amparado. ----------

Por las razones expuestas y en aplicación de lo preceptuado por el artículo 397 del Código Procesal Civil declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Mónica Ruth Rubina Reyes; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número noventa y ocho obrante a fojas ciento treinta y ocho dictada el dieciséis de mayo de dos mil catorce por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; **DISPUSIERON**; la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Mónica Ruth Rubina Reyes con Melitón Rojas Tapullima y otro sobre Divorcio por Causal de Adulterio; y los devolvieron. Integran esta Sala los Señores Jueces Supremos Cunya Celi y Calderón Puertas por licencia de los Señores Jueces Supremos Mendoza

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3475-2014
LIMA NORTE
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

Ramírez y Cabello Matamala. Ponente Señora Valcárcel Saldaña, Jueza Suprema.-

S.S.

HUAMANÍ LLAMAS

VALCÁRCEL SALDAÑA

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI

CALDERÓN PUERTAS

AAG/JMT/RPN

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. ÁLVARO CÁCERES PRADO
Secretario(e)
Sala Civil Transitoria
CORTE SUPREMA

21 JUN 2016

9

2016 / J14 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 4176-2015 · Cajamarca

Imposibilidad de vida en común y hecho propio

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 19 de setiembre de 2016

Localización: Considerandos octavo a décimo y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. Se mantiene el rechazo de la demanda al aplicarse la prohibición de fundarla en hecho propio.

2. Análisis jurídico

La Sala ubica la imposibilidad de hacer vida en común dentro del divorcio sanción. El deterioro afectivo no basta cuando los actos invocados se explican por la conducta del propio demandante, según lo establecido en las instancias.

3. Aplicación y contraste

Debe diferenciarse esta causal de la separación de hecho. La restricción examinada no se traslada sin más al inciso 12. La demanda requiere una calificación compatible con los hechos y con la causal elegida.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 403-408, documenta el debate histórico entre divorcio sanción y remedio; no se presenta la doctrina como idéntica al criterio judicial.

5. Límites de utilización

El considerando octavo menciona otra casación al aludir al III Pleno. La identificación correcta del pleno es 4664-2010-Puno; el original se conserva sin alterar.

Ficha técnica D1, p. 4 en el índice general final del tomo.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema:CACERES PRADO Alvaro Efrain (FAU20159981216) Fecha: 04/05/2017 08:05:51 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4176-2015
CAJAMARCA
DIVORCIO POR CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN

SUMILLA: *Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un sistema de divorcio mixto y complejo, que contempla la disolución del matrimonio, tanto por actos que violentan los deberes que impone el matrimonio, (divorcio sanción), como por el dato objetivo de la separación fáctica de los cónyuges sin voluntad de reconciliación (divorcio remedio), siendo que las causales detalladas en los incisos 1 a 11 del artículo 333 del Código Civil son de naturaleza inculpatoria y las causales detalladas en los incisos 12 y 13 no lo son. En ese sentido, se tiene que la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (inciso 11 del artículo 333 del Código Civil) da lugar a un divorcio-sanción, resultando aplicable la restricción del artículo 335 del Código Civil, que prescribe que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio.*

Lima, diecinueve de setiembre
de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número cuatro mil ciento setenta y seis – dos mil quince, y efectuados el debate y la votación correspondientes, emite la siguiente sentencia.----------

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Manuel Jesús Hernández Rudas a fojas doscientos noventa y dos, contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, de fecha veinte de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que confirma la sentencia apelada de fojas ciento treinta, de fecha veintisiete de setiembre de dos mil doce, que declara infundada la demanda.----------

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas cuarenta y siete del presente cuadernillo, de fecha nueve de noviembre de dos mil quince, ha estimado procedente el citado recurso de casación por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material. La parte recurrente denuncia lo siguiente: **A) Infracción normativa procesal del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú,** alegando que la recurrida incurre en causal de

motivación incongruente toda vez que pese a realizar una descripción de la secuela de los hechos que constituyen causal de imposibilidad de hacer vida en común, determina que tanto el hecho de demandar alimentos y retirarse del hogar conyugal de modo justificado constituyen circunstancias atendibles para el actuar de la demandada, como si el impugnante hubiere invocado la causal contenida en el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil, referente al abandono injustificado del hogar conyugal; indica por otro lado, que la Sala Superior realiza un juicio de valor a todas luces errado, al concluir que debido a la fundabilidad del Proceso de Alimentos número 5009-2009, instaurado por la demandada contra el recurrente, éste resulta siendo culpable de la imposibilidad de seguir haciendo vida en común, cuando el solo hecho de acudir al órgano jurisdiccional, aún en el ejercicio del derecho, resquebraja las relaciones personales de los cónyuges, por lo que la construcción de la sentencia de vista no guarda coherencia con la parte resolutiva, además de no observarse que en anterior oportunidad se declaró nula la sentencia de vista mediante ejecutoria suprema por no haberse establecido al cónyuge culpable, por lo que en este nuevo pronunciamiento la Sala Superior sólo debió limitarse a indicar al cónyuge culpable de la misma, que en este caso vendría a ser la demandada; **B) Infracción normativa material del artículo 333 inciso 11 del Código Civil,** refiriendo que se afecta su derecho pues, el mismo razonamiento efectuado por la Sala Superior se ha encuadrado en el comportamiento de la demandada, sin tener en cuenta que ésta se justifica como si se hubiera demandado el divorcio por causal de abandono injustificado del hogar conyugal, lo que ha llevado a realizar un juicio errado de los autos, sin tomar en cuenta que él acreditó que la causal accionada se configuró cuando su cónyuge lo demandó por alimentos, para luego retirarse del hogar conyugal; **C) Infracción normativa material del artículo 335 del Código Civil,** sosteniendo que se afecta su derecho al haberse realizado un errado juicio de valor sobre la imputabilidad del cónyuge culpable de la causal invocada para el divorcio, lo cual ha originado que se aplique el presente dispositivo de modo erróneo, pues

por los actos realizados por la demandada, se tiene que el recurrente es el cónyuge afectado; y **D) Apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio en material Civil,** afirmando que el *Ad quem* aplicó erróneamente lo previsto en dicho Pleno Casatorio, pues en aquél no se establece que el acudir a un Tribunal Judicial demandando al otro cónyuge esté justificado, o no sea suficiente para que las relaciones maritales se resquebrajen con la realización de dicho acto.----------

CONSIDERANDO:----------

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que a fojas diecisiete Manuel Jesús Hernández Rudas interpone demanda sobre Divorcio por la Causal de Imposibilidad de Hacer Vida en Común contra Carmen Adela Huamán Sayas, a fin que se declare disuelto el vínculo matrimonial, el derecho alimentario, tenencia y cuidado de los hijos y se dé por fenecido el régimen de sociedad de gananciales, ya que no existen bienes que repartir. Como fundamentos de su demanda sostiene que el treinta de julio de mil novecientos noventa y nueve contrajo matrimonio con la demandada en la Municipalidad Distrital de Baños del Inca, habiendo procreado a sus hijos Jhonatan, Carlos Manuel, Rosi Araceli y Ana Cristina Hernández Huamán, y que durante el tiempo de su relación siempre tuvieron problemas como pareja, siendo que la actitud violenta de la demandada era cada vez más frecuente, llegando a agredirlo en varias oportunidades. En el mes de octubre de dos mil nueve, la demandada interpone una demanda de Alimentos ante el Juzgado de Paz Letrado de Baños del Inca, en el Expediente número 5009-2009, por el cual acude a sus hijos con una pensión de alimentos, pretensión que inició con la finalidad de hacerlo permanecer en el hogar conyugal. Posteriormente, el veintitrés de abril de dos mil diez, la demandada abandona dicho hogar, sito en el Jirón Yahuarhuaca número 464,

interior 4, Balneario 1, del Distrito de Baños del Inca, Provincia y Región de Cajamarca, llevándose consigo todas las cosas de la casa, como son muebles, artefactos y ropa, aprovechando que el demandante laboraba en el campamento de la Minera Yanacocha; para luego seguir causándole problemas e incluso agredirlo física y psicológicamente, lo cual no denunció por ignorancia y vergüenza y por no causarle daño a sus hijos, a los que tampoco le permitía ver inicialmente, teniendo que iniciar un proceso de régimen de visitas para poder hacerlo. Luego de ello, su relación se ha tornado difícil habiéndose visto involucrados en diversos procesos judiciales.----------

SEGUNDO.- Tramitada la demanda según su naturaleza, el Juez de la causa, mediante sentencia de fojas ciento treinta, declara infundada la demanda, la misma que fue revocada por la sentencia de vista de fojas ciento setenta, y reformándola, declara fundada la demanda. Dicha sentencia de vista fue casada por este Tribunal, mediante Sentencia Casatoria número 3750-2013, de fecha veintiocho de marzo de dos mil catorce, ordenándose al *Ad quem* emitir nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.----------

TERCERO.- Asumiendo nuevamente competencia, la Sala Superior emite nueva sentencia de vista, de fecha veinte de marzo de dos mil quince, de fojas doscientos setenta y cuatro, confirmando la sentencia apelada que declara infundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que los argumentos que el accionante expone en su demanda para dar sustento a la causal que invoca, son en orden cronológico los siguientes: **i)** Su cónyuge lo demandó por alimentos, proceso cuyo trámite continúa; **ii)** Su esposa hizo abandono del hogar conyugal, llevándose consigo todas las cosas de la casa; **iii)** El demandante inició un proceso de régimen de visitas, lo que persuadió a que su esposa permita voluntariamente que esté con sus hijos en las oportunidades en que pudiera hacerlo, secuencia de eventos que se ha acreditado con las documentales de fojas seis a doce. Está acreditado como “primer suceso” el inicio del proceso de alimentos, el cual, atendiendo a su numeración (5009-2009-F), data indiscutiblemente del año dos mil nueve,

suceso que se originó cuando aún los cónyuges compartían el hogar conyugal, no llegando a un acuerdo conciliatorio, por lo tanto, el órgano jurisdiccional tuvo que emitir la sentencia de primera instancia con fecha once de octubre de dos mil diez, y que siendo apelada por ambos cónyuges, es resuelta en segunda instancia con fecha doce de setiembre de dos mil doce (datos obtenidos del Sistema Integrado de Justicia -SIJ), de lo cual se infiere que el hoy demandante incumplió los deberes derivados del matrimonio, sustraerse de la contribución al sostenimiento económico de su hogar a pesar de tener medios para hacerlo, constituyendo ello un hecho que configura la causal de imposibilidad de hacer vida en común. Asimismo, es de advertirse que la referida demanda de alimentos se produjo antes que la esposa se retire del hogar conyugal, ya que este hecho recién ocurre el día veintitrés de abril de dos mil diez (véase copia certificada de la denuncia policial que presenta la esposa del demandante sobre retiro del hogar conyugal, obrante a folios diez), y que sin duda fue la causa determinante o esencial para que se precipiten posteriores problemas familiares, en los que no sólo se ve involucrado el cónyuge, sino su propia familia consanguínea, conforme se encuentra descrito en la copia certificada de la denuncia policial y solicitud de garantías personales de fojas cuarenta y seis, y de fojas cuarenta y siete a cuarenta y nueve, respectivamente, las que fehacientemente acreditan que la hoy demandada, días antes de su retiro del hogar conyugal, imputa agresiones a los hermanos del demandante (Luis Hernández Rudas y Martina Hernández Rudas), así como los responsabiliza por no permitirle el ingreso a su domicilio (Blanca Flor Hernández Rudas, Martha Hernández Rudas y Luz Angélica Hernández Rudas), acusaciones que también han sido judicializadas a través del Proceso de Violencia Familiar número 00108-2010-0-0601-JM-FC-01, tramitado ante el Juzgado Mixto del Distrito de Baños del Inca, el cual ha terminado con sentencia de segunda instancia expedida por esta Sala Superior que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia en el extremo que declara fundada la demanda planteada por el Ministerio Público que declara que existieron actos de violencia física por

parte de Luz Angélica Hernández Rudas y Martha Hernández Rudas contra Carmen Adela Huamán Sayas; la revoca en el extremo que declaró que también existieron actos de violencia física por parte de Carmen Adela Huamán Sayas en contra de aquéllas, y reformándola declara infundada la demanda de Violencia Familiar (véase la copia certificada de la sentencia en referencia de fojas doscientos treinta y dos a doscientos cuarenta y uno, admitida como medio probatorio extemporáneo mediante la Resolución número veintiuno de fojas doscientos cincuenta a doscientos cincuenta y dos). Es más, al momento de presentar denuncia por agresión contra los hermanos de su cónyuge deja expresa constancia que "*su esposo estuvo al interior de su domicilio pero no hizo nada para defenderla"*, la misma que no ha sido cuestionada por el recurrente. Esta conducta omisiva que resulta ser injustificable, permite concluir que a consecuencia de la demanda de Alimentos, existe un deterioro en la relación de pareja, al haberse provocado el surgimiento de reclamos y enfrentamientos que en adelante han hecho insostenible la vida en común, en donde incluso han aparecido grescas ante la intervención de los familiares del esposo, motivando que la esposa se retire del hogar conyugal en forma justificada para salvaguardar su integridad física y psicológica, así como la de sus menores hijos, todo lo cual permite afirmar que es el propio demandante quien hizo imposible continuar o reanudar la vida común. En tal contexto, en cumplimiento del mandato casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, se determina que el cónyuge culpable de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, es el cónyuge Manuel Jesús Hernández Rudas, resultando pertinente aclarar que dicha innovación incorporada a nuestra legislación mediante la Ley número 27495, no implica que se haya admitido la causal como puramente inculpatoria, ya que los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida común y, por lo tanto, a obtener el divorcio, sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió, según se aprecia en la vigencia para esta causal del principio de la invocabilidad contemplado en el artículo 335 del Código Civil, advirtiéndose que

la intención del legislador, y con ello la finalidad de la norma, es sancionar el actuar del cónyuge que ha incurrido en la causal, y de este modo no permitir que el cónyuge fundamente su demanda en una causal en la que él mismo ha incurrido. Por tales razones y habiéndose determinado que el demandante es quien ha causado la imposibilidad de hacer vida en común -*máxime,* si la demandada Carmen Adela Huamán Sayas ha mostrado su total predisposición para retomar su relación conyugal- la presente demanda debe ser desestimada declarando su improcedencia al no haberse cumplido con un requisito de forma prescrito en el articulo antes mencionado, concluyendo que debe revocarse la sentencia recurrida en este extremo.----------

CUARTO.- Conforme se ha anotado precedentemente, el recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales de infracción normativa de derecho procesal e infracción normativa de derecho material, debiendo absolverse, en principio, la denuncia de carácter procesal, de modo que si se declara fundado el recurso por ésta, deberá entonces verificarse el reenvío, careciendo de objeto el pronunciamiento respecto a la causal sustantiva.---------

QUINTO.- Respecto a la denuncia procesal contenida en el apartado **A),** se tiene que la motivación de las resoluciones judiciales, es un principio de la función jurisdiccional, tal como dispone el inciso 5 del artículo 139 de nuestra Carta Magna, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, principio que además se encuentra contenido en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, según el cual, las resoluciones judiciales deben contener los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto según el mérito de lo actuado, motivación que de acuerdo al inciso 4 de la precitada norma procesal, debe incidir respecto de todos los puntos controvertidos en el proceso. Asimismo, dentro de los supuestos señalados por el Tribunal Constitucional como agraviantes del

contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación[1]; se ha considerado la motivación sustancialmente incongruente, la misma que contradice la obligación de los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, esto es, sin omitir, alterar o excederse en las peticiones ante él formuladas[2].----

SEXTO.- De autos se tiene que las instancias de mérito sí han cumplido con pronunciarse respecto a la pretensión de divorcio por la causal deducida en la demanda -esto es, la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial- analizando las cuestiones fácticas y jurídicas que al respecto han planteado las partes en los actos postulatorios de esta causa, por lo que no se estaría ante una sentencia incongruente, no encontrándose de la revisión de los fundamentos del recurso de casación las causales denunciadas (puntos 3.2.a.v y siguientes), se tiene que lo que verdaderamente denuncia el recurrente es que la conclusión final a la que arriba la Sala Superior (improcedencia de la demandada) se contradice con los fundamentos desarrollados en la recurrida (existencia de hechos que debilitan la relación de convivencia matrimonial), por lo tanto, se estaría ante una "falta de motivación interna del razonamiento", esto es, un defecto de la argumentación desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.----------

SÉTIMO.- En buena cuenta, el análisis de la corrección lógica en el defecto de motivación interna del razonamiento jurídico, permite el control de la denominada justificación interna de la decisión judicial, esto es, de su aspecto formal y silogístico, en el cual el juzgador recurre al instrumento lógico de la deducción para pasar con consistencia de las premisas (mayor y menor) a la conclusión. En contraposición a la justificación externa, que es aquélla que controla la solidez o razonabilidad del argumento de la decisión, la justificación

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente Nº 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7, segundo párrafo. Se indica que ya en el Expediente Nº 3943-2006-PA/TC, y antes en el voto singular de los Magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Expediente Nº 1744-2005-PA/TC), se precisó que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: **a)** Inexistencia de motivación o motivación aparente; **b)** Falta de motivación interna del razonamiento; **c)** Deficiencias en la motivación externa; **d)** La motivación insuficiente; **e)** La motivación sustancialmente incongruente; **f)** Motivaciones cualificadas.
[2] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente Nº 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7, literal e).

interna examina sólo su corrección formal, esto es, "si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación"[3]. Al respecto, se tiene que en los considerandos sexto a décimo de la recurrida se aprecia que si bien el *Ad quem* ha indicado que dentro de las situaciones que pueden generar la incompatibilidad de vida en común, prevista como causal de divorcio por el Código Civil, se encuentra el inicio de procesos judiciales en contra del otro cónyuge, y que han sucedido situaciones que denotan el desgaste del vínculo afectivo entre los cónyuges, señala a continuación que pese a ello dicha causal de divorcio no puede ser deducida por el cónyuge que ha provocado el mismo, situación en la que -a decir de dicho Colegiado- se encuentra el demandante, con lo cual no existe contradicción en la justificación planteada en la recurrida. Siendo ello así, el primer extremo del recurso de casación deviene en infundado.----------

OCTAVO.- Respecto a las infracciones de derecho material denunciadas, debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un sistema de divorcio mixto y complejo, que contempla la disolución del matrimonio tanto por actos que violentan los deberes que impone el matrimonio, imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges (divorcio sanción), como por el dato objetivo de la separación fáctica de los cónyuges sin voluntad de reconciliación (divorcio remedio), siendo que en el Tercer Pleno Casatorio Civil, celebrado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a propósito de la Casación número 229-2008-Lambayeque, se ha indicado que las causales detalladas en los incisos 1 a 11 del artículo 333 del Código Civil son inculpatorias y las causales detalladas en los incisos 12 y 13 no lo son. En ese sentido, se tiene que la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (inciso 11 del artículo 333 del Código Civil), da lugar a un divorcio-sanción, resultando aplicable la

[3] ALEXY, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo; Palestra Editores, Lima, Perú; 2010; p. 306.

restricción del artículo 335 del Código Civil, que prescribe que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio.----------

NOVENO.- En autos se tiene que la Sala Superior no sólo ha determinado que existe un resquebrajamiento en la relación afectiva y convivencial de los cónyuges, sino que como fue ordenado por este Supremo Tribunal mediante la Sentencia de Casación número 3750-2013-Cajamarca, obrante a fojas doscientos quince, ha procedido a determinar cuál de los cónyuges resultaba siendo culpable de dicha situación, pues, si bien los hechos postulados en la demanda daban cuenta de un accionar negativo por parte de la demandada, los mismos que -superada una inicial prohibición de trato entre padre e hijos- consistían en la interposición indebida de una demanda de alimentos en contra del demandante, así como en el abandono de la demandada del hogar conyugal, se ha establecido posteriormente que dichas situaciones se generaron como consecuencia de la propia conducta del accionante, no sólo al incumplir sus obligaciones alimentarias para con su cónyuge e hijos, sino al haber permitido la agresión de aquélla por parte de sus familiares, con los que compartían morada. Con ello se tiene, que no ha existido una inaplicación del inciso 11 del artículo 333 del Código Civil como denuncia el recurrente, ni tampoco se ha aplicado a este caso el supuesto de Divorcio por Separación de Hecho -lo cual se comprueba cuando en la recurrida se señala que en efecto existe un deterioro de la relación conyugal que haría imposible la vida en común- sino que la Sala Superior ha establecido que en el caso de autos el demandante había incurrido en la prohibición del artículo 335 del Código Civil, al ser responsable de los actos que denunciaba como causal de divorcio, no pudiendo este Supremo Tribunal valorar nuevamente los medios probatorios al respecto, por no ser ello uno de los fines del recurso de casación, de conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil, con lo cual se deben desestimar las infracciones señaladas como denuncias **B)** y **C).**----------

DÉCIMO.- Finalmente, respecto al supuesto apartamiento del precedente vinculante establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil, se tiene que no se ha

señalado criterio de observancia obligatoria alguno, referido al Divorcio por la Causal de Imposibilidad de Hacer Vida en Común, por lo tanto, también este extremo del recurso resulta infundado.----------

Por las consideraciones expuestas, no se configuran las causales de infracción normativa de carácter procesal y material denunciadas, en consecuencia no procede amparar el presente recurso de casación, por lo que de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Manuel Jesús Hernández Rudas a fojas doscientos noventa y dos; por consiguiente, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, de fecha veinte de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que confirma la sentencia apelada de fojas ciento treinta, de fecha veintisiete de setiembre de dos mil doce, que declara infundada la demanda; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Manuel Jesús Hernández Rudas contra Carmen Adela Huamán Sayas y otro, sobre Divorcio por la Causal de Imposibilidad de Hacer Vida en Común; *y los devolvieron*. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

2016 / J15 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3882-2015 · Cusco

Adjudicaciones previas y monto indemnizatorio

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 21 de setiembre de 2016

Localización: Considerandos cuarto a octavo y fallo

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; nulidad de la sentencia de vista y nuevo pronunciamiento.

2. Análisis jurídico

La Sala Superior omitió valorar la escritura de sustitución del régimen y adjudicación del inmueble invocada por el actor. Esa operación y su posterior venta eran relevantes al justificar una compensación equitativa, junto con enfermedad y situación económica.

3. Aplicación y contraste

Es necesario reconstruir transferencias, fechas y finalidad de los actos. El valor recibido anteriormente no elimina de manera automática todo perjuicio, pero tampoco puede quedar sin respuesta al fijar la suma.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209, permite distinguir compensación por desequilibrio y otras atribuciones patrimoniales.

5. Límites de utilización

No es un fallo que suprima definitivamente la indemnización: exige renovar su análisis. Las erratas legales del documento no se trasladan a la ficha como referencias correctas.

Ficha de control. Referencia original final del tomo.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema:CACERES PRADO Alvaro Efrain (FAU20159981216) Fecha: 27/03/2017 14:50:47 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3882-2015
CUSCO
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

SUMILLA: *Se advierte que al fijar el monto indemnizatorio, el Ad quem no ha tenido en cuenta la alegación del demandante, en el sentido que con fecha diecisiete de noviembre de dos mil cuatro, al separarse de hecho de la demandada celebraron una Escritura Pública de Sustitución de Régimen de Gananciales y Adjudicación de Bienes, en virtud de la cual se le adjudicó el cincuenta por ciento (50%) de los derechos y acciones que pertenecían al demandante, respecto del inmueble número E-6-8 de la Urbanización Larapa Grande del Distrito de San Jerónimo, Provincia del Cusco, llegando dicha demandada a ser propietaria única del inmueble en mención, el cual inclusive fue enajenado. Es decir, ha omitido tomar en cuenta dicho hecho (alegado por el demandante en su demanda), para efectos de fijar el monto indemnizatorio en mención, vulnerando el Principio de Congruencia, así como el principio fijado por el mismo Ad quem en la recurrida, en el sentido que el monto a fijarse debe ser equitativo y razonable.*

Lima, veintiuno de setiembre
de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número tres mil ochocientos ochenta y dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha, y producidos el debate y votación correspondientes, emite la presente sentencia.----------

MATERIA DEL RECURSO.- Se trata del recurso de casación interpuesto por Rubén Paredes Sarmiento a fojas cuatrocientos cincuenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, de fecha seis de agosto de dos mil quince, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco; que confirma la sentencia apelada de fojas trescientos cuarenta y siete, de fecha siete de octubre de dos mil cuatro (debe decir dos mil catorce), que declara fundada en parte la demanda; y revoca el extremo de la sentencia por el que se reduce la pensión alimenticia fijada en el Proceso Civil número 187-2004, del treinta al diez por ciento del haber del demandado; y reformándola, dispone el mantenimiento del porcentaje originariamente fijado en dicho proceso; la revoca en el extremo en que se fijó por concepto de indemnización a la demandada la suma de cinco mil soles (S/5,000.00); y reformándola, incrementa dicha suma a treinta mil soles (S/30,000.00), que el

recurrente debe pagar a la demandada; en los seguidos por Rubén Paredes Sarmiento contra Ruth Navarro Arredondo y otro, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.----------

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- Esta Sala Suprema, mediante la Resolución de fojas treinta del presente cuadernillo, de fecha once de diciembre de dos mil quince, ha estimado procedente el recurso de casación referido por la causal de infracción normativa de derecho procesal. El recurrente denuncia lo siguiente: **Infracción del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil,** alegando que la sentencia impugnada no está debidamente motivada al señalar que el demandante tiene otros ingresos económicos, cuando sólo percibe ingresos de la empresa Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta - Cusco; señala que ha celebrado ante la Notaria Antonieta Ocampo de la Haza, la Escritura Pública de Sustitución de Régimen Patrimonial del Matrimonio, Liquidación de Gananciales y Adjudicación de Bienes, que obra a fojas treinta y seis; como pago adelantado por indemnización le adjudicó a la demandada el cincuenta por ciento (50%) de los derechos y acciones que le corresponden, valorizados en veintiún mil setenta y tres dólares americanos con cincuenta centavos (US$21,073.50), respecto del inmueble número E-6-8, ubicado en la Urbanización Larapa Grande, del Distrito de San Jerónimo, Provincia de Cusco; resultando en consecuencia, propietaria única y exclusiva del bien inmueble, el mismo que fue enajenado por la demandada por la suma de ciento treinta y tres mil soles (S/133,000.00), conforme se tiene de la copia certificada de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP; de fojas veintiuno; por lo que es falso que la demandada hubiere quedado en una situación económica precaria, tal como lo señala el *Ad quem;* y que además ha pagado la suma de cinco mil soles (S/5,000.00) por concepto de indemnización a favor de la demandada.----------

CONSIDERANDO:----------

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3882-2015
CUSCO
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

PRIMERO.- Previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine* es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el presente proceso. En tal sentido, se advierte que a fojas cuarenta y uno, Rubén Paredes Sarmiento interpone demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho, solicitando que se disuelva el vínculo matrimonial que celebró con Ruth Navarro Arredondo. Como fundamentos de su demanda sostiene que contrajo matrimonio el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, con la demandada Ruth Navarro Arredondo, dentro de cuya unión no han procreado hijos. Que, luego de celebrado el matrimonio, han vivido un breve tiempo en armonía, pero la diferencia de edades entre ambos ha mermado la relación, además por la naturaleza del trabajo del demandante, tenía que realizar viajes fuera de la ciudad, y conforme pasaba el tiempo surgió una grave incomprensión entre ambos, razón por la cual, por mutuo acuerdo se han separado en forma definitiva desde el diecisiete de noviembre de dos mil cuatro, es decir, durante un período mayor de seis años. Es así, que para mantener la paz y tranquilidad y evitar hechos de violencia familiar, decidieron conjuntamente con la hoy demandada, formalizar dicha separación suscribiendo una Escritura Pública de Sustitución de Régimen de Gananciales y Adjudicación de Bienes, ante la Notaria Antonieta Ocampo de la Haza, pero a pesar de haber realizado dicho documento, la demandada se niega a presentar la demanda acordada sobre Separación Convencional y Divorcio Ulterior. La demandada ha vendido el terreno cedido a su nombre, así como también inició un proceso de Alimentos a su persona, el mismo que se viene cumpliendo con el pago de la suma establecida.----------

SEGUNDO.- Tramitada la demanda según su naturaleza, el *A quo,* mediante sentencia de fojas trescientos cuarenta y siete, de fecha siete de octubre de dos mil cuatro (debe decir dos mil catorce), declara fundada en parte la demanda. En consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre Rubén Paredes Sarmiento y Ruth Navarro Arredondo. Respecto a los alimentos, el demandante deberá seguir asistiendo a la demandada con una

pensión alimenticia, la que deberá ser reducida a un diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que percibe el obligado como trabajador de la empresa Electro Sur Este Sociedad Anónima. El recurrente deberá seguir asistiendo a la demandada con el seguro de salud, pero únicamente por un período de dos años más, considerando el grave estado de salud que ostenta ésta. Sin régimen de patria potestad al no existir hijos procreados dentro de la unión matrimonial. En cuanto a la sociedad de gananciales, estése a los términos de la Escritura Pública de Sustitución de Régimen Patrimonial del Matrimonio, Liquidación de Sociedad de Gananciales y Adjudicación de Bienes. Dispone que el recurrente indemnice a la demandada por ser la cónyuge más perjudicada con la separación de hecho, con la suma de cinco mil soles (S/5,000.00). Como fundamentos de su decisión sostiene que la existencia del vínculo matrimonial entre el recurrente y la demandada se acredita con la partida de matrimonio que obra a fojas cuarenta, de donde fluye que éstos contrajeron matrimonio el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, en la Municipalidad Distrital de Wanchaq, Provincia y Departamento del Cusco; y que, no han procreado descendencia en común, según expresan ambas partes. Para el supuesto de autos y estando a que los cónyuges en este caso no han llegado a tener descendencia alguna, el plazo exigible es el previsto en la primera parte del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, es decir, de dos años ininterrumpidos. En esa línea se aprecia que: **I)** Los documentos identificatorios de fojas dos a ochenta, de los que se observa que ambos cónyuges efectivamente consignan direcciones domiciliarias distintas, no obstante tener la condición de casados: (Rubén Paredes Sarmiento: Urbanización Tio B-3-8 y Ruth Navarro Arredondo: Zaguán del Cielo B-16); **II)** La demandada Ruth Navarro Arredondo en su escrito de contestación de la demanda, acepta que por las fricciones surgidas entre ambos, decidieron separarse (punto 1 de los fundamentos de hecho, escrito de fojas ochenta y cinco); **III)** La copia certificada del parte notarial de la Escritura Pública de Sustitución de Régimen Patrimonial del Matrimonio, Liquidación de

Gananciales y Adjudicación de Bienes, que corre a fojas treinta y seis otorgada por las partes, dan cuenta de manera cierta y veraz de lo manifestado por ambas partes, de su voluntad de separarse, estableciendo así la fecha de separación de los mismos, según la Escritura Pública de fecha diecisiete de noviembre de dos mil cuatro. Del análisis efectuado hasta aquí se establecen los siguientes hechos: **A)** Que, los justiciables Rubén Paredes Sarmiento y Ruth Navarro Arredondo están separados de hecho aproximadamente desde hace más de seis años atrás, tomando como referencia la fecha de interposición de la demanda y sobre todo lo expresado por ambas partes, así como los elementos de juicio aportados, que han sido apreciados en su conjunto; **B)** Que, actualmente existe el Proceso de Alimentos número 187-2004, instado por la demandada en este caso contra el recurrente Rubén Paredes Sarmiento, donde se ha asignado como pensión alimenticia el treinta por ciento (30%) de las remuneraciones que percibe el demandado como trabajador de Electro Sur Este Sociedad Anónima, como se ve de las copias que corren a fojas tres y siguientes, mandato que se viene cumpliendo mediante descuentos, como se ve de las boletas de pago que corren de fojas tres a nueve; quedando demostrado que el demandante en este caso se encuentra al día en el pago de dicho concepto. En cuanto corresponde a la determinación de la patria potestad, tenencia, alimentos y separación de gananciales; estando acreditada la causal de divorcio por separación de hecho, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 345 del Código Civil: **I.-** Respecto a la patria potestad, tenencia y régimen de visitas, no amerita pronunciamiento alguno, toda vez que ambos cónyuges no procrearon hijos; **II.-** Respecto a la separación de gananciales; ya ha sido determinado por la Escritura Pública de fojas treinta y seis, otorgada por ambos cónyuges mediante la cual realizaron la separación de los bienes de la sociedad conyugal; **III.-** Con relación a la pensión alimenticia, es oportuno señalar que el derecho a alimentos, es un derecho humano fundamental de atención prioritaria, que se encuentra estrechamente ligado a la subsistencia y desarrollo de la persona, por ello goza

de protección, no sólo en la legislación nacional, sino en tratados internacionales. Asimismo, la finalidad del otorgamiento de una pensión alimenticia se sustenta en el deber constitucional de asistencia familiar; sin embargo, su otorgamiento está estrechamente ligado a las necesidades de quien la solicita y las posibilidades del que debe brindarla; en el caso de autos, el estado de necesidad de la demandada está demostrado con el informe anátomo patológico que corre de fojas ochenta y dos a ochenta y cuatro de donde se desprende que se encuentra delicada de salud, diagnosticada con un cáncer de mama, por lo que su estado frágil, al encontrarse constantemente sometida a quimioterapias, por humanidad amerita que el demandante en aplicación extensiva del artículo 350 del Código Civil tenga que seguir asistiendo a la demandada con una pensión alimenticia que le permita la supervivencia, pensión que debe ser reducida al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que percibe el obligado como trabajador de la empresa Electro Sur Este Sociedad Anónima, incluidas gratificaciones, aguinaldos y demás beneficios que se le otorgue, en forma de descuentos por planilla, modificando lo dispuesto dentro del Proceso número 184-2004, seguido ante el Juzgado de Paz Letrado de San Jerónimo, en el que se fijó como pensión alimenticia a favor de la demandada el treinta por ciento (30%) de los ingresos que percibe el demandante. Asimismo, amerita que el recurrente siga asistiendo a la demandada con el seguro de salud, considerando el grave estado de salud que ostenta la demandada, lo oneroso que resulta obtener los medicamentos que le prescriben, así como las quimioterapias que recibe, conforme la misma demandada lo ha señalado, y máxime que ella cuenta con una ínfima remuneración. Sobre la indemnización por separación de hecho, los Jueces de Familia deben observar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, Casación número 4664- 2010-Puno, respecto a que el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en forma imperativa, exige al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral

que se le cause, señalando como regla en el numeral **4),** de acuerdo a lo establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil Jurisdiccional enunciado anteriormente y los alcances del artículo 345-A del Código Civil corresponde determinar si se cuenta con pruebas, presunciones o indicios de la existencia de un cónyuge más perjudicado con el divorcio por separación de hecho; en ese sentido, examinados los medios probatorios actuados en el presente proceso, en especial el Proceso número 187-2004 sobre Alimentos, seguido por la demandada, se aprecia que Rubén Paredes Sarmiento fue sentenciado al pago por alimentos con una pensión alimenticia mensual del treinta por ciento (30%) de los ingresos brutos que percibe, a favor de Ruth Navarro Arredondo, toda vez que la demandada se encontraba recibiendo tratamiento psicológico por la infidelidad cometida por su cónyuge. A fojas ciento setenta y ocho obra el informe médico emitido por Essalud, de fecha trece de abril de dos mil cuatro, mediante el cual se informa que la demandada fue atendida y evaluada en el consultorio externo de neurología, por un cuadro "disociativo secundario a transtorno depresivo" acentuado por problemas conyugales. Mediante el cual, se advierte que evidentemente la demandada sufrió daño psicológico ocasionado por el demandante. Que a fojas ciento ochenta, obra el informe médico de fecha dieciocho de mayo de dos mil doce, emitido por Essalud, mediante el cual se señala que la demandada es portadora de "carcinoma de mama lobulillar infiltrante izquierda", diagnostico que se le realizó en octubre de dos mil diez; lo que demuestra que la demandada se encuentra mal de salud, recibiendo quimioterapias constantes. A fojas ciento ochenta y nueve corre en fotocopia, la denuncia presentada ante la Prefectura de Cusco, mediante la cual la demandada solicitó garantías para su vida, pues fue amenazada de muerte por María Amelia Morales Sierra y Rubén Paredes Sarmiento; y en la que detalla las vicisitudes que sufrió en mérito a la infidelidad cometida por el demandante. A fojas ciento noventa y ocho aparece la declaración jurada presentada por Alina Luna Aragón, mediante la cual en su calidad de técnica en enfermería, expresó laborar para la demandada desde el

mes de diciembre de dos mil diez, en que le diagnosticaron y operaron de cáncer de mama izquierda; asimismo, señala que la demandada fue operada anteriormente de la columna, habiéndole quedado secuelas neurológicas crónicas, por lo que necesita una persona que le atienda. Los medios probatorios enunciados y apreciados hasta aquí, corroboran la existencia de daño causado a la demandada por parte del demandante Rubén Paredes Sarmiento; por lo tanto, se puede concluir que la demandada Ruth Navarro Arredondo ha sido pasible de *daño a su persona y daño moral.* El daño a la persona está vinculado al proyecto de vida, el daño moral es aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la transgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual, constituyéndose en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual. Por lo tanto, verificada la concurrencia de los elementos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme al fundamento precedente, y atendiendo a que el Pleno Casatorio ya referido; determina que la indemnización tiene la naturaleza de una obligación legal cuyo fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar, por lo que el juzgador determina que la demandada Ruth Navarro Arredondo, resulta ser la cónyuge más perjudicada con la separación de hecho, debiendo por lo tanto otorgársele una indemnización acorde a los hechos descritos por un monto de cinco mil soles (S/5,000.00).----------

TERCERO.- Apelada la mencionada sentencia, el *Ad quem,* mediante sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, de fecha seis de agosto de dos mil quince, confirma la sentencia apelada de fojas trescientos cuarenta y siete, de fecha siete de octubre de dos mil cuatro (debe decir dos mil catorce), en cuanto ha declarado fundada en parte la demanda; en consecuencia, disuelve el vínculo matrimonial existente entre las partes; la revoca en el extremo en que ha reducido la pensión alimenticia fijada en el Proceso Civil

número 187-2004 del treinta por ciento (30%) del haber del demandado al diez por ciento (10%) del mismo, y reformándola, dispone el mantenimiento del porcentaje originariamente determinado en el proceso antes citado, en las mismas condiciones que las fijadas; además, la revoca en el extremo de la sentencia donde se fijo por concepto de indemnización a favor de la demandada, la suma de cinco mil soles (S/5,000.00); y reformándola, incrementa dicho monto a la suma total de treinta mil soles (S/30,000.00). Como sustento de su decisión, manifiesta que de lo actuado en el proceso se tiene, que al margen de que la separación haya obedecido a la infidelidad del demandante o no, sin embargo, desde cuando la demandada contrajo matrimonio mantuvo la relación hasta cuando ha sido citada con el presente divorcio, llevó una vida dedicada al demandante, pretendió posiblemente formar un hogar feliz y próspero; sin embargo, las circunstancias no lo han permitido, luego de haber descubierto ser portadora de un cáncer a las mamas agravado con un problema cervical, hacen de la demandada una persona que no volverá a rehacer su vida como ella quisiera hacerlo, lo único que ahora le queda es esperar que el riesgo se produzca en cualquier momento. En consecuencia, para ella la separación le ha puesto en un absoluto desequilibrio no sólo emocional sino también patrimonial, pues, debe estar sometida a tratamiento médico constante, la inversión de dinero para una y otra prueba, exámenes, medicamentos y otros gastos de salud hacen que no los pueda cubrir por sí misma, menos con la suma que en la sentencia se le ha fijado por concepto indemnizatorio. Dicho monto debe ser incrementado en función al estado de salud de la demandada, y a efecto de fijar el mismo se debe tener en cuenta la doctrina en función al Tercer Pleno Casatorio Civil. En el caso de autos, como se aprecia de lo actuado, la demandada sufre una grave enfermedad, lo que naturalmente ha agravado la afectación emocional producida por la separación. Lo que además se suma al hecho de que ha tenido que demandar una pensión de alimentos contra el recurrente, cuando oportunamente ante las carencias producidas por la separación, éste debió

asumir el pago de los alimentos oportunamente, sin esperar el inicio de un proceso judicial, que obviamente genera un padecimiento sentimental por la sola realización del mismo. Además de haberse mostrado que la demandada ha quedado en una situación económica precaria, pues no puede obtener sustento económico por sí misma. En ese sentido el *Ad quem* considera que la indemnización no puede ser menor a treinta mil soles (S/30,000.00), considerando además el costo natural del tratamiento al que debe someterse por la grave enfermedad que padece; en este sentido, la sentencia debe ser revocada también respecto al monto de la indemnización establecida.----------

CUARTO.- Tal como se ha reseñado anteriormente, el recurrente ha denunciado la infracción del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que contiene el Principio de Congruencia, en virtud del cual el Juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. En el caso de las sentencias, la congruencia se establece con relación a las acciones que se ejercitan, con las partes que intervienen y con el objeto del petitorio, de tal manera que el pronunciamiento tiene que referirse a estos elementos y no a otros. La congruencia implica también que los fundamentos de hecho expuestos por las partes deben ser respetados, en el sentido que además de servir de base a la pretensión, la limitan.----------

QUINTO.- A fin de verificar si el *Ad quem* ha cautelado debidamente el principio antes indicado debemos remitirnos a los términos de la demanda interpuesta en autos, en la cual, entre otros argumentos, el recurrente expuso lo siguiente: Con fecha diecisiete de noviembre de dos mil cuatro se separó de hecho de la demandada y posteriormente celebraron una Escritura Pública de Sustitución de Régimen de Gananciales y Adjudicación de Bienes, ante la Notaria Antonieta Ocampo de la Haza, en virtud de la cual se distribuyeron los bienes gananciales, adjudicándose el cincuenta por ciento (50%) de los derechos y acciones de propiedad del demandante, correspondientes al inmueble número E-6-8 de la Urbanización Larapa Grande del Distrito de San Jerónimo,

Provincia del Cusco a favor de la demandada, la cual pasó a ser propietaria única de dicho predio. Como corolario, la demandada ha procedido a vender el inmueble en mención obteniendo como contraprestación la suma de ciento treinta y tres mil soles (S/133,000.00).----------

SEXTO.- En la sentencia de vista ahora impugnada, el *Ad quem* ha establecido, en lo referente al extremo de la indemnización a que alude el artículo 345-A del Código Procesal Civil, incrementar el monto señalado por el *A quo* a favor de la demandada por concepto de indemnización, a la suma de treinta mil soles (S/30,000.00), argumentando que la separación le ha puesto en un absoluto desequilibrio, no sólo emocional sino también patrimonial, debiendo estar sometida a tratamiento médico constante, pues sufre una grave enfermedad, lo que naturalmente ha agravado la afectación emocional producida por la separación, a lo que se suma el hecho de haber tenido que demandar una pensión de alimentos contra el recurrente, cuando éste debió asumir el pago de los alimentos oportunamente, sin esperar el inicio de un proceso judicial.----------

SÉTIMO.- Sin embargo, se advierte que al fijar dicho monto indemnizatorio, el *Ad quem* no ha tenido en cuenta la alegación del demandante, antes glosada, en el sentido que con fecha diecisiete de noviembre de dos mil cuatro, al separarse de hecho de la demandada celebraron una Escritura Pública de Sustitución de Régimen de Gananciales y Adjudicación de Bienes, en virtud de la cual se le adjudicó el cincuenta por ciento (50%) de los derechos y acciones que pertenecían al demandante, respecto del inmueble número E-6-8 de la Urbanización Larapa Grande del Distrito de San Jerónimo, Provincia del Cusco, llegando dicha demandada a ser propietaria única del inmueble en mención, el cual inclusive fue enajenado obteniendo por ello el monto de ciento treinta y tres mil soles (S/133,000.00). Es decir, ha omitido tomar en cuenta dicho hecho (alegado por el demandante en su demanda), para efecto de fijar el monto indemnizatorio en mención, vulnerando el Principio de Congruencia, así como el principio fijado por el mismo *Ad quem* en la recurrida, en el sentido que el

monto a fijarse debe ser equitativo y razonable. Asimismo, se ha omitido analizar el contenido de los escritos presentados por la demandada sobre dichos anexos.----------

OCTAVO.- Por consiguiente, habiéndose verificado la denuncia casatoria, la recurrida deviene en nula, debiendo el *Ad quem* renovar el acto procesal viciado, es decir, emitir nueva sentencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 396, inciso 1, del Código Procesal Civil.----------

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Rubén Paredes Sarmiento a fojas cuatrocientos cincuenta y ocho; por consiguiente, **CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, de fecha seis de agosto de dos mil quince, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco; que confirma la sentencia apelada de fojas trescientos cuarenta y siete, de fecha siete de octubre de dos mil cuatro (debe decir dos mil catorce), que declara fundada en parte la demanda; y revoca el extremo de la sentencia por el que se reduce la pensión alimenticia fijada en el Proceso Civil número 187-2004, del treinta al diez por ciento del haber del demandado; y reformándola, dispone el mantenimiento del porcentaje originariamente fijado en dicho proceso; la revoca en el extremo en que se fijó por concepto de indemnización a la demandada la suma de cinco mil soles (S/5,000.00); y reformándola, incrementa dicha suma a treinta mil soles (S/30,000.00), que el recurrente debe pagar a la demandada**;** en consecuencia, **NULA** la misma; **ORDENARON** a la Sala Superior de su procedencia emita nueva sentencia, con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Rubén Paredes Sarmiento contra Ruth Navarro Arredondo y otro, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho;

y los devolvieron. Integra esta Sala el Señor Juez Supremo De La Barra Barrera, por licencia de la Señora Jueza Suprema Cabello Matamala. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

DE LA BARRA BARRERA

2017 / J16 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 2219-2016 · Sullana

Motivación patrimonial y discrepancia judicial

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 9 de mayo de 2017

Localización: Decisión de mayoría, p. 14; voto de Del Carpio, pp. 15-29

1. Decisión y alcance

La mayoría declara infundado el recurso. El voto de Del Carpio Rodríguez propone nulidad y nuevo fallo por deficiencias de valoración.

2. Análisis jurídico

La divergencia comprende el análisis del perjuicio y la adjudicación de bienes a la esposa y a las hijas. El voto cuestiona la inclusión de las hijas en proporciones iguales dentro de la liquidación. Ese reparo no debe presentarse como fallo de la mayoría.

3. Aplicación y contraste

El caso permite investigar cómo cambian las conclusiones según la valoración de un mismo expediente. La cita profesional debe identificar si utiliza el razonamiento mayoritario o una crítica minoritaria.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 88-90, ofrece criterios para examinar racionalidad probatoria, sin resolver por sí mismo la discrepancia de esta casación.

5. Límites de utilización

Se incluyen íntegros ambos razonamientos. Ni la sumilla del voto singular ni su propuesta de nulidad sustituyen la decisión efectiva.

Ficha técnica D1. Referencia original final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:PAJARDO JULCA Jacinto Manuel FAU 20159981216 soft
Fecha: 26/10/2018 13:16:32 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚ
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

No se aprecia vulneración del derecho al debido proceso en tanto la Sala Superior ha explicado las razones de su fallo, dando respuesta a los agravios expuestos en apelación; así como ha valorado los medios probatorios que obran en autos.

Lima, nueve de mayo de dos mil diecisiete.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; vista la causa número dos mil doscientos diecinueve del año dos mil dieciséis, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por la demandada **María del Pilar Sarango Huasasquiche**, a fojas doscientos ochenta y cuatro, contra la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución de fojas seiscientos sesenta, del primero de octubre de dos mil quince, que **confirma** la sentencia apelada, contenida en la resolución de fojas ciento noventa, del veinte de marzo de dos mil catorce, que declara **fundada** la demanda por la causal de separación de hecho. Dispone la liquidación de la sociedad de gananciales del siguiente modo: **a)** Transfiérase la totalidad de la propiedad del **inmueble** ubicado en la AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 13 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones iguales;

b) Asimismo la titularidad del **automóvil** marca Hyundai, de placa de rodaje N° IQ-4594, modelo Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango; y, **c)** Respecto a las 1,500 acciones adquiridas de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, se otorga la plena titularidad de la mismas a favor del demandante. Se fija a favor de la demandada una **indemnización** por daño moral ascendente a la suma de diez mil soles, cantidad que debe cancelar el demandante a la demandada. **Infundada** la reconvención planteada por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche respecto al divorcio por la causal de abandono injustificado y conducta deshonrosa.

II. ANTECEDENTES.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. DEMANDA.

Por escrito de fojas veinticuatro, **Jorge Luis De La Cruz Villareyes** interpone demanda de divorcio por causal de separación de hecho, contra María Del Pilar Sarango Huasasquiche, a fin que judicialmente se declare disuelto el vínculo matrimonial y se ordene la anotación de la disolución del vínculo matrimonial en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Talara. Funda su pretensión en que: **1)** Refiere haber contraído matrimonio civil con la demandada con fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y siete, por ante la Municipalidad Provincial de Talara, procreando a sus hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene de la Cruz Sarango de catorce y trece años de edad respectivamente a la fecha de interposición de la demanda; **2)** Señala que después de unos años de casados y por causas imputables a la accionada, dado a su carácter, su unión matrimonial se vio seriamente afectada por intransigencia de la demandada, del tal manera que a fin de no ver afectada la

salud sicológica de sus menores hijas, opto por poner en conocimiento ante el juez de Paz de Primera Nominación de Talara Alta, su decisión de separarse de hecho el día dieciséis de abril del año dos mil ocho; **3)** Refiere además que actualmente viene asistiendo a su esposa y a sus menores hijas con una pensión alimenticia por la suma de seiscientos cincuenta soles (S/ 650.00), en el Proceso N° 224-2008 por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Talara; y, **4)** Asimismo, refiere que durante la vigencia del vínculo matrimonial han adquirido un inmueble ubicado en el AA.HH. San Sebastián, Sector B, Mz E-1 Lote 131 de Talara Alta, un automóvil marca Hyundai, de placa de rodaje N° 1Q-4594, modelo Excel, color plateado y 1,500 acciones de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercializadora de Responsabilidad Limitada.

2. CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante escrito de fojas sesenta y dos, **María Del Pilar Sarango Huasasquiche**, contestó la demanda, alegando que no es cierto que la separación haya sido por su causa, mucho menos que el distanciamiento se haya debido a su carácter intransigente, más aun si el alejamiento se produjo por causa imputables a su persona como sostener relaciones adulterinas con diferentes parejas, y que lo aludido a su comportamiento solo fue un mero pretexto a fin de dejar su hogar conyugal.

Respecto a la reconvención

solicita el divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar por más de dos años y conducta deshonrosa, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de cien mil soles (S/ 100,000.00), alega: **1)** Que el demandante hizo el abandono injustificado de hogar conyugal el **dieciséis de abril del dos mil ocho** con la finalidad de mantener una relación adulterina con Danitza Coronado Yacila, **reconociendo dicha relación en el manifiesto ante la Policía Nacional del Perú**, por lo que dicha relación hizo que se retirara del hogar, abandonando el

hogar y en especial a sus menores hijas; **2)** Que la conducta deshonrosa del demandante se manifiesta cuando este se luce con su actual compromiso conjuntamente con las hijas de ésta, situación que ha sido apreciada por su menor hija, quien en varias ocasiones le ha manifestado que se cambien de casa para no verlo todos los días cuando asiste al centro educativo; y, **3)** Finalmente, solicita el pago de una indemnización de cien mil soles (S/ 100.000.00), por considerarse la cónyuge afectada por la separación.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Se estableció como puntos controvertidos; **1)** Determinar si procede declarar la disolución del vínculo matrimonial entre Jorge Luis de la Cruz Villarreyes y María del Pilar Sarango Huasaquiche por la causal de separación de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos; **2)** Determinar si se ha configurado las causales del abandono injustificado del hogar por más de dos años y conducta deshonrosa; y **3)** Determinar si corresponde ordenar al demandante el pago de una indemnización por daños y perjuicios hasta por la suma de cien mil soles (S/ 100.000.00), a favor de la demandada.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas ciento noventa, su fecha veinte de marzo de dos mil catorce, declara **fundada** la demanda por la causal de separación de hecho. Liquidación de la sociedad de gananciales del siguiente modo: **a)** Transfiérase la totalidad de la propiedad del **inmueble** ubicado en la AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 13 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones iguales; **b)** Asimismo la titularidad del **automóvil** marca Hyundai, de placa de rodaje N° IQ-4594, modelo Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la

Cruz Sarango; y, **c)** Respecto a las 1,500 acciones adquiridas de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, se otorga la plena titularidad de la mismas a favor del demandante. Se fija a favor de la demandada una **indemnización** por daño moral ascendente a la suma de diez mil soles S/ 10,000), cantidad que debe cancelar el demandante a la demandada. **Infundada** la reconvención planteada por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche respecto al divorcio por la causal de abandono injustificado y conducta deshonrosa, tras considerar que: **1)** En cuanto a la separación de hecho, el elemento material u objetivo queda acreditado con el acta de conocimiento que corre a folios nueve, en la que se indica que el demandante hizo retiro voluntario del hogar el día doce de julio del año dos mil siete; lo que se corrobora con lo manifestado por la demandada en su escrito de contestación, donde si bien la demandada indica que el retiro del demandante se debió a su comportamiento (del accionante) no cuestiona la validez del documento presentado por el accionante, lo que hace denotar que el demandante hizo retiro del hogar en la fecha indicada por este; el elemento subjetivo queda acreditado con la interposición de la demanda, realizada por el demandante, lo que demuestra la falta de intención del demandante de reconciliarse con la demandada; en cuanto al elemento temporal, encontrándose separados de hecho ambas partes, desde el doce de julio del dos mil siete (fecha en la cual el demandante pone de conocimiento su retiro voluntario), a la fecha de interposición de la demanda (veintiséis de abril del dos mil doce), han transcurrido en exceso los cuatro años que exige la norma; **2)** Sobre la reconvención formulada por María del Pilar Sarango Huasasquiche solicitando divorcio por las causales de Abandono Injustificado del hogar por más de dos años y conducta deshonrosa, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de cien mil soles (S/ 100,000.00). En el caso de autos, de los medios probatorios anexados por la reconviniente no se verifica documento alguno que corrobore lo manifestado en su escrito de reconvención respecto a las causales de divorcio invocada, toda

vez que si bien manifiesta que el accionante habría realizado el abandono del hogar al encontrarse manteniendo una relación amorosa con tercera persona, lo cual según su testimonio acredita su conducta deshonrosa; dicho manifiesto no encuentra sustento documentario de las pruebas anexadas, máxime si por resolución número diez se resuelve prescindir del medio probatorio consistente en la Exhibicional de la declaración de Jorge Luis de la Cruz Villarreyes; **3)** En cuanto al cónyuge perjudicado, conforme se ha indicado cuando el demandado se retira del hogar la demandada se quedó bajo el cuidado de sus menores hijas, teniendo que demandar al padre de sus hijas para que la asista con una pensión de alimentos; a lo que se suma que cuando se produjo la separación entre ellos, las niñas contaba con ocho y nueve años de edad, edad en la cual requería de todo el cuidado y atención de, sus progenitores, siendo la demandada quien sola asumió dicho responsabilidad, con lo cual, es la demandada la cónyuge perjudicada con la separación de hecho; y, **4)** Respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo la demandada la cónyuge más perjudicada de la separación, el *Ad quo* otorga a su favor el inmueble AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 131 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones iguales, asimismo la titularidad del automóvil marca Hyundai, de placa de rodaje N° IQ-4594, model o Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y María Darlene De la Cruz Sarango, a favor del demandante se otorga la plena titularidad de 1,500 acciones de la Empresa de la Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

Mediante escrito de la página doscientos nueve la demandada **María del Pilar Sarango Huasasquiche**, interpone recurso de apelación contra la sentencia de

primera instancia, alegando que: **1)** No se ha valorado las pruebas aportadas por la apelante, con el cual se acredita que el demandante ha sido el causante de la separación por los amoríos que mantiene hasta la fecha con Danitza Coronado Yacila, configurándose de esta forma la causal de conducta deshonrosa por parte de Jorge Luis De La Cruz Villareyes; y, **2)** Que se ha establecido un monto indemnizatorio por demás exiguo y que en nada repara el menoscabo psicológico que tuvo que soportar la demandada al haberse destruido su matrimonio por el actuar protervo de la parte contraria.

Por su parte el demandante **Jorge Luis De La Cruz Villareyes** mediante escrito de fojas doscientos veinte, interpone apelación contra la sentencia de primera instancia, fundamenta su recurso en lo siguiente: **1)** En el proceso no existe ninguna prueba o indicio que acrediten que la demandada es la cónyuge más perjudicada con la separación por el contrario está acreditado que a la fecha de la separación de hecho, quien se quedó viviendo en el hogar conyugal en compañía de sus hijas fue la demandada, que el suscrito ha venido proveyendo de una pensión alimenticia a favor de la supuesta cónyuge perjudicada y de sus menores hijas, tal como se encuentra acreditado en el expediente N° 224-2008 ante el Primer Juzgado de Pa z Letrado de Talara; y, **2)** Agrega que el Tercer Pleno Casatorio Civil, ha establecido con carácter excluyente la adjudicación de los bienes o la indemnización a favor del otro cónyuge perjudicado con la separación de hecho, por lo que en el caso concreto resulta un exceso, que además de la adjudicación de casa habitación conyugal a favor de la demandada, adicionalmente se haya fijado una indemnización de diez mil soles (S/ 10,000.00).

6. SENTENCIA DE VISTA.

Los Jueces Superiores de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, expidieron la sentencia de vista, contenida en la resolución de fojas doscientos sesenta, del primero de octubre de dos mil quince, que **confirma** la

sentencia apelada, contenida en la resolución de fojas siento noventa, del veinte de marzo de dos mil catorce, que declara **fundada** la demanda por la causal de separación de hecho. Liquidación de la sociedad de ganaciales del siguiente modo: **a)** Transfiérase la totalidad de la propiedad del **inmueble** ubicado en la AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 13 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones iguales; **b)** Asimismo la titularidad del **automóvil** marca Hyundai, de placa de rodaje N° IQ-4594, mode lo Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango; y, **c)** Respecto a las 1,500 acciones adquiridas de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, se otorga la plena titularidad de la mismas a favor del demandante. Se fija a favor de la demandada una **indemnización** por daño moral ascendente a la suma de diez mil soles (S/ 10,000), cantidad que debe cancelar el demandante a la demandada. **Infundada** la reconvención planteada por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche respecto al divorcio por la causal de abandono injustificado y conducta deshonrosa. Fundamenta la decisión en que: **1)** Respecto de las causales del divorcio, invocando la causal de Abandono Injustificado del hogar conyugal por parte del demandante, la demandada no ha demostrado el supuesto alejamiento unilateral de dicho domicilio por parte de su cónyuge hoy demandante, teniendo en consideración además que la prueba ofrecida por la demandada ha sido prescindida, conforme se advierte de la resolución número diez de fecha veintiocho de enero del dos mil catorce; **2)** Con relación a la causal de Conducta deshonrosa antes invocada, se advierte que no existen elementos de convicción que configuren circunstancia alguna sobre actos deshonestos por parte del actor, más aún si la demandada vincula esta causal, al hecho que el actor se ha trasladado a vivir con su amante a unos metros de su casa, lo cual no se encuentra acreditado en autos; **3)**

respecto al cónyuge perjudicado se ha acreditado que lo constituye la demandada, pues fue esta quien tuvo que demandar al recurrente por concepto de alimentos a su favor en calidad de cónyuge y de sus hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De La Cruz Satango; asimismo conforme a la partida de matrimonio se advierte que la disolución del vínculo matrimonial estaría operando después de diecisiete años de matrimonio, en el que, la demandada ha procreado con el actor dos hijas, quienes al momento de la separación eran menores de edad, quienes también sufrieron sus efectos, pues se quedaron junto a su madre en el domicilio donde habían fijado el hogar conyugal; y, **4)** Con relación al argumento del actor sobre la adjudicación de la casa habitación conyugal, es de señalar que dicha adjudicación no ha sido producto del deber tiene el juez de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pues la adjudicación sobre la casa habitación conyugal, es como consecuencia de haberse producido la liquidación de sociedad de gananciales, al amparo de lo previsto en el inciso 3) del artículo 318 del citado cuerpo legal.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

Esta Sala Suprema, mediante resoluciones de fecha once de noviembre de dos mil dieciséis de folios cuarenta del cuaderno de casación, ha declarado la **procedencia excepcional** del recurso de casación interpuesto por interpuesto por la demandada **María Del Pilar Sarango Huasasquiche**, por la **infracción del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú**.

IV. MATERIA JURIDICA EN DEBATE.

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso se centra e determinar si la sentencia de segunda instancia habría vulnerado el derecho al debido proceso en razón que se habría realizado la indebida valoración de los medios probatorios.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

PRIMERO.- Ante todo, en materia de casación es factible ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio del derecho de defensa de las partes en litigio.

SEGUNDO.- En principio, se debe señalar que el derecho fundamental al debido proceso, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, es un derecho continente pues comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal.

"El derecho al debido proceso supone el cumplimiento de las diferentes garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los procesos o procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto estatal o privado que pueda afectarlos. Su contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, etc. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

A través de esto último se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas"[1].

[1] EXP. N.° 02467-2012-PA/TC

TERCERO.- En ese sentido, cabe precisar que el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva constituyen principios consagrados en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, los cuales comprenden a su vez, el deber de los jueces de observar los derechos procesales de las partes y el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquiera etapa del proceso. De ahí que dichos principios se encuentren ligados a la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso 5 del referido artículo constitucional, esto es, que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron.

CUARTO.- De igual manera, el Tribunal Constitucional estableció que "El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso". A mayor abundamiento, el Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido "que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso"[2].

QUINTO.- Así, "en el Expediente N.º 3943-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado

[2] EXP. N.° 03433-2013-PA/TC LIMA SERVICIOS POSTALES DEL PERÚ S.A. - SERPOST S.A. Representado(a) por MARIELA ROXANA OJEDA CISNEROS - ABOGADA Y APODERADA JUDICIAL

de este derecho se ve vulnerado, entre otros, en los siguientes supuestos: ***a) Inexistencia de motivación o motivación aparente***. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. **b)** ***Falta de motivación interna del razonamiento*****.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. **c)** ***Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*****: (…)** cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. **d)** ***La motivación insuficiente*****.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos

judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (…)[3]".

SEXTO.- Conforme lo expuesto y revisada la sentencia de vista, materia de casación, se advierte que el Colegiado Superior ha cumplido con motivar su fallo, al haber expresado los fundamentos fácticos, jurídicos y medios probatorios que sustentan su decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho presentado por el demandante Jorge Luis De La Cruz Villareyes e infundada la reconvención presentada por la recurrente. Es así que, dando respuesta a los agravios del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, ha compartido el criterio del Juez de primera instancia en el extremo que está acreditado que el actor de manera unilateral se retiró de hogar conyugal, por lo que luego de producida la separación de hecho, obviamente se produjo una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio. Por tales razones, ambas instancias concluyen que la demandada ha sufrido daño moral producto de la separación unilateral provocada por el accionante, lo cual debe ser resarcido por este en la proporción establecida en ambas instancias.

[3] EXP. N.° 00728-2008-PHC/TC- LIMA GIULIANA LLAMOJA HILARES

En ese sentido, no se aprecia vulneración al derecho al debido proceso traducido en el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y valoración de la prueba, en tanto la Sala Superior ha explicado las razones de su fallo, dando respuesta a los agravios expuestos en apelación; así como ha valorado los medios probatorios que obran en autos. Por tanto, la infracción normativa amparada deviene en infundada.

VI. DECISIÓN:

Por tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil:

5.1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche con fecha cinco de noviembre de dos mil quince, obrante a fojas doscientos ochenta y cuatro; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha primero de octubre de dos mil quince, de folios doscientos sesenta, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana.

5.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jorge Luis De La Cruz Villarreyes, sobre divorcio por la causal de separación de hecho; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Sánchez Melgarejo.**

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

TELLO GILARDI

CALDERÓN PUERTAS

SÁNCHEZ MELGAREJO *Lar/Lva*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

MOTIVACIÓN: Se vulnera el derecho a la motivación, en sus manifestaciones del derecho a probar y de la debida valoración probatoria, cuando los órganos jurisdiccionales, al expedir sentencia omiten efectuar una valoración conjunta y razonada de los medios probatorios.

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA DEL CARPIO RODRÍGUEZ, ES COMO SIGUE:

Lima, nueve de mayo de dos mil diecisiete.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número 2219-16, en audiencia pública de la fecha; oído el informe oral y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Que se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada **María del Pilar Sarango Huasaquiche**, a fojas doscientos ochenta y cuatro, contra la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución de fojas doscientos sesenta, del primero de octubre de dos mil quince, que **confirma** la sentencia apelada, contenida en la resolución de fojas ciento noventa, del veinte de marzo de dos mil catorce, que declara **fundada** la demanda por la causal de separación de hecho. Dispone la liquidación de la sociedad de gananciales del siguiente modo: **a)** Transfiere la totalidad de la propiedad del **inmueble** ubicado en la AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 13 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones

iguales; **b)** Asimismo la titularidad del **automóvil** marca Hyundai, de placa de rodaje N° IQ-4594, modelo Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango; y, **c)** Respecto a las mil quinientas acciones adquiridas de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, otorga la plena titularidad de la mismas a favor del demandante, fija a favor de la demandada una **indemnización** por daño moral ascendente a la suma de diez mil nuevos soles, cantidad que debe cancelar el demandante a la demandada; declarar **Infundada** la reconvención planteada por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche respecto al divorcio por la causal de abandono injustificado y conducta deshonrosa.

II. ANTECEDENTES.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. DEMANDA.

Por escrito de fojas veinticuatro, **Jorge Luis De La Cruz Villareyes** interpone demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, contra María Del Pilar Sarango Huasasquiche, a fin que judicialmente se declare disuelto el vínculo matrimonial y se ordene la anotación de la disolución del vínculo matrimonial en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Talara. Funda su pretensión en que: **1)** Ha contraído matrimonio civil con la demandada con fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y siete, por ante la Municipalidad Provincial de Talara, procreando a sus hijas Angiee Michelle y Mariah

Darlene de la Cruz Sarango de catorce y trece años de edad respectivamente a la fecha de interposición de la demanda; **2)** Señala que después de unos años de casados y por causas imputables a la accionada, dado su carácter, su unión matrimonial se vio seriamente afectado por intransigencia de la demandada, del tal manera que a fin de no ver afectada la salud psicológica de sus menores hijas, optó por poner en conocimiento del juez de Paz de Primera Nominación de Talara Alta, su decisión de separarse de hecho el día dieciséis de abril del año dos mil ocho; **3)** Refiere además que actualmente viene asistiendo a su esposa y a sus menores hijas con una pensión alimenticia por la suma de seiscientos cincuenta soles (S/. 650.00), en el proceso N° 224-2008 por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Talara; y, **4)** Asimismo, refiere que durante la vigencia del vínculo matrimonial han adquirido un inmueble ubicado en el AA.HH. San Sebastián, Sector B, Mz E-1 Lote 131 de Talara Alta, un automóvil marca Hyundai, de placa de rodaje Nro 1Q-4594, modelo Excel, color plateado y 1,500 acciones de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercializadora de Responsabilidad Limitada.

2. CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante escrito de fojas sesenta y dos, **María Del Pilar Sarango Huasasquiche**, contesta la demanda, alegando que no es cierto que la separación haya sido por su causa, mucho menos que el distanciamiento se haya debido a su carácter intransigente, más aun si el alejamiento se produjo por causa imputable al demandante Jorge Luis De La Cruz Villareyes al sostener relaciones adulterinas con diferentes parejas, y que lo aludido a su comportamiento solo fue un mero pretexto a fin de dejar el hogar conyugal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Respecto a la reconvención solicita el divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar por más de dos años y conducta deshonrosa, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de cien mil soles (S/. 100,000.00), alega lo siguiente: **1)** Que el demandante hizo el abandono injustificado del hogar conyugal el dieciséis de abril del dos mil ocho con la finalidad de mantener una relación adulterina con Danitza Coronado Yacila, reconociendo dicha relación en su manifestación ante la Policía Nacional del Perú; que fue por esta razón que el demandante se retiró del hogar, abandonando el hogar y en especial a sus menores hijas; **2)** Que la conducta deshonrosa del demandante se manifiesta cuando éste se luce con su actual compromiso conjuntamente con las hijas de ésta, situación que ha sido apreciada por su menor hija, quien en varias ocasiones le ha manifestado que se cambien de casa para no verlo todos los días cuando asiste al centro educativo; y, **3)** Finalmente, solicita el pago de una indemnización de cien mil soles (S/. 100.000.00), por concepto de indemnización, por considerarse la cónyuge afectada por la separación.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Se estableció como puntos controvertidos; **1)** Determinar si procede declarar la disolución del vínculo matrimonial entre Jorge Luis de la Cruz Villarreyes y María del Pilar Sarango Huasaquiche por la causal de separación de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos; **2)** Determinar si se han configurado las causales de abandono injustificado del hogar por más de dos años y conducta deshonrosa; y **3)** Determinar si corresponde ordenar al demandante el pago de una indemnización por daños y perjuicios hasta por la suma de cien mil soles (S/. 100,000.00), a favor de la demandada.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas ciento noventa, su fecha veinte de marzo de dos mil catorce, declara **fundada** la demanda por la causal de separación de hecho y la Liquidación de la sociedad de gananciales del siguiente modo: **a)** Transfiérase la totalidad de la propiedad del **inmueble** ubicado en la AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 13 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango, en proporciones iguales; **b)** Asimismo la titularidad del **automóvil** marca Hyundai, de placa de rodaje N° IQ-4594, mode lo Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango; y, **c)** Respecto a las mil quinientas acciones adquiridas de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, se otorga la plena titularidad de la mismas a favor del demandante. Se fija a favor de la demandada una **indemnización** por daño moral ascendente a la suma de diez mil soles (S/. 10,000), cantidad que debe cancelar el demandante a la demandada. **Infundada** la reconvención planteada por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche respecto al divorcio por la causal de abandono injustificado y conducta deshonrosa, tras considerar que: **1)** En cuanto a la **separación de hecho**, el elemento material u objetivo queda acreditado con el acta de conocimiento que corre a folios nueve, en la que se indica que el demandante hizo retiro voluntario del hogar el día doce de julio del año dos mil siete; lo que se corrobora con lo manifestado por la demandada en su escrito de contestación, donde si bien la demandada indica que el retiro del demandante se debió a su comportamiento (del accionante) no cuestiona la validez del documento

presentado por el accionante, lo que hace denotar que el demandante hizo retiro del hogar en la fecha indicada por éste; el elemento subjetivo queda acreditado con la interposición de la demanda, realizada por el demandante, lo que demuestra la falta de intención del demandante de reconciliarse con la demandada; en cuanto al elemento temporal, encontrándose separados de hecho ambas partes, desde el doce de julio del dos mil siete (fecha en la cual el demandante pone de conocimiento su retiro voluntario), a la fecha de interposición de la demanda (veintiséis de abril del dos mil doce), han transcurrido en exceso los cuatro años que exige la norma; **2)** Sobre la reconvención formulada por María del Pilar Sarango Huasasquiche solicitando divorcio por las causales de Abandono Injustificado del hogar por más de dos años y conducta deshonrosa, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de cien mil soles (S/. 100,000.00). En el caso de autos, de los medios probatorios anexados por la reconviniente no se verifica documento alguno que corrobore lo manifestado en su escrito de reconvención respecto a las causales de divorcio invocadas, toda vez que si bien manifiesta que el accionante habría abandonado del hogar al encontrarse en una relación amorosa con tercera persona, lo cual según su testimonio acreditaría su conducta deshonrosa; sin embargo dicha afirmación no encuentra sustento en las pruebas anexadas, máxime si por resolución número diez se resuelve prescindir del medio probatorio consistente en la declaración de Jorge Luis de la Cruz Villarreyes; **3)** En cuanto al cónyuge perjudicado, conforme se ha analizado cuando el demandado se retira del hogar la demandada se quedó bajo el cuidado de sus menores hijas, teniendo que demandar al padre de sus hijas para que la asista con una pensión de alimentos; a lo que se suma que cuando se produjo la separación entre ellos, las niñas contaban con ocho y nueve años, edad en la cual requerían de todo el cuidado y atención de, sus progenitores,

siendo la demandada quien sola asumió dicho responsabilidad, con lo cual, es la demandada la cónyuge perjudicada con la separación de hecho; y, **4)** Respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo la demandada la cónyuge más perjudicada con la separación, el *A' quo* otorga a su favor el inmueble AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 131 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones iguales, asimismo la titularidad del automóvil marca Hyundai, de placa de rodaje Nro. IQ-4594, modelo Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y María Darlene De la Cruz Sarango; en tanto que a favor del demandante se otorga la plena titularidad de mil quinientas acciones de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

Mediante escrito de la página doscientos nueve la demandada **María del Pilar Sarango Huasaquiche**, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que: **1)** No se han valorado las pruebas aportadas por la apelante, con las cuales acredita que el demandante ha sido el causante de la separación por los amoríos que mantiene hasta la fecha con Danitza Coronado Yacila, configurándose de esta forma la causal de conducta deshonrosa por parte de Jorge Luis De La Cruz Villareyes; y, **2)** Que se ha establecido un monto indemnizatorio por demás exiguo y que en nada repara el menoscabo psicológico que tuvo que soportar la demandada al haberse destruido su matrimonio por el actuar protervo de la parte contraria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Por su parte el demandante **Jorge Luis De La Cruz Villareyes** mediante escrito de fojas doscientos veinte, interpone apelación contra la sentencia de primera instancia, fundamenta su recurso en lo siguiente: **1)** En el proceso no existe ninguna prueba o indicio que acrediten que la demandada es la cónyuge más perjudicada con la separación; por el contrario está acreditado que a la fecha de la separación de hecho, quien se quedó viviendo en el hogar conyugal en compañía de sus hijas fue la demandada; que el suscrito ha venido proveyendo de una pensión alimenticia a favor de la supuesta cónyuge perjudicada y de sus menores hijas, tal como se encuentra acreditado en el expediente N° 224-2008 ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Talara; y, **2)** Agrega que el Tercer Pleno Casatorio Civil, ha establecido con carácter excluyente la adjudicación de los bienes o la indemnización a favor del otro cónyuge perjudicado con la separación de hecho, por lo que en el caso concreto resulta un exceso, que además de la adjudicación de casa habitación conyugal a favor de la demandada, adicionalmente se haya fijado una indemnización de diez mil soles (S/. 10,000.00).

6. SENTENCIA DE VISTA.

Los Jueces Superiores de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, expiden la sentencia de vista, contenida en la resolución de fojas doscientos sesenta, del uno de octubre de dos mil quince, que **confirma** la sentencia apelada, contenida en la resolución de fojas ciento noventa, del veinte de marzo de dos mil catorce, que declara **fundada** la demanda por la causal de separación de hecho y la Liquidación de la sociedad de gananciales del siguiente modo: **a)** Transfiérase la totalidad de la propiedad del **inmueble** ubicado en la AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 13 de Talara Alta, cuya titularidad será inscrita a favor de la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones iguales; **b)** Asimismo la titularidad del **automóvil** marca Hyundai, de placa de rodaje N° IQ-4594, modelo Excel, color plateado será a favor de la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche y de sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango; y, **c)** Respecto a las mil quinientas acciones adquiridas de la Empresa de Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, se otorga la plena titularidad de las mismas a favor del demandante. Se fija a favor de la demandada una **indemnización** por daño moral ascendente a la suma de diez mil soles (S/. 10,000.00), cantidad que debe cancelar el demandante a la demandada. **Infundada** la reconvención planteada por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche respecto al divorcio por la causal de abandono injustificado y conducta deshonrosa. Fundamenta la decisión en que: **1)** Respecto de las causales del divorcio, por la causal de Abandono Injustificado del hogar conyugal por parte del demandante, la demandada no ha demostrado el supuesto alejamiento unilateral de dicho domicilio por parte de su cónyuge hoy demandante, teniendo en consideración además que la prueba ofrecida por la demandada ha sido prescindida, conforme se advierte de la resolución número diez, de fecha veintiocho de enero del dos mil catorce; **2)** Con relación a la causal de Conducta deshonrosa antes invocada, se advierte que no existen elementos de convicción que configuren circunstancia alguna sobre actos deshonestos por parte del actor, más aún si la demandada vincula esta causal, al hecho que el actor se ha trasladado a vivir con su amante a unos metros de su casa, lo cual no se encuentra acreditado en autos; **3)** Respecto al cónyuge perjudicado se ha acreditado que resulta ser la demandada, pues fue ésta quien tuvo que demandar al recurrente por concepto de alimentos a su favor en calidad de cónyuge y de sus hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De

La Cruz Satango; asimismo conforme a la partida de matrimonio se advierte que la disolución del vínculo matrimonial estaría operando después de diecisiete años de matrimonio, en el que, la demandada ha procreado con el actor dos hijas, quienes al momento de la separación eran menores de edad, quienes también sufrieron sus efectos, pues se quedaron junto a su madre en el domicilio donde habían fijado el hogar conyugal; y, **4)** Con relación al argumento del actor sobre la adjudicación de la casa habitación conyugal, es de señalar que dicha adjudicación no es por el deber que tiene el juez de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pues la adjudicación sobre la casa habitación conyugal, es como consecuencia de haberse producido la liquidación de la sociedad de gananciales, al amparo de lo previsto en el inciso 3) del artículo 318 del citado cuerpo legal.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha once de noviembre de dos mil dieciséis de folios cuarenta del cuaderno de casación, ha declarado la **procedencia excepcional** del recurso de casación interpuesto por interpuesto por la demandada **María Del Pilar Sarango Huasasquiche**, por la **infracción del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú**.

IV. <u>MATERIA JURIDICA EN DEBATE</u>.

La materia jurídica en debate en el presente proceso se centra en determinar si la sentencia de segunda instancia habría vulnerado el derecho al debido proceso en razón que se habría realizado la indebida valoración de los medios probatorios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

PRIMERO.- Que, se procede al análisis de la infracción contenida en el numeral III de la presente resolución. Prima facie es menester precisar que el Derecho al Debido Proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, comprende a su vez, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, mediante las sentencias en las que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, norma que resulta concordante con lo preceptuado por el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del mismo modo debe precisarse que la exigencia de la motivación suficiente, prevista en el inciso 5 del referido artículo, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del juez; de allí que una resolución que carezca de motivación suficiente no sólo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional.

SEGUNDO.- Que, en ese mismo orden de ideas, el artículo 197 del Código Procesal Civil regula la valoración de la prueba, en los siguientes términos: *"Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"*. En virtud del numeral glosado, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme

una cabal convicción respecto del asunto en *litis*, Michele Taruffo al respecto señala[4]: *"la función principal de la prueba es ofrecer al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en litigio. En realidad, al comienzo de un proceso, los hechos se presentan en formas de enunciados fácticos caracterizados por un estatus epistémico de incertidumbre. Así, en cierto sentido, decidir sobre los hechos significa resolver esa incertidumbre y determinar, a partir de de los medios prueba presentados, si se ha probado la verdad o falsedad de esos enunciados (…)*".

TERCERO.- Asimismo, si bien no está dentro de la esfera de las facultades de la Corte de Casación efectuar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que han servido de base a la sentencia recurrida, los que formaran convicción para el respectivo pronunciamiento; no es menos cierto que en algunos casos la arbitraria evaluación de la prueba por la instancia inferior, origina un fallo con una motivación aparente que no corresponde a los criterios legales ni para la selección del material fáctico, ni para la apreciación lógica y razonada de la prueba; o, en algunos casos se vulnera el derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar sus afirmaciones, lo que faculta a esta Sala Casatoria a revisar la actividad procesal en materia de prueba, toda vez, que no solo la admisión y la actuación del medio probatorio constituye una garantía del derecho fundamental a probar, sino además que este medio de prueba –incorporado al proceso por los principios que rigen el derecho probatorio, como pertenencia, idoneidad, utilidad y licitud- sea valorado debidamente.

[4] MICHELE TARUFFO, *La Prueba*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2008. p. 131.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

CUARTO.- Así, respecto a la causal de conducta deshonrosa se entiende por ésta al comportamiento deshonesto, indecente e inmoral de uno de los cónyuges, de modo habitual, que afecta la buena imagen, el honor y el respeto de la familia, condiciones en las cuales es insoportable la vida en común; comprendiéndose el fundamento de esta causal en el quebrantamiento de uno de los deberes éticos que supone la vida matrimonial y, también, en la deshonra que ocasiona uno de los esposos con su comportamiento, provocando una grave perturbación en las relaciones conyugales y sociales. Sobre el tema Plácido Vilcachahua señala: *"La jurisprudencia ha determinado que por conducta deshonrosa debe entenderse el proceder incorrecto de una persona, que se encuentra en oposición al orden público, la moral y el respeto de la familia, condiciones en las cuales resulta insoportable la vida en común; pudiendo manifestarse en una gama de hechos y situaciones, como pueden ser la vagancia u ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intimidad amorosa con persona distinta del cónyuge, salidas injustificadas, entre otras, pues la ley no establece un números clausus al respecto sino un números apertus"*[5].

QUINTO.- En el caso materia de análisis, la Sala de mérito arriba a la conclusión que con relación a la causal de conducta deshonrosa invocada por la damandada se advierte que no existen elementos de convicción que configuren circunstancia alguna sobre actos deshonestos por parte del actor, más aún si la demandada vincula esta causal, al hecho que el actor se ha trasladado a vivir con su amante a unos metros de su casa, lo cual no se encuentra acreditado en autos (ver considerando sétimo); sin embargo, se advierte de autos que no se ha compulsado la declaración

[5] PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. *"Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil"*. Gaceta Jurídica, Lima 2008, p41.

policial del demandante Jorge Luis De La Cruz Villareyes con fecha quince de abril de dos mil ocho que obra en autos a fojas cincuenta y tres, en la cual a la pregunta N° 7 consistente en que pr ecise que relación mantiene con la señora Daniza Karen Coronado Yacila, dijo *"Por la persona que me pregunta si la conozco, resultando con ella ser su enamorado (…)"*. Asimismo con referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales, se debe tener en cuenta que el régimen de sociedad de gananciales son todos los bienes y rentas obtenidos durante la vigencia del matrimonio, éstos pertenecen a los cónyuges en partes iguales; sin embargo la Sala de mérito, sin exponer fundamento alguno determina incluir en la liquidación de gananciales a los hijos de la sociedad cónyugal al adjudicar el inmueble AA.HH. San Sebastián Sector B, Mz. E-1 Lote 131 de Talara Alta y del automóvil marca Hyundai, de placa de rodaje Nro. IQ-4594, modelo Excel, color plateado, a la cónyuge María del Pilar Sarango Huasasquiche y a sus menores hijas Angiee Michelle y Mariah Darlene De la Cruz Sarango en proporciones iguales, en perjuicio de los derechos de aquélla, situación diferente cuando adjudica a favor del demandante la plena titularidad de mil quinientas acciones de la Empresa de la Transportes Jorge Chávez Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

SÉTIMO.- De lo analizado se colige que la Sala Superior ha emitido una resolución que adolece de una debida motivación, pues carece de una debida valoración probatoria –expresión a su vez del derecho a probar-, inobservando ciertos criterios o principios lógicos del razonamiento, lo que determina la nulidad insubsanable de la recurrida a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Procesal Civil.

VI. DECISIÓN.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2219-2016
SULLANA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

A) Por estos fundamentos**: MI VOTO es porque se declare FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada María del Pilar Sarango Huasasquiche, obrante a fojas doscientos ochenta y cuatro; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha uno de octubre de dos mil quince, de fojas doscientos sesenta.

B) **SE ORDENE** que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana emita nueva resolución teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por este Supremo Tribunal.

C) **DISPONER** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Jorge Luís de la Cruz Villarreyes con María del Pilar Sarango Huasasquiche y otro, sobre divorcio por causal de separación de hecho; y los devolvieron. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **del Carpio Rodríguez**.

Sra.

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

Ec/sg

2017 / J17 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3470-2016 · Lima

Elementos de la separación y actos posteriores

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 16 de mayo de 2017

Localización: Fundamentos 5.7-5.10 y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado. En instancia se confirma la sentencia que declaró fundada la demanda.

2. Análisis jurídico

La Sala verifica elementos material, subjetivo y temporal. El proyecto de trabajo conjunto posterior no demostró reconciliación ni retorno a la convivencia. La constancia policial se valoró junto con las declaraciones, no aislada del expediente.

3. Aplicación y contraste

La continuidad de negocios o de contacto no equivale necesariamente a comunidad de vida. Debe probarse qué ocurrió después de la salida y cómo ello afecta el cómputo del plazo.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 409-414, proporciona contexto sobre separación de hecho y sus elementos.

5. Límites de utilización

El resultado depende de las pruebas valoradas. No convierte toda constancia policial unilateral en acreditación concluyente de la causal.

Ficha técnica. Referencia al final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:FAJARDO JULCA JACINTO MANUEL /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 09/07/2018 16:05:28,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

***DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO*:** Son tres los elementos que en forma copulativa se deben dar para que configure la causal en revisión: **a) objetivo o material,** que consiste en el alejamiento físico o separación corporal, por voluntad expresa o tácita, de uno o de ambos consortes, entendida como la abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales; **b) subjetivo o psíquico,** consistente en la falta de voluntad de uno o de ambos cónyuges de continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común; sin que ésta se produzca por una necesidad jurídica impuesta o circunstancia justificatoria; y **c) temporal,** se configura por el transcurso ininterrumpido de un período mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia de los cónyuges, siendo el plazo de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores y cuatro si los hubiera.

Art. 333 inc. 12) del Código Civil. III Pleno Casatorio Civil Supremo, fdtos. 36, 37 y 38.

Lima, dieciséis de mayo d

LA SALA CIVIL PERMAN
DE LA REPÚBLICA:-------
VISTA: la causa número
en Audiencia Pública lleva
Jueces Supremos: Távara
Rodríguez, Calderón Puer
votación con arreglo a ley,

1.- MATERIA DE GRADO:

1.1. El recurso de casación interpuesto por la demandante[1] Juana Vílchez Arias de Verástegui, contra la sentencia de vista de fecha 27 de junio de

[1] Folios 434.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

2016[2], que revoca la sentencia apelada de fecha 12 de enero de 2016[3], que declara fundada la demanda de folios once, y reformándola la declara infundada, sobre divorcio por causal de separación de hecho; en los seguidos contra Gay Arnaldo Verástegui Verástegui.

2.- ANTECEDENTES:

DEMANDA:

2.1. En el caso *sub examine,* se tiene que Juana Vílchez Arias de Verástegui interpone demanda[4] de divorcio por causal de separación de hecho contra Gay Arnaldo Verástegui Verástegui, señalando que el 11 de abril de 1972, contrajeron matrimonio con el citado demandado ante la Municipalidad Distrital de La Victoria, siendo su último domicilio conyugal el ubicado en Prolongación Javier Prado N° 6541 – La M olina – Lima, y que según constancia policial acompañada a su demanda, el emplazado hizo abandono del hogar conyugal el 22 de diciembre de 2011, sin que hayan tenido vida en común desde esa fecha, y en tal sentido, hasta el momento de interposición de la presente demanda se habría producido la separación de hecho por más de 02 años, al tener hijos mayores de edad. Agrega, que durante la vigencia de la sociedad conyugal no han adquirido bienes muebles o inmuebles, por lo que no es necesario pronunciamiento sobre liquidación de sociedad de gananciales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

[2] Folios 410.
[3] Folios 353.
[4] Folios 11.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

2.2. Por escrito de fecha 22 de diciembre de 2014[5], contesta la demanda Gay Arnaldo Verástegui Verástegui, señalando que la presente demanda debe ser desestimada, por cuanto, si bien reconoce que el último domicilio conyugal se ubicó en Prolongación Javier Prado N° 6 541 – La Molina – Lima, niega que solo hayan vivido en ese lugar con la demandada hasta el 22 de diciembre de 2011, pues en realidad han hecho vida en común hasta el año 2014, cuando han sido desalojados del predio, por haber sido éste rematado dentro del proceso judicial N° 6178-2008 (*resolución de lanzamiento de fecha 14 de julio de 2014)*.

Explica que las desavenencias entre la demandada y él se han producido por la ambición desmedida que ella tiene, a tal punto de haber realizado una serie de actos con el propósito de apropiarse de los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, logrando que éstos figuren a nombre de sus familiares testaferros. Incluso, se ha aprovechado de la empresa familiar de propiedad de sus dos hijos “Cruz de la Villa SAC”, obligando a uno de ellos a transferir sus acciones de manera gratuita a favor de un sujeto llamado Carlos Fred Chang Becerra. Por esta razón, el 11 de diciembre de 2011 decidió retirarse temporalmente del hogar conyugal, lo que fue aprovechado por la actora para presentar la denuncia respectiva. Empero esta separación no fue definitiva, porque en julio de 2012 regresó al hogar conyugal y puso en conocimiento de la actora una oportunidad de negocio, lo que ésta aceptó de buena gana y reiniciaron la convivencia hasta que fueron desalojados del hogar conyugal.

[5] Folios 105.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Señala que el 21 de agosto de 2012 concurrió junto con la actora a la Notaría Collantes Becerra para transferir cinco lotes rústicos de propiedad social a favor de la empresa de sus hijos fijando domicilio en Prolongación Javier Prado N° 6541 – La Molina. Asimismo, solicit a se le reconozca una indemnización como cónyuge perjudicado en la suma de dos millones de dólares americanos.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

2.3. Mediante resolución de fecha 03 de agosto de 2015[6], se fijaron como puntos controvertidos:

1) Establecer si se cumple los requisitos para declarar el divorcio.
2) Establecer si procede conceder una indemnización a favor del cónyuge más perjudicado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

2.4. Mediante sentencia de fecha 12 de enero de 2016[7], se declara fundada la demanda, disuelto el vínculo matrimonial y fenecido el régimen de sociedad de gananciales, al considerar que se encontraba acreditado que la separación de hecho se produjo el 22 de diciembre de 2011, según denuncia policial obrante en autos; asimismo, señala que al no haberse llegado a determinar que los justiciables hayan sido afectados o perjudicados con la separación de hecho, no cabe fijar indemnización alguna.

[6] Folios 177.
[7] Folios 353.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N°3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

2.5. Dicho pronunciamiento fue revocado por la sentencia de vista de fecha 27 de junio de 2016[8], y reformándola la declaró infundada, al considerar que no se encuentra acreditado en autos el elemento temporal necesario para el divorcio.

3.- RECURSO DE CASACIÓN:

3.1. Por resolución de fecha 12 de enero de 2017[9], se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante Juana Vílchez Arias de Verástegui, por las causales de:

a) Infracción normativa del artículo 36 del Código Civil; alegando que, de acuerdo a lo previsto en esta disposición legal, el domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges habitan de consuno; empero esta norma ha sido infringida por la Sala Superior, dado que no ha expresado razones para evidenciar que en el presente caso haya existido un domicilio compartido por las partes o una residencia aceptada por ambas.

b) Infracción normativa del artículo 333 inciso 12) del Código Civil; alegando que la Sala Superior ha confundido el contenido normativo de esta disposición legal, considerando erradamente que se trata de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, cuando en realidad se trata de la causal de separación de hecho.

[8] Folios 410.
[9] Folios del cuaderno de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N°3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

c) Infracción normativa del artículo 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Perú; alegando que las deficiencias en las que ha incurrido la Sala Superior al no expresar consideración alguna respecto a la determinación de un domicilio conyugal compartido voluntariamente por ambos cónyuges y apreciar indebidamente la causal de divorcio por separación de hecho, genera que la sentencia de vista carezca de una justificación adecuada, infringiendo de este modo el derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la motivación.

4.- CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE:

4.1. En este caso, la cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria, es verificar si la resolución recurrida ha infringido las normas contenidas en el numeral tres de la presente resolución.

5.- FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

5.1. Según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley número 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (finalidad nomofiláctica y uniformizadora, respectivamente); precisado en la Casación número 4197-2007/La Libertad[10] y Casación número 615-2008/Arequipa[11]; por tanto, este Tribunal Supremo, sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir

[10] DIARIO OFICIAL "EL PERUANO": Sentencias en Casación, Lunes 31 de marzo de 2008, páginas 21689 a 21690.
[11] DIARIO OFICIAL "EL PERUANO": Sentencias en Casación, Lunes 31 de marzo de 2008, páginas 23300 a 23301.

su deber de pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes.

5.2. Siendo del caso anotar, que el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva están consagrados en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, y tienen estrecha vinculación con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, regulado por el inciso 5 del citado artículo, en tanto garantiza a los justiciables que los Jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa, así como, la exigencia de una adecuada valoración de los medios probatorios.

5.3. Que, la exigencia que las resoluciones judiciales sean motivadas, por un lado, informa sobre la forma como se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y por otro, constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa. Incluye en su ámbito de protección el derecho de tener una decisión fundada en Derecho. Ello supone que la decisión esté basada en normas compatibles con la Constitución, como en leyes y reglamentos vigentes, válidos y de obligatorio cumplimiento

[12].

[12] LANDA ARROYO, César. 2012. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Academia de la Magistratura. Lima, volumen 1.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

5.4. De lo expuesto en las causales denunciadas como transgredidas con relación a la sentencia de vista, se aprecia que los fundamentos que la sostienen están dirigidos a establecer si en la presente *litis* se cumplen o no con los elementos que configuran el divorcio por causal de separación de hecho, y que no se trata de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

5.5. Siendo del caso precisar, que si bien ambas causales tienen por objeto la disolución del vínculo matrimonial, sin embargo, del análisis de la demanda, esta se sustenta en la causal de separación de hecho, que la doctrina conoce como el "divorcio remedio", mientras que la causal de abandono injustificado del hogar conyugal se clasifica como una de las causales del "divorcio sanción".

5.6. Que, entonces, es importante destacar, que el divorcio "remedio" 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 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 iniciara el proceso*

de divorcio (…)".[13]

5.7. En tal contexto, resulta necesario tener en consideración, que el divorcio por la causal de separación de hecho se encuentra sustentada en el artículo 333° inciso 12) del Código Civil, y que según la doctrina dicha causal debe reunir tres elementos en forma copulativa: **a) objetivo o material,** que consiste en el alejamiento físico o separación corporal, por voluntad expresa o tácita, de uno o de ambos consortes, entendida como la abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales; **b) subjetivo o psíquico,** consistente en la falta de voluntad de uno o de ambos cónyuges de continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común; sin que ésta se produzca por una necesidad jurídica impuesta o circunstancia justificatoria; y **c) temporal,** se configura por el transcurso ininterrumpido de un período mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia de los cónyuges, siendo el plazo de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores y cuatro si los hubiera. Ante la falta de uno de ello no resulta procedente la demanda. Al respecto debe tenerse presente que corresponde aplicar al caso de autos el plazo de dos años, por cuanto, los justiciables cuentan con dos hijos mayores de edad, conforme se aprecia de las partidas de nacimiento de folios siete y ocho.

5.8. Que, así las cosas, se tiene, que en cuanto a los elementos objetivo y temporal, se tiene la constatación policial de folios diez, de cuyo contenido se aprecia que en fecha 26 de enero de 2012, se constituyó la demandante

[13] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Tercer Pleno Casatorio: Casación N° 4664-2010-Puno, fundamentos 36, 37 y 38, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 13 de mayo de 2011.

a la Comisaría de de Santa Felicia – La Molina, a dejar constancia que el día 22 de diciembre de 2011, el demandado hizo retiro voluntario de su hogar conyugal; prueba que no fue materia de tacha ni oposición por parte del interesado en su oportunidad; por lo que, a la fecha en que se interpuso la presente demanda, el 17 de octubre de 2014, ya había transcurrido un plazo superior al establecido por la ley, resultando evidente el quebrantamiento de la relación matrimonial[14].

5.9. Asimismo, si bien es cierto el demandado ha referido estar separado de su cónyuge recién desde el año 2014, cuando fueron desalojados del inmueble que servía de casa conyugal, al haber sido rematado dentro del proceso judicial N° 6178-2008; sin embargo, dicho a rgumento queda desvirtuado con su propia declaración realizada en su escrito de contestación, donde refiere que: *"el 22 de diciembre de 2011 (…), cansado de tantos maltratos psicológicos de parte de la señora Juana Vílchez Arias, opté por retirarme temporalmente de la casa conyugal (…)."*[15]; para luego señalar que este retiro fue temporal y que habría regresado a mediados de julio de 2012, a efectos de participar en conjunto con la demandante de una licitación pública, y que siempre visitaba, sin embargo, este último argumento de un trabajo en conjunto no puede representar en modo alguno una reconciliación con su cónyuge; más aún si no existe medio probatorio que acredite que efectivamente en dicha fecha regresó al hogar, o que hayan retomado su vida en común; por tanto se encuentra acreditado los elementos objetivo, y temporal, así como el elemento subjetivo, al no

[14] Juana Vílchez Arias de Verástegui contrajo matrimonio civil con Gay Arnaldo Verástegui Verástegui, el 11 de abril de 1972, ante la Municipalidad Distrital de La Victoria, según partida de folios 6.
[15] Escrito de contestación, a folios 108, punto 6.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

mediar interés alguno por mantener el vínculo conyugal, de conformidad con lo establecido en el artículo 333 inciso 12) del Código Civil.

5.10. De otro lado, cabe precisar, que la separación fáctica de los cónyuges, no fue producida por motivos de trabajo, salud u otra causa justificable prevista en la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, o, en el artículo 289 del Código Civil; quedando por tanto acreditado, que los cónyuges han quebrado su deber de cohabitación por más de dos años a la fecha de interposición de la demanda; por lo que debe ampararse la casación interpuesta por la recurrente.

6.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones, y estando a la facultad conferida por la parte pertinente del artículo 396 del Código Procesal Civil; declararon:

6.1. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante Juana Vílchez Arias de Verástegui a folios cuatrocientos treinta y cuatro; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha 27 de junio de 2016, de folios cuatrocientos diez, declararon **NULA** la citada sentencia en todos sus extremos; y **en sede de instancia**, **CONFIRMARON** la sentencia apelada emitida por la primera instancia, de fecha 12 de enero de 2016, que declara fundada la demanda.

6.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos contra Gay

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3470 – 2016
LIMA

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Arnaldo Verástegui Verástegui, sobre divorcio por causal; y los devolvieron. Ponente señora Jueza Suprema **Tello Gilard**i.-

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

TELLO GILARDI

DEL CARPIO RODRIGUEZ

CALDERÓN PUERTAS

SÁNCHEZ MELGAREJO

Cgh

2017 / J18 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 991-2016 · Lima Sur

Congruencia y naturaleza del bien adjudicado

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 13 de junio de 2017

Localización: Considerandos tercero a séptimo y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado; nulidad de la sentencia de vista y nuevo fallo.

2. Análisis jurídico

Se cuestiona resolver un extremo ajeno al debate y adjudicar como bien social derechos que la sentencia trata como copropiedad. La flexibilidad familiar no elimina la necesidad de identificar la titularidad ni de asegurar defensa.

3. Aplicación y contraste

Antes de pedir adjudicación preferente, determine si el bien integra la sociedad conyugal y qué hechos patrimoniales fueron controvertidos. El III Pleno no habilita a prescindir de esos pasos.

4. Conexión doctrinal

D4, p. 142, aporta el antecedente constitucional sobre decisiones indemnizatorias sorpresivas; el contraste con esta casación es editorial.

5. Límites de utilización

No se presenta como derogación general del III Pleno. Las ocultaciones de nombres de la copia se preservan íntegramente.

Copia jurídica de IURE Abogados. Uso académico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N°991 - 2016

LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

Congruencia Procesal
Si bien el Tercer Pleno Casatorio expresa que en los procesos de familia ha de estarse a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo, en lo que atañe, por ejemplo, al principio de congruencia, no es menos verdad que ello no supone generar indefensión en alguna de las partes resolviendo extremo que no fue objeto de controversia, ni mucho menos que se decida en abierta contradicción a la norma legal. Ello significaría negar el derecho de defensa y vulnerar uno de los principios básicos en los que se sustenta el sistema procesal moderno.
Art 139, inc 3, Const.

Lima, trece de junio de dos mil diecisiete.-

La **SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**: vista la causa número novecientos noventa y uno - dos mil dieciséis, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley; emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso, el demandante [redacted] ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas ochocientos veintitrés, contra la sentencia de vista de fecha quince de diciembre de dos mil quince (fojas ochocientos cuatro), que confirma la sentencia de primera instancia del doce de enero de dos mil quince (fojas seiscientos doce), en el extremo que declara fenecida la sociedad de gananciales que existía entre las partes, siendo que los bienes inmuebles adquiridos serán repartidos de la siguiente forma: (i) del bien inmueble ubicado en la manzana H, lote 6, Grupo Residencial 8, sector 1, Villa El Salvador, corresponderá el 50% de las acciones y derechos a [redacted] y el 50% de los derechos y acciones que corresponde a [redacted] debe ser adjudicado a la cónyuge [redacted] en condición de reparación por daño

moral; (ii) el inmueble ubicado en la manzana J, lote 25, de la Parcela II, del Parque Industrial de Villa El Salvador, inscrito en la Partida Registral N° 11163244, corresponde adjudicar 50% de las accio nes y derechos a favor de cada parte; (iii) se señala como indemnización por el daño ocasionado a la cónyuge [redacted] el 50% de los derechos y acciones que le corresponde a [redacted] sobre el inmueble inscrito en la Partida N° PO3013799, lo s que son adjudicados a favor de la cónyuge agraviada.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El doce de enero de dos mil quince, [redacted] interpuso demanda de divorcio por causal de separación de hecho contra [redacted], asimismo solicitó la disolución del vínculo matrimonial, el fenecimiento de la sociedad de gananciales y extinción de pensión alimenticia establecida a favor de la demandada, bajo los siguientes argumentos:

- Refiere que contrajo matrimonio civil con la demandada el treinta y uno de enero de ml novecientos ochenta y seis ante la Municipalidad Distrital de Villa El Salvador, provincia y departamento de Lima; producto de la relación procrearon tres hijas: [redacted], nacidas el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y uno y trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, todas mayores de edad.
- Que decidió retirarse del domicilio conyugal, de manera voluntaria y consensual el veinte de julio de mil novecientos noventa, ya que su

matrimonio se volvió conflictivo e insoportable; quedándose la demandada con sus hijas, aportando una pensión mensual que sigue vigente.

- Solicita el cese de la obligación alimenticia señalada a favor de su cónyuge ya que ella cuenta con ingresos que le permiten sufragar sus gastos de manutención teniendo el apoyo económico de sus hijas; asimismo refiere que adquirieron el bien inmueble ubicado en el Sector 1 Grupo 8 manzana H Lote 6, Villa El Salvador, domicilio donde habitan la demandada y sus hijas cuya repartición deberá ser de manera equitativa, es decir, 50% de los derechos y acciones para cada cónyuge.

2. Contestación de la Demanda.

Con fecha cinco de febrero de dos mil diez, [redacted] contesta la demanda, mediante escrito de fojas ochenta y tres, con los siguientes argumentos:

- Señala que fueron convivientes antes de contraer matrimonio desde el mes de marzo de mil novecientos setenta y ocho, de modo que trabajando conjuntamente y habiendo la recurrente aportado con ingresos como comerciante del mercado Primero de Mayo, han adquirido: a) Un motor trifásico de 4.8 HP 3600 RPM 220/400 V., conforme a la factura N° 12890 el 22 de abril de 19 85; b) Una sierra Cinta 50 de volante de fierro fundido maquinado con motor monofásico 2 H P 1750 RPM reconstruido y accesorios, conforme a la factura N° 039 de fecha doce de junio de mil novecientos ochenta y cinco; c) Máquina de pedestal torno para trabajar madera con motor trifásico de 0.9 HP, marca Delcrosa, 220 V 60 de 1700 RPM, un aditamento uña

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR
Divorcio por Causal de Separación de Hecho

¾, un plato de 5" con rosca, un aditamento de esmeril con platos, tuerca, conforme a la factura N° 0753 del 21 de dic iembre de 1985; d) Un motor trifásico de 4.8 HP de 3600RPM 220/440 60HZ con la factura N°13833 del 21 de abril de 1986; y, e) Dos motores trifásicos NV 100 L2 48HP, conforme a la factura N° 43143 del treinta y uno de marzo de 1988. Facturas que se encuentran a nombre de su cónyuge, pero se adquirió de manera conjunta con sus aportes, pues estaban trabajando en una pequeña fábrica de muebles.

- Indica que el demandante no salió voluntariamente de hogar, sino que hizo abandono de hogar, conforme a la denuncia de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y uno, ya que comprobó que estaba llevando una relación extramatrimonial con [redacted], quedándose en total abandono con sus menores hijas [redacted], [redacted] y [redacted] quienes contaban con doce años, once años y un año y tres meses de edad, respectivamente; indica que de manera abrupta comenzó con los maltratos verbales y psicológicos, llegando a interponer una denuncia hace más de 25 años por lo que no figura en la actualidad en los registros policiales, infundiendo miedo en la recurrente y sus hijas.
- Que el taller de ebanistería ubicado en el Parque Industrial lo adquirieron dentro del matrimonio, además desde el 24 de junio de 1986, solicitaron ser admitidos como socios APIAVES, domicilio donde funciona la fábrica de muebles, por lo que vieron por conveniente comprar otro inmueble para trasladar la maquinaria adquirida.
- Que sufre de reumatismo, requiriendo tratamientos constantes y evaluaciones semanales para mitigar su dolor lo que no le permite tener trabajo.
- Indica que el demandante no le ha hecho llegar el dinero que ha recaudado de la venta de los muebles ni de los ingresos de alquiler.

- Como dice el demandante les corresponde el 50% de los bienes adquiridos y los que se adquirieron con posterioridad dado que es con dinero de la fábrica que conjuntamente formaron, siendo además que el demandante abandonó el hogar y cometió adulterio, lo que se prueba pues tiene cuatro hijos fuera del matrimonio, de las que se enteró en el año 2007.
- El demandante ha realizado inscripciones de los bienes como soltero, cayendo en el delito de falsedad genérica, ya que en el año 1996 tuvo que realizar una solicitud para que figure como propietaria en calidad de esposa, pues es producto de su esfuerzo y trabajo.

Por resolución número de fojas doscientos se declaró rebelde al Ministerio Público.

3. Puntos Controvertidos

Mediante resoluciones de fojas doscientos uno, doscientos ochenta y seis a doscientos ochenta y siete y seiscientos uno a seiscientos dos, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

a) Determinar si el demandante se encuentra al día en la pensión alimenticia.
b) Establecer si es procedente el divorcio por causal de separación de hecho.
c) Determinar si es procedente la liquidación de la sociedad de gananciales
d) Establecer si se debe fijar una indemnización al cónyuge agraviado.
e) Determinar si es procedente pronunciarse respecto a la extinción de la obligación de los cónyuges a prestarse alimentos.

f) Determinar si la cónyuge [redacted], tiene la condición de cónyuge más perjudicada en la separación de hecho invocada en la demanda y si en su caso procede o no la adjudicación de los bienes sociales por concepto de daño moral.

4. Sentencia de Primera Instancia

El doce de enero de dos mil quince, el Primer Juzgado de Familia Transitorio de Villa El Salvador de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró:

- Fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho.
- Disuelto el vínculo matrimonial.
- Fenecido el régimen de sociedad de gananciales que existía entre las partes.
- Improcedente en cuanto a determinar la obligación de alimentos entre los cónyuges, las que serán resueltas en el expediente de alimentos.

Los fundamentos fueron los siguientes:

- Está acreditado que la demandada ha iniciado un juicio de alimentos al demandante el cual se encuentra en giro en el expediente N° 343-2012, tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Villa El Salvador, donde se ha señalado una asignación alimenticia, la misma que se presume se viene cumpliendo porque de los documentos anexados al proceso no se tiene requerimiento de pago de pensiones alimenticias vencidas, por lo que no es exigible este requisito.
- Respecto a la causal de separación de hecho invocada en la demanda, se tiene que el demandante dejó constancia de su retiro voluntario del hogar el veinte de junio de mil novecientos noventa; por otro lado, la demandada [redacted] dejó

constancia que en el mes de setiembre de mil novecientos noventa, su esposo hizo abandono de hogar. En tal sentido, se tiene acreditado que el demandante se retiró del hogar conyugal el veinte de junio de mil novecientos noventa, conforme a la constatación policial de fojas siete; asimismo se observa que las partes no tiene intención de reanudar su relación matrimonial, superándose el plazo de los dos años, tanto más si la separación no ha obedecido a razones laborales. Por lo que la demanda debe ser amparada y debe declararse la disolución del vínculo matrimonial celebrado entre las partes por la causa de divorcio referido a la de separación de hecho invocada en la demanda.

- Respecto al punto controvertido relativo al cónyuge perjudicado y si corresponde la adjudicación preferente del bien conyugal, se tiene del contenido del escrito de demanda de fojas diecinueve que el actor admitió que fue él quien dispuso separarse de a demandada en forma voluntaria el veinte de julio de mil novecientos noventa y por ende retirarse del hogar conyugal ubicado en el inmueble de la manzana H, lote 6, sector I, grupo 8. Distrito de Villa E Salvador, siendo además que en la constancia policial de fojas treinta y siete, las declaraciones testimoniales de las hijas de las partes, se evidencia que el actor se alejó del hogar abandonando a la demandada e incumpliendo sus deberes de cónyuge sin causa justificada. Destacando además que inicia concubinato impropio con [redacted] procreando a su hija [redacted] nacida el tres de junio de mil novecientos noventa y uno.
- Debe tenerse presente que a la fecha del retiro del cónyuge de hogar conyugal, había transcurrido cuatro años de unión matrimonial pero de manera convivencial desde el año setenta y nueve, conforme a la partida de nacimiento de su hija mayor [redacted],

nacida el dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, del que se desprende que las partes vivían juntos mucho antes del matrimonio, lo que es reconocido por el demandante, conforme a la constancia de fojas seis, debiendo considerarse que el demandante hizo abandono dejando a su hija [redacted] con solo nueve meses de nacida.

- No existe elemento idóneo que determine que la cónyuge demandada fue quien dio motivos para la separación de hecho invocada en la demanda, por ende resulta ser la cónyuge más perjudicada con la separación, pues el demandante frustró su proyecto de vida, iniciando una relación amorosa en el año noventa, empezando a convivir en el año noventa y cuatro; además no visitó a sus hijas durante diecinueve años (fojas trescientos veintiuno), la demandada se quedó al cuidado de sus hijas que a la fecha del retiro del demandado contaban con once años, nueve años y nueve meses edad, respectivamente, de lo que se colige que [redacted] quedó en una situación de menoscabo y desventaja material con relación al otro cónyuge, lo que evidentemente causó aflicción a la demandada, frustrándose sus expectativas emergentes de los derechos y obligaciones propias del matrimonio (deber de mutua ayuda y solidaridad entre esposos)
- Habiendo acreditado en autos con el documento de fojas nueve a once, la existencia de un inmueble de propiedad de la sociedad conyugal, inscrito en la Partida Electrónica N° PO3 013799, resulta menester indicar que el 50% de los derechos y acciones que corresponden a [redacted] sean adjudicados a Santos [redacted] a título indemnizatorio.

- En autos no se ha demostrado el estado de necesidad para fijar pensión alimenticia, tanto más si se está discutiendo en otro proceso específico tal materia.
- Respecto a la liquidación de gananciales se tiene que de la búsqueda en el registro de predios ante SUNARP con el nombre del accionante se tuvo como resultado: A) El inmueble ubicado en la manzana J, lote 24, Villa El Salvador inscrita en la Partida N° 111 63244 adquirida mediante escritura pública del quince de febrero de dos mil, presentado a SUNARP el veintiocho de febrero de dos mil, por lo tanto corresponde a la sociedad de gananciales y es factible de liquidación; B) El inmueble ubicado en la avenida Separadora Industrial Mz J1, lote 3, sector Parcela II del Parque Industrial de Cono Sur – Villa El Salvador inscrita en la Partida N° 1 2267796, del que se desprende que dicho bien se le otorgó a [redacted] como dación de pago mediante la escritura pública de fecha trece de mayo de dos mil nueve, se reputa como bien propio, no correspondiendo a la sociedad de gananciales; y, C) El inmueble ubicado en la Mz H lote 6, sector 1, Grupo Residencial 8, Villa El Salvador inscrita en la Partida N° 3013799 (anterio rmente la Partida N° 55013690) de fecha once de enero de mil novecien tos ochenta y seis, presentado a SUNARP el dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y seis, correspondiendo a la sociedad de gananciales, siendo así se han delimitado los bienes que figuran a nombre del accionante y verificado que han sido adquiridos desde el matrimonio hasta la fecha de separación de los cónyuges, esto es, del treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y seis hasta la fecha.
- Siendo que en caso de autos el bien inmueble descrito en el literal A), ha sido adquirido por las partes, en consecuencia, forma parte del patrimonio conyugal y corresponde adjudicarse el 50% de las

acciones y derechos en favor de [redacted] y el otro 50% correspondiente a [redacted] se adjudica a la cónyuge en condición de reparación por el daño moral irrogado por la separación.

5. Recurso de Apelación

Mediante escrito de fojas seiscientos cuarenta y tres, el demandante Pedro Daniel Justo Borja interpone recurso de apelación a fin de que se repute como bien propio el Lote 3, manzana J1- Sector Parcela II, del Parque Industrial del Cono Sur, Villa El Salvado, inscrito en la partida N° 12267796, de la SUNARP y que no se repute como cónyuge más perjudicada a la demandada, argumentando lo siguiente:

- La recurrida le causa agravio por no haberse valorado adecuadamente los argumentos esgrimidos en el proceso, pues la demandada no tiene la condición de cónyuge perjudicada debido a que la separación fue consensuada, tal es así que atendió sus obligaciones alimentarias sin que le falte nada, siendo que la causa de la separación se originó por la conducta deshonrosa de la demandada, quien le fue infiel con el padre de su primera hija.
- Debe dejarse sin efecto lo referente a la indemnización con el 50% de sus derechos y acciones del predio ubicado en el sector 1, grupo 8, manzana H, lote 6, del distrito de Villa El Salvador, predio que adquirió antes del matrimonio y constituye bien propio, conforme lo reconoce la demandada al responder a la primera pregunta realizada por el abogado de la defensa.
- Con posterioridad a la separación de hecho ocurrida en el año de 1990 adquirió el Lote 24, de la manzana J, de la parcela II, del Parque Industrial de Villa El Salvador, inscrito en la partida N 11163244. En

consecuencia, se infiere que fue con posterioridad a la separación de hecho, es decir el quince de febrero de año dos mil, lo que significa que legalmente ya no es un bien de la sociedad conyugal, pues así lo establece el penúltimo párrafo del artículo 319 del Código Civil.

6. Sentencia de Segunda Instancia

El quince de diciembre de dos mil quince, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur expide la sentencia de vista de fojas ochocientos cuatro, confirmando la de primera instancia.

La Sala Superior señala:

- Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originan con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda; b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.
- El apelante cuestiona la sentencia de primera instancia que considera cónyuge perjudicada a la demandada, en ese sentido cabe precisar que en el escrito de demanda como de contestación, se refiere que él fue quien se retiró voluntariamente del hogar conyugal dejando a cargo de la demandada a sus hijas, procediendo a pasar alimentos correspondientes; asimismo se tiene la manifestación de las hijas [redacted], [redacted] y [redacted] prestados en la audiencia de pruebas de fecha veintiocho de setiembre de dos mil once, fojas trescientos diecisiete, quienes señalan que desde la separación su madre sufría mucho, pero se hacía la fuerte, y que la hija mayor era quien tenía que ir a pedirle apoyo a su padre, por su

parte la segunda hija refiere que su madre lloraba todos los días y a raíz de ello intentó quitarse la vida, pero su hermana lo impidió, que su padre agredió a su mamá, que su madre es quien los ha cuidado y vestido, y que desde los 15 años tuvo que ir a pedirle a su padre para sus alimentos siendo que él les decía que no tenía; en ese sentido, se advierte que el demandante no asumió su deber de cuidar, brindar afecto y apoyo emocional y material suficiente a sus hijas.

- Asimismo, la última de sus hijas tuvo que accionar judicialmente para que el demandante le brinde los alimentos, además el actor luego del retiro del hogar conyugal ha continuado su vida con normalidad formando una nueva familia, y ha procreado cuatro hijos siendo que el mayor de ellos nació al año de haberse retirado de hogar conyugal, como es de verse de las Partida de Nacimiento adjuntadas, habiendo dejado en desamparo moral y material a su cónyuge y a sus hijas.
- En tal sentido, corresponde considerar a la demandada como cónyuge perjudicada, siendo que la sentencia de primera instancia ha considerado que el inmueble adquirido a nombre de los dos como solteros (Sector 1, Grupo 8, Mza H, Lote 6, del distrito de Villa El Salvador, inscrito en la Partida Electrónica N° PO3 013799, en fecha once de enero de mil novecientos ochenta y seis, se adjudique preferentemente a la demandada por ser bien de la sociedad conyugal. Sobre tal punto, la impugnada expresa que las partes convivieron antes de contraer matrimonio, haciendo vida conyugal desde el año mil novecientos setenta y ocho como refiere la demandada en su escrito de contestación, corroborada por la constatación de fecha veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa, por lo que a pesar de haberse adquirido el inmueble antes del matrimonio, habiendo convivido años antes, sin impedimento, y con fines semejantes al matrimonio, en aplicación de lo prescrito en el

artículo 326 del Código Civil, le corresponde el 50% a cada uno como gananciales, en concordancia con el numeral 322 del citado Código, por lo que corresponde desestimar el primer y segundo agravio.

- En el caso de autos también se está cuestionando la liquidación de la sociedad de gananciales, respecto el inmueble registrado en la Partida N° 11163244, ya que fue adquirido el quince de febrero de dos mil, es decir, después de la separación de hecho en 1990, correspondiendo aplicar lo regulado en el penúltimo párrafo del artículo 319 del Código Procesal Civil.
- Al respecto es de señalarse que mediante Ley N° 27495 se modificaron los artículo 319, 333, entre otro del Código Civil, Ley que entró en vigencia el ocho de julio de dos mil uno, y es en dicha fecha en la cual se incorpora que el fenecimiento de las sociedades gananciales se produce desde el momento de la separación de hecho; asimismo la mencionada Ley en su Primera Disposición Complementaria y Transitoria estableció: *"La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dicho caso, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta ley"*, es decir que tal disposición resulta aplicable al presente caso ya que estamos ante una separación de hecho existente a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 27495, por lo que todos los bienes que hubiese adquirido el demandante hasta antes del ocho de julio de dos mil uno corresponde a la sociedad de gananciales, desvirtuándose así lo alegado en el escrito de apelación.

III. RECURSO DE CASACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR
Divorcio por Causal de Separación de Hecho

El uno de febrero de dos mil dieciséis, el demandante [redacted] mediante escrito de fojas ochocientos veintitrés, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista, siendo declarado procedente por este Supremo Tribunal mediante la resolución de fecha diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis, por la **infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Estado.**

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si la sentencia de vista ha sido motivada adecuadamente y si ha infringido el debido proceso o el principio de congruencia procesal.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

Primero.- En el presente caso, se denuncia de manera específica que se ha vulnerado el principio de congruencia procesal, pues ningún juez puede otorgar a una de las partes más de lo que ella pidió, atentando al principio *iura novit curia*. Se indica, además, que hubo una interpretación errada del artículo 326 del código civil, pues esta norma no dice que los bienes adquiridos por los convivientes son bienes gananciales. Del mismo modo, se sostiene que lo que la demandada solicitó fue el 50% del 100% del total de los inmuebles ubicados en Manzana H, lote 6, sector I, grupo 8, Villa El Salvador y el inscrito bajo la Partida 11163244, por lo que la Sala Superior no podía exceder esa petición.

Segundo.- Siendo ello así se observa que al momento de disolver la sociedad de gananciales, las instancias procedieron a indicar que existían tres inmuebles: (i) El ubicado en la manzana H, lote 6, grupo 8, sector 1, Villa El Salvador. (ii) El ubicado en la manzana J, lote 24, parcela II,

Parque Industrial de Villa El Salvador, inscrito en la Partidas 11163244. (iii) El inmueble inscrito en la Partida PO3013799.

Con respecto al primer inmueble se ha señalado que forma parte del patrimonio conyugal, otorgándose el 50% de los derechos y acciones que corresponden al demandante en vía de adjudicación por concepto de daño moral.

Sobre el segundo bien se ha sostenido que también forma parte de la sociedad de gananciales y se ha ordenado la división del mismo.

Finalmente, en cuanto al tercer inmueble se le adjudica a la demandada el 50% de los derechos y acciones que le corresponden al demandante, por concepto de indemnización.

Tercero.- Así las cosas, se advierte que el inmueble ubicado en la manzana H, lote 6, grupo 8, sector 1, Villa El Salvador, conforme lo expone el décimo sexto considerando de la impugnada, se trata de bien adquirido antes que naciera la sociedad conyugal y en la que las partes tenían la calidad de copropietarios; no obstante ello, se ha indicado: “aún en el caso de haberse adquirido antes del matrimonio a que se refiere la declaración de parte de la demandada, habiendo convivido años antes, sin impedimento, y con fines semejantes al matrimonio, en aplicación de lo prescrito en el artículo 326 del código civil, le corresponde el 50% a cada uno como gananciales, en concordancia con el numeral 323 del código acotado”. Es decir, se aborda el tema como si el bien fuera uno perteneciente a la sociedad de gananciales y no adquirido bajo el régimen de copropiedad y se decide en la práctica sobre una unión de hecho, materia que no fue demandada y que tampoco formó parte de los puntos controvertidos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR
Divorcio por Causal de Separación de Hecho

Cuarto.- A ello debe añadirse que se adjudica el 50% de las acciones y derechos que le pertenecen al demandante como copropietario a la demandada, sin reparar que lo que faculta el artículo 345 A del código civil es "**la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal**", calidad que no tenía el bien del que la sentencia dispone, al extremo que la propia sentencia recurrida establece partición sobre derechos y acciones.

Quinto.- El artículo 345-A del Código Civil prescribe: "*El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder*". Tal disposición ha sido objeto de análisis en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado el trece de mayo de dos mil once. En dicho pleno se estableció como precedente judicial vinculante que en: "*los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona*", lo que también es concordante con lo dispuesto en el artículo 351 del Código sustantivo "*Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del*

cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral".

Sexto.- El mismo Pleno Casatorio expresa que en los procesos de familia ha de estarse a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo, en lo que atañe, por ejemplo, al principio de congruencia. Siendo esto cierto, no es menos verdad que ello no supone generar indefensión en alguna de las partes resolviendo extremo que no fue objeto de controversia, ni mucho menos que se decida en abierta contradicción a la norma legal. Ello significaría negar el derecho de defensa y vulnerar uno de los principios básicos en los que se sustenta el sistema procesal moderno.

Sétimo.- Habiéndose infringido las normas del debido proceso corresponde emitir nueva resolución, toda vez que la sentencia se ha pronunciado sobre tema no debatido y resuelve fuera del mérito de lo actuado, vulnerando el artículo 122 del código civil y, por consiguiente, el artículo 139.3 de la Constitución del Estado.

VI. DECISIÓN

Por las consideraciones glosadas, esta Sala Suprema, de conformidad con lo que establece el tercer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364:

1. Declara **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante [redacted] (fojas ochocientos veintitrés); en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fecha quince de diciembre de dos mil quince (fojas ochocientos cuatro), **ORDENARON**

que la Sala Superior emita nuevo fallo en atención a lo dispuesto en la presente ejecutoria suprema.

2. **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos con [redacted], sobre divorcio por causal de separación de hecho; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas;** por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi, integra esta Sala Suprema la señora Jueza Suprema Céspedes Cabala.-

S.S.

TÁVARA CÓRDOVA

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

CALDERÓN PUERTAS

SÁNCHEZ MELGAREJO

CÉSPEDES CABALA

Ymbs

2018 / J19 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 3401-2016 · Lima

Cuidado de hijos y corrección del desequilibrio

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 17 de mayo de 2018

Localización: Fundamentos 9-12 y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso fundado en el extremo indemnizatorio. La Corte fija S/. 30 000, modificando el monto de las instancias.

2. Análisis jurídico

Se ponderan la edad de los hijos al separarse, su cuidado por la madre, el proceso de visitas y la necesidad de demandar alimentos. La protección responde a circunstancias verificadas, no a una preferencia abstracta por uno de los sexos.

3. Aplicación y contraste

El litigante debe separar reconocimiento del perjuicio y justificación de la suma. La liquidación del inmueble se remite a ejecución y no se confunde con la indemnización fijada.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209 y 217-220, ayuda a distinguir finalidad compensatoria y responsabilidad por culpa.

5. Límites de utilización

S/. 30 000 es un resultado individual, no una tabla indemnizatoria. El comentario no extiende a nulidad matrimonial las referencias incidentales de la sentencia.

Contenido del D4 en referencia al final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:PAJARDO JULCA Jacinto Manuel FAU 20159981216 soft
Fecha: 13/05/2019 12:28:40,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 3401- 2016
LIMA
DIVORCIO POR CAUSAL DE
SEPARACION DE HECHO Y OTROS

SUMILLA: La doctrina es unánime en señalar que el abandono de hogar conyugal consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones conyugales y deberes matrimoniales, siendo estos, los deberes con el cónyuge, y como con los hijos extensivamente. Al respecto, la intencionalidad de destruir la casa conyugal de manera injustificada mediante la ausencia física y, por ende, el incumplimiento de la asistencia material-afectiva debe ser debidamente probada.

Lima, diecisiete de mayo

LA SALA CIVIL PERM E JUSTICIA DE LA REPÚB a causa número 3401-201 s informes orales y produc , emite la siguiente resolución.

I. MATERIA DEL RECURSO:

Que se trata del recurso de casación interpuesto por la **demandada Beatriz Alejandrina Cáceres Tori,** con fecha siete de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil treinta y uno, contra la sentencia de vista de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ocho, en el extremo que **confirma** la sentencia apelada de fecha siete de julio de dos mil quince, obrante a fojas ochocientos ochenta y cuatro, que declara **infundada la reconvención** de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal; declara **fundada** la demanda y reconvención de **divorcio por la causal de separación de hecho**; **confirma** en cuanto declara **fundada la reconvención de indemnización** formulada por la demandada Beatriz Alejandrina Cáceres

Tori en su calidad de cónyuge perjudicada; **la revocaron** en el extremo que fija la suma de ocho mil nuevos soles; **reformándola** en dicho extremo **fijaron** por dicho concepto la suma de quince mil nuevos soles.

II. ANTECEDENTES.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. DEMANDA.

Por escrito de fecha once de julio de dos mil once, obrante a fojas cincuenta y nueve, don **Marco Antonio Zumaeta Alicedo** interpone demanda contra doña Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, a fin que se declare disuelto el vínculo matrimonial existente por **la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común;** asimismo solicita el **pago de una indemnización por daños y perjuicios**, debiéndose ordenar la adjudicación del inmueble conyugal.

Como fundamentos de hecho, señala que las partes contrajeron matrimonio civil ante la Municipalidad Distrital de Miraflores con fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y seis, y procrearon a sus hijos llamados Marco Antonio y Beatriz Alejandra, de trece y diez años de edad, respectivamente. Asimismo indica que durante la vida conyugal han adquirido los siguientes bienes: **a)** El bien inmueble ubicado en la Avenida Aramburú N° 131, Distrito de San Isidro, inscrito e n la Partida electrónica N° 11132050, del Registro de Propiedad Inmueble de Lima. **b)** Participaciones sociales de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada “INSERGE INGENIERÍA Y SERVICIOS GENERALES SRL.”, inscritas en la Partida Electrónica N° 00127183 del Registro de Personas Jurídicas.

El demandante aduce, que durante los primeros años de su vida matrimonial, el hogar se desarrolló dentro de un ambiente de armonía y comprensión; pero debido al carácter irascible, inestable, posesiva y prepotente de la demandada, se ha venido poco a poco decayendo el sentimiento conyugal, llegando al extremo de faltar contra el actor agrediéndolo psicológicamente y haciendo abandono injustificado del hogar conyugal con la finalidad de sustraerse de sus obligaciones conyugales.

Respecto a la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, señala que la demandada el día dieciséis de enero de dos mil seis, hizo abandono del hogar conyugal ubicado en la Avenida Aramburú N° 331, San Isidro, y se fue a vivir al inmueble ubicado en la Calle Sevilla N° 291, Departamento “E”, Distrito de Miraflores, y se llevó a sus menores hijos, sus pertenencias y enseres del hogar, privándole el derecho de ver a sus hijos, conforme a la certificación policial que corre en el Expediente N° 150-2006, del Quinto Juzgado de Paz Letrado de Lince-San Isidro. Agrega que las partes conjuntamente con un tercero, han fundado la empresa INSERGE S.C.R.L., en el que han estado laborando; en ese sentido, señala que la demandada ha realizado abandono de su trabajo, causando perjuicios a la empresa. Refiere que la demandada inició un proceso de alimentos ante el Quinto Juzgado de Paz Letrado de Lince-San Isidro, empero, el actor nunca ha dejado de prestar los alimentos a favor de sus menores hijos; también manifiesta el accionante que interpuso demanda de Régimen de Visitas, ante el Cuarto Juzgado de Familia de Lima, Expediente N° 2006-603, cuya sentencia dispuso establecer un régimen de visitas a favor del recurrente.

En cuanto a la **causal de separación de hecho de los cónyuges**; indica que con la demandada se encuentran separados de hecho desde el dieciséis de enero del dos mil seis, evidenciándose el quebrantamiento permanente y definitivo sin solución de continuidad de la convivencia

matrimonial, siendo la voluntad del demandante poner fin a la vida conyugal, no habiendo esperanza de reanudación de la vida conyugal. Además refiere que se encuentra al día respecto al pago de las obligaciones alimenticias.

Respecto a la **causal de imposibilidad de hacer vida en común**, manifiesta los hechos expuestos y los procesos judiciales a los que ha hecho referencia; que además no sólo con su cónyuge se ha quebrantado la vida conyugal, sino también se encuentra enfrentado judicialmente con la familia de ésta, circunstancias que generan toda imposibilidad de hacer vida en común, además de la conducta reprochable de la cónyuge y la incompatibilidad de caracteres.

En relación a la **tenencia de los menores**, señala que ésta la ejerce la madre y con **respecto al régimen de visitas**, el actor lo viene ejerciendo en virtud a la sentencia otorgada por el Cuarto Juzgado de Familia.

En cuanto a los alimentos, éstos han sido regulados por sentencia dictada por el Quinto Juzgado de Paz Letrado de Lince y San Isidro, habiendo fijado la suma de mil quinientos soles (S/.1,500.00), pagaderos en forma mensual y por adelantado, haciendo presente que las pensiones se encuentran pagadas, no teniendo adeudos ni pensiones devengadas, no siendo necesario pronunciarse al respecto, toda vez que ya está establecido por dicho Juzgado de Paz Letrado.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO PÚBLICO.

Mediante escrito de fojas ciento veinticuatro, el **Ministerio Público** contesta la demanda señalando que las causales de divorcio señaladas por el accionante deben acreditarse a través del proceso con los medios probatorios ofrecidos; asimismo, la **pretensión accesoria** será resuelta conforme al pronunciamiento sobre el fondo de la controversia principal.

1. CONTESTACION Y RECONVENCION

BEATRIZ ALEJANDRINA CACERES TORI.

Mediante escrito de fecha once de marzo de dos mil doce, obrante de fojas doscientos diecinueve, **Beatriz Alejandrina Caceras Tori** contesta la demanda solicitando que se declare infundada la demanda; refiere que ambos cónyuges en la actualidad siguen residiendo en el domicilio conyugal. Argumenta que en **cuanto a la demanda por abandono injustificado del hogar conyugal;** si bien se retiró el dieciséis de enero de dos mil seis fue debido a las agresiones físicas y psicológicas del actor, regresó a los pocos días para hacer mantenimiento, y a fines del dos mil seis regresó de manera permanente con sus hijos. Refiere que el proceso de alimentos (Expediente N° 150-2006) se en cuentra en estado de ejecución de sentencia, siendo su estado actual el de requerir al demandante abone las pensiones alimenticias de sus menores hijos, respecto a los meses de diciembre de dos mil once y febrero de dos mil doce, no cumpliendo con el requisito establecido en el artículo 345-A del Código Civil para solicitar el divorcio por la causal de separación de hecho. Asimismo, señala que entabló demanda de violencia familiar en contra del accionante, tramitado en el Expediente N° 104-2005.

Asimismo formula **reconvención** solicitando que se **declare el divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal; separación de hecho; conducta deshonrosa; violencia física y psicológica**. Solicita que se declare la **pérdida de la patria potestad** del padre respecto de sus menores hijos, así como una **indemnización, adjudicándole el inmueble conyugal**.

En cuanto a la ***causal de abandono injustificado del hogar conyugal***, sostiene que fue el demandante quien abandonó el hogar el veintisiete de octubre de dos mil cinco, conforme su propia declaración en el atestado policial de fecha tres de noviembre de dos mil cinco; siendo su domicilio

actual el ubicado en Pardo y Aliaga N° 680, Departa mento 907, San Isidro. En relación a la causal de ***separación de hecho***, señala que es cierto que se encuentran separados, empero, es por culpa del demandante, desde el veintisiete de octubre de dos mil cinco.

En relación a la causal de ***violencia física y psicológica***, señala que el demandado la ha agredido física y psicológicamente; sin embargo, por vergüenza no lo denunció, a pesar de que el demandado había hecho abandono de hogar el veintisiete de octubre de dos mil cinco, cada vez que se le ocurría iba a su hogar para agredirla; siendo testigos sus hijos y terceros, razón por la cual se vio obligada a salir del inmueble el dieciséis de enero de dos mil seis, con el único fin de salvaguardar su integridad y la de sus hijos. Corre en el expediente N° 603-2006 , proceso de Régimen de Visitas, la Pericia Psicológica N° 055065-2007-P SQ, el Reconocimiento del actor que la agredió físicamente.

En cuanto a la ***conducta deshonrosa***, alega que su aun cónyuge tiene relaciones extramatrimoniales con diversas mujeres, asimismo mantiene una relación extramatrimonial con una señorita exhibiéndose en internet, quien vive en la casa del demandado, y además trabaja en la empresa conyugal, no importándole ser observado por sus menores hijos.

En cuanto a la ***Pérdida de Patria Potestad*** respecto de sus menores hijos, señala que el demandado fue condenado por lesiones dolosas en agravio de su menor hijo; argumenta que el demandado se niega a prestar alimentos a sus hijos no abona las pensiones de diciembre de dos mil once, ni febrero de dos mil doce.

En relación a la ***indemnización*** señala que por todos los daños causados por el demandado debe ordenarse la adjudicación del inmueble conyugal sito en Avenida Aramburu N° 331-3 35, San Isidro, Lima.

3. <u>PUNTOS CONTROVERTIDOS</u>.

Mediante resolución de fecha diecisiete de octubre de dos mil trece, obrante a fojas cuatrocientos setenta y dos, se resuelve fijar como puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA:

<u>Divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal:</u>

1) Determinar si se ha acreditado el abandono injustificado de la casa conyugal por parte de la demandada.

2) Si se ha acreditado lo anterior, determinar si dicho abandono es por el plazo mayor de dos años continuos o por períodos que excede este plazo mayor.

3) Determinar el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

<u>Divorcio por causal de separación de hecho:</u>

4) Determinar si procede declarar el divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges y desde cuando viene estableciéndose.

5) Determinar si dicha separación de hecho ha cumplido los cuatro años ininterrumpidos por tener hijos menores de edad.

6) Determinar si el demandante ha acreditado estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias.

7) Determinar si producto de la separación existe un cónyuge perjudicado y debe ser resarcido.

<u>Divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común:</u>

8) Determinar si se ha acreditado la imposibilidad de hacer vida en común entre las partes.

<u>De la pretensión accesoria:</u>

9) Determinar lo referente a la indemnización por daños y perjuicios, y si los mismos son atribuibles a la demandada.

10) Determinar si dado lo anterior, a cuánto asciende el monto indemnizatorio.

11) Determinar si procede adjudicar a favor del demandante, en calidad de preferente el inmueble de la casa conyugal ubicado en Av. Aramburú N° 331-335, Distrito de San Isidro, Lima.

DE LA RECONVENCION:

Divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal:

12) Determinar si se ha acreditado el abandono injustificado del hogar conyugal por parte del reconvenido.

13) Si se ha acreditado lo anterior, determinar si dicho abandono es por el plazo mayor de dos años continuos o por períodos que exceden este plazo mayor.

Divorcio por causal de separación de hecho:

14) Determinar si procede declarar el divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges y desde cuando viene estableciéndose.

15) Determinar si dicha separación de hecho ha cumplido los cuatro años ininterrumpidos por tener hijos menores de edad.

16) Determinar si el demandante ha acreditado estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias.

17) Determinar si producto de la separación existe un cónyuge perjudicado y debe ser resarcido.

Divorcio por causal de conducta deshonrosa:

18) Determinar si se ha acreditado la conducta deshonrosa por parte de Marco Antonio Zumaeta Alicedo.

19) Determinar si esta posible conducta deshonrosa haga insoportable la vida en común.

Divorcio por causal de violencia física y psíquica:

20) Determinar si la causal de violencia física y psíquica ha caducado.

21) Determinar si se ha acreditado la violencia física y psíquica por parte de Marco Antonio Zumaeta Alicedo.

De la pérdida de la patria potestad:

22) Determinar si procede la pérdida de la patria potestad a Marco Antonio Zumaeta Alicedo respecto de sus menores hijos.

De la indemnización y adjudicación preferente:

23) Determinar lo referente a la indemnización por daños y perjuicios, y si los mismos son atribuibles al reconvenido (demandante).

24) Determinar si dado lo anterior a cuánto asciende el monto indemnizatorio.

25) Determinar si procede adjudicar a favor de la reconviniente, en calidad de preferente, el inmueble de la sociedad conyugal ubicado en avenida Aramburu N°331-335, San Isidro, Lima.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fecha siete de julio de dos mil quince, obrante a fojas ochocientos ochenta y cuatro, declara: **a) Infundada** la demanda de divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal, e imposibilidad de hacer vida en común. **b) Infundada** la reconvención de divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal y conducta deshonrosa. **c) Improcedente** la reconvención de divorcio por la causal de violencia física y psicológica. **d) Fundada** la demanda y reconvención de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, disuelto para los efectos civiles el vínculo matrimonial; **e) Infundada** la demanda de indemnización formulada por el demandante. **f) Fundada** la reconvención de indemnización formulada por Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, en su calidad de cónyuge más perjudicada, señalándose en la suma de ocho mil

nuevos soles. **e) Infundada** la pretensión accesoria de la reconvención, respecto a la pérdida de Patria Potestad.

Considera que con **respecto de la causal de abandono injustificado de la casa conyugal;** de todo lo actuado se aprecia que inicialmente el cónyuge (accionante) se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco, luego la cónyuge se retiró con fecha dieciséis de enero de dos mil seis, pero regresó y se volvió a retirar en abril de dos mil seis, regresando definitivamente a fines del dos mil seis al domicilio conyugal. Siendo ello así, fue Marco Antonio Zumaeta Alicedo, el primero que se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco a su nuevo domicilio sito en la Av. Pardo y Aliaga 680 Dpto. 907 San Isidro**,** corroborado su nueva residencia, conforme a lo señalado en su escrito de demanda de fojas trece del expediente acompañado de régimen de visitas (Expediente 603-2006); siendo ello así, el cónyuge no puede fundar su demanda en hecho propio conforme señala el artículo 335 del Código Civil[1]; en consecuencia resulta infundada la demanda formulada por el cónyuge Marco Antonio Zumaeta Alicedo.

De igual manera, respecto **de la pretensión de la cónyuge, Beatriz Alejandrina Caceres Tori,** se puede apreciar que la reconviniente se retiró en dos oportunidades con fecha dieciséis de enero de dos mil seis, regresó y se volvió a retirar en abril de dos mil seis y regresó definitivamente a fines del dos mil seis; siendo así no puede alegar el retiro del hogar conyugal de su cónyuge, cuando ella también se retiró del domicilio en dos oportunidades, por lo que no puede fundar su demanda en hecho propio conforme señala el acotado artículo 335 del Código Civil, en consecuencia no se puede amparar la demanda en este extremo.

Respecto a la **causal de imposibilidad de hacer vida en común,** argumenta que los hechos a los que hace referencia el accionante están relacionados con otras causales invocadas por el actor, por lo que debe

[1] "Ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio"

desestimarse este extremo de la demanda.

Con respecto a la reconvención respecto a la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; se aprecia de los fundamentos de la reconvención que éstos están referidos a hechos ocurridos cuando los cónyuges se encontraban ya separados, esto es, desde que el cónyuge reconvenido se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco conforme a la denuncia efectuada por él mismo ante la Comisaría de San Isidro, obrante a fojas ciento sesenta y nueve, y si bien señala la reconviniente que su cónyuge desde el año dos mil cinco comete la conducta deshonrosa, ello no se encuentra acreditado; motivos por los cuales no se puede amparar la demanda; señala que los hechos alegados datan del dieciocho de abril de dos mil cinco, cuando la reconviniente denunció a su cónyuge por violencia familiar, Expediente Número 104-2005, tramitado en el Ministerio Público, sin embargo, se desistió de su denuncia, como se aprecia a fojas ciento ochenta y dos, motivos por cuales se archivó dicha denuncia sin haber tenido pronunciamiento al respecto. Del mismo modo, la copia de la pericia psiquiátrica obrante a fojas ciento cuarenta y nueve del expediente acompañado N° 8321-2011, se emitió el veintiocho de diciembre de dos mil siete y los hechos narrados se refieren a cuando los cónyuges vivían juntos, es decir, antes de noviembre del dos mil cinco; respecto a los hechos referidos en las sentencias del Décimo Tercer Juzgado de Familia y Vigésimo Tercer Juzgado Penal obrantes a fojas ciento noventa y ciento noventa y seis, no están referidas al cónyuge, no obstante ello también ha caducado porque están referidas a hechos ocurridos con fecha doce de julio de dos mil diez; siendo ello así y habiéndose interpuesto la demanda vía reconvención con fecha primero de marzo de dos mil doce, la causal ya había caducado.

Respecto a la **causal de separación de hecho;** tanto la parte demandante como la reconviniente han formulado la pretensión de

divorcio por la causal de separación de hecho; por lo que siendo ello así se analizarán conjuntamente. Por un lado, la parte demandante señala que se encuentra separado de su cónyuge desde el dieciséis de enero de dos mil seis, por cuanto la demandada abandonó el hogar conyugal, con la finalidad de sustraerse de sus obligaciones; asimismo, refiere su carácter temperamental e inestable. Por su parte la demandada en su contestación a la demanda ha señalado que es cierto que están separados de hecho, pero por exclusiva responsabilidad del actor, quien no ha cumplido con el requisito del artículo 345-A del Código Civil. Respecto al **requisito de estar al día en el pago de los alimentos**; de autos se aprecia que a la fecha de interposición de la presente demanda de divorcio por parte del actor, esto es, el once de julio del dos mil once, no había en el expediente acompañado de alimentos, la resolución que apruebe alguna liquidación de devengados, habiendo efectuado consignaciones de la pensiones alimenticias, no habiéndose acreditado que no se encuentra al día. Por su parte, el artículo 333 inciso 12 del Código Civil, establece que en la separación de hecho se debe acreditar dicha separación en un plazo de cuatro años si existen hijos menores de edad, como en el presente caso; por lo que teniendo en consideración la fecha de la separación de hecho, el tres de noviembre de dos mil cinco, y la fecha de la demanda, se aprecia que se ha superado el plazo de cuatro años; concurriendo el requisito de temporabilidad de la causal invocada.

Respecto a **la existencia del cónyuge perjudicado con la separación y la posibilidad de resarcir al mismo,** señala que la actora luego de la separación de su cónyuge, ejerce la tenencia de sus hijos, quedándose siempre al lado de ellos, incluso hasta la fecha, brindándole los cuidados que éstos requieren, pues a la fecha de la separación sus hijos tenían la edad de ocho y seis años de edad. Además la cónyuge tuvo que demandar alimentos, circunstancias por la que se considera que **la reconviniente es la cónyuge más perjudicada con la separación de**

hecho, correspondiéndole una indemnización ascendente a la suma ocho mil nuevos soles.

Respecto a la **pretensión accesoria de pérdida de la patria potestad de la reconviniente,** no es posible emitir un pronunciamiento respecto a Marco Antonio Zumaeta Cáceres, ya que a la fecha es **mayor de edad**. En cuanto a la adolescente B. A. Z. C., se aprecia **que no se ha acreditado que el reconvenido de ejemplos corruptos a su hija**,

5. <u>FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN</u>.

Mediante escrito de fojas novecientos veinticinco, Marco Antonio Zumaeta Alicedo formula apelación, en los extremos que desestima la demanda de Divorcio por las causales de Abandono injustificado del Hogar conyugal e Imposibilidad de hacer vida en común, así como respecto al punto que en forma acumulativa demandó la adjudicación a su favor y como pago de indemnización el inmueble conyugal sito en la Av. Aramburu N° 331 – San Isidro; y, en cuanto a la Ind emnización fijada a favor de la demandada. En cuanto al divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, expresa como agravio que en autos ha demostrado con la actuación y medios probatorios aportados al proceso que la demandada se sustrajo de sus obligaciones y abandono el hogar conyugal, llevándose a sus menores hijos. Respecto al divorcio por la causal de Imposibilidad de hacer vida en común, expone que no se ha tomado en cuenta que de acuerdo a los hechos expuestos por cada una de las partes y a los procesos judiciales que existen entre ellos se ha probado que todo ello genera la imposibilidad de hacer vida en común entre los cónyuges. De otro lado, en lo concerniente a la demanda acumulativa de adjudicación del inmueble conyugal a su favor, refiere que la demandada se mostró renuente a la variación de la demanda de divorcio por una de separación convencional y divorcio ulterior, poniendo como condición la venta de la casa en un plazo de treinta días, lo cual

acredita su codicia y ambición; por lo **que debe adjudicarse a su favor, como pago de indemnización, el inmueble conyugal.**

Finalmente señala que la recurrida le causa agravio, en razón que a la demandada no le corresponde ninguna indemnización y que los argumentos expuestos en la apelada no son suficientes para otorgarle la suma fijada en autos, considerando además que ella está cumpliendo su rol de madre.

Por escrito de fojas novecientos cincuenta y siete, Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, interpone recurso de apelación, precisando que ha cumplido con acreditar la reconvención de divorcio por la causal de **abandono injustificado del hogar conyugal**, sustentada en el hecho que el accionante hizo abandono del hogar conyugal el tres de noviembre del año dos mil cinco para irse a residir a su nuevo domicilio. En cuanto a la reconvención de **divorcio por la causal de conducta deshonrosa**, señala que no se ha tomado en cuenta que ambas partes mantienen la posesión pacífica, pública y continua del inmueble conyugal y que en tales circunstancias las conductas impropias o escandalosas del actor, le causa un profundo agravio moral y deshonor a su persona. Alega además que erróneamente se ha resuelto que la causal de **violencia física y psicológica** invocada en la reconvención ha caducado, sin tener en cuenta que tales hechos son pruebas de su conducta agresiva.

De otro lado, impugna la sentencia en el extremo que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, la que sustenta en que no se ha acreditado en autos que el accionante al momento de interponer la demanda se encuentre al día en el pago de las pensiones alimenticias.

Finalmente, señala que la suma fijada por concepto de indemnización a su favor no es la idónea, por cuanto no se han valorado los medios probatorios que corren autos y que acreditan el grave daño moral,

familiar, social, psicológico y económico que se le ha ocasionado, al igual que a sus menores hijos. Por último, señala que **la sentencia no emite pronunciamiento respecto a la adjudicación del bien inmueble.**

6. <u>SENTENCIA DE VISTA.</u>

Los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, expiden la sentencia de vista de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ocho:

CONFIRMANDO la sentencia de fecha siete de julio del dos mil quince, obrante de fojas ochocientos ochenta y cuatro a novecientos quince en el **extremo** que declara: **1. Infundada** la demanda de divorcio por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal e imposibilidad de hacer vida en común. En el punto **2. Infundada la reconvención** de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal. **3. Improcedente la reconvención** de divorcio por la causal de violencia física y psicológica; **4. Fundada** la demanda **y reconvención** de divorcio por la causal de separación de hecho. **5. Infundada** la demanda de Indemnización formulada por el demandante**. 6. Fundada** la **reconvención** de indemnización formulada por la demandada Beatriz Alejandrina Cáceres Tori en su calidad de cónyuge perjudicada; y **7**. **Infundad**a la pretensión accesoria de **pérdida de patria potestad,** de la reconvención.

La **REVOCARON** en el extremo que declara **1. Infundada la reconvención de divorcio** por la causal de Conducta Deshonrosa; **Reformándola** en esta parte la **declararon fundada**; **2. Improcedente** la **reconvención de divorcio** por la causal de violencia psicológica; **Reformándola** en este extremo: **Declararon Fundada la reconvención de divorcio por la causal de violencia física y psicológica**. **3**. **El extremo que señala la suma de ocho mil nuevos soles**; **reformándolo**

en esta parte **fijaron por dicho concepto** la suma de quince mil nuevos soles.

Como sustento de esta decisión señalan que, **respecto a la causal de Abandono Injustificado del Hogar Conyugal, formulada por ambas partes**, se tiene que si bien la demandada sustenta su pretensión en que el demandante abandono el hogar conyugal, también lo es que respecto a ello el accionante ha precisado que su retiro fue por incompatibilidad de caracteres y a fin de no perjudicar el bienestar y desarrollo de sus menores hijos, pues era insoportable la vida en común con la demandada, no habiéndose acreditado de manera fehaciente que haya hecho abandono injustificado del hogar conyugal con el fin de sustraerse de sus obligaciones y deberes asistenciales; aunado a ello que conforme a lo actuado en el proceso y a lo expuesto en los precedentes considerandos ha quedado establecido que de igual modo en dos oportunidades la reconviniente se retiró del hogar conyugal.

Respecto a la **apelación formulada por el demandante en cuanto al Divorcio por la causal de Imposibilidad de hacer Vida en Común, los** medios probatorios aportados por el demandante no resultan idóneos para acreditar la causal invocada.

Respecto de **la Reconvención de Divorcio por la causal de Conducta Deshonrosa que Haga Insoportable la Vida en Común, el cónyuge en la evaluación psicológica precisó que su cónyuge vive en el segundo piso con sus dos menores hijos y su persona en el primer piso con su nueva pareja;** lo que evidencia una conducta deshonesta e irregular por parte del emplazado que atenta contra las buenas costumbres, el orden social y que constituye una falta conyugal que torna en insoportable la vida en común.

De la reconvención de Divorcio por la causal de Violencia Física y Psicológica, se tiene que lo resuelto por la *A quo* en este extremo no se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, teniendo en cuenta que si bien

la Reconvención se ha sustentado en hechos que ocurrieron con anterioridad a la interposición de la demanda; sin embargo, **en cuanto al maltrato psicológico en agravio de la cónyuge, no opera la caducidad prevista por el citado Artículo 339° del Código Civil**, teniendo en cuenta que dicho maltrato a la fecha de la interposición de la demanda y con posterioridad a ella aún ha subsistido.

En cuanto **a la apelación formulada por la cónyuge respecto al Divorcio por causal de Separación de Hecho invocada por el demandante**, de la evaluación conjunta y razonada de los medios probatorios actuados en autos se aprecia que efectivamente los cónyuges se encuentran separados de hecho por un periodo de tiempo superior al previsto por ley, esto es, de cuatro años, teniendo en cuenta que en el presente caso uno de los hijos matrimoniales, aún no ha adquirido la mayoría de edad, habiendo quedado establecido que dicha separación se produjo el tres de noviembre del año dos mil cinco; pruebas que permiten advertir a este Superior Colegiado que se ha producido el quebrantamiento permanente y definitivo de la relación conyugal sin posibilidad de conciliación alguna, configurándose de este modo la causal de Divorcio invocada en la demanda.

Respecto a la **apelación formulada por el demandante contra el extremo que declara Infundada la Indemnización solicitada a su favor,** en esta parte, se tiene que no existen indicios razonables que acrediten de manera alguna que el demandante haya resultado perjudicado moral o personalmente con la Separación de Hecho.

De la apelación formulada por la demandada contra el extremo que fija por concepto de Indemnización la suma de S/.8,000.00 nuevos soles a su favor, se tiene que la separación de hecho de los cónyuges se ha producido por motivos atribuibles al cónyuge, siendo la demandada quien ha resultado perjudicada con la separación de hecho, frustrándose de este modo su proyecto de vida personal y moral, asumiendo sola la

conducción de su hogar familiar, así como la tenencia efectiva de sus hijos Marco Antonio y Beatriz Alejandra Zumaeta Cáceres, quienes eran menores de edad, por lo que procede señalar un monto indemnizatorio a favor de la cónyuge demandada.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha veinticinco de abril de dos mil diecisiete que obra en el cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por **la demandada Beatriz Alejandrina Cáceres Tori**, por las siguientes causales:

A) Infracción normativa del artículo 333 numeral 5 del Código Civil[2]. Alega que la sentencia ha incumplido con el valor normativo de la disposición en mención, por cuanto ha quedado acreditado que el demandante hizo abandono injustificado del hogar conyugal, además que los agredía física y verbalmente. Aunado a ello, desatendió sus obligaciones como cónyuge y padre de sus menores hijos, por lo que tuvo que iniciar acciones legales para exigir los derechos que les correspondía como alimentistas, todo lo cual ha generado daño moral y económico que debe ser resarcido de manera integral.

B) Infracción normativa del artículo 345-A primer párrafo y 351 del Código Civil. Alega que la pretensión del demandante sobre divorcio por separación de hecho no debió ser amparada, porque contra el accionante existen requerimientos judiciales para que cumpla con el pago de pensiones de alimentos y no ha acreditado haber cumplido. Asimismo, no se ha analizado de manera minuciosa las pretensiones postuladas en su reconvención, debido a que solicitó como indemnización por el daño causado, la adjudicación del inmueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, de acuerdo al artículo 345-A del Código Civil; y por el daño ocasionado por la

[2] Abandono injustificado del hogar conyugal como causal de separación de cuerpos

conducta deshonrosa y violencia psicológica la cantidad de trescientos mil soles (S/. 300,000.00) de acuerdo al artículo 351 del Código Civil. [3]

IV. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE.

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso, se centra en determinar: **1.** Si se ha acreditado que el demandante hizo abandono injustificado del hogar conyugal; y **2.** Si la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho formulada por el accionante ha sido debidamente estimada al haberse cumplido con el pago de la pensiones alimenticias. **3.** Si se analizó debidamente lo referente a la indemnización propuesta por la reconviniente.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

1.- En cuanto a la infracción denunciada del articulo 333 numeral 5 del Código Civil, dicha norma señala como causales de Separación de Cuerpos: "(…) 5.- *El Abandono Injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuados o cuando la duración o sumados los periodos de abandono exceda a este plazo"*. En ese sentido, tenemos que la doctrina es unánime en señalar que el abandono de hogar consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones conyugales y deberes matrimoniales, siendo éstos, los deberes con el cónyuge, y como con los hijos extensivamente. Al respecto, la intencionalidad de destruir la casa conyugal de manera injustificada mediante la ausencia física y, por ende, el incumplimiento de la asistencia material-afectiva debe ser debidamente probada.

2. En el caso de autos, las instancias han desestimado dichos argumentos esbozados por la parte reconviniente, en mérito a que de los actuados se determinó que si bien inicialmente el cónyuge, Marco

[3] Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Zumaeta Alicedo se retiró del hogar conyugal con fecha tres de noviembre de dos mil cinco, estableciendo nuevo domicilio sito en la **Avenida Pardo y Aliaga 680 Dpto. 907 San Isidro,** dejando constancia de su retiro voluntario del hogar conyugal conforme a la certificación policial de fecha tres de noviembre del año dos mil cinco, obrante a fojas ciento sesenta, lo cual se corrobora con lo manifestado en su escrito de absolución de la reconvención de fojas trescientos cuatro; sin embargo, también la casacionista se retiró con fecha dieciséis de enero de dos mil seis, y que si bien regresó, se volvió a retirar en abril de dos mil seis, regresando definitivamente a fines del dos mil seis al domicilio conyugal, conforme a las propias declaraciones de las partes. Asimismo, no se ha acreditado debidamente que el cónyuge haya hecho abandono injustificado del hogar conyugal con el fin de sustraerse de sus obligaciones y deberes asistenciales. Siendo así, **la recurrente no puede fundar su demanda en hecho propio** conforme señala el artículo 335 del Código Civil *"Ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio"*; en consecuencia corresponde desestimar este extremo del recurso.

4.- En cuanto a lo referido por la casacionista quien señala que no debe ampararse la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho formulado por el accionante, por no encontrarse al día en el pago de las pensiones. En ese contexto, debe señalarse que la controversia radica en determinar si procede amparar la demanda de separación de hecho, en mérito al debido cumplimiento de las obligaciones alimenticias de parte del accionante y si le corresponde una indemnización mayor a la casacionista o la adjudicación del bien inmueble conyugal.

5.- El artículo 345-A del Código Civil, establece que: *"Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder"*.

6.- Revisados los autos, se aprecia que la presente demanda interpuesta por Marco Antonio Zumaeta Alicedo, tiene como pretensión principal que se declare disuelto el vínculo matrimonial entre el prenombrado demandante y Beatriz Alejandrina Cáceres Tori. La demandada contestó la demanda, negando que el accionante se encuentre al día en el pago de las pensiones alimenticias.

7.- Que, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones alimentarias, requisito establecido en el artículo 345-A del Código Civil, *" cabe señalar que según la regulación del artículo 345-A, constituye un requisito especial de admisibilidad, estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias. Este requisito ha sido ampliamente reconocido en la jurisprudencia, aunque entendido en algunos casos como requisito de procedibilidad"*[4].

8.- Con respecto a ello, lo manifestado por la demandada carece de asidero, por cuanto si bien alega que el accionante mantiene una deuda

[4]PLACIDO Vilcachahua, Alex; *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*; Gaceta Jurídica, Pág. 51-52.

de las pensiones de diciembre de dos mil once y febrero de dos mil doce, empero, este Colegiado advierte que **a la fecha de la interposición de la demanda, esto es al once de julio de dos mil once, no se ha acreditado que el actor haya adeudado pensiones de alimentos**, razón por la cual debe desestimarse este extremo del recurso.

9. En cuanto al **análisis de la indemnización solicitada** por la recurrente, al respecto el Tercer Pleno Casatorio fijó las reglas que el juez de la causa debe tener en cuenta para la determinación de la indemnización o adjudicación preferente de bien social regulada en la referida norma, estableciendo como precedente judicial vinculante entre otros las siguientes reglas: "***2.*** *En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal (…)* ***4.*** *Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, debe verificarse del proceso y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias:* ***a) el grado de afectación emocional o psicológica****; (…)* ***c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él*** *y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;* ***d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio****, entre otras circunstancias*

relevantes. (…) ***6.*** *La indemnización o la adjudicación de bienes* ***tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí****; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar" (*el resaltado es nuestro).

10. Asimismo, el aludido Pleno Casatorio precisa la naturaleza jurídica de la indemnización o adjudicación preferente de los bienes a favor del cónyuge más perjudicado, señalando en su fundamento 54: *"Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil* ***tiene el carácter de una obligación legal*** *(…)". "la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con* ***la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio*** *o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado", (*el resaltado es nuestro).

11. En ese mismo sentido, el fundamento 57 establece que : *"En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta pertinente el criterio puesto de manifiesto, en la Audiencia del Pleno Casatorio, por el profesor Leysser León Hilario, también en* ***calidad de amicus curiae****, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil* ***no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar,*** *criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización*

mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras",(el resaltado es nuestro).

12. Bajo este contexto normativo, jurisprudencial y doctrinario, en el caso de autos se ha determinado que a la fecha en que se produjeron los hechos constitutivos de la causal de divorcio, esto es, al tres de noviembre de dos mil cinco, los hijos procreados dentro del matrimonio, eran aun menores de edad de ocho y seis años de edad, siendo la casacionista quien luego de la separación de su cónyuge, ejerce la tenencia de sus hijos hasta la fecha, brindándole los cuidados que éstos requieren; asimismo tuvo que seguir un proceso sobre régimen de visitas con su cónyuge, tramitado en el expediente acompañado 183504-2006; además tuvo que demandarle por los alimentos; por dichas circunstancias se considera que la reconviniente es la cónyuge más perjudicada con la separación de hecho, correspondiéndole conforme al criterio equitativo de esta Sala Suprema una indemnización ascendente a la suma treinta mil nuevos soles. Y siendo que el bien inmueble forma parte de la sociedad conyugal, corresponderá su liquidación en la etapa de ejecución.

DECISIÓN:

A) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil, esta Sala Suprema declara: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **Beatriz Alejandrina Caceres Tori,** a fojas mil treinta y uno; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ocho, **solo en el extremo referido a la reconvención de indemnización que fija el monto indemnizatorio en quince mil soles (S/15,000.00).**

B) Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia apelada de fecha siete de julio de dos mil quince, obrante a fojas ochocientos ochenta y cuatro, **solo en el extremo que fija el monto indemnizatorio de la reconvención** en la suma de ocho mil soles; y **reformándolo lo fijaron en la suma de treinta mil soles (S/. 30.000.00)**.

C) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"; bajo responsabilidad; en los seguidos por Marco Antonio Zumaeta Alicedo con Beatriz Alejandrina Cáceres Tori, sobre divorcio por la causal de separación de hecho y otros; y los devolvieron. Por licencia del señor Juez Supremo Távara Córdova, integra esta Sala Suprema la señora Jueza Suprema Céspedes Cabala. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Salazar Lizárraga.**

SS.

HURTADO REYES

HUAMANI LLAMAS

SALAZAR LIZARRAGA

CALDERÓN PUERTAS

CÉSPEDES CABALA

RC/sg

2018 / J20 / COMENTARIO JURÍDICO

Auto calificatorio · Casación 1213-2018 · La Libertad

Mismo inmueble, vida separada y alegación tardía

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 11 de junio de 2018

Localización: Considerandos sexto a octavo y parte resolutiva

1. Decisión y alcance

Recurso de casación improcedente. Se mantiene la resolución cuestionada sin abrir examen casatorio de fondo.

2. Análisis jurídico

La inspección judicial mostró vida independiente en distintos pisos del mismo inmueble. El domicilio formal común no excluía por sí solo la ruptura. La alegación de daños recién en apelación planteaba además un problema de contradicción.

3. Aplicación y contraste

La organización material de la vivienda importa más que la sola dirección documental. Respecto del perjuicio, debe explicarse cuándo ingresaron los hechos al proceso y cómo se garantizó defensa.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 88-90, aporta criterios para examinar el paso de la observación judicial a la conclusión probatoria.

5. Límites de utilización

Es un auto calificatorio, no una sentencia casatoria de mérito. La regla sobre alegaciones debe contrastarse con la flexibilidad condicionada del III Pleno.

Ficha técnica D1. Ver referencia final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema:PAJARDO JULCA Jacinto Manuel FAU 20159981216 soft
Fecha: 03/01/2019 12:41:28 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL - CERTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLI
SALA CIVIL PERMANENTE

AUTO CALIFICATORIO
CASACIÓN °1213 – 2018
LA LIBERTAD

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Lima, once de junio del dos mil dieciocho.-

VISTOS; con sus acompañados y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación[1], presentado por la demandada **Elena Rosa Cuba Cortijo de Gil,** contra la resolución número veinte[2], de fecha veintidós de enero de dos mil dieciocho, que *confirmó* la sentencia contenida en la resolución número dieciséis[3], que declara **fundada** la demanda interpuesta sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial contraído con fecha once de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, ante la Municipalidad Distrital de Laredo, Provincia de Trujillo, Departamento de La Libertad, declarando fenecido el régimen de la sociedad de gananciales (…) y la inexistencia de cónyuge perjudicado con la separación de hecho"; recurso impugnatorio cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia deben ser verificados de conformidad con los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, (modificados por la Ley número 29364).

SEGUNDO.- Previo a verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el recurso de casación, se debe considerar que éste es un recurso extraordinario, eminentemente formal y técnico, por lo que tiene que estar estructurado con estricta sujeción a los requisitos que exige la norma procesal civil para su admisibilidad y procedibilidad, es decir, se debe puntualizar en cuál de las causales se sustenta, si es: **i)** en la infracción normativa; o, **ii)** en el apartamiento inmotivado del precedente judicial. Debe presentar además, una fundamentación precisa, clara y pertinente respecto de cada una de las referidas causales, así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada. Siendo así, es obligación procesal de la

[1] *Ver folios 260 / 265*
[2] *Ver folios 243 / 254*
[3] *Ver folios 212 / 221*

justiciable recurrente saber adecuar los agravios que denuncia a las causales que para la referida finalidad taxativamente se encuentran determinadas en la norma procesal civil, pues el Tribunal de Casación no está facultado para interpretar el recurso extraordinario, ni para integrar o remediar las carencias del mismo o dar por supuesta y explícita la falta de causal, tampoco para subsanar de oficio los defectos en que incurre la parte recurrente, en la formulación del referido recurso.

TERCERO.- Así también, es menester recalcar para los efectos del presente caso, el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que procede contra las decisiones finales emitidas por la Corte Superior, en los casos previstos en la Ley, el que sólo puede versar sobre los aspectos de la sentencia de instancia relativos al Derecho aplicado a la relación de hechos establecidos (el juicio de hecho) y el incumplimiento de las garantías del debido proceso o infracción de las formas esenciales para la validez de los actos procesales. Se trata de una revisión de Derecho en que la apreciación probatoria queda excluida. La Corte Suprema en casación, no es tercera instancia[4].

CUARTO.- En ese sentido, se verifica que el recurso de casación cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el modificado artículo 387° del Código Procesal Civil, pues se advierte que: **i)** se impugna una resolución expedida por la Sala Superior respectiva que, como órgano de segundo grado, pone fin al proceso; **ii)** se ha interpuesto ante la Sala que emitió la resolución impugnada; **iii)** fue interpuesto dentro del plazo de diez días de notificada la recurrente con la resolución impugnada; y, **iv)** se adjunta el arancel judicial correspondiente por concepto de casación.

[4] *Sánchez- Palacios P (2009). El recurso de casación civil. Editorial Jurista Editores. Pág. 32.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

AUTO CALIFICATORIO
CASACIÓN °1213 – 2018
LA LIBERTAD

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

QUINTO.- En cuanto al primer requisito de procedencia previsto en el inciso 1) del modificado artículo 388 del Código Procesal Civil, se aprecia a páginas doscientos veintinueve, que la recurrente cumplió con impugnar la resolución de primera instancia que le fue adversa, esto es, la resolución signada con el número dieciséis, de fecha siete de abril del dos mil diecisiete.

SEXTO.- Para establecer el cumplimiento de los incisos 2°, 3° y 4° del precitado artículo 388° del Código Procesal Civil, la parte recurrente debe describir con claridad la infracción normativa y precisar la incidencia que tendría ésta sobre la decisión impugnada. En el presente caso, denuncia:

a) Infracción normativa del artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú.

Indica la recurrente, que en el presente caso, la parte accionante postula la pretensión de divorcio por causal de separación de hecho, no habiéndose acreditado la ruptura de la cohabitación, por cuanto el inmueble ubicado en la calle Nicolás Rebaza 373 – 375 de la Urbanización “Las Quintanas”, es una sola unidad inmobiliaria y tanto el Documento Nacional de Identidad y en las escrituras de donación demuestran que el accionante habita en el hogar conyugal, y no se indicó con claridad cuáles son los medios probatorios que acreditan que el demandante vive en el segundo piso del inmueble y cómo se concluye que el alejamiento del hogar conyugal es por más de dos años ininterrumpidos.

b) Interpretación errónea del artículo 345-A del Código Civil.

Indica la recurrente, que el *A quem* señaló que no se ha denunciado ningún perjuicio y que no se pueden incorporar hechos al proceso respecto de daños, sin embargo, no tomó en cuenta que el artículo 345-A del Código Civil, el II Pleno Casatorio Civil y la Casación 802-2003-CHINCHA de la Corte Suprema,

que fundamentalmente señalan que *todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable, de modo tal que en procesos como el de autos los juzgadores deben de pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado sobre si uno de los cónyuges ha resultado más perjudicado.*

SÉPTIMO.- En relación al agravio **A)**, es de señalar que la recurrente refiere que se habría emitido la sentencia con una evidente falta de motivación, por cuanto, no se habría acreditado con pruebas suficientes la ruptura de la cohabitación, **sin embargo**, dicho extremo ha quedado suficientemente dilucidado en las sentencias de mérito, donde se expuso que como consecuencia de la inspección judicial practicada por el *A quo*, se puso en evidencia que, si bien, los actuales cónyuges, residen en la calle Nicolás Rebaza Nº 373-375 de la ciudad de Trujillo, el demandante vive en el segundo piso de dicho inmueble de manera independiente, resultando lógico que este señale como su domicilio habitual la referida dirección para todos aquellos actos jurídicos y/o públicos que realiza en su vida cotidiana, sin que ello implique -necesariamente- que exista una convivencia continuada e ininterrumpida con la demandada; siendo así, y a la luz de la inspección judicial antedicha, ha quedado acreditado el quebrantamiento permanente de la convivencia.

Siendo ello así, la decisión emitida por las instancias de mérito se encuentran debidamente amparadas en los medios de prueba actuados a lo largo del proceso, apreciándose en su contenido que la sentencia de vista se encuentra estructurada con razones suficientes que no hacen prever mínimamente que se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

AUTO CALIFICATORIO
CASACIÓN °1213 – 2018
LA LIBERTAD

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Ahora bien, en relación al agravio **B)**, es necesario hacer referencia que la indemnización a favor de uno de los cónyuges en los procesos relativos a divorcio por causal de hecho, tiene necesariamente que estar sustentado en pruebas, y en el caso en concreto, la parte emplazada en su contestación de demanda, no hizo referencia al perjuicio que se habría producido como consecuencia de la separación, siendo que dicho perjuicio fue expuesto recién al momento de su apelación (daño moral y patrimonial y al proyecto de vida), siendo así, la sentencia de vista ha dejado plenamente establecida que no se puede incorporar hechos al proceso respecto de los supuestos daños, máxime, que dichas alegaciones tendrían que haber sido sujetas al contradictorio, para preservar el debido proceso; en consecuencia, existieron razones atendibles por las cuales el *A quem* confirmó la sentencia emitida en primera instancia.

En el sentido propuesto, se concluye que las alegaciones postuladas por la recurrente buscan en el fondo una revaloración de los hechos, lo cual se encuentra prohibido en esta sede de Casación, determinándose que en el presente caso no existe vulneración normativa ni tampoco a los precedentes vinculantes establecidos por este Tribunal Supremo, razón por la cual, se debe declarar la improcedencia del agravio denunciado.

OCTAVO.- Con relación a la exigencia prevista en el inciso 4 del referido artículo 388° del Código Procesal Civil, si bien la recurrente menciona que su pedido casatorio es ***anulatorio***; no obstante, el cumplimiento aislado de este último requisito no es suficiente para declarar procedente el recurso de casación postulado, por cuanto los requisitos de procedencia de dicho medio impugnatorio son concurrentes conforme lo señala el artículo 392° del Código Adjetivo en mención; lo cual, de acuerdo a lo desarrollado en los fundamentos precedentes, no se ha cumplido en el presente caso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

AUTO CALIFICATORIO
CASACIÓN °1213 – 2018
LA LIBERTAD

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con el artículo 392° del Código Procesal Civil: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Elena Rosa Cuba Cortijo de Gil,** contra la resolución número veinte, de fecha veintidós de enero de dos mil dieciocho; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano". Por licencia de los señores Jueces Supremos Távara Córdova y Hurtado Reyes, integran esta Suprema Sala, los señores Jueces Supremos De La Barra Barrera y Céspedes Cabala. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Salazar Lizárraga**.

SS.
HUAMANÍ LLAMAS
SALAZAR LIZÁRRAGA
CALDERÓN PUERTAS
DE LA BARRA BARRERA
CÉSPEDES CABALA.

YChp/Lva

2019 / J21 / COMENTARIO JURÍDICO

VIII Pleno Casatorio Civil · Casación 3006-2015 · Junín

Conexidad patrimonial: disposición unilateral de bienes sociales

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 12 de marzo de 2019

Localización: Fallo de mayoría, pp. 48-51; voto minoritario, pp. 52-94

1. Decisión y alcance

La mayoría declara fundada la casación y la demanda de nulidad. Establece precedentes sobre disposición de bienes sociales y distingue el exceso de poder representativo.

2. Análisis jurídico

Su inclusión se justifica por la protección del patrimonio que puede ser objeto de liquidación tras el divorcio. La mayoría sitúa la disposición sin intervención del otro cónyuge en la nulidad por infracción de norma imperativa; el exceso de poder tiene tratamiento de ineficacia. El voto minoritario documenta la controversia conceptual.

3. Aplicación y contraste

Antes de trasladar sus reglas, verifique condición social del bien, fecha del acto, participación, poder y situación del adquirente. El pleno no decide por sí mismo el fenecimiento del régimen ni convierte al juez del divorcio en competente para toda controversia con terceros.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209, exige diferenciar pretensiones matrimoniales. La conexión entre tutela del patrimonio y liquidación es análisis editorial, no una tesis atribuida al autor.

5. Límites de utilización

Pleno conexo sobre nulidad de acto jurídico, no sentencia de divorcio. Se ordena por emisión de 2019, no por publicación de 2020. Se preservan las posiciones divergentes.

Ficha técnica. Índice general final del tomo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO CASATORIO CIVIL

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO
CASACIÓN N° 3006-2015-JUNÍN

Demandante : Karina Judy Choque Jacay
Demandado : Johel Samuel Salazar Jacay
: Rocío Zevallos Gutiérrez
: Martha Matos Araujo
Materia : Nulidad de Acto Jurídico
Vía Procedimental : Conocimiento

Sumario:

I. Resumen del proceso
II. Consideraciones
- **A.** Delimitación de los problemas a dilucidar
- **B.** La sociedad conyugal. Régimen Patrimonial: sociedad de gananciales
- **C.** La consecuencia jurídica del acto de disposición de un bien de la sociedad de gananciales en el que no interviene uno de los cónyuges.
- **D.** Interpretación sistemática del artículo 315° del Código Civil como supuesto de ineficacia estructural o invalidez.
- **E.** La situación del tercero adquirente respecto del acto de disposición realizado por un solo cónyuge.

III. Juicio de fundabilidad del recurso interpuesto por la parte demandante
IV. Decisión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO CASATORIO CIVIL

En la ciudad de Lima, Perú, a los doce días del mes de marzo de dos mil diecinueve, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 400° del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio se deja constancia que ninguna de las partes presentó informes orales; luego se procedió a oír la exposición de los *amicus curiae* invitados; finalmente, discutida y deliberada que fue la causa de los actuados resulta.

I. Resumen del proceso

1.1 A fojas 39 y siguientes Karina Judy Choque Jacay interpuso demanda de nulidad de acto jurídico contra Johel Samuel Salazar Jacay, Rocío Zevallos Gutiérrez y Martha Matos Araujo, solicitando se declare la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha veintitrés de enero de dos mil doce y del acto jurídico que contiene, celebrada entre Catalina Genoveva Jacay Apolinario y Rocío Zevallos Gutiérrez; y accesoriamente, la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha quince de setiembre de dos mil doce y del acto jurídico que contiene, celebrada entre Rocío Zevallos Gutiérrez y Martha Matos Araujo.

1.2 Como fundamentos de la demanda se sostiene que el bien objeto de transferencia es un predio ubicado en el pasaje Las Estrellas sin número del distrito El Tambo, provincia de Huancayo, departamento

de Junín, con una extensión de 73 metros cuadrados, actualmente signado con el número 230 del pasaje Las Estrellas, interior «B», el que fue adquirido por la sociedad de gananciales conformada por sus padres Nolberto Choque Huallpa y Catalina Genoveva Jacay Apolinario; que luego la demandante, al fallecimiento de su madre, es declarada heredera conjuntamente con su medio hermano Johel Samuel Salazar Jacay, y al fallecimiento de su padre fue declarada heredera de tal. En el mencionado lote de terreno se ha edificado una casa de dos pisos con el peculio de la sociedad de gananciales antes mencionada, así como de la actora.

1.3 Valiéndose de que su madre se encontraba muy enferma, Johel Samuel Salazar Jacay, hizo que la causante vendiera el predio motivo de litis como si fuera soltera, aprovechando que no había variado su estado civil en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). La venta se hizo a favor de la conviviente de aquél, Rocío Zevallos Gutiérrez, a un precio muy bajo, el cual nunca fue entregado a la madre de la demandante por cuanto no se utilizó medio de pago alguno y asimismo no existió fe notarial de la entrega y recepción de dinero. En esa época el valor del terreno, sin contar con la edificación realizada, era superior al valor de la venta efectuada, por lo que los actos jurídicos, objetos de nulidad, adolecen de simulación absoluta y una finalidad ilícita, pues fueron celebrados con el único propósito de despojarla de su herencia;

además, que el acto jurídico del veintitrés de enero del año dos mil doce no cuenta con la intervención de su padre.

1.4 En estos mismos linderos de razonabilidad, se señala que Martha Matos Araujo es tan cercana a Rocío Zevallos Gutiérrez que viven en el mismo domicilio, siendo una adquirente de mala fe, por cuanto conocía que el predio materia de litigio pertenecía a la sociedad de gananciales conformada por sus padres.

1.5 Las compraventas son nulas por estar impregnadas de simulación absoluta, fin ilícito y contravención a las normas que interesan al orden público y a la moral, vulnerando los postulados de tutela contemplados como derechos subyacentes que tienen amparo legal en los artículos 219 incisos 4, 5 y 8 del Código Civil, que guardan concordancia con los requisitos de validez del acto jurídico estatuidos en lo normado por el artículo 140 del mismo cuerpo legal, pues se han realizado entre parientes con la intención de despojarla de la herencia de sus padres bajo la apariencia de un tercero adquirente de buena fe.

1.6 Mediante Resolución n.° 01 de fojas 47, se resuelve admitir a trámite la demanda en la vía del proceso de conocimiento.

1.7 A fojas 57, contesta la demanda Rocío Zevallos Gutiérrez, señalando que la escritura pública de fecha veintitrés de enero de dos mil doce fue celebrada ante notario público, quien comprobó la lucidez mental y la voluntad expresa de la vendedora, recibiendo el

monto total del dinero pagado en presencia del notario, quien certificó las firmas y huellas digitales. Agrega que no conocía al padre de la demandante y que desconocía que la vendedora era casada puesto que en el Documento Nacional de Identidad aparecía como soltera.

1.8 A fojas 67, contesta la demanda Martha Matos Araujo, señalando que la compraventa de fecha quince de setiembre de dos mil doce es un acto jurídico formal que reúne los requisitos legales y no se encuentra afectada por vicio alguno que la invalide pues cumplió con la entrega del justiprecio pactado y con las formalidades de la ley; agrega que la compraventa la celebró de manera transparente y de buena fe y que no se puede cuestionar porque dicha propiedad no se encuentra inscrita, además desconocía que la anterior propietaria era casada.

1.9 A fojas 89, contesta la demanda Jhoel Samuel Salazar Jacay, alegando que las escrituras públicas reúnen las formalidades previstas y exigidas por ley, que además el predio fue adquirido por su señora madre sin participación o aporte del padre de la demandante, y que la construcción sobre aquél fue realizada con el dinero que obtuvo trabajando; agrega que su madre se ha identificado como persona soltera y que prueba de ello, es el Documento Nacional de Identidad.

1.10 Mediante sentencia de fecha cuatro de diciembre de dos mil catorce, el Juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancayo, resuelve declarar infundada la demanda en todos sus extremos.

1.11 El Juez Especializado en lo Civil sostiene que existió voluntad de la madre de la demandante de que el predio submateria no sea considerado como un bien de la sociedad conyugal, sino todo lo contrario como un bien propio; además existía separación de hecho al momento en que la madre adquirió el predio, por lo que el artículo 315° del Código Civil no es aplicable a los actos que se celebren sobre dicho bien, siendo entonces un bien adquirido a título propio y exclusivo de la madre de la demandante. Añade que no se ha acreditado que la construcción edificada sobre el terreno se haya realizado con dinero de la sociedad conyugal, ni con dinero de la demandante.

1.12 En relación al acto jurídico contenido en la escritura pública de compraventa de fecha veintitrés de enero de dos mil doce, señala que el predio sublitis no es un bien social sino un bien propio y exclusivo de la madre de la demandante, en ese sentido, para realizar el acto contenido en la escritura pública antes mencionada no necesitaba que el padre de la demandante participe en la compraventa, conforme al artículo 303 del Código Civil que señala

que cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos y gravarlos.

1.13 Respecto al extremo en el que denuncia la connivencia entre los celebrantes del acto jurídico cuya nulidad se peticiona, el Juez indica que la demandante no ha demostrado fehacientemente que su madre y los codemandados hayan actuado en connivencia con el único objetivo de despojarla de derecho de sucesión alguno; además, la propia demandante se ha visto beneficiada con la entrega de un bien inmueble de su madre, en similar acto jurídico al que ahora se cuestiona.

1.14 En cuanto a que no hubo pago real del precio pactado y que haya sido ínfimo, el Juzgador sostiene que existe constancia (fe notarial) que el pago fue efectuado en dinero en efectivo y al contado. En relación al pago ínfimo, el Juez determina que, más allá de que exista un valor tasado en el mercado sobre un predio y construcción, son las partes quienes por propia voluntad fijan el precio materia de transacción, por lo que el hecho de que el precio fijado sea inferior al del establecido en el mercado, no genera la existencia de causal de nulidad alguna.

1.15 En lo referente a la alegación de que su madre se encontraba desahuciada, la demandante no ha demostrado tal circunstancia al momento de la celebración del acto jurídico que se cuestiona, esto es, que su causante carecía de discernimiento. Asimismo, en lo

concerniente a que la actora construyó conjuntamente con sus padres la edificación ubicada en el predio materia de litis, tampoco ha demostrado haberla realizado.

1.16 Finalmente, sobre la nulidad del acto jurídico contenido en la escritura pública de compraventa de fecha quince de setiembre de dos mil doce, al ser una pretensión accesoria corre la suerte del principal.

1.17 A fojas 253, la demandante formula recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda.

1.18 Mediante sentencia de fecha veinte de abril de dos mil quince, la Segunda Sala Mixta de Huancayo resuelve confirmar la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda.

1.19 Los Jueces Superiores consideran que la compradora Rocío Zevallos Gutiérrez ha actuado de buena fe por cuanto la venta se celebró tomando en cuenta el tracto sucesivo del testimonio de fecha once de noviembre de mil novecientos noventicuatro, en el que se indica el estado civil de divorciada (no obstante ser casada); asimismo, no obra en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) la condición de casada. Además, esta actuación de buena fe se encuentra reforzada por la actuación del Notario Público que otorga legalidad a los instrumentos que expide.

1.20 Agregan además que no se configura la simulación absoluta puesto que no está probado el concierto entre la vendedora Catalina Genoveva Jacay Apolinario y la compradora Rocío Zevallos Gutiérrez; todo lo contrario, el acto de compraventa de fecha veintitrés de enero de dos mil doce es un acto jurídico real.

1.21 Por último, la Sala *Ad quem* establece que no se encuentra demostrado el fin ilícito de las partes para perjudicar en su legítima a la parte demandante.

1.22 A fojas 322, la demandante formula recurso de casación contra la sentencia de vista n.° 545-2015 de fecha veinte de abril de dos mil quince, contenida en la Resolución n.° 16.

1.23 La recurrente denuncia la infracción normativa del artículo 315° del Código Civil, señalando que, conforme a dicha norma, para disponer de los bienes sociales se requiere de la intervención de marido y la mujer; sin embargo, el ad quem señala que esto será posible en tanto existan los medios de publicidad del estado civil y que en la actualidad no hay Registro Público donde se inscriban los matrimonios civiles, más aún si en el testimonio de compraventa a favor de su madre figuraba como divorciada, por lo que no estaría probada la mala fe por parte de Rocío Zevallos Gutiérrez; sin tener en cuenta que en realidad su madre se encontraba casada, requiriéndose la intervención de ambos cónyuges, por lo que el acto

jurídico contenido en la escritura pública de compraventa otorgada a favor de Rocío Zevallos Gutiérrez es nulo.

1.24 Mediante auto calificatorio de fecha veinticinco de setiembre de dos mil quince se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, Karina Judy Choque Jacay, contra la sentencia de vista de fecha veinte de abril de dos mil quince, por la causal de infracción normativa del artículo 315° del Código Civil.

1.25 Por auto de fecha dos de diciembre de dos mil quince, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resuelve convocar a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, para la audiencia del Octavo Pleno Casatorio Civil, a realizarse el veintidós de diciembre de dos mil quince, a horas 10:00 am, en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia.

II. Consideraciones

A. Delimitación de los problemas a dilucidar

1. Con el fin de coadyuvar al cumplimiento de los fines del recurso de casación conforme lo establece el artículo 384° del Código Procesal Civil, «(...) nuestra legislación tiene reguladas las funciones tradicionales de la casación, esto es, la función nomofiláctica o de control normativo, llamada también de defensa del derecho objetivo y la función uniformadora de congruencia jurisprudencial, eje

principal de la correcta dilucidación de un tema de controversia judicial que viene siendo aplicada por los tribunales casatorios de nuestro país; y; en aplicación del artículo 400° del Código Procesal Civil, modificado por Ley N° 29364, este Supremo Tribunal, con el fin de propender a la seguridad jurídica a través de una sentencia que constituya precedente judicial, indicó en el tercer considerando de la convocatoria al Octavo Pleno Casatorio Civil lo siguiente: «Que, entre los expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles de este Supremo Tribunal, en los casos de actos de disposición de bienes de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges sin la intervención del otro, están resolviéndolos con criterios distintos y algunas veces contradictorios, amparándose en la buena doctrina y la jurisprudencia al respecto, señalando en algunas oportunidades que se tratan de actos jurídicos nulos y en otros de actos jurídicos ineficaces, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones números: 111-2006/Lambayeque, 336-2006/Lima, 2535-2003/Lima, 2893-2013/Lima, 835-2014/lima, entre otras, en las que no se verifica que existan criterios de interpretación uniforme ni consenso respecto al conflicto antes mencionado».

2. En ese sentido, el objetivo de este cónclave, tal como se ha señalado en el cuarto considerando del auto de convocatoria, es

«dilucidar si el acto jurídico por el que uno de los cónyuges dispone de bienes de la sociedad de gananciales sin la intervención del otro es un acto jurídico nulo, anulable o ineficaz, lo que presupone establecer los alcances de lo previsto en el artículo 315° del Código Civil». Esto se encuentra en función a que la interpretación del artículo referido ha generado planteamientos y pronunciamientos contradictorios tanto a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia.

3. No obstante, este Pleno Casatorio considera que para una mejor interpretación del artículo 315° del Código Civil, el análisis debe comprender las consecuencias del acto jurídico en cuestión y determinar si las mismas son o no oponibles al adquirente, a efectos de establecer la situación de este último frente al acto de disposición. De consiguiente, los problemas a tratar son dos: la determinación de la consecuencia del acto de disposición de bienes de la sociedad conyugal celebrado por uno de los cónyuges sin la intervención del otro, precisando si se trata de acto nulo, anulable o ineficaz, y por otro lado establecer si la nulidad, anulabilidad o ineficacia le es oponible o no al adquirente. En tal virtud, el análisis que se desarrollará en esta sentencia se concretará a lo estrictamente necesario para justificar la toma de posición respecto a los problemas aquí planteados.

B. La sociedad conyugal. Régimen Patrimonial: sociedad de gananciales

En el momento de contraer matrimonio, los cónyuges pueden tener bienes o pueden lograrlos en el transcurso del matrimonio. Para determinar a quién pertenecen estos bienes, qué suerte seguirán en el caso de disolverse el matrimonio, cuáles de ellos pueden perseguirse por los acreedores del marido o de la mujer, es que los legisladores han ideado los llamados «Regímenes Matrimoniales»[1].

La idea de sociedad, es la idea de esfuerzo común para obtener un resultado a disfrutar conjuntamente compartiendo igualmente riesgos y desventajas. Trasunta una concepción del matrimonio que proyecta sobre lo patrimonial, la comunidad de vida asumida al celebrarlo; tal esfuerzo común establece responsabilidades comunes aun cuando los patrimonios de los cónyuges sean administrados por separados. Fundamentalmente consagra la cualidad societaria matrimonial al disponer que los beneficios sean compartidos en la forma más adecuada al respecto de las dos personalidades que se han conjugado, sin confundirse, en la tarea común. Así entendida la sociedad conyugal, aparece a modo de sinónimo de régimen patrimonial[2].

En nuestro ordenamiento jurídico, el régimen patrimonial de la sociedad conyugal se encuentra regulado en el artículo 295° del

---

1 SILVA RUEDA, Ana María. *La organización patrimonial del matrimonio y el llamado régimen económico conyugal.* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984, p.15.

2 Cfr. Méndez Costa, María Josefa. *Estudios sobre sociedad conyugal.* Editores Rubinzal y Culzoni. Santa Fe, Argentina, 1981, pp. 82-84.

Código Civil que contempla dos regímenes: a) la sociedad de gananciales y; b) la separación de patrimonios.

Ahora bien, es necesario comprender previamente la naturaleza y los alcances de la sociedad de gananciales, régimen patrimonial en el cual nos centraremos, para efecto del análisis que posteriormente se realizará del acto de disposición de los bienes sociales por uno solo de los cónyuges. Debiendo establecerse, si la calidad del bien en controversia pertenece al acervo patrimonial de bienes reservados o si por su origen e identidades jurídicas se debe reputar como bien propio.

Si bien es cierto, no existe una definición legal de lo que debe entenderse por sociedad de gananciales, es a partir de la doctrina que se puede esbozar un concepto que ayude en el propósito de entender la naturaleza jurídica de este régimen.

En primer lugar, el concepto de «sociedad», como anteriormente se ha descrito, puede identificarse con el concepto de «comunidad». En segundo lugar, el término «gananciales» resulta equívoco porque su utilización nos remite al momento de finalización del régimen patrimonial del matrimonio, es decir, de su liquidación, teniendo en consideración las ganancias obtenidas a título de gananciales. De ahí, que la existencia o no de ganancias o gananciales no sea el

momento de que hay que partir para afirmar recién la producción del efecto de comunicación[3].

Puede decirse que la sociedad de gananciales debe concebirse como una forma de comunidad de bienes aplicable al matrimonio, la misma que se encuentra compuesta por bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges, por los frutos y productos de los bienes propios, correspondiéndoles a cada uno la gestión de su patrimonio y a la sociedad de gananciales la del patrimonio social con base en el interés familiar[4].

Debe entenderse que el interés familiar es el principio rector de la gestión de los bienes conyugales cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor[5]; y que el interés familiar se sobrepone al interés de los integrantes de la familia, y en razón de ello, se protege el núcleo familiar[6].

Cabe señalar que el principio de interés familiar está íntimamente vinculado al principio de igualdad entre los cónyuges. En tal virtud, se puede colegir en que el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales se encuentra directamente relacionado con la evolución histórica del papel de la mujer en los negocios

---

3 *Cfr.* ARATA SOLÍS, Moisés. *La sociedad de gananciales*. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición, setiembre, 2011, pp. 137-141.

4 VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. cit. P. 143.

5 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. «La ineficacia estructural o invalidez de los actos de disposición de bienes por un solo cónyuge», en *Gaceta Civil &Procesal Civil* n.°31, enero 2016, p. 203.

6 *Cfr.* Aguilar Llanos, Benjamín. *Matrimonio y Filiación. Aspectos patrimoniales*. Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 44.

patrimoniales familiares y las compensaciones jurídicas que se le otorgan en función de su inactividad gestora[7].

Por consiguiente, se hace imprescindible establecer la naturaleza jurídica de la llamada sociedad de gananciales, para tratar el tema de la disposición de los bienes sociales por parte de solo uno de los cónyuges. Así, en doctrina se considera que el problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales es en buena medida el problema de interpretarse la titularidad de los bienes y derechos que la componen[8].

Ahora bien, existe la necesidad de distinguir entre actos de disposición y administración[9] de los bienes que integran el patrimonio familiar, así se ha dicho que respecto al acto de disposición[10]: el acto de disposición es el más grave y es el que tiene por objeto comprometer la composición futura o actual del patrimonio. Equivale a la transmisión del derecho a otra persona dejando el titular actual de serlo[11], y los actos de administración, *contrario sensu*, son los que no comprometen el patrimonio familiar por carecer de trascendencia económica, es decir, aquellos actos

---

7 BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro», en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 31, enero, 2016, p. 234.

8 *Cfr.* Barchi Velaochaga, Luciano. Op. cit., p. 231.

9 La necesidad de distinguir entre actos de administración y actos de disposición no es nueva para la doctrina. Sobre el debate referente a la distinción entre actos de administración y de disposición, véase el interesante al trabajo de Méndez Costa, María. Op. cit., pp. 37 y ss.

10 El término disposición del latín *disponere*, es omnicomprensivo. Disponer es ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. *Cfr.* VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. «El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil. La disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge», en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 31, enero, 2016, p. 104.

11 VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Op. cit., p. 104.

habituales que no requieren el asentimiento conyugal, es decir, lo característico es que se encuentran destinados a la conservación del patrimonio, en contraposición a los actos de disposición, que implican un sacrificio patrimonial relevante[12].

Una vez realizada esta primera distinción, y tomando en consideración la diferenciación que la legislación y la jurisprudencia han realizado respecto de los bienes de la sociedad conyugal, en bienes propios y bienes sociales, podemos comprender que existe una línea divisoria entre la administración de los bienes propios (artículo 303°), la administración del patrimonio social (artículo 313°), con la disposición de los bienes sociales (artículo 315°).

Se entiende, entonces, que por el artículo 303° del Código Civil, cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos y gravarlos; y que por el artículo 313, si bien en principio, corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social, en el caso de las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, puede ser realizado indistintamente por cualquiera de los cónyuges de conformidad con el segundo párrafo del artículo 292° del Código Civil.

En efecto, los actos de administración revisten distinta naturaleza respecto de los actos de disposición extraordinarios a que refiere el

[12] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial.* Gaceta Jurídica, primera edición, 2008, p. 109.

artículo 315° del Código Civil, los cuales requieren de la actuación conjunta de los cónyuges, salvo las excepciones que plantea el precitado artículo[13].

Dicho esto, debemos precisar que en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Sustantivo Civil, no regula expresamente la institución del «Patrimonio Autónomo», teniendo que remitirnos para ello al Código Adjetivo Civil que da una laxa definición de este instituto en el artículo 65, cuyo primer párrafo indica que: «existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica», para acto seguido, en el segundo párrafo, indicar que: «la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, el artículo 93°».

En efecto, el artículo 65° del Código Procesal Civil al indicar que la sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo significa que los bienes de una sociedad de gananciales no pertenecen a ninguno de los cónyuges, ni siquiera a ambos (lo que implicaría copropiedad), sino a la sociedad de gananciales, en su calidad de

[13] *Artículo 315.-* Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene el poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

patrimonio autónomo. En ese sentido, en un patrimonio autónomo no estamos frente a más de una persona titular de una relación jurídica material o derecho discutido, sino que la titularidad y calidad de parte material recae en un ente jurídico distinto a quienes lo conforman y eventualmente lo representan[14].

En esta misma línea argumentativa, cabe señalar que la representación legal de la sociedad conyugal, es ejercida conjuntamente por los cónyuges a tenor de lo dispuesto por el artículo 292 del Código Civil; de ahí que sea un caso especial de representación legal, es decir, la hipótesis que plantea el artículo 292 es la de dos personas capaces que pueden, incluso, delegar voluntariamente su representación una de la otra[15].

En consecuencia, cabe reafirmar que la sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo, cuyos representantes son ambos cónyuges; quienes pueden celebrar actos de disposición de los bienes sociales, que de esa forma pasan a entrar en el comercio de las personas. Dicha representación contemplada en el artículo 292°, hace que la norma adquiera mayor eficacia para la fluidez en la circulación de los bienes, sin que esto signifique dejar de

---

[14] ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil peruano», en *Revista de Derecho Procesal*, Lima: Communitas, 1998, pp. 135-136; citada por Varsi Rospigliosi, Enrique y Torres Maldonado, Marco Andrei. Op., cit., p. 102. Concluyen los autores que los cónyuges no van a poder ver concretado el porcentaje de titularidad que les corresponde respecto de los bienes sociales hasta que se extinga el régimen y se proceda a su liquidación. (*cit.*, p. 103).

[15] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Décima edición. Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 360.

salvaguardar el interés familiar y el derecho de igualdad entre ambos cónyuges.

C. La consecuencia jurídica del acto de disposición de bienes sociales realizado por uno de los cónyuges

Tal como se dejó constancia en la convocatoria de este Pleno Casatorio Civil, se han planteado tres tesis respecto a la consecuencia jurídica del acto de disposición de bienes sociales celebrado por un solo cónyuge: «los artículos 313° y 315° del Código Civil establecen, respectivamente, que «corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social» y «para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer».

Sin embargo, no señalan directa ni indirectamente cual es la consecuencia de su inobservancia, lo que determina incertidumbres doctrinarias sobre su precisa naturaleza»[16]. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia ante esta inobservancia suele interpretar que cuando un solo cónyuge, sin la intervención del otro, celebra un acto jurídico de disposición de un bien social, resulta nulo, anulable o ineficaz.

Por tanto, a este Supremo Tribunal le corresponde examinar estos supuestos a fin de que el análisis sea integral.

[16] PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Op. cit., p. 198.

Considera un primer sector de la doctrina que el acto de disposición de un bien social por un solo cónyuge, es nulo, por diferentes fundamentos. La «causal más utilizada para buscar la nulidad de este tipo de acto es la falta o ausencia de manifestación de voluntad»[17]. La intervención conyugal determina que «la voluntad concorde de los cónyuges es un elemento esencial de la estructura del acto, por lo que su no concurrencia determina su ineficacia estructural o invalidez»[18]; y, es que, la manifestación de voluntad, a tenor de nuestro Código Civil, es en sí el acto jurídico[19]. La voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, pero solo por la manifestación el sujeto la hace conocer. La conjunción de la voluntad y su manifestación es resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada, esto es, a la manifestación de voluntad. En tal sentido, si la voluntad del sujeto constituye la esencia del acto jurídico, la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal. Ahora bien, la voluntad sola no es suficiente, pues necesita de su manifestación y que entre ambas existan una imprescindible correlación, y, además, que la manifestación responda a la verdadera y real intención del sujeto y que entre lo que este manifiesta y lo que quiere, exista

---

[17] CANALES TORRES, Claudia. Acto de Disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges: el triunfo de la nulidad, en *Gaceta Civil & Procesal Civil* Tomo Nº 30, diciembre 2015, p.112.

[18] PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Op. cit., p. 205.

[19] Código Civil, artículo 140º: El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez de requiere: 1. agente capaz, 2. Objeto física y jurídicamente posible, 3. fin lícito, 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

también una imprescindible correlación[20]. Se trataría de una situación de consentimiento incompleto que desnaturaliza la esencia del acto jurídico, que requiere de una perfecta manifestación de voluntad para consumarse. La falta o ausencia de consentimiento aparece, en este caso, como causal de nulidad del acto jurídico conforme al inciso 1° del artículo 219° de Código Civil; dispositivo aplicable, de pleno derecho, a la venta de un bien social por solo uno de los cónyuges[21].

Desde otro ángulo, se opina que si bien el artículo 315° del Código Civil establece la intervención conjunta de los cónyuges para disponer o gravar bienes sociales, la ausencia de uno de ellos en la celebración del acto de disposición determinaría su nulidad al convertirse en un acto jurídicamente imposible de consumarse, de conformidad con el artículo 140°, inciso 2, y 219° inciso 3 del Código Civil; es decir, la ausencia de unos de los cónyuges convierte a la disposición del bien común en un imposible jurídico en razón de que no se ha cumplido la exigencia de la ley para que se perfeccione jurídicamente; por consiguiente, mientras persista esa situación el acto jamás llegará a configurarse, siendo en ese sentido un imposible jurídico respecto del fin que se ha propuesto.

---

[20] *Cfr.* VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Novena edición actualizada, revisada y aumentada. Gaceta Jurídica. Lima 2013. p. 96.

[21] BELAÚNDE MOREYRA, Martín. «¿Nulidad o resolución de compraventa de un bien social? De cómo una transacción simple terminó en un enredo jurídico», en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 13, octubre, 1999, pp. 20-21.

Refuerza la posición de la nulidad nuestro ordenamiento jurídico cuando asume el acto de disposición arbitraria del patrimonio social como contrario al orden público, es decir, como supuesto de nulidad virtual, que se configura cuando dicho acto es contrario a una norma imperativa la cual no puede ser sustituida por la voluntad de los particulares[22]. «Se alega la nulidad del acto jurídico por ser contraria a las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres (art. 219°, inc. 8 y art. V, Título Preliminar). La norma que restringe los actos de disposición de los bienes sociales a ser hecho de forma conjunta por ambos cónyuges tiene carácter imperativo y responde a un criterio de orden público, teniendo como fundamento que la sociedad conyugal es la titular de los bienes sociales[23]».

La naturaleza imperativa de la exigencia de actuación conjunta conyugal, se desprende del hecho que está dirigida a la protección de la familia[24], cuya regulación es de orden público. Cabe precisar que el principio de protección de la familia se encuentra consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, y cuya regulación jurídica tiene por finalidad contribuir a la consolidación y fortalecimiento de dicha institución de derecho. De ahí que sea implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés

---

22 ALMEIDA BRICEÑO, José. *La sociedad de gananciales*. Editorial jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 199.

23 VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III, Primera reimpresión, Lima, 2012, p. 207.

24 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Op. cit., p. 205.

familiar como principio rector, esto es, como un límite natural a la administración y disposición de los bienes propios y sociales[25].

A mayor abundamiento, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Superior Civil y Procesal Civil, realizado en la ciudad de Arequipa en octubre del año dos mil quince, se arribó a la conclusión que el acto de disposición de un bien social, celebrado por un solo cónyuge sin la intervención del otro, acarrea un vicio de nulidad. Se adoptó por mayoría el siguiente acuerdo:

> En los actos jurídicos en los que uno de los cónyuges dispone de bienes de la sociedad de gananciales sin la intervención del otro se advierte la falta del requisito de la manifestación de voluntad del cónyuge preterido en la celebración del acto, siendo la manifestación de la voluntad un elemento primordial para su validez (inciso 1 del artículo 219° del Código Civil. El objeto del acto es jurídicamente imposible, toda vez que la ley establece que para disponer de bienes de la sociedad de gananciales se necesita el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 315° del Código Civil). Finalmente, el acto jurídico podría contener un fin ilícito, pues existiría la voluntad de

[25] *Cfr.* VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. cit., p. 51.

engañar y perjudicar al cónyuge que no interviene en dicho acto jurídico[26].

Por otro lado, una segunda corriente doctrinaria postula que el acto de disposición de un bien social por parte de uno de los cónyuges, es anulable. La anulabilidad radica en que la invalidez se produce no tanto por la carencia de algún elemento o presupuesto, o que su contenido esté prohibido, sino que pese haberse formado adecuadamente en su estructura, el acto jurídico viciado resulta inválido relativamente[27].

La tesis que defiende la anulabilidad determina que un elemento constitutivo necesario para la validez del acto es la codisposición conyugal sobre bienes sociales, lo que implica el ejercicio de una facultad dominial de los cónyuges, es decir, en los dos consortes reside el poder dispositivo; por otro lado, el interés afectado, por el acto de disposición realizado con infracción al artículo 315°, es del cónyuge que no interviene en él; en consecuencia, basta para su protección concederle la facultad de impugnar el ejercicio de esa facultad cuando no le haya sido solicitada o negada su conformidad; pero contrariamente puede suceder que, aún sin su intervención, el

---

[26] *Pleno Jurisdiccional Nacional Superior Civil y Procesal Civil*, recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed/Nacional+civil+y+procesal+civil+arequipa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed

[27] *Cfr.* PINEDO COA, Vicente A. «La ineficacia de la ineficacia del acto jurídico de disposición de bienes conyugales», en *Diálogo con la Jurisprudencia* n.° 198, marzo 2015/año 20, p.117. Agrega el autor, citando a Taboada Córdova, que: «(...) en el caso de los actos jurídicos anulables no se trata de un acto que carezca de algún elemento o presupuesto, o cuyo contenido sea prohibido sino, de actos que cumplen con la mayor de sus aspectos estructurales, pero que tiene un vicio en su conformación, razón por la cual son válidos» (ver nota 21).

cónyuge no tenga nada que oponer al acto dispositivo realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien que prefiera proteger sus intereses de algún otro modo, de acuerdo con el otro consorte. Por todo ello, sería procedente una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende de su arbitrio[28].

Asimismo, la tesis de la anulabilidad encuentra sustento en el derecho comparado donde: «Todo acto de administración, o de disposición realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro no es, en ningún caso, nulo. Solamente es anulable, lo que es tanto como decir que también puede ser convalidado, o confirmado como dice la Ley»[29].

En esta misma línea de interpretación y razonabilidad, a la luz del Derecho Comparado, la solución a este problema del conflicto bajo análisis del artículo 315° del Código Civil implicaría, en este caso, incluir en nuestro ordenamiento, como causal de anulabilidad, la falta de asentimiento del cónyuge preterido en los actos de disposición arbitraria del patrimonio social[30]. En tal sentido se sostiene que de esta forma no se niega al cónyuge no interviniente

---

[28] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo VII, Gaceta jurídica Editores, Lima, 1997, p. 235.

[29] LÓPEZ LIZ, José. *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 72. Precisa el autor que el Código Civil español, artículo 1322° del C.C., establece: «Cuando la Ley requiera para un acto de administración y de disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge».

[30] ALMEIDA BRICEÑO, José. Op. cit., pp. 216-217.

la posibilidad de demandar la anulación del acto, que tendría efecto a partir de la sentencia que lo declare; ni se le impedirá otorgar su asentimiento con posterioridad a la celebración del acto de disposición arbitrario vía confirmación (artículo 230° del Código Civil) como mecanismo sanatorio del mismo; en tal supuesto, el acto también quedará confirmado si el cónyuge no interviniente, conociendo la causal, los hubiese ejecutado de forma total o parcial, o si existiesen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad (artículo 231 del Código Civil). Con ello, la acción de anulabilidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio será facultad exclusiva del cónyuge no interviniente o de sus herederos legitimados[31].

Puede advertirse que en el fondo estamos ante un acto de disposición que dentro de los alcances de sus efectos podría ser considerado ineficaz, en razón de que debiendo concurrir ambos cónyuges para expresar su voluntad de disposición participa solo uno de ellos, afectando las consideraciones inmanentes del acervo patrimonial identificado como las sociedades conyugales. La ineficacia no implica invalidez, solamente el no despliegue de

[31] *Cfr.* ALMEIDA BRICEÑO, José. Op. cit., pp. 216-217. Precisa el autor que, asimismo, el plazo de prescripción sería de dos años (artículo 2001, inciso 4 C.C) y se admitiría que el juez evalúe la posibilidad de indagar los motivos de la pretensión del cónyuge no interviniente, las particularidades del negocio y su incidencia patrimonial.

efectos jurídicos. Esta tesis se adhiere al sector de la doctrina que considera como supuesto la falta de legitimación[32].

Se afirma, en general, que el instituto de la legitimación es un presupuesto subjetivo del contrato que consiste en la competencia que tiene la parte contractual de disponer de las posiciones jurídicas que serán objeto del contrato[33]. De tal forma que la legitimación se encuentra ligada al concepto de autonomía privada según la cual las personas pueden regular sus propios intereses y solo estos, por tanto, la determinación de la legitimación pasa por establecer una identificación entre el titular de los intereses que se desean regular y las partes del contrato. La regla general consiste en que solo quien es titular de la posición jurídica puede regular las posiciones jurídicas que serán objeto del contrato; salvo disposición contraria de la ley, o que el propio interesado faculte a otro a hacerlo[34]. En tal sentido: «La legitimidad no es un requisito o elemento intrínseco de validez del acto, sino un presupuesto o elemento extrínseco de eficacia del mismo»[35].

Ahora bien, la infracción del artículo 315° del Código Civil, sería –según esta teoría– un acto jurídico con legitimación defectuosa o

---

32 VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Op. cit., p.109.

33 PRIORI POSADA, Giovanni. «La legitimación como presupuesto de eficacia de los negocios jurídicos. Su aplicación en la disposición de un bien de la sociedad conyugal por parte de uno de los cónyuges». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 31, enero, 2016, p. 155.

34 PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit., pp. 155-156.

35 *Cfr.* MORALES HERVIAS, Rómulo. «La falta de legitimidad del contrato en el Derecho europeo y en el Derecho Iberoamericano: inoponibilidad o ratificación», en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 30, diciembre, 2015, p. 51.

insuficiente, que no implica invalidez, por eso, el «contrato que celebra un cónyuge sin el asentimiento del otro cónyuge es perfectamente válido porque no hay ninguna causal de invalidez, pero si existe un problema en los efectos jurídicos del contrato que es la ausencia de legitimación. La legitimación la ostenta la sociedad de gananciales en su calidad de patrimonio autónomo conforme lo establece el artículo 65° del Código Procesal Civil. Así, los cónyuges tienen un interés común respecto de los bienes que conforman dicho patrimonio social, sin constituir una persona jurídica. El artículo 315° del Código Civil es una norma que regula la titularidad de los bienes de la sociedad de gananciales. Pero la legitimación nada tiene que ver con la falta de manifestación de voluntad de uno de los cónyuges. Al contrario, el cónyuge culpable manifiesta su voluntad frente al tercero pero carece de legitimación (...) El régimen aplicable al primer párrafo del artículo 315° del Código Civil es la compraventa de bien ajeno, *iura in re aliena,* mediante la aplicación del concepto de legitimación y sus consecuencias jurídicas»[36].

La ineficacia vista desde otra óptica indica que «la solución más adecuada del acto de disposición o de gravamen celebrado por uno de los cónyuges sobre un bien de la sociedad de gananciales es su calificación como acto ineficaz pero no nulo. El cónyuge preterido podrá evaluar la conveniencia o no del acto realizado por el otro

[36] MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre la teoría general del contrato.* Lima, Grijley, 2006, pp. 510, 513.

cónyuge y, si lo encuentra ventajoso para la sociedad de gananciales, lo podrá ratificar[37]. Esto se explica por cuanto existen también actos jurídicos con su eficacia suspendida hasta alcanzarla retroactivamente mediante su ratificación; en efecto, el artículo 313° del Código Civil establece que corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio común, como premisa de lo previsto en el artículo 315° del Código acotado, que somete la celebración de los actos de disposición o de instauración de un gravamen al requisito de intervención de ambos cónyuges. Por ello la realización de un acto de disposición por solo uno de los cónyuges puede considerarse, analógicamente, como uno de los actos previstos en el artículo 161 del Código Civil, *actos ultra vires*, también con ineficacia *ab initio* y en espera de lo que decida el cónyuge preterido, ya sea para resolver el acto así celebrado o para ratificarlo, conforme a la solución prevista en el artículo 162° de glosado Código[38].

Otro sector de la doctrina, afirma que la infracción del artículo 315° del Código Civil implica un supuesto de representación[39]. Se sostiene por algunos autores que en el artículo 315 del Código Civil

---

37 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Disposición de un bien de la sociedad de gananciales por solo un de los cónyuges», en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 30, diciembre, 2015, p. 15.

38 *Ibídem*.

39 «(...) el instituto de la representación informado del principio de colaboración en las transacciones jurídicas, supone que un sujeto denominado representante realice en nombre y por cuenta de otro sujeto, denominado representado, determinados actos o negocios jurídicos cuyos efectos recaen no en la esfera jurídica del representante sino en la del representado». ARATA SOLÍS, Moisés. Op. cit., p. 244.

hay un supuesto de representación, pero que resulta ser insuficiente o defectuosa porque se está arrogando el cónyuge que prescinde del otro una representación que plenamente no le corresponde, ya que al ser la manifestación del dominio del bien uno que le pertenece a ambos cónyuges, expresa un acto que no tiene la totalidad de la potestad de disposición del bien porque está ausente el concurso volitivo del cónyuge que no participa en el acto de enajenación, razones por las cuales estos actos no pueden efectuarse.

En tal sentido, se puede afirmar que la gestión de los bienes que integran el patrimonio común, corresponde a ambos, es decir, de manera conjunta administrar y disponer de estos de forma que el acto practicado sobre los bienes comunes sin que ambos cónyuges concurran con su consentimiento a la concertación de este resultará, en principio, ineficaz. A mayor precisión, debe señalarse que ambos cónyuges poseen la titularidad de los bienes que integran el patrimonio común, por tanto, respecto de los supuestos habituales de representación, en el régimen de comunidad de gananciales la actuación del cónyuge gestor, en relación a la administración o de disposición de bienes comunes, adquirirá cierta particularidad, y puede ser vista de dos perspectivas: por una parte, el cónyuge

gestor actuará en interés propio; y, por otro, actuará en representación del otro cónyuge[40].

Asimismo, este Supremo Tribunal, tal como se ha venido realizando en anteriores Plenos Casatorios, y con la finalidad de enriquecer el debate materia de este cónclave, ha contado con la participación en la **audiencia pública** de cinco *amicus curiae*, de cuyas exposiciones se hace una síntesis:

El doctor Mario Gastón Fernández Cruz, sostuvo que el problema del artículo 315° del Código Sustantivo es de índole civil, y concretamente de legitimidad, que no puede ser entendida como un presupuesto de validez del negocio sino como una circunstancia extrínseca y distinta a la capacidad. La doctrina determina que el problema de la legitimidad debe considerarse siempre un requisito de eficacia de los negocios jurídicos.

Sostuvo que el artículo 315° del Código Civil es una norma estrictamente programática, por cuanto ha contemplado como supuesto fáctico solo la intervención de ambos cónyuges; sin embargo, pueden presentarse dos supuestos: **i)** cuando uno de los cónyuges actúa a nombre propio, pero también a nombre ajeno, del del otro cónyuge; con lo cual podría darse una situación de ausencia o exceso de poder, lo que devendría en una falta de legitimidad en

[40] ARATA SOLÍS, Moisés. *La sociedad de gananciales*. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición, setiembre, 2011, p. 244.

la representación; en ese sentido, debe aplicarse el artículo 161° del Código Civil que establece como remedio a esta situación la ineficacia del acto; y, **ii)** cuando el cónyuge actúa a nombre propio y arrogándose una titularidad sobre todo el patrimonio común que no posee, debe aplicarse en este supuesto las normas de la compraventa de bien ajeno, artículos 1539° y 1540° del Código Civil, la rescisión del contrato y la reducción del precio, siendo que la rescisión es un supuesto de ineficacia. En consecuencia, el remedio sanción previsto para el artículo 315° del Código Civil siempre es la ineficacia.

El doctor Alex Plácido Vilcachagua, sostuvo que para comprender los alcances del artículo 315° del Código Civil hay que interpretar la palabra «intervención»; la cual se puede interpretar de dos maneras: la primera, que supone la intervención conjunta de ambos cónyuges y la segunda como actuación separada. Pero –precisa–, en nuestro ordenamiento jurídico este término debe interpretarse como administración o gestión conjunta, y esto es debido al principio de igualdad entre marido y mujer, reconociéndole una facultad dominial compartida a ambos cónyuges; siendo dichos cónyuges titulares de los bienes sociales y encargándosele, a marido y mujer, la facultad de adoptar la decisión sobre la disposición de los bienes sociales de carácter extraordinario que implican responsabilidad transcendente para el matrimonio.

Sin embargo, refiere que existe una administración indistinta de los cónyuges cuando se trata de actos de administración ordinaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 292° del Código Civil.

La intervención conjunta de ambos cónyuges es un caso de coparticipación, en ejercicio de la facultad dominial reconocida a ambos consortes, no se trata de un asentimiento. Es un elemento propio del acto jurídico que forma parte de su estructura, y su no participación, la falta de presencia, originaría una ineficacia estructural; es decir, una nulidad, en primer lugar, por falta de manifestación de voluntad por no existir voluntad de declarar ni voluntad declarada; y, en segundo lugar, por inobservarse una norma de carácter imperativa. No puede tratarse como un caso de anulabilidad porque la ley expresamente debe contemplarlo y, en nuestro ordenamiento, no sucede. Señala, además, que la nulidad del acto de disposición por solo uno de los cónyuges no afecta al tráfico jurídico, por cuanto el cónyuge preterido, si le interesa el acto, puede volver a realizarlo. En consecuencia, el acto de disposición por parte de un solo cónyuge tiene como sanción la nulidad.

El doctor Enrique Varsi Rospigliosi manifiesta que el tema es complejo por la institución que trata, que más que un tema patrimonial, es un tema de familia. En esta línea argumenta que el matrimonio no solo une a dos personas sino vincula y une a dos patrimonios generando un tercero denominado sociedad de

gananciales, de la cual se desprenden tres tipos de sujetos de derecho: el marido, la mujer y la comunidad de bienes o la sociedad de gananciales.

Considera que el artículo 315° del Código Civil hace mención al término «disponer» y faculta a que un cónyuge pueda dar poder a otro para que este cónyuge pueda disponer del bien; lo que se busca es resguardar y asegurar el interés de la familia. Este articulado es una norma incompleta por cuanto no establece la sanción correspondiente en caso se realice un acto de disposición unilateral o individual de un cónyuge, lo que se regula es la ocurrencia concreta del acto, pero no identifica la distorsión inmanente, por lo que han surgido una serie de posiciones para encontrar la solución.

Afirma que, si bien la tesis mayoritaria es la de la ineficacia, sin embargo, al ser un tema de familia, no se puede establecer soluciones *a priori* o establecer reglas generales. Considera que, el acto individual realizado por un cónyuge, obviando la intervención del otro, es un acto que tiene una eficacia suspendida, que no despliega sus efectos; pero que, sin embargo, este acto ineficaz puede ser perfectamente subsanable, por lo cual, en cualquier momento, puede participar, confirmar y ratificar. Se debe aplicar por analogía el artículo 162° del Código Civil, aplicándose retroactivamente sus efectos al momento de su celebración.

Finalmente, agrega que puede haber otras posiciones u otros casos o supuestos en los cuales el acto celebrado puede ser nulo; por ejemplo, cuando el comprador se coluda con el cónyuge en la venta de un bien, sabiendo el comprador que el bien es social y que no participa el otro cónyuge; debido a que este acto tiene un fin ilícito.

El doctor Rómulo Morales Hervias, manifestó que la tendencia doctrinaria es que todo acto de disposición o de enajenación celebrado por un solo cónyuge es un acto que carece de un requisito de eficacia, que es la falta de legitimidad.

Indica que el artículo 315° del Código Civil tiene dos disposiciones normativas: una legitimidad originaria y directa por la cual, si no existe intervención conjunta de los cónyuges, corresponde declarar la inoponibilidad; y la otra, una legitimidad indirecta, por lo que a falta de poder correspondería aplicar lo dispuesto en el artículo 161° del Código Civil; por consiguiente, ese acto sería ineficaz. Señala que el primer párrafo del artículo en mención tiene tres conceptos que son: legitimidad, falta de legitimidad que produce la inoponibilidad del contrato y la ratificación.

Propone como solución de interpretación los alcances del artículo 1669° del Código Civil que regula el arrendamiento de bien indiviso, que plantea como opción la ratificación por parte de los copropietarios; asimismo el artículo 1539° del mismo cuerpo normativo respecto a la venta de bien ajeno.

El doctor Giovani Priori Posada manifestó que el tema a tratar es un supuesto de ineficacia y no de nulidad, y que la institución jurídica que se encuentra detrás del artículo 315° del Código Civil es el instituto de la legitimación. El supuesto más claro de la falta de legitimación en la celebración de un negocio jurídico, es el de la celebración de un contrato por alguien que dice tener un poder y no lo tiene; por lo que existen sentencias donde ante la hipótesis de falta de legitimación se declara la nulidad del acto jurídico, alegando también la falta de manifestación de voluntad, aunque la solución específica es la ineficacia. Para el precitado amigo de la Corte, la ausencia de representación, de representación insuficiente o de compra de bien ajeno, son supuestos de legitimación en la celebración del acto jurídico.

Refiere a su vez que, en el derecho comparado, las soluciones al tratamiento de la ausencia de legitimación en la celebración de un acto jurídico no son uniformes. En el supuesto concreto de la compraventa del bien ajeno, el Código de Venezuela señala que es causa de anulabilidad, en el de México de nulidad, y en otros ordenamientos se decantan por la ineficacia, como son los casos de los Códigos de Uruguay, Chile, Colombia, Bolivia y Paraguay.

Sin embargo, señala que debe diferenciarse ciertas hipótesis donde la ineficacia no podría ser la solución y que debería tomarse en cuenta: **i)** disposición a título gratuito de un bien de la sociedad de

gananciales a un tercero de buena fe; **ii)** disposición a título gratuito de un bien de la sociedad de gananciales a un tercero de mala fe; **iii)** disposición a título oneroso de un bien de la sociedad de gananciales a un tercero de buena fe; **iv)** disposición de un bien de la sociedad de gananciales a un tercero de mala fe; **v)** acto de disposición, cuando el cónyuge perjudicado ha actuado de mala fe o no ha sido diligente respecto a la información que ha proporcionado a Registros; **vi)** cuando se grava un bien de la sociedad de gananciales en provecho propio; y, **vii)** cuando se grava un bien de la sociedad de gananciales en provecho de la sociedad de gananciales.

Las soluciones a estas hipótesis serán distintas, así, por ejemplo, el cónyuge afectado, que actúa de mala fe, no puede beneficiarse con algún remedio previsto por el sistema jurídico; entre otras respuestas a las hipótesis planteadas.

Finalmente, recomendó a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de la reconducción de la pretensión como un supuesto de excepción al principio de congruencia procesal; en el caso, por ejemplo, que el pleno considere que el acto jurídico celebrado con la intervención de solo uno de los cónyuges es ineficaz, pero que un ciudadano, después del pleno o incluso antes, haya planteado una demanda de nulidad; o en el caso de error al momento de elegir un remedio para la hipótesis fáctica concreta. Esta reconducción debería realizarse

en primera instancia, quizás en la fijación de puntos controvertidos, con lo cual evitaría que las demandas terminen siendo resueltas por temas formales.

D. Interpretación sistemática del artículo 315° del Código Civil

Este Supremo Tribunal, considera necesario interpretar de manera sistemática el artículo 315° del Código Civil, conforme a las normas y principios propios del derecho de familia. Estas normas nos dicen que la gestión del patrimonio familiar corresponde, en inicio, a ambos cónyuges; con las salvedades que establece la ley.

Como ha quedado en claro, en la gestión de los bienes sociales de la sociedad conyugal, frente a los actos de disposición de los bienes extraordinarios o de transcendencia económica, la regla es la «intervención del marido y la mujer», a tenor de lo literalmente dispuesto en el primer párrafo del artículo bajo análisis, es decir, la intervención conjunta de los cónyuges.

Esta regla se sustenta en dos pilares: primero la protección del interés familiar y, segundo, el principio de igualdad de los cónyuges. Y es por este fundamento que el artículo 315° del Código Civil, norma imperativa de orden público, exige la intervención conjunta de ambos cónyuges en el acto de disposición de un bien extraordinario de la sociedad de gananciales, cuya titularidad –como ya sabemos– reposa en la sociedad conyugal.

Por norma imperativa se entiende aquella norma insustituible por la voluntad de los particulares y por orden público a los principios esenciales de nuestro ordenamiento social[41].

En conclusión, la inobservancia del requisito previsto en el artículo 315° del Código Civil (intervención conjunta), constituye causal de nulidad, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 219° del Código Civil, es decir, la consecuencia jurídica aplicable a este supuesto es la nulidad.

E. La situación del tercero adquirente respecto del acto de disposición realizado por un solo cónyuge

Debe prestarse atención ahora a la situación de los terceros adquirentes a título oneroso de buena fe pública registral.

Para este Supremo Tribunal es necesario aplicar el principio de buena fe registral para resolver la situación del tercero adquirente respecto del acto de disposición realizado por uno de los cónyuges. En ese sentido, la buena fe pública registral, consagrada en el artículo 2014 del Código Sustantivo, es aquella en virtud de la cual el tercero que adquiere con base en la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenida en la adquisición *non domino* que

[41] Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional». En *ius et veritas* 24, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 303.

realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley[42].

Como puede advertirse, el fundamento de dicho principio está en asegurar el tráfico patrimonial realizado de buena fe sobre la base de la información que obra en los Registros Públicos, lo cual permite reducir significativamente los costos de información. De esta forma, para nuestro ordenamiento, quien contrata confiado en la información registral, no puede ser perjudicado.

Se puede concluir que, si el adquirente transfirió a su vez el bien en favor de un tercero y este último lo inscribe registralmente, es de aplicación el principio de buena fe pública registral. Ello significa que la pretensión de nulidad del acto de disposición de un bien social extraordinario por uno solo de los cónyuges, no puede ser amparada frente al tercero, en aplicación de lo preceptuado por el artículo 2014° del Código Civil. Dicho tercero, resulta ser ajeno al contrato cuestionado por el cónyuge que no intervino.

Se tiene, entonces, que el sistema jurídico peruano claramente ha optado por la protección al tercero adquirente de buena fe, negando el carácter absoluto de la regla *nemo plus iuris*[43], como se aprecia de lo dispuesto por los artículos 948°, 1135°, 1542° y 2014° del

---

[42] GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario o hipotecario*. Tomo II, Madrid, Civitas, 1993, p. 227.

[43] El aforismo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habert*, quiere decir: «nadie puede disponer más derecho del que posee».

Código Civil principalmente[44]. Y es que «la norma de orden público, que obliga a la participación de los dos cónyuges en la disposición de bienes, cede frente a la seguridad del tráfico pues el adquirente no podía saber que dicha norma era aplicable»[45]

Siendo ello así, resulta que el artículo 315° del Código Civil debe ser interpretado apreciando la conexión externa de la sociedad de gananciales y, por tanto, tomando en consideración las reglas del tráfico[46]. Esto permite afirmar que la disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro es un contrato nulo, pero no repercute contra aquel tercero que lo haya adquirido conforme a los requisitos establecidos en el artículo 2014° del Código Civil.

III. Juicio de fundabilidad del recurso interpuesto por la parte demandante

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 384° del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la

---

[44] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La disposición de bienes conyugales. Reflexiones sobre dos instituciones encontradas: la nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales». Ponencia *amicus curiae* del VIII Pleno Casatorio. *Actualidad Civil* 19, enero, 2016, p. 29.

[45] MEJORADA CHAUCA, Martín. «Fundamentos de la tutela de los terceros adquirentes de buena fe», en *Estudios sobre la propiedad.* Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 144.

[46] GUZMÁN ESPICHE, Luis. «Los actos de disposición de bienes sociales celebrados por un solo cónyugue», en *Ágora*, Revista de Derecho, n.° 7 y 8, p. 416.

Republica, es decir, la función nomofiláctica aunada con la función uniformadora. Asimismo, este Tribunal Supremo, debe cumplir el deber de pronunciarse sobre los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes.

Una vez declarado el recurso de casación procedente por la causal de infracción normativa material, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 396° del Código Procesal Civil, si la Sala Suprema declara fundado el recurso deberá revocar, de forma íntegra o parcial la resolución impugnada.

Ahora bien, una garantía del debido del proceso lo constituye la debida motivación de las resoluciones judiciales, considerada como principio y derecho de la función jurisdiccional: «La motivación de la resoluciones judiciales es un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y al mismo tiempo un derecho de los justiciables de obtener una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas[47]», consagrado en el artículo 139°, inciso 5 de la Carta Magna, la misma, que ha sido recogida en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el inciso 6 del artículo 50° e incisos 3 y 4 del artículo 122° del Código Adjetivo, y cuya contravención causa la nulidad de la resolución, tal como se dispone en las precitadas normas procesales.

[47] Expediente n.° 03433-2013/PA/TC.

Cabe señalar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 269° del Código Civil, concordante con el artículo 270° del mismo cuerpo de leyes, la prueba del matrimonio la constituye la copia certificada de la partida del registro del estado civil, o en su caso con cualquier otro medio que pruebe su existencia. En ese sentido, la profesora Olga Castro Pérez-Treviño, señala: «Ante la imposibilidad de presentar la copia certificada de la partida del Registro de Estado Civil, por pérdida o falta del registro o del acta correspondiente la norma autoriza a probar la celebración del acto jurídico matrimonial por otro medio, pero tal actuación de pruebas podrá llevarse adelante siempre y cuando previamente se acredite la imposibilidad de obtener la prueba ordinaria de matrimonio por falta o pérdida del registro o del acta correspondiente»[48].

Respecto a la denominada prueba supletoria del matrimonio, la doctrina ha señalado: «Se ha distinguido entre pruebas directas e indirectas. Las primeras tienden a acreditar específicamente la celebración del acto jurídico matrimonial, es el caso de los testigos presenciales, las fotografías, entre otras; en cambio las pruebas indirectas son las que se refieren a «hechos de los cuales pueda inferirse la existencia del matrimonio, o que aporten elementos de los cuales pueda extraerse la conclusión de que el acto tuvo lugar», es el caso de los documentos de los cuales surja el estado civil, o las

[48] *Código Civil Comentado.* Tomo II. Gaceta Jurídica. III edición, p 112.

declaraciones de testigos que dicen haber visto esos documentos»[49] que serán materia de apreciación judicial, decidir si una, otra o ambas, son suficientes para tener por probada la mencionada celebración[50].

Respecto a la publicidad, la Sala Superior al momento de resolver, no ha tenido a bien considerar las normas jurídicas referidas a la prueba del matrimonio; acto jurídico que por regla general se acredita con la partida expedida por el Registro de Estado Civil, pero que a falta de esta se acreditará su existencia con otro medio probatorio. Es importante recordar que no es necesaria la inscripción del matrimonio en el registro civil correspondiente. En el caso de autos, el matrimonio celebrado entre don Nolberto Choque Huallpa y doña Catalina Genoveva Jacay Apolonario, el mismo se encuentra probado con el acta de matrimonio adjunto en la demanda y, por tanto, produce sus efectos civiles frente a cualquier tercero.

Teniendo en cuenta las consideraciones expresadas en esta sentencia, y la infracción normativa invocada, se advierte que la Sala Superior ha interpretado erróneamente la parte inicial del artículo 315° del Código Civil, pues los actos de disposición de los bienes sociales extraordinarios o de transcendencia económica, tienen como regla la intervención conjunta de ambos cónyuges. Esta regla se

---

[49] *Cfr.* GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia y Práctica.* Juristas editores, Lima, 2009, p. 84.

[50] Gallegos Canales, Yolanda y Jara Quispe, Rebeca. Op. cit., p. 84.

sostiene en dos pilares: primero la protección del interés familiar y, segundo, el principio de igualdad de los cónyuges. Y es por este fundamento que el artículo 315° del Código Civil, norma imperativa de orden público, exige la intervención conjunta de ambos cónyuges en el acto de disposición de un bien extraordinario de la sociedad de gananciales, cuya titularidad reposa en la sociedad conyugal; norma imperativa en razón de que con ella se protege el interés familiar, tal como lo recoge el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, no siendo sustituible por la voluntad de los particulares; y, es de orden público en tanto está estrechamente vinculada a los principios esenciales de nuestro ordenamiento social (núcleo familiar); es decir, la inobservancia del requisito previsto en el artículo 315° del Código Civil (intervención conjunta), constituye causal de nulidad, regulada en el inciso 8) del artículo 219° del Código Civil, norma de remisión del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, vale decir, la consecuencia jurídica aplicable a este supuesto es la nulidad.

Se aprecia de autos que al no haber fenecido la sociedad de gananciales entre don Nolberto Choque Huallpa y doña Catalina Genoveva Jacay Apolonario, por alguna de las causales establecidas en el artículo 318° del Código Civil, la disposición del bien Sub Judice sin el consentimiento del cónyuge preterido, deviene en nulo, al haber transgredido una norma de carácter imperativo de orden público como es el caso del artículo 315° del Código Civil; en tal virtud, debe

declararse la nulidad del acto jurídico contenido en la Escritura Pública de compra venta de fecha veintitrés de enero de dos mil doce y la nulidad del acto jurídico contenido en la Escritura Pública de compra venta del quince de setiembre de dos mil doce, por haberse incurrido en la causal prevista en el inciso 8) del artículo 219° del Código Civil, que preceptúa: "El acto jurídico es nulo: En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa"; siendo que el precitado artículo V del Título Preliminar del Código Civil prevé: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

Finalmente, en referencia a la adquiriente Martha Matos Araujo, es necesario precisar que si bien adquirió el bien Sub Judice en calidad de tercero, también es cierto que no inscribió su compra ante los Registros Públicos, no ha acreditado el desembolso efectivo como contraprestación por la adquisición del predio en comento y el Notario Público ha dejado constancia que no ha utilizado ningún medio de pago a que se refiere la Ley N° 28194 (rubro constancia del contrato de compraventa cuya escritura pública data del 15 de septiembre de 2012), así como que quién está en posesión del predio es la demandante (fojas 11, proceso de desalojo seguido contra aquélla por Martha Matos Araujo; fojas 18 constancia de posesión; y, fojas 19 acta de inspección), por lo que no se encuentra protegida por el principio de buena fe registral regulado en el artículo 2014° Código

Civil, así como por la buena fe contractual normada en el artículo 1362 del glosado Código.

IV. DECISIÓN

Por las consideraciones glosadas y en virtud de lo previsto en el artículo 141 de la Constitución Política del Estado, así como al amparo de lo normado en el artículo 396 del Código Procesal Civil:

PRIMERO: SE DISPONE DECLARAR FUNDADA la casación interpuesta por Karina Judy Choque Jacay por infracción normativa del artículo 315º del Código Civil; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha 20 de abril de 2015; y actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fecha 04 de diciembre de 2014, que declara infundada; **Y REFORMANDOLA** declararon **FUNDADA** la demanda de nulidad de acto jurídico; en consecuencia, **NULO** el acto jurídico contenido en la Escritura Pública de Compraventa de fecha veintitrés de enero de dos mil doce y **NULO** el acto jurídico contenido en la Escritura Pública de Compraventa del quince de setiembre de dos mil doce; en los seguidos por Karina Judy Choque Jacay, contra Jhoel Samuel Salazar Jacay, Rocío Zevallos Gutiérrez y Martha Matos Araujo, sobre Nulidad de Acto Jurídico.

SEGUNDO: Asimismo, se declara que constituyen **PRECEDENTES VINCULANTES LOS SIGUIENTES**:

En los casos en los que los jueces de la República adviertan que un solo cónyuge, sin la intervención del otro, dispone de bienes sociales que pertenecen a la sociedad de gananciales, deberán tener lo presente lo siguiente:

a) El derecho de propiedad es un derecho humano de primera generación y por tanto la protección de este derecho exige que se desestime cualquier conducta o artificio con la que se pretenda desconocerlo, afectando los derechos patrimoniales de una de las partes en el dominio de un bien que les pertenezca en su condición de cónyuge.

b) Las normas que se aplican para la co-propiedad de los bienes, resultan ser aplicables supletoriamente cuando se trata de la disposición indebida de los derechos que son inherentes a la sociedad de gananciales en la institución matrimonial, aun cuando existiendo este vínculo, los documentos personales de cada cónyuge no hagan constar esta condición de sus relaciones matrimoniales.

c) Las reglas de tutela del derecho de propiedad deben estar esencialmente orientadas a impedir en todos los casos el ejercicio abusivo de los derechos inmobiliarios de uno de los cónyuges, cuyo comportamiento a su sola iniciativa se impulse para tratar de disponer de los bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales.

d) La actuación conjunta a que se refiere el artículo 315° del Código Civil, constituye la regla para los actos de disposición de bienes sociales.

e) Para disponer de los bienes sociales, se requiere que en el acto de disposición intervengan ambos cónyuges por mandato expreso del artículo 315° del Código Civil, como elemento constitutivo necesario para la validez del acto jurídico. Por ello, el acto de disposición de un bien social realizado por uno solo de los cónyuges, sin la intervención del otro, es nulo por ser contrario a una norma imperativa de orden público, según el inciso 8) del artículo 219° del Código Civil, concordante con el artículo V del Título Preliminar del acotado Código.

f) Tratándose del caso referido al cónyuge que dispone del bien social, que actúa en nombre de la sociedad de gananciales excediéndose del poder especial otorgado por el otro cónyuge, *actos ultra vires*, el acto de disposición deberá reputarse ineficaz en virtud de lo dispuesto en el artículo 161° del Código Civil.

g) Cualquiera de los cónyuges puede reivindicar el bien que pertenece a la sociedad de gananciales, en el caso de que uno solo de ellos hubiera dispuesto de la propiedad en común.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO CASATORIO CIVIL

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso de nulidad de acto jurídico, seguido por Karina Judy Choque Jacay con Rocío Zevallos Gutiérrez y otros; y lo devolvieron.-

SS.

WALDE JÁUREGUI

HUAMANI LLAMAS

VALCÁRCEL SALDAÑA

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

CUNYA CELIS

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

J. MANUEL FAJARDO JULCA
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

18 SET. 2020

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VIII PLENO CASATORIO CIVIL

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS MENDOZA RAMÍREZ, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA Y CALDERÓN PUERTAS SON LOS SIGUIENTES:

En los seguidos por Karina Judy Choque Jacay contra Johel Samuel Salazar Jacay, Rocío Zevallos Gutiérrez y Martha Matos Araujo sobre nulidad de acto jurídico, materia del presente Pleno Casatorio Civil, emitimos el siguiente voto:

I. INTRODUCCIÓN

1. El tratamiento desplegado por los diversos órganos jurisdiccionales del país con respecto a la disposición unilateral de bienes de la sociedad de gananciales ha dado lugar a criterios interpretativos contradictorios, existiendo pronunciamientos que, por un lado, consideran que se está ante casos de invalidez de actos jurídicos y, otros, que, más bien estiman que es un asunto de ineficacia.

2. La convocatoria al VIII Pleno Casatorio Civil propuso "dilucidar si el acto jurídico por el que uno de los cónyuges dispone de los bienes de la sociedad de gananciales sin la intervención del otro es un acto jurídico nulo, anulable o ineficaz, lo que presupone establecer los alcances de lo prescrito en el artículo 315 del Código Civil" [considerando cuarto].

3. Este Pleno Casatorio Civil tiene la responsabilidad de brindar una solución interpretativa a partir del caso concreto controvertido, que contemple el abordaje temático técnico-jurídico del instituto, así como su impacto económico y social, de manera que se convierta en una herramienta que

contribuya a fortalecer las políticas a favor de la institución familiar al interior de las relaciones entre sus miembros, así como proyectar sus alcances que la comprendan también como unidad económica, respecto a las relaciones que se generan en la economía social de mercado, tutelada por el artículo 4° de la Constitución Política del Estado.

II. RESUMEN DEL PROCESO

4. Karina Judy Choque Jacay, mediante escrito que obra en la página 39, interpuso demanda sobre nulidad de acto jurídico contra Johel Samuel Salazar Jacay, Rocío Zevallos Gutiérrez y Martha Matos Araujo teniendo como pretensión principal que: (i) se declare la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha 23 de enero de 2012 y el acto que lo contiene en el que interviene en calidad de vendedora Catalina Genoveva Jacay Apolinario y en calidad de compradora Rocío Zevallos Gutiérrez; y, como pretensión accesoria: (ii) la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha 15 de setiembre de 2012 y el acto que lo contiene, teniendo como vendedora a Rocío Zevallos Gutiérrez y como adquiriente a Martha Matos Araujo. El bien inmueble objeto de la transferencia es el ubicado en el pasaje Las Estrellas sin número, distrito de El Tambo, provincia de Huancayo, departamento de Junín (actualmente N° 230 del pasaje Las Estrellas, interior "B").

5. La demandante sostiene que el bien fue adquirido por la sociedad conyugal formada por sus padres Nolberto Choque Huallpa y Catalina Genoveva Jacay Apolinario y que luego lo adquirió por sucesión.

6. Que, su medio hermano, Johel Samuel Salazar Jacay, aprovechando el estado de salud de su madre y que la misma figuraba con el estado civil de soltera en su documento de identidad, hizo que esta vendiera el bien materia de litigio a favor de Rocío Zevallos Gutiérrez, conviviente de su referido hermano. Añade que se consignó un precio ínfimo que nunca fue entregado a su madre, no habiéndose utilizado medio de pago alguno. Agrega que no existe fe notarial respecto a la entrega del dinero y que en el contrato no participó su padre a pesar que el inmueble formaba parte de los bienes de la sociedad conyugal.

7. Posteriormente, Rocío Zevallos Gutiérrez transfirió el inmueble a Martha Matos Araujo. La demandante asegura que ambas viven en el mismo domicilio y que la última de las nombradas tenía conocimiento que el bien era de propiedad de la sociedad conyugal conformada por sus padres.

8. Refiere que las adquisiciones son nulas por las causales de: i) simulación absoluta, ii) fin ilícito; y, iii) contravenir al orden público y a la moral; por cuanto se habrían realizado de manera concertada para despojarla de la herencia de sus padres.

9. Mediante sentencia de fecha 04 de diciembre de 2014, el Juez declaró infundada la demanda, argumentando que el bien fue adquirido por la madre de la demandante cuando estaba separada de hecho, por lo que no resultaría de aplicación el artículo 315 del Código Civil. Asimismo, refiere que no se encuentra probado que la construcción realizada sobre

el bien se haya hecho con el peculio de la sociedad de gananciales o con el de la accionante.

10. La Segunda Sala Mixta de Huancayo, mediante sentencia de vista de fecha 20 de abril de 2015, confirmó la apelada.

III. JUSTIFICACIÓN DEL PLENO CASATORIO

11. Tradicionalmente, la judicatura sancionó con la nulidad del acto jurídico la disposición de los bienes conyugales realizado por uno solo de los cónyuges sin tener la representación del otro. Se valió para ello de algunos supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil. Así, el Pleno Jurisdiccional de 1997 señaló por unanimidad que "de conformidad con el artículo 219 inciso 1 del Código Civil el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente". A su vez, el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1998 reiteró que "los actos de disposición unilateral de los bienes sociales, inmuebles o muebles registrables o de derechos y acciones, que pueda hacer uno de los cónyuges sin la intervención del otro es un acto jurídico nulo[1]". Los considerandos de este último acuerdo indicaban que ello era así porque no existiría falta de manifestación de voluntad y por tratarse de un acto contrario a las leyes que interesan el orden público.

12. La misma línea de declarar nulo el acto jurídico por falta de manifestación de voluntad se puede apreciar en las casaciones 837-

[1] Ver: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4d18b20043eb77fe92dfd34684c6236a/Pleno_Jur_Nac_1998.pdf?MOD=AJPERES. Pleno Jurisdiccional de Familia 1998.

1997-Lambayeque, 1687-2003-Loreto y 2858-2007-Lambayeque[2]. Sin embargo, como ha señalado Tantaleán Odar[3], es la casación 2117-2001-Lima, la que, afincada en el tema de la nulidad, traza nuevas perspectivas, sosteniendo que lo era no por falta de manifestación de voluntad u objeto imposible, sino por fin ilícito. La referida ejecutoria suprema refiere que existe manifestación cuando el sujeto manifiesta su designio negocial, por lo que cuando un sujeto se presenta a título personal como propietario no es de aplicación el artículo 219, inciso 1, del Código Civil[4]. Añade que tampoco hay objeto jurídicamente imposible porque siendo el objeto del contrato crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, conforme lo prescribe el artículo 1402 del Código Civil, resulta perfectamente posible crear la obligación de transferir bien ajeno, puesto que esto es permitido por el artículo 1409, inciso 2, del Código Civil; finalmente, la casación indica que la verdadera razón de la nulidad es la de atentar contra el orden público, pues "el artículo 315 del Código Civil contiene una norma imperativa (...) que atiende a la protección constitucional del ámbito familiar".

13. Es también Tantaleán Odar quien da cuenta del cambio de parecer en la judicatura. Así, comentando la casación 111-2006-Lambayeque, indica que ella rompió el esquema anterior al sostener que debía "variar criterios anteriormente establecidos" para sostener que "la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen, no supone un

[2] Otras sentencias: el expediente 1071-1995-Puno, la casación 1385-2002-Huánuco.

[3] Ver libro: TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *Nulidad del acto jurídico. Problemas Casatorios.* Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

[4] Según la ejecutoria, supuestos de falta de manifestación de voluntad serían los casos de incapacidad natural del agente, el error en la declaración, la declaración hecha en broma y la violencia

requisito de validez del acto jurídico, sino supone una adecuada legitimidad para contratar (...) la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominada legitimidad para contratar". Este criterio fue compartido por las casaciones 907-2008-Arequipa, 427-2007-Piura, 3437-2010-Lima y 2893-2013-Lima las que consideraron también que se estaba ante casos de ineficacia, por ser un tema de representación sin poder o ser un asunto de falta de legitimación similar a los de los casos de compraventa de bien ajeno.

14. A tono con esos nuevos criterios, la judicatura fue modificando su versión, de modo que cuando en el año 2015 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional[5], las tesis en discusión sobre la disposición de bienes de la sociedad conyugal, fueron la de nulidad e ineficacia, habiéndose adoptado por mayoría la segunda ponencia por ajustados 49 votos contra 43 de la posición contraria y 2 abstenciones. Resulta, por lo demás esclarecedor saber que en dicho Pleno hubo 10 grupos de trabajo y que se optó por la nulidad por razones tan diversas como considerar: (i) que había falta de manifestación de voluntad del cónyuge que no participó en el acto jurídico; (ii) que el objeto es jurídicamente imposible "toda vez que la ley establece que para disponer de bienes de la sociedad de gananciales se necesita el consentimiento de ambos cónyuges"; (iii) que hay fin ilícito "pues existiría la voluntad de engañar y

[5] Las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional 2015 se encuentran en la página del Poder Judicial. Ver: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed/Nacional+civil+y+procesal+civil+arequipa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed

perjudicar al cónyuge que no interviene" en el acto jurídico; o (iv) que se trata de acto contrario a lo prescrito en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, en tanto las "normas vinculadas a la familia son de orden público, de estricto cumplimiento".

15. No menos importante fue lo que se manifestó en orden a favorecer la tesis de la ineficacia. El grupo número 3 del Pleno expresó que no sería de aplicación el artículo 315 del Código Civil, "sino que el caso nos remitiría al supuesto de venta de bien ajeno", agregando que la ineficacia sería la mejor opción "en la medida que se trataría de una pretensión de naturaleza imprescriptible". Por su parte, el grupo número 5 indicó que "es un caso de ineficacia, la que conlleva a que dicho acto no es oponible al otro cónyuge, por tanto, dicho acto puede ser convalidado por el otro cónyuge que no interviene". Otro grupo, el número 6, sostuvo que se trataba de acto ineficaz por atribuirse falsa representación, por no contar con autorización, no tener facultades o por falta de legitimación; similar línea fue la que expresó el grupo 10. Pero es el grupo número 2 el que, a pesar de considerar que se estaba ante un caso de ineficacia, desarrolló un tema de orden procesal relevante que es menester señalar. Dijo: "Que, tan importante como establecer si estamos ante un supuesto de ineficacia por venta de bien ajeno, ineficacia por defecto o ausencia de representación o nulidad por falta de manifestación de voluntad, lo concreto es que en todos los casos lo que alega el cónyuge es que no participó ni autorizó en forma alguna el acto que impugna. En este sentido, y entendiendo que la pretensión

procesal es algo mucho más amplio que el simple petitorio, y que lo esencial es la causa de pedir, en ningún caso podrá declararse improcedente la demanda si es que el Juez discrepa de la calificación jurídica efectuada al acto por la parte demandante, sino que deberá resolver de acuerdo a la naturaleza del vicio o defecto que considere se ha consumado; esto no afecta el principio de congruencia (porque la causa de pedir no se altera y por ende no se afecta el debate sustancial), además que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso".

16. Los criterios dispares no solo originaron sentencias contradictorias, sino, además, como había avizorado el Pleno Jurisdiccional Nacional del 2015, que las demandas fueran declaradas improcedentes cuando se invocaba la nulidad del acto jurídico y el órgano jurisdiccional consideraba que lo que debía demandarse era ineficacia o viceversa. Por lo demás, como se reitera, aun resolviendo el fondo del asunto, la jurisprudencia no es uniforme.

17. Tal incertidumbre no ha concluido, habiéndose optado en algunos casos, para evitar el dilema aquí anotado, en acumular subordinadamente las pretensiones de ineficacia y nulidad. Ronquillo Pascual ha señalado sobre el punto: " Finalmente, siendo este el contexto, nos parece que, por el momento, mientras se desconozca la tesis que en definitiva acogerá el VIII PCC, lo más inteligente que podrían hacer quienes pretendan cuestionar un acto de disposición de un bien social realizado por un solo cónyuge, es plantear en sus demandas una acumulación

subordinada de las pretensiones de nulidad e ineficacia por falta de legitimidad, así se asegurarían un pronunciamiento sobre ambas pretensiones[6]".

18. De lo expuesto sigue la necesidad de acabar con la inseguridad jurídica que propicia el estado actual de las cosas, en tanto, el perjuicio para el ciudadano que no sabe a qué decisión atenerse es evidente. No se trata, por tanto, de un debate artificioso, sino que tiene consecuencias prácticas, más aún si los efectos de la nulidad y la anulabilidad son distintos a la ineficacia.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

19. El artículo 315 del Código Civil regula que "para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales".

20. El enunciado regula los siguientes supuestos:

---

[6] RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *¿Es imprescriptible la "acción" de ineficacia y deberán reconducirse las demandas de nulidad?*
En: Laley.pe, Los temas "secundarios" del VIII pleno sobre actos de disposición de bienes sociales, 2016.
https://laley.pe/art/3065/-es-imprescriptible-la-ldquo-accion-rdquo-de-ineficacia-y-deberan-reconducirse-las-demandas-de-nulidad-

- La disposición de bienes sociales inmuebles, sin poder especial del otro.
- La disposición de bienes sociales muebles.
- La disposición de bienes sociales, ya sean muebles o inmuebles regidos por leyes especiales.
- Por extensión, esta regulación podría extenderse al régimen de convivencia.

21. En lo que atañe a la disposición de los bienes sociales conforme a lo prescrito por leyes especiales, no existe mayor dificultad; en tal caso, las prestaciones han de regirse por lo que la ley allí disponga.

22. En cuanto a los bienes sociales muebles estimamos que se debe seguir la misma lógica que para todos los bienes sociales, no debiéndose confundir el acto de disposición mencionado en el primer párrafo del artículo 315 del Código Civil, con el de adquisición al que se refiere el segundo párrafo de dicha norma. En todo caso, si para adquirir hay que disponer de los bienes sociales, deben seguirse las mismas reglas que aquí se señalan.

23. Por consiguiente, la controversia se reduce[7] a discutir las consecuencias de este esquema normativo:

¿Qué sucede si uno de los cónyuges, sin la intervención del otro, pretende disponer o gravar bienes sociales, siempre que no se trate de

[7] MORENO MORE, César. *Desvíos (no muy) doctrinales en materia de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges*. En: Aa. Vv. Los plenos civiles vinculantes de las Cortes Superiores. Lima, 2016, pp. 85-103.

la adquisición de bienes muebles y no cuente con poder especial del otro cónyuge?

V. LAS POSTURAS EN DISPUTA

24. Tres tesis distintas se ofrecen para responder el tema en debate. El punto de partida está marcado por perspectivas doctrinales y jurisprudenciales divergentes entre sí, las cuales proponen que la celebración de actos o negocios jurídicos de disposición de un bien social con prescindencia del consentimiento del cónyuge no interviniente ocasiona que los mismos devengan en nulos, anulables o ineficaces.

5.1. La tesis de la nulidad

25. Según Lizardo Taboada, el acto jurídico es nulo cuando "[...] le falte un elemento, o un presupuesto, o un requisito, o sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres o cuando infrinja una norma imperativa"[8].

26. Esta tesis propone, en primer término, la ausencia de manifestación de voluntad del agente como desencadenante de la nulidad, debido a que "la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en cuotas iguales (alícuotas) y es distinto al patrimonio de cada cónyuge que lo integra"[9].

---

[8] TABOADA, Lizardo. En: *Comentarios al Código Civil. Causales de nulidad del acto jurídico.* Revista de Derecho THEMIS, N° 11, Lima, 1988, p. 71.

[9] SORIA, Alfredo. *¿Es inválido el acto jurídico de disposición efectuado por un solo cónyuge?* En: Gaceta Jurídica, N° 230, Lima, 2013, pp. 25-26.

27. Entendiéndose a la "declaración de voluntad de la parte"[10] como un elemento del acto de autonomía privada que exterioriza la voluntad interna del agente, la teoría de la nulidad resalta que en el acto de disposición unilateral de un bien social solo uno de los cónyuges exterioriza su voluntad para celebrar el acto de disposición.

28. En opinión de Plácido Vilcachagua, la administración separada de la sociedad de gananciales no tiene cabida en la regulación del Código Civil peruano[11]. El fundamento es que la intervención de los cónyuges representa un caso de coparticipación en la disposición de los bienes sociales y no un mero asentimiento, de modo tal que, en defecto de la intervención del binomio matrimonial, el acto de disposición adolece de nulidad.

29. López Liz comparte dicho razonamiento en la medida que la disposición de bienes gananciales ha de hacerse conjuntamente por ambos cónyuges, con la salvedad que cualquiera de ellos hubiese sido autorizado judicialmente (con aprobación del cónyuge no interviniente) para participar del acto jurídico[12].

30. En lo que concierne a la jurisprudencia nacional, la casación N° 837-97-Lambayeque adoptó la nulidad del acto jurídico, porque:

---

[10] MORALES, Rómulo. *Las patologías y los remedios del contrato*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, 2010, p. 176. En: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4682

[11] En: Legis.pe, La disposición de un bien de la sociedad de gananciales en el que no interviene uno de los cónyuges: ¿nulo o ineficaz?, 2015. https://legis.pe/la-disposicion-de-un-bien-de-la-sociedad-de-gananciales-en-el-que-no-interviene-uno-de-los-conyuges-nulo-o-ineficaz/

[12] LÓPEZ, José. *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Capítulo 1: Bienes inmuebles gananciales. Su adquisición, administración y disposición en la sociedad conyugal, Editorial Bosch, Madrid, 1998, p. 36

> Para disponer de los bienes sociales se requiere del consentimiento de ambos cónyuges, no pudiendo haber disposición por parte de uno de ellos de porcentajes de los bienes sociales, por cuanto no existen alícuotas sobre las que cada cónyuge ejerza el derecho de propiedad [...].

31. Análogamente, el Pleno Jurisdiccional Civil de 1997 [Acuerdo del tema 2] concluyó que:

> De conformidad con el artículo 219, inciso 1, del Código Civil el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente. Para disponer de los bienes sociales se requiere la participación del marido y la mujer, que conjuntamente constituyen un patrimonio autónomo. Así, como el agente por lo tanto es la sociedad conyugal y no uno solo de sus partícipes, el acto jurídico por el que uno de los cónyuges dispone de bienes sociales sin la participación del otro, es nulo por no cumplir con los requisitos de validez del acto jurídico que exige el Código Civil.

32. El segundo supuesto de nulidad invoca el fin ilícito que subyace al acto celebrado entre el cónyuge interviniente y el adquiriente, pues existiría la voluntad de engañar y perjudicar al cónyuge que no interviene en dicho acto jurídico[13].

---

[13] Cuarto Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil 2015. Conclusiones, Tema 2: El acto jurídico celebrado sin poder, p. 10. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed/Nacional+civil+y+procesal+civil+arequipa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed

33. Otra causal alegada es la imposibilidad jurídica del objeto. En esa línea interpretativa, el Cuarto Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil del año 2015, expresó que "el objeto del acto es jurídicamente imposible, toda vez que la ley establece que para disponer de los bienes de la sociedad de gananciales se necesita el consentimiento de ambos cónyuges". Se desprende del citado anterior que la teoría de la nulidad considera que el objeto del acto de disposición unilateral de bien social es imposible jurídicamente, en la medida que no se encuentra realmente dentro de la esfera jurídica del cónyuge celebrante.

34. Por último, esta teoría alega que la disposición unilateral de los bienes sociales resulta contraria a las leyes que interesan al orden público (Artículo V del Título Preliminar del Código Civil). El orden público –según Francesco Galgano- es el conjunto de aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento[14].

5.2. La tesis de la anulabilidad

35. En cuanto a la anulabilidad, se trata de una tesis que se afinca más en asuntos prácticos que en orden teórico. Así, esta posición salta desde la nulidad, a la que teóricamente se afilia, a la anulabilidad por asuntos de poder preservar el acto jurídico viciado si resulta conveniente para el cónyuge que no participó en él. En efecto, Plácido Vilcachagua, luego de sostener que se está ante un caso de nulidad (ya por falta de

[14] GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*, Casa Editrice Dott, Antonio Milani-CE-DAM, Padova, 1990, volumen II, tomo I, p. 273

manifestación de voluntad, ya por vulnerar el artículo 219, inciso 8 del Código Civil) termina concluyendo que si el cónyuge afectado no tiene nada que oponer al acto realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien prefiere proteger su interés de algún otro modo, de acuerdo con su consorte "no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad[15]".

36. De la misma forma, Almeida Briceño ha sostenido que "en atención a que la solución que debe asumir nuestro ordenamiento jurídico debe tener en cuenta, por una lado, las características que son propias del régimen jurídico que gobiernan las relaciones económicas de los cónyuges y, por otro lado, debe ajustarse al ordenamiento jurídico que señala las causales de ineficacia de los actos jurídicos, consideramos que la opción que debe optar el legislador nacional es la anulabilidad de los actos de disposición arbitraria del patrimonio social[16]".

37. Como es evidente, lo que se quiere con esta tesis es evitar que se perjudique totalmente un acto jurídico por la declaración de nulidad en los casos que el cónyuge afectado quisiera mantener su eficacia, lo que no sería posible en los casos de invalidez absoluta.

38. Hay que reparar que una de las propuestas de reforma del Código Civil[17], la del 2006, acoge esta tesis indicando que se está ante un acto

---

[15] PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima, 2003, p. 375. Voz: Disposición de los bienes sociales

[16] ALMEIDA BRICEÑO, José. *La sociedad de gananciales*. Grijley, Lima, 2008, p. 216.

[17] Publicada en la separata especial del Diario Oficial El Peruano, Lima, 11 de abril de 2006.

anulable, siguiendo al parecer, las pautas del artículo 1322 del Código Civil español que prohíbe que: "Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos".

5.3. La tesis de la ineficacia

39. En palabras de Marcial Rubio, la eficacia consiste en la aptitud del acto jurídico para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan[18]. Por lo tanto, se concluye que la ineficacia es la incapacidad de dicho acto para producir efectos jurídicos, ya sea por su inadecuada constitución o porque la verificación de circunstancias exógenas le impiden surtirlos.

40. Pese a que el análisis jurídico plasmado en varios fallos asumía la nulidad como consecuencia jurídica, la casación N° 111-2006-Lambayeque llega a establecer que este acto de disposición unilateral es ineficaz porque:

> [...] la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino supone una adecuada legitimidad para contratar. [...] la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el

[18] RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico.* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 11.

cual implica el poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica [...]

41. Con motivo de este pronunciamiento, Tantaleán Odar expresó que la referida casación rompe todo el esquema anterior, afirmando que no estamos ante acto jurídico nulo, sino uno ineficaz, "al mismo estilo del falso representante"[19].

42. La casación N° 3437-2010-Lima también se inclina por la ineficacia como consecuencia jurídica:

> Octavo.- A partir de la premisa de que ninguno de los cónyuges, en forma individual, puede disponer de derechos de propiedad sobre los bienes sociales (salvo el caso excepcional), podemos concluir que cuando uno solo de ellos se compromete a gravar o disponer el patrimonio de la sociedad de gananciales, nos encontramos ante un acto jurídico [...] en la que existe una falta de representación de uno de los cónyuges o de la disposición de derechos de uno de ellos, [...] lo que no significa que el acto jurídico en sí sea nulo [...]; en consecuencia, tal como lo ha establecido la sentencia de vista, el petitorio de la demanda alude al supuesto de ineficacia regulado por el artículo 161 del Código Civil, y no a la causal invocada por la recurrente [...]

[19] TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *Op. cit.*, p. 333.

43. En cuanto a la doctrina nacional, Fernández Cruz propone la ineficacia en sentido estricto como sanción al acto de disposición de un bien social que es celebrado por un cónyuge, premisa que desarrolla a partir del siguiente ejemplo:

> Cuando nos preguntamos si un menor de edad puede realizar negocios jurídicos, entonces estamos discutiendo defectos intrínsecos (cualidades intrínsecas de la persona) del sujeto (...). La situación es completamente diferente si nos preguntamos por el poder de disposición. Aquí no están ya en discusión cualidades intrínsecas del sujeto, sino la posición de este respecto a determinadas cosas o bienes considerados como posibles objetos de negocios jurídicos (circunstancias extrínsecas al negocio)[20].

44. Agrega que el artículo 315 del Código Civil contempla dos supuestos de hecho:

a) Cuando uno de los dos cónyuges actúa en nombre propio y en nombre ajeno respecto a su otro cónyuge; y respecto a esta última actuación se presenta un supuesto de exceso o ausencia de poder.
b) Cuando uno de los cónyuges actúa en nombre propio haciendo pasar como suyo el patrimonio común, ignorando el comprador que el bien es un bien social.

---

[20] FERNÁNDEZ, Gastón. *La disposición de los bienes conyugales. Reflexiones sobre dos instituciones encontradas: la nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales*. Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 31, Lima, 2016, p. 28.

45. Esta segunda premisa es, precisamente, la que explica el panorama de la controversia jurídica que nos convoca. En este supuesto, se observa el defecto externo – llamado "patológico" por Fernández Cruz- al momento de la celebración contractual: la falta de legitimidad o poder de disposición[21].

46. Por su parte, Varsi Rospigliosi refiere que la finalidad del artículo 315 es proteger el interés familiar, cuya vulneración se sanciona con la ineficacia suspendida[22]:

> Este negocio es por lo general irrelevante respecto del *dominus* (sociedad conyugal); sin embargo, *inter partes* no es ni nulo ni anulable, es un negocio ineficaz o, con más precisión, un negocio con eficacia suspendida porque, en todo caso, se atribuye al interesado un derecho de ratificación.

47. Morales Hervias considera que el primer párrafo del artículo 315 recoge una legitimidad directa (participación de ambos cónyuges) y una legitimidad indirecta (posibilidad de representación). Afirma que la falta de esa legitimidad origina la ineficacia del acto de disposición, en tanto la inoponibilidad se perfila como la solución más adecuada. Concluye señalando que estos actos de disposición unilateral de los bienes sociales serán válidos y eficaces para el cónyuge que dispuso del bien y

---

[21] FERNÁNDEZ, Gastón. Ibídem. pp. 32-33.

[22] SANTORO, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducción de Luna Serrano. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 360. Citado por: VARSI, Enrique y TORRES, Marco. *El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil. La disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge*. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 31, Lima, 2016, pp. 99-116.

para el tercero, pero no para la sociedad de gananciales. Esta última asumirá los efectos del acto jurídico si el otro cónyuge lo ratifica[23].

48. A su vez, Priori Posada afirma que la sanción a lo dispuesto por el artículo 315 del Código Civil es la ineficacia por falta de legitimación:

> (...) con la legitimación no se trata de atribuir una relación jurídica en razón de la cualidad natural de la persona, como sería en el caso de la capacidad; sino más bien en razón de una cualidad jurídica, cualidad jurídica que a decir de Carnelutti consiste, no en las condiciones naturales de la persona, sino más bien en la pertenencia de otra relación jurídica (...)[24].

49. Plantea que la solución procesal que podrían asumir los jueces frente a los casos ya planteados de nulidad de acto jurídico, sería la reconducción de la pretensión como un supuesto de excepción al principio de congruencia. Por lo tanto, el juez desempeñará un rol preponderante al momento de analizar cada caso con suma diligencia.

VI. LA INTERVENCIÓN DE LOS *AMICI CURIAE*

Las posiciones expresadas por los amigos de la curia fueron las siguientes:

50. Priori Posada sostuvo que el acto jurídico era ineficaz y no nulo, y que lo es por falta de legitimación. Aunque reparó que tal término no es el utilizado por el legislador, señaló que los supuestos más claros de falta

---

[23] En: NINAMANCCO, Fort. *La audiencia pública del VIII Pleno Casatorio Civil: Un análisis.* Legis.pe, 2015.

[24] PRIORI, Giovanni. *La legitimación como presupuesto de eficacia de los negocios jurídicos. Su aplicación en la disposición de un bien de la sociedad conyugal por parte de uno de los cónyuges.* Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 31, Lima, 2016, pp. 129-158.

de legitimación los contempla el artículo 161 y la venta de bien ajeno, y que eso mismo es lo que sucede con el artículo 315 del Código Civil. Luego, hizo referencia al tratamiento del tema en la legislación extranjera y expresó que hay por lo menos 7 hipótesis en la que la ineficacia no es la solución: (i) transferencia a título gratuito a tercero con buena fe; (ii) transferencia a título gratuito a tercero con mala fe; (iii) transferencia onerosa a tercero con buena fe; (iv) transferencia onerosa a tercero con mala fe; (v) el otro cónyuge (en cualquiera de los casos anteriores) ha actuado de mala fe o no ha sido diligente; (vi) cónyuge grava bien en provecho propio; y (vii) cónyuge grava bien en provecho de la sociedad. Priori Posada también manifestó que la prescripción es propia de la acción personal y que debería flexibilizarse el principio de congruencia procesal, reconduciéndose el proceso (quizás hasta la estación de fijar los puntos controvertidos) cuando se demanda por nulidad.

51. Morales Hervias indicó que todo acto de enajenación por parte de uno de los cónyuges es ineficaz por falta de legitimación y así lo han recogido las legislaciones de México, Venezuela, Colombia, Chile, entre otras. Sostuvo que hay 3 conceptos que deben tenerse en cuenta: legitimidad, falta de legitimidad e inoponibilidad. Añadió que, en el caso en debate, el acto de disposición no es uno que deba resolverse bajo el argumento de la falta de manifestación de la voluntad porque nadie cuestiona la de los que suscriben el negocio; que no hay objeto jurídicamente imposible porque el ordenamiento permite la venta de bien ajeno y que no hay fin ilícito porque el adquiriente no sabe que el bien es de propiedad de la

sociedad conyugal. Finalizó indicando que la inoponibilidad era imprescriptible

52. Fernández Cruz señaló que el problema de disposición de uno de los cónyuges de los bienes de la sociedad es un asunto de ineficacia, propiamente de falta de legitimidad y no de nulidad. Expresó que el artículo 315 del Código Civil no establece la sanción a imponer cuando se vulnera la norma e indicó que dicho dispositivo contiene dos supuestos: (i) que el cónyuge actúe a nombre propio y a nombre ajeno; en este último caso por exceso o ausencia de poder; y (ii) que el cónyuge actúe como si el bien solo fuera de él. El primer caso, señala el profesor Fernández Cruz, se resuelve conforme a lo estipulado en el artículo 161 del Código Civil; en el segundo supuesto, atendiendo a las normas propias de la venta de bien ajeno. Finalizó su exposición indicando que el artículo 219, inciso 1 del Código Civil no resulta aplicable al tema en cuestión, pues la manifestación de voluntad que se menciona en el referido dispositivo solo puede establecerse sobre los sujetos que intervienen en los actos jurídicos y no sobre aquellos que no participan en él (en estricto, el/la cónyuge perjudicado(a)).

53. Varsi Rospigliosi señaló que el artículo 315 del Código Civil es una norma de protección a la familia y, por extensión, a las uniones convivenciales que encuentra justificación en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado. Para Varsi Rospigliosi el acto de disposición de bienes de la sociedad conyugal es uno con eficacia suspendida, lo que permite que se pueda confirmar o ratificar, es decir,

"rescatar" sus efectos y, en consecuencia, operar de manera retroactiva y reducir costos, lo que es congruente con la tendencia moderna de flexibilizar la participación de ambos cónyuges. No obstante, mencionó que en algunos casos el acto será nulo, por ejemplo, cuando haya colusión entre el cónyuge con el tercero, lo que configuraría un fin ilícito.

54. Por su parte, Plácido Vilcachagua opuso el Código Civil argentino al peruano. En el primero -dijo- la transferencia de bienes de la sociedad conyugal requiere el asentimiento del otro cónyuge; en cambio, en el peruano hay una facultad de dirección compartida, por lo que no se está ante un supuesto de falta de legitimidad, pues la naturaleza jurídica de la intervención conyugal expuesta en el artículo 315 del Código Civil es de coparticipación y no de asentimiento. Plácido Vilcachagua sostuvo que la referida norma es una imperativa de actuación conjunta; sin embargo, agregó, que, aunque propiamente es un asunto de nulidad por falta de manifestación de voluntad (dado que no hay voluntad por declarar ni voluntad declarada), habría que preferir la anulabilidad, pues no se afecta un interés general. No obstante, lamenta que la ley no contemple esa anulabilidad. Terminó expresando la necesidad de integrar los datos de Reniec a fin de culminar con posibles fraudes.

VII. ANÁLISIS CRÍTICO

7.1. DESCARTANDO LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD

55. Hay que descartar las tesis sobre la nulidad. Gastón Fernández Cruz refiriéndose a la supuesta falta de manifestación de voluntad ha dicho:

"(c)reo que sobre esta afirmación subyace un grave problema de error conceptual y es fácil de ser visualizado sobre lo que voy a predicar; en primer lugar, la ausencia de manifestación de voluntad de un sujeto solo puede predicarse sobre un sujeto que interviene en un negocio jurídico, es decir, que no podemos decir que falta la manifestación de voluntad de alguien que no interviene en un negocio determinado, cuando uno de los cónyuges interviene en un negocio jurídico y declara vender arrogándose una representación que no tiene del otro cónyuge o una titularidad de este otro cónyuge que no posee, el negocio jurídico se celebra siempre a un sujeto que expresa una voluntad y por lo tanto no hay forma de afirmar que no existe la declaración de voluntad. Hay una declaración de voluntad, lo que no hay es la legitimidad para disponer del bien común[25]".

56. En efecto, la tesis de la falta de manifestación de voluntad ignora que el artículo 1351 del Código Civil prescribe que el contrato es el acuerdo de dos o más partes. Es dicho acuerdo el que es materia de análisis para establecer la relación obligacional; por tanto, existe falta de manifestación de voluntad cuando una de las partes que suscribe el acuerdo no la ha expresado válidamente, por ejemplo, en la celebración de un contrato en una ficción teatral o en salón de clases como ejemplificación didáctica; cuando en una subasta, tras la oferta del subastador, se levanta una mano, no porque la persona a quien pertenece la mano haya querido aceptar la oferta, sino porque su vecino le ha cogido el brazo y se lo ha

[25] Ambas expresiones se encuentran en los borradores de su exposición como *amicus curiae* el día del Pleno Casatorio.

levantado[26]; pero cuando entre el (la) cónyuge enajenante y el comprador existe tal manifestación, el contrato no estará afectado por este vicio porque las personas que participaron en el negocio jurídico manifestaron su voluntad. No es la voluntad de alguien que no interviene en el contrato la que se valora, sino solo la de aquellos que participan en él[27].

57. De otro lado, Moreno More ha señalado que el objeto es jurídicamente imposible "cuando no sea un bien en sentido jurídico (es decir, no pueda formar parte del tráfico jurídico), su titularidad no pueda ser asignada a los particulares o el objetivo perseguido constituya un sinsentido jurídico (como en el caso de la venta de un bien del propietario al mismo propietario o la hipoteca de un bien mueble)"[28]. Ninguna de dichas circunstancias ocurre en el presente caso, desde que la venta de bien ajeno es admitida en nuestra legislación, de manera que siendo posible que forme parte del tráfico jurídico, cabe asignar a los participantes en él la titularidad respectiva. Por lo demás, como el mismo autor ha reparado, no se entiende cómo se puede sostener que el objeto es jurídicamente imposible señalando que lo es por la no intervención de un sujeto[29].

58. Asimismo, María Vargas objeta este argumento, porque la posibilidad jurídica está respaldada por los derechos que el cónyuge celebrante tiene sobre los bienes sociales como integrante de la sociedad conyugal:

---

[26] GALGANO, Francisco. *El Negocio Jurídico*. Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 258.

[27] "Los casos de falta de acuerdo se dan cuando falta la pluralidad de centros de interés, cuando falta la pluralidad de las declaraciones o porque una de ellas proviene de una persona que ha actuado bajo nombre falso, ha falsificado la suscripción del contrato o proviene de persona no legitimada para hacerlo (casos en los que no coinciden la identidad de los sujetos destinatarios de las declaraciones, sea oferta o la aceptación), cuando las declaraciones contractuales no coinciden o cuando coincidiendo son consideradas tardías". MORENO MORE, César. Ob. cit., p. 96.

[28] MORENO MORE, César. Ibídem, p. 98.

[29] MORENO MORE, César. Ibídem, p. 97.

(...) el negocio jurídico celebrado por el falso procurador recae sobre un objeto que es jurídicamente posible ya que, en principio, dispone de un bien social sobre el cual tiene derechos debido a que es parte junto a su consorte de la sociedad. En otras palabras, se dispone de un bien jurídicamente posible sobre el que se tiene derechos sociales[30].

59. En cuanto al fin en el acto jurídico, debe precisarse que la causa para la celebración del negocio no puede confundirse con los móviles del contrato, ni tampoco todos los motivos (causa fin subjetiva) pueden ser tenidos como causa, sino solo "aquellos motivos determinantes de la voluntad del sujeto que han sido manifestados expresa o implícitamente (...) y que por tanto son conocidos o han debido conocerse por las partes[31]". Por consiguiente, solo podría hablarse de causa ilícita cuando las dos partes tenían como objetivo sustraerse de sus obligaciones y causar perjuicio a otro. En los demás casos: (i) si el comprador desconocía el motivo de su vendedor no hay fin ilícito; y (ii) si el comprador sabía que el bien era ajeno y no pretendió perjudicar al otro cónyuge, todo se reconduce a la promesa de venta de bien ajeno (artículo 1537 del Código Civil).

60. Por otra parte, debe indicarse que no existe nulidad por vulneración a norma de orden público, al extremo que los propugnadores de esta posición no pueden señalar cuál es dicha norma ni el artículo 315 del

[30] VARGAS, María. *El tratamiento jurídico de la ineficacia en la disposición unilateral de bienes de la sociedad conyugal a puertas del Octavo Pleno Casatorio Civil*. Revista Ius Et Veritas, N° 56, Lima, 2018, pp. 86-105.

[31] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Volumen I. Pacífico Editores SAC. Lima, 2015, p. 327.

Código Civil menciona nada sobre nulidad ni de ella se puede desprender tal vicio porque al referirse que para la disposición de bienes de la sociedad conyugal se exige poder especial, el enunciado normativo nos remite de inmediato a los casos de representación, los mismos que no son sancionados con nulidad.

61. Hay que recordar que el artículo 315 del Código Civil protege intereses particulares y no uno general, de lo que sigue que, siendo norma imperativa su infracción no vulnera el orden público, no debiéndose confundir categorías jurídicas distintas.

62. En esa perspectiva, Fernández Cruz ha señalado: "Justamente, respecto al tipo de interés protegido, se constata que claramente se protegen intereses privados (los de los cónyuges) y no un interés general que pueda considerarse basamento del sistema jurídico peruano. Por esta razón, no podría recurrirse a la mal denominada *nulidad virtual* recogida en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que estipula expresamente que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres[32]".

63. Por ello, tratándose de intereses que importan al ámbito restringido de las relaciones familiares, no corresponde admitir la nulidad como consecuencia jurídica de esta clase de negocios jurídicos.

64. Finalmente, como es evidente, lo que se quiere con la tesis de la anulabilidad es evitar que se perjudique totalmente un acto jurídico por la

---

[32] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., pp. 36-37.

declaración de nulidad en los casos que el cónyuge afectado quisiera mantener su eficacia, lo que no sería posible en los casos de invalidez absoluta. Aunque es una posibilidad práctica para solucionar el dilema, no se entiende muy bien cuál de las causales de anulabilidad sería la aplicable, en tanto, quienes proponen la tesis no indican qué supuesto del artículo 221 del Código Civil sería el adecuado. En todo caso, es una posición que podría ser una opción legislativa, pero que no encuentra respaldo en la normativa peruana.

7.2. LA INEFICACIA

65. Nuestro Código Civil, dejando de lado la comunidad de gestión marital preceptuada en el código de 1936, ha optado por una comunidad de gestión mixta, en el que cualquier cónyuge puede realizar actos de administración ordinarios de los bienes de la sociedad conyugal (artículo 292), requiriéndose participación conjunta en los actos extraordinarios, entre ellos el de disposición de bienes inmuebles (artículos 313 y 315). Sobre tal punto no hay debate alguno, pues ello subyace no solo en la norma legal, sino en la constitucional, cuyo artículo 2 se refiere a la igualdad entre hombre y mujer.

66. El negocio jurídico puede tener perturbaciones intrínsecas o extrañas a ella misma. En el primer caso, en términos de abstracción teórica que nada tiene que ver con lo que pueda disponer el legislador- estamos ante supuestos de invalidez que acontecen ya porque la estructura misma del acto no existe o porque se encuentra dañada, en cuyo caso operará la nulidad o la anulabilidad. En cambio, en el segundo caso, la

estructura es la adecuada y el acto es, desde luego, válido, aunque afectado en su idoneidad para producir efectos. Como ha señalado Morales Hervias valer y ser eficaz son cosas distintas. Un contrato es válido si responde a las prescripciones legales. Es eficaz si produce sus efectos. "El concepto de validez –ha dicho- no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone validez del contrato, pero no solamente validez, sino, además idoneidad de producir consecuencias jurídicas[33]".

67. Hay que recordar que el artículo 185 del BGB (referente del Código Civil italiano) señalaba que: "1. Una disposición que lleve a cabo sobre un objeto un no titular, es eficaz si se realiza con el asentimiento del otro. 2. La disposición es eficaz, si el titular la ratifica o si el disponente adquiere el objeto o si se hereda por el titular y este responde ilimitadamente por las obligaciones sucesorias. En los dos últimos casos, si se han realizado sobre el objeto varias disposiciones incompatibles entre sí, solo es eficaz la primera disposición".

68. Obsérvese que la disposición legal antes citada: (i) hace referencia a la disposición de un bien por parte de un no titular que es, precisamente, lo mismo que sucede en la disposición de bienes de la sociedad conyugal; (ii) se refiere a términos de eficacia/ineficacia; (iii) permite la ratificación del acto jurídico; y (iv) en ningún caso estima que se esté ante supuestos de invalidez del acto jurídico.

[33] MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 199-200.

69. Así las cosas, la legitimidad es la coincidencia entre el sujeto del negocio (o para el que el negocio es realizado) y el sujeto de intereses. En buena cuenta, "es la capacidad de transferir efectos jurídicos o el poder de disposición del sujeto en relación con una determinada posición jurídica[34]", siendo que la legitimidad para contratar es la "capacidad normativa" para producir efectos jurídicos.

70. El mismo autor ha indicado que una de las características comunes de la falta de legitimidad en los contratos inoponibles, es que quien dispone, transfiere un derecho a un tercero sin asentimiento o sin autorización del verdadero titular, careciendo de legitimidad porque no tiene capacidad de transferir efectos jurídicos[35].

71. Antes, Eric Palacios Martínez, tratando el tema de la ineficacia en la acción revocatoria y distinguiendo entre ineficacia estructural e ineficacia funcional, refiere que la inoponibilidad "es el supuesto más atenuado" de aquella y se presenta "cuando los efectos del negocio no pueden ser invocados contra ciertos sujetos[36]".

72. Por su parte, Luciano Barchi ha realizado un estudio exhaustivo del tema que parte del análisis de la compraventa de bien ajeno. Barchi Velaochaga diferencia esta figura negocial desde dos aspectos: cuando el vendedor no propietario actuaba en nombre ajeno o cuando actuaba en nombre propio. Ello lo llevaba a analizar el contenido del artículo 161

---

[34] MORALES HERVIAS, Rómulo. *La falta de legitimidad en los contratos inoponibles*. En: Actualidad Jurídica. Nº 230, Lima, p. 13.

[35] Loc. cit.

[36] PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la teoría del negocio jurídico (Concepto, interpretación, ineficacia)*. Jurista Editores. Lima, 2002, p. 170.

del Código Civil para concluir que en ese caso se estaba ante un contrato ineficaz por falta de legitimación y, por tanto, "improductivo de efecto respecto del *dominus*[37]".

73. Esta falta de legitimidad es la que se colige del artículo 315 del Código Civil. En efecto, el legislador no optó por la declaración de invalidez del acto jurídico; no podía hacerlo porque no hay vicio alguno en la estructura del acto jurídico, sino problemas en su eficacia.

74. En la misma línea interpretativa, ya Scognamiglio, distinguiendo entre inexistencia, invalidez e ineficacia, había dicho que "hay inexistencia cuando no se presenta el negocio, y por lo tanto, donde falta su efecto (en sentido propio); hay invalidez cuando su peculiar relevancia (su efecto) es atacado por una negación más o menos completa (que repercutirá, eventualmente, en los efectos finales); y hay ineficacia en sentido estricto cuando faltan sólo los efectos finales, sin que sea tocada la válida existencia del negocio (por una razón que atiene, entonces, (...) a la funcionalidad del negocio)[38]".

75. Roppo, por su parte, ha expresado con respecto a las incapacidades jurídicas especiales que "el principio según el cual el acto de disposición de las situaciones jurídicas ajenas no produce efecto hacia el titular de estas (en cuanto precisamente el autor del acto no está legitimado para

---

[37] BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Algunas consideraciones sobre la compraventa de bien ajeno a partir de la jurisprudencia. Ver: http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/06-2011_Algunas_consideraciones_sobre_la_compraventa.pdf

[38] SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Grijley, Lima, 2004, p. 523.

disponer de la esfera jurídica de otros); y subrayar que el defecto de legitimación no crea invalidez sino ineficacia[39]".

76. Hay, pues, coincidencia en señalar que estamos ante un caso de falta de legitimidad y ello se expresó, como se ha anotado en párrafos precedentes, con tan solo una excepción, en las ponencias de los *amici curiae*. Por eso:

- Cuando hay exceso de facultades o incluso ninguna representación, la solución que se plantea es la de la ineficacia (artículo 161) y la norma así lo dice de manera expresa.
- Cuando hay disposición por parte de uno de los cónyuges de bienes de la sociedad conyugal, no se utiliza la palabra nulidad (artículo 315).
- Cuando se discute la disposición de bienes que se tienen en copropiedad (artículo 978) si bien se habla de validez, lo que se regula en realidad es un supuesto de ineficacia, pues resultaría contradictorio que un acto inválido se transforme después en válido.

77. En esas circunstancias, en el caso de disposición de bienes conyugales (pero también en el de exceso de poder, disposición de bienes en copropiedad y compraventa de bienes ajenos), se presenta un supuesto de falta de legitimidad que origina:

[39] ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Gaceta Jurídica. Lima, 2009, p. 705.

- Que quien transfiere o grava un derecho carezca de legitimidad para contratar, razón por la cual el contrato no produce efectos jurídicos en el verdadero titular.
- El verdadero titular tiene el derecho de solicitar la inoponibilidad del contrato celebrado entre un no titular y el tercero.

VIII. DIVERSAS SOLUCIONES A SUPUESTOS POSIBLES DE ENCONTRAR EN LA DISPOSICIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Atendiendo a lo expuesto, se pueden presentar diversas posibilidades. Así:

78. Si quien dispuso del bien lo hizo a título propio y en nombre ajeno se está ante el caso del falso procurador, regulado en el artículo 161 del Código Civil, pues se invoca representación que no se tiene. Ello importa un caso de ineficacia, lo que origina la inoponibilidad del acto para la sociedad conyugal perjudicada, pero posibilidad de ratificación del negocio jurídico por el cónyuge no interviniente.

79. Si quien dispuso del bien lo hizo a título propio, sin invocar nombre ajeno, se está ante el supuesto de venta de bien ajeno, regulado en el artículo 1539 del Código Civil. El acto jurídico será rescindible para las partes del contrato, pero ineficaz para la sociedad conyugal.

80. No hay en nuestra normativa nada que impida que lo regulado en torno a la disposición de bienes conyugales, no pueda extenderse al régimen convivencial. Por el contrario, el primer párrafo del artículo 326 del Código Civil indica que en estos casos se "origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto

le fuera aplicable". La doctrina peruana, por lo demás es coincidente en los alcances de atribuir a la convivencia los derechos de la relación matrimonial[40].

81. No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, debe efectuarse una precisión atendiendo a si la relación de convivencia ya ha sido declarada antes de la disposición de los bienes convivenciales o si todavía no ha ocurrido esta declaración. En el primer caso, se ha de estar a lo que se diga con respecto a los cónyuges. En el segundo supuesto, existe una situación de conflicto que se sujeta a lo que determine la declaración judicial con efectos retroactivos; aquí las disposiciones que se efectúen de los bienes no podrán afectar a quien efectuó el negocio jurídico con el conviviente, siempre que no le fuera conocido el estado de convivencia o razonablemente no hubiera podido estar en la posibilidad de conocerlo.

82. Es posible que el adquirente haya obrado de buena fe y que ella se evidencie, por ejemplo, sin que se trate de un catálogo absoluto, en la inexistencia de datos de recognoscibilidad de la propiedad, en falta o deficiente información registral que no sea posible controvertir, documentos de identidad que indiquen otro estado civil y hasta contenido del contrato de adquisición a favor solo del cónyuge que transfiere el bien. En esa situación, estimamos que pueden presentarse

[40] Ver: VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. *El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil. La disposición de los bienes sociales de un solo cónyuge*. Op. cit. p. 102. ARATA SOLÍS, Moisés. *La sociedad de gananciales. Régimen de comunidad y sus deudas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

dos respuestas: (i) si la transferencia fue inscrita en los Registros Públicos debe respetarse la adquisición, en tanto se estaría ante la figura descrita en el artículo 2022 del código civil, referida a la preferencia en caso de oposición de derechos reales sobre inmuebles. En este caso, se opta por la seguridad del tráfico jurídico, sin perjuicio de las posibilidades de reparación por el daño causado; (ii) si la transferencia no se encontrara inscrita, debe preferirse el derecho del cónyuge no interviniente en la operación contractual, de lo que sigue que el acto será inoponible para la sociedad conyugal afectada.

83. En caso que el bien y las sucesivas transferencias se encuentren registrados, el tercer adquirente se encontrará protegido por el artículo 2014 del Código Civil, subsistiendo para las partes afectadas la posibilidad de solicitar la tutela resarcitoria correspondiente.

84. Caso distinto a los anteriormente reseñados es que el cónyuge vendedor y el comprador se hubieran puesto de acuerdo en la celebración del acto jurídico, a sabiendas que el bien es de la sociedad conyugal, en este caso se está ante un supuesto de nulidad del acto jurídico por fin ilícito. Lo será, como ha señalado Ronquillo Pascual[41]– quien sigue la línea establecida por Giovanni Ferri:

> (...) siempre que se acredite que el resultado pretendido tanto por el disponente como por el adquirente ha sido perjudicar el

[41] RONQUILLO, J. *¿Es imprescriptible la "acción" de ineficacia y deberán reconducirse las demandas de nulidad?*
En: Laley.pe, Los temas "secundarios" del VIII pleno sobre actos de disposición de bienes sociales, 2016. https://laley.pe/art/3065/-es-imprescriptible-la-ldquo-accion-rdquo-de-ineficacia-y-deberan-reconducirse-las-demandas-de-nulidad-

patrimonio del verdadero propietario (en este caso, la sociedad conyugal), pues, con tal proceder, ambos buscan consecuencias ilegales (el disponente cometería delito de estelionato y el adquirente delito de receptación), y es necesaria la acreditación de este contubernio entre las partes ya que la causa o fin del negocio jurídico no es el motivo particular sino el interés común o interés conjunto de las partes.

IX. ADECUACIÓN DE LA DEMANDA

85. En el presente estado de cosas, ante la incertidumbre jurídica existente, no es posible aplicar de forma inmediata la tesis de la ineficacia; ello acarrearía desprotección jurídica dado que tendrían que desestimarse o adecuarse todas las demandas presentadas en las que se hubiera alegado causal de nulidad o anulabilidad del acto jurídico y, si bien es verdad, con la publicación de la sentencia del Pleno Casatorio se podría señalar que lo que se dispone es de conocimiento general, las máximas de experiencias indican que ello no es así y que el cambio de perspectiva debe asumirse gradualmente. En tal sentido, estimamos que debe darse el plazo prudencial de un mes para la vigencia de lo que el Pleno resuelva; después de esa fecha las demandas planteadas en contradicción a lo que aquí se decida deberán ser declaradas improcedentes.

86. Se trata de utilizar el *prospective overruling*. En este caso, "el derecho anterior se aplicaría a eventos ocurridos antes de la fecha del *overruling* (incluyéndose los del caso en cuestión), pero dejaría de ser aplicado a

las transacciones iniciadas después de aquella fecha[42]". En sede nacional, el Tribunal Constitucional se ha referido a la eficacia prospectiva del precedente vinculante, indicando que "puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituye uno anterior opere con lapso diferido (*vacacio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos" Y, más adelante, ha agregado, que al momento de cambiar el precedente, puede optar por:

"a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión".

"b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite[43]".

---

[42] La frase es de Cross y Harris, y se encuentra en DA ROSA BUSTAMANTE, Thomas. *Teoría del Precedente Judicial.* Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 423.

[43] Expediente N° 0024-2003-AI/TC.

87. Esta técnica encuentra justificación en la existencia de una polémica y una toma de posición arduas, pero no resultaría del todo adecuada si es que, en lo que concierne a las demandas presentadas con anterioridad a la vigencia de la futura sentencia del Pleno Casatorio Civil, ellas no pudieran ser reconducidas para seguir el trámite que aquí se señala.

88. En esa perspectiva, para los casos tramitados antes del presente Pleno Casatorio Civil, los Juzgados y Salas Superiores deberán reconducir la pretensión. El momento adecuado para realizar la adecuación es el del saneamiento del proceso, pues ello permitirá, garantizando el contradictorio, que las partes tomen conocimiento del posible pronunciamiento respecto a la ineficacia y, después, conforme al nuevo escenario procesal, que se presenten las pruebas y las alegaciones que consideren adecuadas.

89. Debe señalarse que en algunos casos la jurisprudencia de este Tribunal Supremo invocó la aplicación del principio *iura novit curia*, a fin de resolver la causa como una de ineficacia de acto jurídico a pesar que se había planteado como nulidad del negocio. En tales casos, se mencionó que de la demanda se desprendía inequívocamente que la causa para pedir era la disposición por parte de solo uno de los cónyuges del bien social. Se trataba de una fórmula eventual para evitar declarar improcedente la demanda dado el manifiesto desconcierto jurisprudencial. Sin embargo, emitido este pronunciamiento ya no es posible seguir este camino procesal, en tanto habría una manifiesta

incongruencia entre los hechos de la demanda y el petitorio respectivo, situación regulada en el artículo 427, inciso 4, del Código Procesal Civil.

X. EL CASO EN CONCRETO

90. En los considerandos 4 a 10 de la presente resolución se ha hecho un resumen de lo actuado en el proceso, queda por señalar que el recurso de casación se declaró procedente por infracción del artículo 315 del Código Civil, indicándose que dicha norma establece que para disponer de los bienes sociales se requiere de la intervención del marido y la mujer.

91. Son dos los actos jurídicos cuya nulidad se solicitan. El primero, celebrado el veintitrés de enero de dos mil doce entre Catalina Genoveva Jacay Apolinario y Rocío Zevallos Gutiérrez. El segundo, celebrado el quince de setiembre de dos mil doce entre Rocío Zevallos Gutiérrez y Martha Matos Araujo.

92. Con respecto al primero de ellos debe señalarse que en él interviene la señora Catalina Genoveva Jacay Apolinario disponiendo de un bien de la sociedad conyugal constituida por la mencionada persona y Nolberto Choque Huallpa, sin la intervención de este último.

93. Aunque la demanda ha sido planteada como una de nulidad, queda claro, conforme se ha expuesto en la presente sentencia, que tales actos de disposición constituyen temas de ineficacia por falta de legitimidad, siendo ello así, estando a las reglas aquí establecidas, debe

reconducirse el proceso al estado correspondiente para fijar con claridad los puntos controvertidos y propiciar el contradictorio.

94. No existe posibilidad de emitir pronunciamiento de fondo, precisamente porque no se ha examinado el supuesto de ineficacia, centrándose el debate en torno a la nulidad del acto jurídico, lo que implica falta de motivación de la resolución judicial.

95. Si bien es cierto se calificó como procedente el recurso de casación por infracción normativa del artículo 315 del código civil, no es menos cierto que las reglas que se están adoptando con esta decisión contienen disposiciones procesales, tal como la reconducción de la demanda a efectos de encauzar el proceso, propiciar el contradictorio y emitir una decisión congruente con el pedido realizado.

96. Lo expuesto además impide emitir pronunciamiento sobre el segundo acto jurídico de compraventa de fecha quince de setiembre de dos mil doce, cuya nulidad se deduce, pues depende de lo que se resuelva sobre el primer acto jurídico.

XI. DECISIÓN

97. Estando a lo expuesto, estimamos:

Primero. Que debe declararse **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Karina Judy Choque Jacay por infracción normativa del artículo 315 del Código Civil; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha 20 de abril de 2015 y **DECLARARON NULO** todo lo

actuado hasta la fijación de puntos controvertidos, inclusive, debiendo el juez de la causa tener en cuenta las consideraciones aquí vertida.

Segundo. Declaramos que constituyen **precedentes vinculantes** las siguientes reglas:

1. La disposición por parte de uno de los cónyuges, sin intervención del otro, regulada en el artículo 315 del Código Civil es un supuesto de ineficacia del acto jurídico; por consiguiente, resulta inoponible para la sociedad conyugal, sin perjuicio de los efectos para las partes que intervinieron en el mismo.

2. El campo de protección de esta norma se extiende a las uniones de hecho debidamente declaradas. Si la declaración judicial no ha sido aún expresada, las disposiciones que se efectúen de los bienes no podrán afectar a quien efectuó el negocio jurídico con el conviviente, siempre que no le fuera conocido el estado de convivencia o razonablemente no hubiera podido estar en la posibilidad de conocerlo.

3. Si el adquirente obró de buena fe, evidenciándose ello, por ejemplo, sin que se trate de un catálogo absoluto, en la inexistencia de datos de recognoscibilidad de la propiedad, falta o deficiencia de información registral que no sea posible controvertir, documentos de identidad que indiquen otro estado civil y hasta contenido del contrato de adquisición a favor solo del cónyuge que transfiere el bien, y la transferencia fue inscrita en los Registros Públicos, debe

respetarse la adquisición, en tanto se estaría ante la figura descrita en el artículo 2022 del código civil.

4. En el supuesto anterior, si la transferencia no se encontrara inscrita, debe preferirse el derecho del cónyuge no interviniente en la operación contractual, de lo que sigue que el acto será inoponible para la sociedad conyugal afectada.

5. En caso que el bien y las sucesivas transferencias se encuentren registrados, el tercer adquirente se encontrará protegido por el artículo 2014 del Código Civil, subsistiendo para las partes afectadas la posibilidad de solicitar la tutela resarcitoria correspondiente.

6. Las demandas tramitadas en la actualidad como nulidad o anulabilidad del acto jurídico, deberán ser reconducidas hasta el estado de saneamiento del proceso, debiendo indicar el juez de la causa la posibilidad de pronunciarse sobre la ineficacia del acto jurídico, propiciando el contradictorio y la aportación de las pruebas que las partes consideren conveniente.

7. Sin perjuicio de la reconducción del proceso que deba hacerse, dado el estado de incertidumbre existente, esta sentencia deberá ser aplicada a partir de los 30 días siguientes de su publicación; luego de dicho plazo, las demandas que no cumplan con lo aquí dispuesto deberán ser declaradas improcedentes por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, conforme lo prescribe el artículo 427, inciso 4 del código procesal civil.

8. Si el cónyuge vendedor y el comprador se hubieran puesto de acuerdo en la celebración del acto jurídico, a sabiendas que el bien es de la sociedad conyugal, se está ante un supuesto de nulidad del acto jurídico por fin ilícito.

Tercero. Dispusieron la publicación de la presente sentencia en el diario oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la república a partir de los 30 días siguientes de su publicación; en el proceso de nulidad de acto jurídico, seguido por Karina Judy Choque Jacay con Rocío Zevallos Gutiérrez y otros; y lo devolvieron.

SS.

MENDOZA RAMÍREZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

CALDERÓN PUERTAS

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

J. MANUEL FAJARDO JULCA
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

18 SET. 2020

2020 / J22 / COMENTARIO JURÍDICO

X Pleno Casatorio Civil · Casación 1242-2017 · Lima Este

Conexidad procesal: prueba de oficio y vulnerabilidad

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 2020 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Localización: Sección VI, §2; doce reglas, pp. 113-115 del archivo

1. Decisión y alcance

Recurso fundado, nulidad y nuevo fallo en un proceso de reivindicación. Se establecen doce reglas vinculantes sobre actividad probatoria judicial.

2. Análisis jurídico

La prueba de oficio es una facultad excepcional, no una obligación general de suplir a las partes. El pleno exige pertinencia, fuente, motivación y contradicción. Sus reglas sobre procesos conexos y personas vulnerables resultan especialmente útiles para investigar controversias familiares.

3. Aplicación y contraste

En divorcio puede orientar el examen de expedientes de alimentos o violencia vinculados con el debate. Debe justificarse por qué la actuación ayuda a resolver hechos controvertidos y cómo será contradicha.

4. Conexión doctrinal

D3, pp. 88-90, desarrolla la exigencia de justificar racionalmente la iniciativa probatoria. Es doctrina anterior al pleno.

5. Límites de utilización

No es un pleno de divorcio. Se ubica en 2020 por difusión; la copia no precisa fecha de emisión en el encabezamiento. Se conserva la página final rotulada «115 de 114», que contiene la continuación de la regla duodécima.

Copia judicial. Exposición original de motivos.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DÉCIMO PLENO CASATORIO CIVIL

Sumilla: Establecen reglas con carácter de precedente judicial vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400 del Código Procesal Civil para problemas relevantes relacionados con los alcances, procedimiento y criterios para el adecuado ejercicio de la prueba de oficio y su valoración probatoria. Artículo 194 del Código Procesal Civil.

Demandante	: Jerónima Rojas Villanueva
Demandado	: Luis Fernando Cuno Quicaña
Materia	: Reivindicación
Procedimiento	: Conocimiento
CAS N°	: 1242-2017 Lima Este

SUMARIO

I. Introducción: del proceso y la casación postulada
§ 1. Resumen del proceso
1.1. Demanda de reivindicación
1.2. Contestación de demanda
1.3. Fijación de puntos controvertidos
1.4. Sentencia de primera y segunda instancia
§ 2. Del recurso de casación
2.1. Fundamentos del recurso: causales de casación

II. Convocatoria al Pleno Casatorio y justificación

III. Consideraciones sobre prueba judicial y prueba de oficio
§ 1. Derecho a la prueba y su constitucionalización
1.1. Principios y reglas procesales relativos a la prueba
1.1.1. Principio dispositivo
1.1.2. Principio del contradictorio
1.1.3. La preclusión
1.1.4. Adquisición o comunidad de prueba
1.1.5. Inmediación procesal
1.2. Instituciones y categorías sobre prueba
1.2.1. Concepto de prueba: ¿qué es prueba?
1.2.2. Objeto de prueba: ¿qué se prueba?

1.2.3. Carga de la prueba: ¿quién prueba?
1.2.4. Procedimiento probatorio: ¿cómo se prueba?
1.2.5. Fuente de prueba: ¿de dónde obtengo la prueba?
1.3. Constitucionalización de la prueba
1.3.1. Derecho fundamental a la prueba
1.3.1.1. Constitucionalización del proceso
1.3.1.2. Significado del derecho a la prueba o derecho a probar
1.3.2. Contenido constitucionalmente protegido
1.3.2.1. Derecho de ofrecimiento
1.3.2.2. Derecho a la admisión
1.3.2.3. Derecho a la actuación
1.3.2.4. Derecho a la valoración
1.3.3. Límites del derecho a la prueba
1.3.3.1. Pertinencia
1.3.3.2. Licitud

§ 2. Estudio teórico y normativo de la prueba de oficio
2.1. Justificación constitucional
2.1.1. Estado constitucional y dirección del proceso
2.1.2. Constitucionalidad del rol activo del juez
2.1.3. Verdad y prueba de oficio
2.2. Examen teórico y filosófico del problema
2.2.1. Orientaciones ideológicas sobre prueba de oficio
2.2.1.1. Concepción «publicística» y «privatística»
2.2.1.2. Sistema «adversarial» e «inquisitorial»
2.2.2. Reorientación filosófica: modelos de proceso
2.2.2.1. Resolución de controversia
2.2.1.2. Correcta aplicación del derecho
2.3. Dimensión epistémica de la prueba de oficio
2.3.1. Justicia de la decisión y enfoque epistemológico
2.3.2. Epistemología jurídica, proceso y prueba
2.3.2.1. Importancia de la epistemología jurídica
2.3.2.2. El proceso como instrumento de conocimiento
2.3.2.3. Explicación epistémica de la prueba
2.3.3. Perfil epistemológico de la prueba de oficio
2.3.3.1. Compromiso epistémico de las partes y del juez
2.3.3.2. Fundamento epistémico de la prueba de oficio
2.4. De la prueba de oficio en el proceso civil peruano
2.4.1. Poderes probatorios de juez
2.4.2. Poder probatorio de oficio (*ex officio*)
2.4.3. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal civil
2.4.3.1. Antecedentes históricos comparados
2.4.3.2. Antecedentes en el derecho peruano
2.4.3.3. Prueba de oficio en el Código Procesal Civil
2.4.4. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal
2.4.4.1. En el proceso contencioso administrativo
2.4.4.2. En el nuevo proceso del trabajo
2.4.4.3. En el proceso constitucional
2.4.4.4. En el nuevo proceso penal
2.5. Principios relacionados con la prueba de oficio
2.5.1. Principio dispositivo: distinción y compatibilidad
2.5.2. La imparcialidad: posibilidad de control
2.5.3. Principio del contradictorio
2.5.4. Interés privado: proceso civil
2.5.5. Carga de la prueba: compatible con pruebas de oficio

2.6. Límites para el ejercicio de la prueba de oficio
2.6.1. Justificación de sus límites
2.6.2. Límites legales-procesales
2.6.2.1. Excepcional: poder complementario
2.6.2.2. Pertinencia: hechos controvertidos
2.6.2.3. Fuentes de prueba: hechos alegados por las partes
2.6.3. Límites constitucionales
2.6.3.1. Motivación de la prueba de oficio
2.6.3.2. Contradictorio: eficacia epistémica
2.6.3.2.1. ¿Cómo se debe garantizar el contradictorio?
2.6.3.2.2. Contradictorio diferido
2.6.3.3. Contradictorio previo
2.7. Hechos controvertidos y hechos admitidos
2.7.1. Hechos controvertidos
2.7.2. Hechos admitidos por las partes

IV. Consideraciones sobre la valoración de la prueba de oficio

§ 1. Etapas del proceso y de la prueba
1.1. Momentos del proceso: etapa decisoria
1.2. Procedimiento probatorio: valoración de la prueba
1.3. ¿Qué significa valorar las pruebas?

§ 2. Valoración probatoria en el proceso civil
2.1. Sistemas de valoración probatoria
2.1.1. Prueba tasada o tarifa legal
2.1.2. Íntima convicción
2.1.3. Sana crítica
2.1.4. Libre valoración
2.2. Valoración probatoria en el ordenamiento peruano
2.2.1. Máxima de experiencia
2.2.2. Reglas de prueba tasada
2.2.3. Valoración conjunta

§ 3. Valoración racional de la prueba y prueba de oficio
3.1. Valoración racional de la prueba
3.1.1. Racionalidad y valoración racional de las pruebas
3.1.2. Concepción persuasiva y cognitivista
3.2. Valoración racional de la prueba de oficio
3.2.1. Motivación de la prueba de oficio: ¿prueba de oficio para la convicción?
3.2.2. ¿Cómo se debe valorar la prueba de oficio?

§ 4. Reglas establecidas
4.1. Justificación de las reglas para la prueba de oficio
4.2. Las reglas para el ejercicio de la prueba de oficio

V. Análisis del caso

§1. Juicio de fundabilidad del recurso de casación

VI. Decisión §

1. Sobre el caso concreto
2. Precedente judicial

I. Introducción: del proceso y la casación postulada

§ 1. Resumen del proceso

El recurso de casación de fecha veintitrés de enero del año dos mil diecisiete[1], interpuesto por la demandante Jerónima Rojas Villanueva, contra la sentencia de vista de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis[2], que revocó la sentencia apelada de fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciséis, que declaró infundada la demanda y reformándola la declaró improcedente.

1.1. Demanda de reivindicación

Mediante escrito de fecha ocho de marzo de dos mil trece, la parte actora interpone demanda de reivindicación solicitando que el demandado le reivindique o restituya el inmueble ubicado en la mz. D E, lotes 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, antes denominado mz. C O-lote 06, sector el Valle del anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca, con un área de 2500 m^2.

Fundamenta su pretensión, afirmando que es propietaria del terreno *sub litis,* **mediante escritura pública de compra y venta de rectificación, aclaración e independización de fecha dieciocho de mayo de dos mil seis**, mediante la cual sus inmediatos transferentes: Jorge Velazco Murillo, Dora Flores Ríos, Carlos Gora Oscategui y Custodia Ortiz de Velazco, le transfieren el inmueble de 2500 m^2, constituidos por los lotes **11, 12, 27 y 28** de **la mz. D E, Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande, distrito de San Juan de Lurigancho,** derivada de la partida **11439305, del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, equivalente al 0.08962 %, parte de un área de mayor extensión de 278.95 ha.**

El demandado viene ocupando el bien materia de litis y hasta ha construido en la parte delantera del mismo.

En el escrito de subsanación[3] manifiesta la actora que el predio *sub litis* aún no se encuentra subdividido, ni independizado, por cuanto en dicha zona aún se encuentra pendiente de aprobarse la zonificación de los usos del suelo, y consecuentemente la habilitación urbana, conforme a la Ordenanza n.º 1081 del siete de octubre de dos mil siete y Modificatoria n.º 1552 del cinco de septiembre de dos mil once emitidas por la Municipalidad de Lima.

1.2. Contestación de demanda[4]

La parte emplazada contesta la demanda manifestando que es falso que el bien inmueble **ubicado en la mz. D E, lotes 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande** (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, sea el mismo que el bien inmueble

1 Página 623.
2 Página 608.
3 Página 68.
4 Página 184.

ubicado en la **mz. C O-lote 06, sector el Valle del anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca**, con un área de 2500 m^2, no existe documentación alguna de que ambas ubicaciones pertenezcan a un mismo bien físico.

Indica que es falso que la demandante haya adquirido el bien inmueble que por derecho le pertenece y que lo haya adquirido el dieciocho de mayo de dos mil seis, en razón de que la demandante realizó con sus otorgantes, Jorge Velasco Murillo y otros, anteriormente otro acto jurídico de compraventa sobre el mismo bien inmueble, de fecha veinte de agosto de dos mil dos, en su condición de dirigente de la Junta de Propietarios Valle Hermoso, secretaria de Organización Prensa y Propaganda y la Junta de Propietarios Valle Hermoso, a sabiendas de que la Junta de Propietarios Valle Hermoso no tiene propiedad alguna.

También precisa que es cierto que el terreno no se encuentra ni subdividido ni independizado, como lo precisa la propia demandante en su fundamento de hecho número cuatro, así como en el proceso de desalojo, recaído en el Expediente n.º 111-2010, se señaló en el séptimo considerando de la sentencia: «que no describe con exactitud los límites y medidas perimétricas y también es fácil realizar modificaciones posteriores, lo que no se indica con exactitud si el inmueble reclamado es el lote 11, 12, 27 y 28 como lo ha manifestado el demandante». Además, la demandante, valiéndose de su poder económico, lo denunció por usurpación y desalojo, y en ambos casos el órgano jurisdiccional no le ha dado la razón por faltar a la verdad, pues es cierto que el terreno no se encuentra subdividido ni independizado.

El emplazado refiere que con fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y seis solicita la adjudicación del lote de terreno que posee, ante la Junta Directiva de Jicamarca anexo 22, solicitud que es admitida el veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y seis, a mérito de los pagos que realiza por el lote de terreno que posee.

El **veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve** se realiza la compraventa entre la Comunidad Campesina de Jicamarca y Jorge Velasco Murillo y otros, comprometiéndose los compradores a realizar la subdivisión y partición de las 205.13 ha a favor de los posesionarios. Sin embargo, nunca se ha realizado ni la subdivisión ni la partición a favor de los posesionarios que venían ocupando los terrenos desde antes que se realizara tal acto jurídico.

1.3. Fijación de puntos controvertidos[5]

Mediante Resolución número once del veintiocho de enero de dos mil catorce, se procede a fijar los puntos controvertidos, siendo el siguiente:

Determinar si procede amparar la demanda de reivindicación de propiedad a fin de que el demandado cumpla con restituir la propiedad ubicada en la mz. D E lotes 11, 12, 27 y 28 del Sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San

[5] Página 289.

Juan de Lurigancho, antes denominado mz. C O-lote 06, sector el Valle del Anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca, que el demandado viene ocupando.

1.4. Sentencia de primera y segunda instancia

La sentencia de primera instancia declara **INFUNDADA LA DEMANDA.** Argumentado su fallo el *A quo* en el decimoprimer considerado de la apelada, precisando que la actora no ha cumplido con acreditar con medio probatorio alguno durante el séquito del proceso, que la propiedad materia de litis, mz. C O-lote 06, sector el Valle del anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca, sea la misma que aparece en la escritura pública de compra y venta de rectificación, aclaración e independización del dieciocho de mayo de dos mil seis y que posteriormente se le haya dado la nueva denominación mz. D E lote 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, pues ello no se desprende de ninguna de las pruebas aportadas en su escrito de demanda, absolución y demás presentados en el proceso.

Y añade el juez, en el considerando decimosegundo de la sentencia apelada, que si bien la actora pretende acreditar la alegada dualidad de nomenclatura de los lotes objeto de reivindicación, y para ello adjunta copia del plano y resolución subgerencial n.º 009-2013-SGHU-GDU/MDSJL del dieciocho de enero de dos mil trece (fojas 214 a 216), así como con la memoria descriptiva de fojas 6 a 7, también lo es que los primeros no hacen referencia alguna respecto a la dualidad de denominación del lote materia de litis, por lo que no aportan en nada para el esclarecimiento en cuestión, y respecto a la memoria alegada, también lo es que este constituye un documento privado al no encontrarse visado por la autoridad competente, por lo que carece de fuerza probatoria para desvirtuar el mérito de la escritura que adjunta como prueba la actora, así como los demás instrumentos públicos analizados.

Sentencia de vista:

Por sentencia de vista del siete de noviembre de dos mil dieciséis, el *Ad quem* resuelve revocar la sentencia y reformándola declara improcedente la misma, señalando en el decimoséptimo considerando de la sentencia impugnada que de los planos perimétricos y de ubicación, así como de la resolución subgerencial de la Municipalidad de San Juan de Lurigancho con los cuales pretende que se reconozca la identidad del predio que tiene dos direcciones; sin embargo, evaluados tales documentos no se advierte que acrediten que ambas direcciones se traten de un mismo predio, ello en tanto que no se sustenta con pruebas adicionales, como una pericia técnica, que, evaluando los antecedentes registrales, haya podido establecer la indicada identidad. Y en el vigésimo considerando de la impugnada precisa el *Ad quem* que en el proceso no se ha acreditado uno de los elementos que se requieren para la reivindicación (identificación concreta del bien ocupado por el demandado), lo que correspondería efectuar en el presente proceso a efectos de solicitar la reivindicación del bien. Ello deberá efectuarse previamente a fin de interponer una demanda como la presente, por lo que el caso de autos se advierte una causal de improcedencia por falta de interés para obrar.

§ 2. Del recurso de casación

2.1. Fundamentos del recurso: causales de casación

Por escrito del veintitrés de enero de dos mil diecisiete[6], la parte demandante interpone recurso de casación, el cual es declarado procedente por esta Suprema Sala mediante resolución de fecha catorce de junio de dos mil diecisiete[7], por las causales:

i. Infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado, alega que en el presente caso el demandado en su escrito de contestación de la demanda, en su fundamento fáctico reconoce la existencia del predio materia de litis e incluso argumenta que el «[...] bien inmueble le pertenece por haberlo adquirido el dieciocho de mayo de dos mil seis [...]», hechos que han sido recogidos en la sentencia de primera instancia -véase el décimo considerando, de lo que se verifica la existencia definida del inmueble materia de litis, por reconocimiento de la existencia física del bien, con la descripción física del mismo (fundamento del punto 20 de la contestación de la demanda)-. Con el agregado que alega tener derecho de propiedad sobre el mismo bien, y que siendo así, la articulación vertida en el considerando decimoquinto y considerando vigésimo de la sentencia de vista tiene visos de encontrarse estructurado sobre la base de una deficiente motivación externa, vulnerando así el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución del Estado. Añade que el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen la tutela procesal efectiva, la observancia de los principios y reglas básicas, y de la competencia predetermina por la ley, así como la pluralidad de instancias, la motivación y la logicidad y razonabilidad de las resoluciones. Que, si bien es cierto que aparentemente se haya motivado la decisión esta, es incongruente a la naturaleza del proceso en clara transgresión de la normatividad vigente y de los estadios superlativos del procedimiento.

ii. Infracción normativa material de los artículos 949 y 2022 del Código Civil, señala que al solicitarse los antecedentes registrales para demostrar el tracto sucesivo, es contraria a los considerandos expuestos en el decimotercero, decimonoveno y principalmente a lo dispuesto por el artículo 949 del Código Civil que establece:

> que no es obligatoria la inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble y cuando se efectúe la inscripción esta no tiene carácter constitutiva sino meramente declarativa del derecho que existe extra registro. Claro está que tratándose de predios inscritos se hace necesario que el adquiriente inscriba su titularidad, pues de no hacerlo el anterior titular que aún tiene derecho inscrito podría realizar actos de disposición y si el nuevo adquiriente inscribe su derecho el primer adquiriente no podrá oponer su derecho conforme a la regla prevista por el artículo 2022 del Código Civil.

6 Página 623.
7 Página 44 del cuaderno de casación.

iii. Infracción normativa del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, indica que el demandado controvierte la demanda argumentando tener derecho a la propiedad; siendo ello así se manifiesta la existencia de un concurso de derechos reales, que fuera advertido por la Sala Superior en vía de apelación de sentencia. En el Colegiado Civil lejos de analizar y compulsar los títulos para establecer y decidir en el mismo proceso cuál de ellos prevalece, el juez emite una sentencia inhibitoria, pues «el juez pudo resolver la controversia de fondo, fundándose en hechos que han sido alegados por las partes»; en consecuencia, en el caso concreto tanto la primera y segunda instancia omitieron analizar el mejor derecho de propiedad.

iv. Infracción normativa del artículo 194 del Código Procesal Civil, refiere que las instancias de mérito han sostenido que la existencia de las denominaciones del predio no les ha generado certeza ni convicción respecto a la identificación del predio a efectos de determinar el área materia de reivindicación, por lo que era de vital importancia que el juez, siendo director del proceso, debió hacer uso de la facultad discrecional conferida en la norma legal glosada, pudiendo disponer la realización de inspección judicial y el peritaje correspondiente con la finalidad de establecer la verdad jurídica objetiva, la cual debió sustentar de una sentencia justa y no inhibitoria, la misma que concuerda como una causal de omisión contraria al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que determina la nulidad insubsanable a tenor de lo previsto del artículo 171 del Código Procesal Civil.

v. Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil, sostiene que es obligación del juez valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que las pruebas en el proceso sean cual fuera su naturaleza están mezcladas formando una secuencia integral, por lo que es responsabilidad del juez reconstruir sobre la base de los medios probatorios. Por lo tanto, ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva sino en su conjunto, toda vez que solo teniendo una visión integral de los medios probatorios se pueden sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso. En el caso que nos ocupa, como es de advertirse en la sentencia de vista, considerando decimoquinto y considerando decimosegundo de la sentencia de primera instancia, ha sido rechazado el medio probatorio (documento privado) por no encontrarse visado por la autoridad competente: más aún cuando el demandado nunca cuestionó su valor probatorio.

II. Convocatoria al Pleno Casatorio y justificación

No es usual en este tipo de tareas en las que se encuentra involucrada la Corte Suprema de la República, dictar precedentes judiciales[8], y que la convocatoria a un Pleno Casatorio Civil se haga con una resolución

[8] Es evidente que una Corte Suprema (como vértice del aparato judicial), en cierto sentido llegó a ser un órgano revisor. Al detentar esta competencia de revisión, no se entienda que dicha competencia le habilitaba a fungir como una tercera instancia revisora. No obstante, más que una función de mera revisión, las cortes supremas o de casación deben tender al establecimiento de interpretaciones-producto uniformes, relativamente estables en el tiempo, pacificando las diversas interpretaciones dadas a las leyes y disposiciones normativas en general. Es decir, tienen la función de, a través de los precedentes vinculantes, atribuir

amplia y justificatoria de la necesidad de dictarlo. Es por esa razón que, en este caso, dado el contenido de esta resolución y su vital importancia, merece ser incorporada en el texto de la presente decisión, que contiene, en esencia, las razones que motivaron la emisión del X Pleno Casatorio Civil sobre prueba de oficio.

No puede dejar de mencionarse que el objetivo del presente pleno no solo es establecer reglas jurídicas que deben seguir los jueces en esta materia, sino también brindar un desarrollo teórico adecuado, serio y amplio respecto de los problemas que la dogmática actual ha desarrollado sobre este tópico, sobre todo fijando una posición determinada que avala la potestad excepcional que tiene el juez de ejercer el poder probatorio establecido en el artículo 194 del Código Procesal Civil.

El tema es polémico y por esa razón no queda duda que una vez que este Pleno Casatorio salga a la luz, estamos seguros de que traerá un conjunto de comentarios negativos y positivos. Pero afrontamos esa responsabilidad porque entendemos que aun con las críticas que vengan, este Pleno mejorará en algo el sistema de impartición de justicia. Los términos de la resolución que convoca el X Pleno Casatorio Civil fueron los siguientes:

«Lima, dieciséis de julio de dos mil dieciocho

AUTOS Y VISTOS; Y ATENDIENDO:

Primero. Que, conforme lo establece el artículo 384 del Código Procesal Civil, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, acorde con la doctrina clásica. De ese modo, nuestro ordenamiento procesal reconoce expresamente como fines o funciones principales de dicho recurso a la nomofiláctica, aunada a la función uniformadora de la jurisprudencia; pues no solo es necesario controlar la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica al caso concreto, sino que debe salvaguardarse el interés general, otorgando certidumbre e igualdad en la aplicación o interpretación del derecho, con miras a su unidad y racionalidad. Ambas funciones tienen el mismo fundamento, esto es, el de propender a la seguridad jurídica a través de la simplificación de los diversos criterios de interpretación realizados por los órganos jurisdiccionales. Asimismo, contemporáneamente se acepta, además, que el recurso de casación persigue también una finalidad dikelógica, que no es otra que la de alcanzar justicia en el caso concreto.

Segundo. Esta Sala Suprema de Justicia de la República, consciente de su posición de vértice supremo de la justicia ordinaria, razón por la cual resulta la última y principal responsable del control de la plena vigencia de un Estado constitucional de derecho en esta área aludida, Estado de derecho que rige el comportamiento

sentido al derecho para guiar la conducta social y preservar la seguridad jurídica e igualdad (DELGADO SUÁREZ, Christian. «Sobre los modelos de Corte Supremas y la revocación de precedentes». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 3 año 2, Jan-Jun 2016, p. 15-39).

de sus autoridades, estando sometidos estos a la Constitución y a la ley, en la que se reconoce al ciudadano que toda acción social y estatal se desarrolle con pleno sustento en la Carta Fundamental y las leyes que la desarrollen, lo que permite el absoluto respeto por el ser humano y garantiza que sus derechos tengan plena vigencia. De ahí la importancia del recurso de casación como mecanismo de control de la aplicación del derecho en los casos que resuelva el Poder Judicial en sede casatoria.

Tercero. Esta Sala Suprema ha establecido con precisión que las funciones inherentes a su rol casatorio no son únicamente las anteriormente aludidas, serán las que trascienden más en la normatividad, lo que no implica dejar de tener presente que además del rol de controlar la correcta observancia de la norma jurídica, también su función es controlar el correcto razonamiento jurídico fáctico, realizados por los órganos jurisdiccionales al momento de dictar sus resoluciones que ponen fin a la instancia, lo cual implica un control de logicidad, con el fin de realizar el control de la aplicación de la justicia en el caso concreto. Cumple también una finalidad política, en el sentido de que es prioritario para la eficacia del ordenamiento jurídico procurar la aplicación correcta de las reglas y principios jurídicos durante el desarrollo de las funciones a cargo de los órganos jurisdiccionales. La función didáctica, que permite a los jueces supremos impartir líneas directrices a los demás jueces de la República, respecto de cuál debe ser la correcta interpretación y aplicación de una norma jurídica al caso concreto planteado. El control del cumplimiento de los fines de la actividad probatoria, esto es, controlar el cuidado que han brindado las instancias de mérito de las reglas y principios jurídicos en materia probatoria, pues es lo que en esencia va a garantizar a las partes y a la sociedad disfrutar de una auténtica justicia.

Cuarto. Que, con el fin de coadyuvar al cumplimiento de los fines nomofilácticos y uniformadores y demás anotados, nuestra norma procesal ha dotado a la sede casatoria de una herramienta que permite establecer líneas jurisprudenciales predecibles para el correcto desarrollo de la función de control, permitiendo la solución de causas similares con seguridad y predictibilidad. Así tenemos que el artículo 400 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley n.º 29364, establece que la Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya precedente judicial, decisión que se adoptará en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno Casatorio y vinculará a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Quinto. Que, entre los diversos expedientes que vienen elevándose en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, que actúan como instancia de mérito, en los procesos que versan sobre reivindicación, vienen actuando deficientemente en materia de calificación, recopilación y valoración de los elementos probatorios, lo que no les permite resolver el conflicto de intereses en forma justa, incurriendo en criterios distintos y hasta contradictorios, aspecto sobre el cual resulta necesario realizar el control casatorio.

Sexto. Que el presente caso se trata de un proceso de reivindicación, en el que entre los temas materia de casación a dilucidar tenemos la infracción normativa del artículo 194 del Código Procesal Civil, aludiendo el recurrente que las instancias de mérito han sostenido que las denominaciones del predio no les habían generado certeza respecto a la identificación del predio a fin de determinar el bien materia de reivindicación, habiendo omitido el juez, siendo el director del proceso, hacer uso de la facultad discrecional conferida en la norma legal glosada. Además, la infracción del artículo 197 del Código Procesal Civil, esto es, la obligación del juez de valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que las pruebas en el proceso, sea cual fuere su naturaleza, están mezcladas, formando una secuencia integral, por lo que es responsabilidad del juez reconstruir los hechos tomando como base las pruebas aportadas por las partes y actuadas en el proceso; por lo tanto, ninguna prueba puede ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en conjunto, toda vez que solo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso. Habiéndose, en este caso concreto, rechazado el medio probatorio (documento privado) por no encontrarse visado por la autoridad competente: más aun cuando el demandado nunca cuestionó su valor probatorio, resulta necesario establecer pautas interpretativas con efectos vinculantes para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales del país sobre el mismo tema.

Debe dejarse expresa constancia, de que no obstante que el presente caso de reivindicación sirve de motivo para dictar un precedente judicial, las reglas que se dicten respecto a la prueba de oficio no quedarán restringidas a los procesos en los que se tramitan este tipo de pretensiones, sino, por el contrario, las reglas jurídicas que se emitan respecto de la aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil, serán de utilidad para cualquier tipo de procesos en los que el juez puede ejercer estos poderes.

Séptimo. Que el artículo 194 del Código Procesal Civil, que regula la llamada iniciativa probatoria del juez o prueba de oficio, no ha sido de pacífica interpretación y aplicación por parte de los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluyendo a nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, lo que ha motivado incluso su relativamente reciente modificación mediante la Ley n.º 30293, publicada en el *Diario Oficial El Peruano,* del 28 de diciembre de 2014. Igualmente, guarda relación con la regulación del ofrecimiento de medios probatorios con el recurso de apelación (artículo 374 del Código Procesal Civil); así como con la posibilidad de presentación de medios probatorios extemporáneos (artículo 429 del Código Procesal Civil); del mismo modo, en cuanto a la prueba de oficio en segunda instancia o ante el juez de grado (artículo 194 del Código Procesal Civil), obviamente con las particularidades en los diversos tipos de proceso, llámese de conocimiento, abreviado; de ejecución, etc. Es también importante destacar que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

Octavo. Esta situación ha motivado interés permanente en el campo académico nacional, habiéndose publicado textos sobre la materia[9], siendo también un tema relevante en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada; todo lo cual abunda en favor de justificar que las Salas Civiles de nuestra Corte Suprema establezcan doctrina jurisprudencial de carácter vinculante sobre tan relevante materia.

La misma problemática ha sido abordada, por ejemplo, en el Pleno Jurisdiccional del Distrito Judicial de Ica, publicado el 24 de junio de 2016 (Código Civil, Código Procesal Civil. Jurista Editores, p. 491), mayo 2017).

Noveno. Es oportuno recordar que al amparo del texto original del artículo 400 del Código Procesal Civil, aprobado por el Decreto Legislativo n.º 768, de fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos, se promulgó el Código Procesal Civil y que mediante el Decreto Ley n.º 25940, de fecha 10 de diciembre del mismo año, fue modificado, habiéndose dispuesto en el artículo 8 de este decreto ley que por resolución ministerial del sector Justicia se autorice y disponga la publicación del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, el mismo que fue aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, de fecha 23 de abril de 1993, entrando en vigencia el 28 de julio de 1993. Atendiendo a dicho dispositivo, precisamente recién se convocó al Primer Pleno Jurisdiccional el año 2007 (Pleno Casatorio Civil n.º 1465-2007-Cajamarca) sobre la Validez de la Transacción Extrajudicial, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* del 22 de enero de 2008, y el Segundo Pleno Jurisdiccional el año 2008 (Pleno Casatorio Civil n.º 2229-2008-Lambayeque) sobre Prescripción Adquisitiva de Dominio, publicado el 22 de agosto de 2009; hasta aquí con participación de todos los magistrados titulares de la Corte Suprema.

Luego de promulgada la Ley n.º 29364, del 28 de mayo de 2009, que modificó el artículo 400 del Código Procesal Civil, se llevaron a cabo los siguientes plenos casatorios: Tercer Pleno Casatorio (Cas. n.º 4664-2010-Puno) sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, publicado el 13 de mayo de 2011; el IV Pleno Casatorio (Cas. n.º 2195-2011-Ucayali), sobre Desalojo por Ocupación Precaria, publicado el 14 de agosto de 2013; el V Pleno Casatorio (Cas. n.º 3189-2012-Lima Norte) sobre Impugnación de Acuerdo, publicado el 9 de agosto de 2014; el VI Pleno Casatorio (Cas. n.º 2402-2012-Lambayeque), sobre el Proceso de Ejecución de Garantías, publicado el 2 de noviembre de 2014; el VII Pleno Casatorio (Cas. n.º 3671-2014-Lima), sobre Tercería de Propiedad, publicado el 7 de diciembre de 2015; el VIII Pleno Casatorio (Cas. n.º 3006-2015-Junín), sobre Nulidad de Acto Jurídico, llevado a cabo el 22 de diciembre de 2015, pendiente de publicación; y finalmente el IX Pleno Casatorio (Cas. n.º 4442-2015-Moquegua), sobre Otorgamiento de Escritura Pública, publicado el 18 de enero de 2017. Todos estos plenos abordaron temas de derecho

9 MARTEL CHANG, Rolando Alfonzo. *Pruebas de oficio en el Proceso Civil*. Primera edición. Instituto Pacífico S.A.C. Lima, 2015.
GONZALES ÁLVAREZ, Roberto. *Constitucionalismo y Proceso. Tendencias Contemporáneas*. Primera edición. Lima: ARA Editores, 2014.
FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.
PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana 2011, Grupo Editorial Ibañez, 2011.
ALFARO VALVERDE, Luis. *La iniciativa probatoria del juez*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.1ª edición, Mmayo de 2017.
SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
LEDESMA NARVAEZ, Marienella. *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica. 1° Edición, agosto de 2017.

material y procesal relevantes, que son de gran utilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, y que son utilizados también por los señores abogados en el ejercicio de la defensa. Con estos se contribuye a plasmar los principios de seguridad jurídica, predictibilidad o predecibilidad y de igualdad, en aras de decisiones más justas, teniendo como beneficiario final al usuario del sistema o del servicio de justicia, que es la ciudadanía en general y el justiciable en particular.

En las respectivas audiencias públicas de estos plenos, se ha incluido como una buena práctica la invitación a académicos y juristas de nota, especialistas en las respectivas materias, en su calidad de *amicus curiae,* cuyo aporte, aunado al de los señores abogados que informan en la causa, ha resultado y resulta valioso, contribuyendo a la legitimidad de la Corte Suprema y del Poder Judicial en su conjunto.

Décimo. Entre las sentencias o ejecutorias supremas de las Salas Civiles e inclusive de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, que han abordado este tema de la prueba de oficio, podemos citar: Cas. n.º 1203-2002-Lima, Cas. n.º 1121-2004-Chincha, Cas. n.º 4445-2011-Arequipa, Cas. n.º 2992-2007-Callao. Igualmente, y solo en este Año Judicial 2017, este instituto procesal tantas veces mencionado ha sido objeto de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de mérito en varios procesos llegados en casación a esta Sala Civil Permanente, entre los que pueden citarse: Cas. n.º 4684-2016-Huancavelica, Cas. n.º 2766-2016-San Martín, Cas. n.º 1754-2017-Cajamarca, Cas. n.º 1829-2017-Cañete, Cas. n.º 4116-2017-Lima, Cas. n.º 376-2017-Lima Norte, Cas. n.º 3414-2017-Lima Este, Cas. n.º 3722-2017, Cas. n.º 3124-2017, Cas. n.º 2754-2017, Cas. n.º 3120-2017, Cas. n.º 4445-2017, Cas. n.º 2992-2017, Cas. n.º 1450-2017.

Undécimo. Que el recurso de casación interpuesto en este proceso fue declarado procedente, en los términos contenidos en el auto de fecha catorce de junio de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuarenta y cuatro de este cuadernillo. Por lo tanto, resulta imperioso convocar a un Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 400 del Código Procesal Civil; en concordancia con lo establecido en el artículo 141 de la Constitución Política del Estado, y el artículo 32, inciso a, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Estando a lo expuesto y en atención a la trascendencia e importancia de los plenos casatorios, **se resuelve: CONVOCAR** a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el Pleno Casatorio que se realizará **el día jueves TRECE de SEPTIEMBRE a horas diez de la mañana (10 a. m.)**, en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia, ingreso principal sito en av. Paseo de la República s/n, Lima. En consecuencia: **FIJARON** el mismo día y hora para la vista de la causa en audiencia pública para resolverse sobre el fondo de la casación, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 391 del Código Procesal Civil y el tercer párrafo del artículo 400 del mismo cuerpo normativo; **DISPUSIERON** la notificación a las partes con la presente resolución; **ORDENARON** que se publique la presente resolución en el *Diario Oficial El Peruano,* notificándose. Srs. Távara Córdova, Hurtado Reyes, Huamaní Llamas, Lizarraga, Calderón Puertas.

La fecha del X Pleno Casatorio Civil fue reprogramada y se llevó a cabo el día 18 de octubre de 2018 a las 10 a. m.

III. Consideraciones sobre prueba judicial y prueba de oficio

§ 1. Derecho a la prueba y su constitucionalización

1.1. Principios y reglas procesales relativos a la prueba

Como se sabe, en el proceso judicial confluyen principios y reglas procesales sobre las que se fundamentan las diversas técnicas, categorías e instituciones procesales reguladas en el ordenamiento jurídico. Uno de los lugares comunes en donde se puede observar —con mayor nitidez— su fuerte incidencia es en la prueba, es decir, detrás de las disposiciones o textos normativos de tipo probatorio están una serie de principios que orientan su adecuado desarrollo. Esta primera sección tiene como propósito analizar los principios procesales que tienen influencia determinante en el análisis y el ejercicio de la actividad probatoria en el proceso[10]; dicho de otra manera, aquellos que están involucrados con la formación del material fáctico[11]. Aunque en este punto la literatura jurídica procesal es abundante y hay distintas posiciones teóricas, se ha preferido considerar las más relevantes, a saber, los principios procesales: dispositivo y contradictorio; y las reglas técnicas: preclusión, inmediación y adquisición. Sobre todo, se analizarán aquellos que están estrechamente relacionados y permitan comprender mejor la problemática de los poderes probatorios *ex officio* que son materia de examen en esta oportunidad.

1.1.1. Principio dispositivo

Conforme con este principio (considerado como uno jurídico-técnico[12]), los actos procesales en general son realizados por las partes procesales en el ejercicio de su autonomía de la libertad. Son los justiciables al considerarse afectados de sus derechos materiales quienes deciden o no ejercer su derecho de acción planteando una demanda y dar inicio al proceso judicial[13]. Según este razonamiento, De la Oliva Santos sostiene que este principio:

---

10 Conviene precisar que en la filosofía del derecho se distingue principios y reglas jurídicas. Las primeras son las que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86) y las segundas, mandatos de realización. Distinción teórica que todavía no parece estar asentada en la literatura procesal peruana, en la que existen diversas tipologías de principios procesales y donde se confunde principio y reglas (v.gr.: Monroy, Juan. *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Lima: Communitas, 2009, pp, 207 y ss.; IDROGO, Teófilo. *El proceso de conocimiento*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego, 2013, pp. 102 y ss.). No obstante, considerando las diferencias mencionadas, para los efectos de la presente decisión se distinguen como principios procesales: dispositivo y contradictorio; y como reglas técnicas: preclusión, pertinencia e inmediación.

11 En efecto, para algunos autores los principios procesales pueden ser clasificados como: a) principios inherentes a la estructura del proceso; b) principios relativos a la acción y al derecho subjetivo material subyacente; c) principios referentes a la formación del material fáctico y d) principios relativos a la valoración de la prueba (GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Cuarta edición. Madrid: Colex, 2012, pp. 37 y ss).

12 Sobre el particular se sostiene que los llamados principios jurídicos-técnicos no configuran siempre los procesos, sino que inspiran, unos, ciertas construcciones procesales (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Curso de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 196).

13 Son manifestaciones del principio dispositivo, que el proceso no empiece por iniciativa del órgano jurisdiccional sino solo por instancia de parte; es decir, el juez no procede de oficio *(ne procedat iudex ex officio)* y que el juez no iniciará el proceso sino a pedido del accionante *(nemo iudex sine actore)*. Manifestaciones que en el ordenamiento procesal civil se encuentran previstas en el artículo IV del Código Procesal Civil (en adelante CPC), cuando se menciona: «El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar […]».

> [es] derivado de la naturaleza eminentemente particular de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando (o reconociendo) a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional que se pretende y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica[14].

Además, se sabe que este principio procesal se sustenta atendiendo al brocardo *iudex iuxta alligata et provata iudicare debet*[15], que da cuenta de dos sentidos o concepciones del principio dispositivo, bastante aceptados por la doctrina procesal contemporánea.

La primera concepción: principio dispositivo en sentido sustancial o propio[16], está referida al reconocimiento de la tutela jurisdiccional de las múltiples situaciones jurídicas sustantivas o materiales de las partes procesales, conforme con lo previsto en el artículo I del Código Procesal Civil (en adelante CPC), según el cual «Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso». Esto significa que ante el juzgador las partes pueden presentar sus alegaciones de los hechos (narraciones de los hechos, afirmación de los hechos, enunciado fáctico) y aportar los elementos de prueba relevantes que estimen pertinentes. De acuerdo con este sentido, el demandante debe probar las versiones de los hechos -que configura el derecho- expuestos en su demanda. Al ser este el titular de las situaciones sustantivas de ventaja es el que puede activar o no su tutela jurisdiccional[17].

La segunda concepción: principio dispositivo en sentido procesal o impropio, se refiere a que se debe considerar en un sentido de disponibilidad de las pruebas. Lo que significa que si bien como regla se otorga a las partes la facultad de proponer las pruebas que sustentan los hechos del caso; empero, esta situación se ve atenuada por el legislador, para aquellas necesidades concretas, en virtud de las cuales se reduce el alcance de tal principio, reconociendo en el juez poderes sobre la actividad probatoria más o menos extensos. Lo que abre la posibilidad de que se atribuyan diversos poderes de tipo probatorio al juzgador. Siendo así, de acuerdo con el principio dispositivo (acorde a su sentido procesal), el juez podría o no aportar elementos de prueba al proceso; en otras palabras, este principio no excluye toda posibilidad, o mejor, no es incompatible con los poderes probatorios del juez. De hecho, entendiendo esta tipología es un lugar común

---

14 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *op. cit*., p. 205.

15 Se sabe que respecto de la relación del principio dispositivo y la máxima jurídica extraída del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium,* fue el resultado de equivocaciones que distorsionaron el significado original y correcto de tal expresión: Iudex iudicare debetsecundum allegata et probata, non secundum conscientiam. Para mayor detalle puede consultarse PICÓ I JUNOY, Joan. «Iudex iudicare debetsecundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia dell'erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana«. En *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2007, pp. 1497 ss.

16 Para mayor detalle de las dos concepciones del principio dispositivo, puede consultarse CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I. Milano: Giuffrè Editore, 1962.

17 Una de las características del principio dispositivo es el poder de disposición sobre el derecho material, lo que significa que «si los derechos e intereses jurídicos, que se pueden discutir en el proceso civil, pertenecen al dominio absoluto de los particulares, a nadie se le puede constreñir a impetrar su tutela jurisdiccional o a ejercitar su defensa ante los tribunales» (GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Octava edición. Madrid: Colex, 2013, pp. 37 y ss.).

que la mayoría de ordenamientos jurídicos procesales reconozcan a la par el principio dispositivo y las pruebas de oficio.

1.1.2. Principio del contradictorio

Por el principio del contradictorio (también denominado como principio de audiencia) las partes procesales tienen el derecho de participar activamente en los actos durante el procedimiento judicial y en la toma de decisión por el juzgador. Es por ello que la dinámica del proceso (entendida como un conjunto de actos concatenados y preestablecidos destinados a la determinación del caso) se articula a través del contradictorio. La importancia en el proceso —al menos como regla general— es tan determinante que su omisión puede derivar en su nulidad. En este sentido, Calamandrei afirmaba que se trata de un principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema[18]. También, Proto Pisani considera que es un principio fundamental del proceso civil y que se encuentra en expansión también en el procedimiento administrativo y, a través de las cláusulas generales de la corrección y de la buena fe, en la actividad privada[19]. Por su parte, Fazzalari propone una lectura distinta del contradictorio fundada sobre la distinción entre proceso [20] y procedimiento. Bajo esta óptica el proceso sería una especie del procedimiento, que vendría a ser el género[21].

De la evolución histórica del concepto del contradictorio, fundada sobre la base del brocardo *audiatur et alter pars* se puede extraer al menos dos sentidos o concepciones bastante difundidas en la literatura procesal. El primero habla de un *sentido débil*, que se presenta como necesario para la constitución del proceso mismo. Es un sentido lógico-formal de la participación de los destinatarios de la decisión final, centrado únicamente en la fase inicial del proceso, sin consideración del juez como partícipe de este principio. Al respecto, Proto Pisani considera que, en la doctrina clásica formada en los primeros años del siglo pasado, el contenido necesario y suficiente del principio del contradictorio consistiría en poner a la contraparte en la posibilidad de contradecir, con el propósito de asegurar la igualdad de las partes en el proceso y para aprovechar la libre contradicción, el libre choque entre las partes para poner al juez en las mejores condiciones posible para decidir[22].

El *sentido efectivo o fuerte*[23] del contradictorio está relacionado con la idea de que toda decisión judicial debe suponer la participación activa y previa de las partes. Su vigencia no solo se circunscribe a la etapa postulatoria del proceso, sino en todas las fases del proceso. Conforme con esta concepción, el

---

18 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Traducción de Héctor Fix-Zamudio, Lima: ARA Editores, 2006, p. 136.

19 PROTO PISANI, Andrea. *Lecciones de derecho procesal civil*. Traducido por Mayté Pamela Chumberiza Tupac-Yupanqui. Lima: Palestra, 2018, p. 203.

20 FAZZALARI, Elio. Voz «Procedimento e processo (teoria generale)». En: *Enciclopedia del Diritto* vol. XXXV, Milano: Giuffrè Editore, 1986, pp. 819-835.

21 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1996, p. 82.

22 PROTO PISANI, Andrea, *op. cit.*, pp. 203-204.

23 *Cfr.* PICARDI, Nicola. «'Audiatur et altera pars'. Le matrici storico-culturali del contraddittorio». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffré, , 2003, n.° 1, pp. 10 y ss.; del mismo autor: «Il principio del contraddittorio». En *Rivista di Diritto Processuale*, año LIII, n.° 3, , pp. 674- y ss.

contradictorio es un derecho de las partes, sin que su vinculación se extienda a los jueces permitiendo un compromiso de propiciar y conducir el debate de manera previa a su decisión. Rechazando con esto la posibilidad de decisiones sorpresas o de *terza vía*[24]. En la doctrina nacional se sostiene que «se ve que el contradictorio no solamente constituye un medio de lucha entre las partes, sino tanto más un instrumento operativo para el juez y, por consiguiente, un momento fundamental del juicio. Desde esta óptica, el contradictorio deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por el juez con la colaboración de las partes[25].

Este sentido (fuerte) del contradictorio tiene implicancia directa en todos los actos procesales del juez de los hechos, como lo son aquellos vinculados con la actividad probatoria y más todavía con lo relativo a las denominadas pruebas de oficio. De hecho, si es cierto que la mayoría de ordenamientos del *civil law* y *common law* reconocen —en mayor o menor grado— poderes probatorios del juez, es precisamente porque juntamente garantizan el contradictorio de las partes. Siendo así, las pruebas de oficio estarían sujetas (entendidas como una *conditio sine qua non*) a un irrestricto respeto al principio del contradictorio, que puede ser de manera previa, posterior, escrito u oral, como veremos más adelante.

1.1.3. La preclusión

Por la preclusión los actos procesales se realizan en determinados momentos del proceso fijados por la ley procesal. En su concepción más clásica la preclusión exige que las partes puedan desarrollar su actividad en las etapas preestablecidas, de lo contrario perderían su derecho a ejercerlo en otros instantes del *iter* procesal. En rigor se trata de la consecuencia que se genera en un proceso judicial debido a la superación de los plazos para la realización de las actuaciones procesales que se establecen en un ordenamiento procesal determinado. En este sentido Couture afirma que el principio de preclusión:

> está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos. En un proceso de desenvolvimiento discrecional, siempre sería posible retroceder a etapas ya cumplidas; en un proceso dominado por el principio de preclusión, extinguida la oportunidad procesal para realizar un acto, ese acto ya no podrá realizarse más[26].

Es el legislador procesal quien fija o establece *a priori* —se espera que de manera racional— los momentos o las fases en las que se debe realizar (y superar) los actos de las partes o alguna actuación propia del

[24] Sobre los sentidos fuerte y débil del contradictorio, en la doctrina peruana puede consultarse: ALFARO VALVERDE, Luis. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2014, quien establece el contenido esencial del contradictorio: i) derecho a recibir adecuada y tempestiva información; ii) derecho a defenderse activamente; y iii) derecho de influencia (p. 110).

[25] HURTADO, Martín. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa, 2009, p. 104. Acorde con esta concepción, Nieva Fenoll sostiene que «el derecho a la contradicción se concreta en la posibilidad de rebatir las alegaciones y pruebas de la parte contraria, permitiendo que el proceso tenga una estructura dialéctica. Es el contrapunto a los derechos de aleación y prueba, porque indica cómo estructurar procedimentalmente esos derechos, siguiendo la citada estructura» (NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 151.

[26] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: B. de F., 2005, p. 194.

proceso. Estos efectos suponen la imposibilidad posterior de realizar el acto procesal prescindido, por lo que el procedimiento no podría retroceder. En efecto, Ariano afirma que cuando se habla de preclusión se piensa tanto en la división del proceso en fases como en la consecuencia: la pérdida —para las partes— de la posibilidad de realizar tal o cual acto por haber pasado el plazo previsto por la ley o por haberse ya cerrado el estadio procesal respectivo[27]. Este *sentido rígido* de la preclusión parece haber sido adoptado por el proceso civil peruano, tal como se desprende de la revisión del CPC en los siguientes casos: i) que el demandado en la contestación de la demanda deba pronunciarse «respecto de cada uno de los hechos» (artículo 442, inciso 2) y exponer los hechos en que fundamenta su defensa (artículo 442, inciso 4); ii) que el demandante solo pueda modificar su demanda antes que esta sea notificada (artículo 428); iii) que el demandado solo pueda plantear sus excepciones todas juntas dentro de los plazos señalados por la ley (artículo 447).

Luego, la preclusión también surte sus efectos determinando los momentos en que las partes pueden realizar sus alegaciones de hechos y aportar los medios de prueba relevantes. Por ejemplo, en el proceso civil se establece que sea en la etapa postulatoria cuando pueden aportar los hechos del caso y los elementos de prueba (artículo 189; artículo 424, inciso 9; y artículo 442, inciso 5), salvo que el ordenamiento procesal lo permita en otra oportunidad; de no ser así, de manera categórica no podrían hacerlo en otras fases del proceso. Sobre la función de la preclusión en el contexto probatorio Taruffo afirma que «sirven para establecer, en los tiempos lógicos del proceso, los momentos dentro de los cuales determinadas actividades de las partes deben ser cumplidas, y a sancionar a la parte que no respeta la secuencia predeterminada por la ley [...]; ellas sirven simplemente para indicar a las partes cuándo ellas deban decir, bajo pena de no poder hacerlo ya más en momentos sucesivos, lo que pretenden decir en el proceso»[28].

Respecto a la concepción anteriormente expuesta en los actos procesales en general y sobre las pruebas en especial, se afirma que sería el contexto de la preclusión *en sentido rígido,* sustentado sobre la base del principio de seguridad jurídica. Empero, en la literatura procesal se viene proponiendo una concepción flexible de la preclusión, inspirada en la constitucionalización del proceso, en particular frente al derecho a la defensa que asegura la Constitución[29]. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que este sentido de la preclusión paulatinamente cobre vigencia en los ordenamientos procesales, sea a partir de la obra del legislador procesal o de la jurisprudencia. Por ejemplo, en el III Pleno Casatorio Civil la Corte Suprema dejó establecida la flexibilización de la preclusión para la pretensión de indemnización por la causal de separación de hecho en un proceso de divorcio. En ese entonces se estableció:

> 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. (Fundamento 17)

[27] ARIANO, Eugenia. «Prueba y Preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del proceso civil peruano». En *Revista Ius et veritas*, n.° 23, Lima, 2001, p. 73.

[28] TARUFFO, Michele. «Le preclusioni nella riforma del processo civile». *Rivista di diritto processuale*, *XLVII*-2. Padova: Cedam, 1992, p. 301.

[29] ARIANO, Eugenia. «Prueba y Preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del proceso civil peruano», *op. cit.*, p. 79.

1.1.4. Adquisición o comunidad de prueba

La adquisición de prueba o comunidad de prueba[30] tiene su origen en el denominado —por Chiovenda— principio de adquisición procesal[31], que hace referencia a la unidad en cuanto a la actividad procesal, estableciéndola como común a las partes. Este principio se ve reflejado de manera directa en la actividad probatoria, en el sentido de que los múltiples elementos de prueba aportados por las partes no tienen como propósito su propio beneficio, sino que es el proceso mismo[32]. Según Valmaña consiste en que «toda la prueba que ha sido simplemente propuesta (aun sin haber sido todavía practicada) pasa a formar parte ya del proceso, por lo que debería dejar de pertenecer a la esfera dispositiva de las partes y convertirse así en un elemento más de dicho proceso"[33].

En general, los diversos actos realizados por las participantes en el proceso (juez y partes) pertenecen a una actividad única; por tanto, el procedimiento probatorio entendido como un conjunto de actos procesales adopta este carácter único. De tal manera, como afirma Picó i Junoy que es perfectamente posible, incluso, que el convencimiento del juzgador acerca de las alegaciones de una de las partes se alcance mediante una prueba propuesta por la otra[34]. Siguiendo este mismo razonamiento, Ramírez Salinas sostiene que las consecuencias de los actos probatorios desplegados por el demandante bien pueden ser utilizados por la demandada en sus diferentes actos de defensa[35]. Por ejemplo, cuando una parte ofrece un testigo, de su declaración pueden extraerse múltiples inferencias sobre los hechos afirmados por ambas partes, indistintamente de quien lo haya presentado al proceso.

Siendo así la idea o creencia de que determinados medios de prueba serán necesariamente beneficiosos a la parte que la ofrece, no tiene en cuenta los demás factores y elementos que están implicados en la actividad probatoria. No es posible determinar con exactitud a quién beneficiaría o perjudicaría determinados medios de prueba[36]. En rigor, la actividad probatoria beneficia propiamente a la finalidad que puede aspirar el proceso, esto es, una correcta y verdadera reconstrucción de los hechos del caso materia de decisión, conforme a una concepción racionalista de la prueba y del proceso. En síntesis —

30 En la literatura procesal se ha identificado con otros *nomen iuris,* tales como principio de incorporación, comunidad de pruebas, comunidad de medios de pruebas, aportación indiferenciada o indiscriminada de los hechos (FONS RODRÍGUEZ, Carolina. «Incidencia del principio de adquisición procesal en el interrogatorio de testigos», en ABEL LLUCH, Xavier, *et al.* (Dir.), *La prueba judicial*. Madrid: La Ley, 2011, p. 821.

31 Conforme lo menciona MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Sexta edición. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 112; PICÓ I JUNOY, Joan. «El principio de adquisición procesal en materia probatoria». *La Ley* 6.404, 2006, p. 1.304.

32 RAMÍREZ SALINAS, Liza, A. «Principios generales que rigen la actividad probatoria». *La Ley*. Asunción, 2005, p. 1032.

33 VALMAÑA, Antonia. «El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada». *InDret Revista para el análisis del Derecho*, n.º 02, 2012, p. 7.

34 PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil». En ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (coords.). *Problemas actuales de la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, 40.

35 RAMÍREZ SALINAS, Liza, A., *op. cit*., p. 1032.

36 *Ibid*.

conforme afirma Taruffo— la solución de la controversia sobre los hechos se alcanza cuando el tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa[37].

1.1.5. Inmediación procesal

En términos generales la inmediación está pensando en lograr una mayor relación directa entre los medios de prueba relevantes presentados por las partes y el juez. Lo que se pretende es permitir al juzgador de los hechos apreciar de manera personal todo aquello que es ventilado en el proceso, procurando alcanzar una mejor percepción de lo narrado y lo acontecido en la realidad. Por ejemplo, Ramírez Salinas señala que en la declaración de testigos se afirma que ese contacto directo que se podrá dar entre el juez y el testigo, permitirá establecer un grado de afinidad tal que posibilitaría dilucidar las dudas del magistrado, imposibles de vislumbrar por actuaciones o intermediarios, los cuales cuentan con apreciaciones diferentes[38]. En el ordenamiento procesal civil peruano, la inmediación ha alcanzado recepción normativa en el artículo V del CPC de acuerdo con la siguiente formulación: «Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión».

De lo afirmado se puede colegir que lo vital cuando se habla de inmediación es la presencia del juez en todas las actuaciones judiciales que requiera el ordenamiento procesal, por lo que —en principio— no podría delegar esa función a otra persona, bajo la excusa de acelerar el proceso debido a la (sobre)carga procesal. Caso contrario, si las diligencias o actuaciones judiciales son realizadas en ausencia del juez, se determinará irremediablemente su nulidad. Frente a esta explicación se vienen planteando explicaciones de tipo epistemológico que ayudan a evidenciar su real importancia. Según este razonamiento, Folgueiro afirma que la inmediación puede ser comprendida como una regla epistemológica dentro del proceso, es decir, como una regla de conocimiento, a la cual denomina fundamento epistemológico o lógico.

Antes de culminar este acápite inicial, debemos indicar que más adelante veremos el papel transcendental que juegan en la prueba la *pertinencia* y la *licitud,* por lo que ahí haremos un desarrollo sobre estas.

1.2. Instituciones y categorías sobre prueba

Una adecuada aproximación a la teoría de la prueba requiere no solo del estudio de los principios y reglas procesales, sino también el examen de algunas instituciones y categorías que la caracterizan y permitan una

[37] TARUFFO, Miichele. *La prueba.* Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán., Barcelona/Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 15.

[38] RAMÍREZ SALINAS, Liza, A., *op. cit.*, pp. 1034-1035.

mejor comprensión. Estas pueden ser analizadas —siguiendo en parte la propuesta de Couture[39]— planteando algunas preguntas que ayuden a perfilar mejor el problema[40], así tenemos:

a) Concepto: ¿qué es la prueba?

b) Objeto: ¿qué se prueba?

c) Carga: ¿quién prueba?

d) Procedimiento: ¿cómo se prueba?

e) Fuente: ¿de dónde se obtiene la prueba?

Estas instituciones y sus cuestiones serán materia del siguiente análisis.

1.2.1. Concepto de prueba: ¿qué es la prueba?

Entre las cuestiones más relevantes sobre el estudio de la prueba aparece en primer lugar la siguiente: ¿qué es la prueba?[41], o mejor, qué se puede entender cuando hablamos de prueba. Esta pregunta bien puede ser respondida analizando el concepto de la prueba, más precisamente revisando los distintos sentidos que se le reconoce a la expresión *prueba* en el derecho[42]. Se trata entonces de una palabra polisémica[43], que en la actualidad viene siendo estudiada cada vez más desde una perspectiva multidisciplinaria[44]). Así, entre los diversos sentidos más utilizados en el lenguaje jurídico procesal: como actividad, como medio y como resultado[45] (en cambio en el *common law* se emplean las expresiones *evidence* y *proof*[46]).

El primer sentido (como actividad) de prueba hace referencia a la serie de actos jurídicos procesales que realizan los participantes en el proceso para demostrar o acreditar sus versiones de los hechos, que comprendería también la práctica de la prueba[47]. Conforme a este sentido, De la Oliva Santos la define como «aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que este adquiera el convencimiento de la

39 Couture sostenía que los problemas de la prueba consisten en saber qué es la prueba; qué se prueba; quién prueba; cómo se prueba; qué valor tiene la prueba producida. El primer problema que se plantea es el del *concepto* de la prueba; el segundo, el *objeto* de la prueba; el tercero, la *carga* de la prueba; el cuarto, el *procedimiento* probatorio; el último, la *valoración* de la prueba.

40 En su tiempo, Guasp consideró las siguientes categorías derivadas de la prueba: «elementos de la prueba», «fuentes de la prueba», «medios de prueba», «materia de la prueba», «temas de la prueba», «motivos de la prueba» y «resultados de la prueba» (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Segunda edición. Madrid: Instituto de Estudios Públicos, 1961, p. 334. También en GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Séptima edición revisada y puesta al día. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, pp. 375 y 376.

41 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 216.

42 *Cfr.* TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta0, 2002, pp. 439-515.

43 Sobre los diversos significados de la locución prueba, puede verse: COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Quinta reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1993, pp. 490- 491.

44 TWINING, William. «Evidence as a multi-disciplinary subject». En *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press., 2006, pp. 436-456.

45 *Cfr.* GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 83-86; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 27-29; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 191.

46 En el lenguaje inglés la prueba como medio es identificada como *evidence* y para hacer referencia al resultado probatorio se emplea la expresión *proof*. Mientras que para describir la actividad se hace uso de la palabra *litigation* (TWINING, William, *op. cit.*, pp. 193 y 194).

47 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 22 y ss.

verdad o certeza de un hecho o afirmación práctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso»[48]. En este sentido, la prueba se expresa en su carácter dinámico, comprendido por serie de etapas en la que participan el juzgador de los hechos y las partes a fin de lograr una mejor reconstrucción de los hechos acaecidos. Se debe precisar que toda la actividad jurídica desplegada por los sujetos parciales está sujeta a determinadas normas procesales y procedimentales[49].

En el segundo significado, la doctrina procesal suele hablar de «medio de prueba», para hacer referencia a todos aquellos instrumentos que pueden lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los puntos controvertidos[50]; tales como los documentos, declaración de testigos, declaración de parte, inspección judicial, etc. Sobre este punto, Prieto Castro considera al medio de prueba como «el instrumento corporal o material cuya apreciación sensible constituye para el juez la fuente de donde ha de obtener los motivos para su convicción sobre la verdad (o no) del hecho que se trata de probar»[51].

En el tercer sentido, es empleado para hacer mención del resultado producido por los medios de prueba aportados y actuados en el proceso. Aquí, la expresión prueba se utiliza para dar cuenta del momento final del procedimiento probatorio, esto es, en la fase de valoración (en la etapa decisoria del proceso) de todos los medios de prueba previamente practicados. Es la conclusión a la cual llega el juez en relación con los hechos probados, sobre la base de la información y los datos cognitivos aportados al proceso. En estricto estamos en la parte final del *iter* probatorio, en donde se pretende determinar qué aseveraciones de hechos pueden darse por demostrada[52]. En este sentido, Couture sostiene que el tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? El propósito es básicamente determinar cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión del juez de los hechos[53].

1.2.2. Objeto de prueba: ¿qué se prueba?

La cuestión ¿qué se prueba? —o como diría Couture: qué cosas deben ser probadas[54]— está relacionada con el objeto de prueba, consiste en lo que puede probarse en general y en especial aquello sobre lo que puede recaer la prueba en el proceso[55]; estos son, en concreto, los hechos[56]. Aunque no todos los hechos necesariamente requieren de ser probados[57], sino propiamente aquellos hechos materia de controversia:

48 De la Oliva Santos, Andrés, Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime. *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Tercera edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 115.

49 Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 2005, pp. 54-55.

50 Ovalle Favela, José. «Teoría general de la prueba». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 93-94,1974, p. 289.

51 Prieto Castro y Ferrandiz, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Quinta edición. Madrid: Tecnos, 1989, p. 146.

52 *Cfr.* Gascón Abellán, Marina. «La racionalidad en la prueba. *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 45, 2000, p. 612.

53 Couture, Eduardo. *op. cit.*, p. 257.

54 Couture, Eduardo. *op. cit.,* p. 219.

55 Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1970, p. 142.

56 En cuanto a la regla de que el derecho no se prueba existe un vínculo con el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; por ende, no tendría sentido la prueba del derecho en un sistema en el cual este se supone conocido. Salvo algunas excepciones: i) la existencia o inexistencia de la ley; ii) prueba de la costumbre; y iii) prueba del derecho extranjero (Couture, Eduardo, *op, cit.*, pp. 220-223.

57 Montero Aroca, J. *et al. Derecho Jjurisdiccional II. Proceso cCivil.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 223.

hechos controvertidos[58]. En esta línea de pensamiento, Couture sostiene que esta idea se sustenta en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre el que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos sobre los que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes[59].

Luego, se debe precisar que en rigor el objeto de prueba está centrado en las afirmaciones de los hechos[60]. En este sentido, De la Oliva Santos considera que «el objeto principal de la prueba son hechos. Más exactamente podrá decirse que la actividad probatoria versa sobre afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas"[61]. Siguiendo este razonamiento, Ramos Méndez precisa que «comúnmente se afirma que la prueba recae sobre hechos. Esto, sin ser erróneo, es una expresión abreviada que hay que entender en su exacto significado. Nunca se prueban directamente hechos, lo que se prueba son siempre nuestras afirmaciones sobre diversos hechos"[62]. También Devis Echandía caracteriza esta noción como puramente objetiva y abstracta, que no se encuentra limitada a los problemas concretos de cada proceso ni a los intereses o pretensiones de las partes[63]. De lo dicho, se puede colegir que el objeto de la prueba son afirmaciones o narraciones de los hechos (acontecidos —normalmente— en el pasado) que exponen las partes procesales al juez, a fin de que eventualmente pueda reconstruir —de forma correcta y verdadera— los hechos en los que no estuvo presente.

1.2.3. Carga de la prueba: ¿quién prueba?

La institución de la carga de la prueba busca responder a la cuestión de quién (o quiénes) realizan la actividad probatoria en el proceso o más específicamente a quién le corresponde probar un supuesto de hecho. En otras palabras, lo que se pretende es determinar cuál de los sujetos que actúan en el proceso está llamado a producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate[64]. Estamos ante una de las categorías de vital relevancia para la comprensión de la prueba y del proceso [descrita por Rosemberg como la columna vertebral del proceso[65]). A pesar de ello, también la doctrina procesal lo concibe como un tema bastante complejo de describir y conceptuar; sin embargo, se puede intentar alguna explicación de su significado. Veamos: Devis Echandía afirma que «carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece

58 Los hechos controvertidos son aquellos actos cuya existencia o modalidad de ser es motivo de discusión en juicio, puesto que se impugnan por el adversario (MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 112.),

59 COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 223.

60 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración: Parte general*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015, pp. 499-500.

61 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil,* Vol. I. Cuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1996, p. 311.

62 RAMOS, MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, Vol. I. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p. 325.

63 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil*. T. V. Bogotá: Ed. Temis, 1967, p. 205.

64 COUTURE, Eduardo, *op. cit.* p. 240.

65 Citado por GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, p. 518.

a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables»[66]. Si razonamos de esta manera, es evidente que la noción de carga de la prueba está comprometida con resolver la cuestión de quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho.

En efecto, Couture, considerando el sentido general de carga procesal, menciona que:

> no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron[67]

En este sentido, la carga de la prueba no solo busca determinar quién debe probar sino qué debe probar cada parte procesal para alcanzar el éxito de sus intereses, conforme a la regla *onus probandi.*

Siendo así, estamos propiamente ante una regla de juicio (al menos en un sentido tradicional) utilizada al momento final del proceso (en la etapa decisoria: sentencia) por ausencia de pruebas, respecto de los hechos constitutivos del demandante y de los hechos extintivos o impeditivos de la parte demandada. Criterio que es compartido con Taruffo cuando menciona que «parece razonable sostener que la regla de la carga de la prueba se aplique como criterio de decisión cuando ninguna de las hipótesis disponibles sobre el hecho sea apta —si se la pone en relación con los elementos de prueba que la afectan— para constituir una versión aceptable del hecho en cuestión»[68].

El problema en la práctica con la carga de la prueba es que muchas veces el juez no sabe exactamente qué papel juega, pues aparece de forma inadecuada en el primer o segundo considerando de la sentencia, como si antes de valorar la prueba el juez ya estuviera estableciendo quién debió probar determinado hecho. Más confusión se genera cuando se le vincula con la prueba de oficio, pues no se llega a entender que el juez debe utilizar la carga probatoria solo después de haber realizado la actividad probatoria oficiosa, y si aún el hecho relevante que se pretendía probar no tuvo resultado positivo, es en ese momento en el que el juez debe establecer en cabeza de quién debió recaer la carga probatoria y si se trata de una carga probatoria estática, de un supuesto de inversión de la carga probatoria o si estamos frente a una posibilidad de carga probatoria dinámica. Esta situación, sin considerar que deba ser establecida como una regla del pleno, debe ser tomada como un *obiter dicta* importante de este Pleno Casatorio por todos los jueces.

1.2.4. Procedimiento probatorio: ¿cómo se prueba?

Otra de las acepciones o significados de la prueba es como procedimiento. Para explicar este procedimiento, basta considerar que si bien algunos actos procesales que desarrollan en el proceso las partes y el juez, se

---

66 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial* Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Víctor de Zavalía, p. 426.

67 COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 242.

68 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 302.

realizan de manera libre; no obstante, gran parte de la actividad probatoria está reglamentada legalmente. Por ende, se debe saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida[69]. Conforme con este criterio, Couture considera que el problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos: en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. En el primer grupo se encontraría el tema general del procedimiento probatorio (ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc.); y el segundo comprende el aspecto particular del problema, es decir, el funcionamiento de cada medio de prueba (instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc.).

Un aspecto importante cuando se habla de procedimiento probatorio en general es la manifestación transversal del principio del contradictorio. Así como es imposible pensar en proceso sin la existencia de un debate, mucho menos se puede comprender que una parte produzca una prueba sin que esté expuesta al debido control y revisión del juzgador y de la contraparte. Couture, al explicar sobre los caracteres generales del procedimiento, enseña que el principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar. De este modo el contradictorio se produce antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo[70].

1.2.5. Fuente de prueba: ¿de dónde obtengo la prueba?

Dado que a menudo se confunde «fuente de prueba»[71] con «medio de prueba», conviene diferenciarlos[72]; así, en el primer caso se le ubica en el contexto extrajudicial y en el segundo en el ámbito del proceso. Esta distinción es expuesta por Sentís Melendo, para quien fuente de prueba son los elementos que existen en la realidad; es decir, un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso, lo que supone que existirá con independencia de que se siga o no el proceso (lo sustancial y material). A su vez, los medios de prueba están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso, siendo un concepto jurídico y absolutamente procesal, que nacerá y se formará en el proceso (lo adjetivo y formal)[73]. En similar sentido, Montero Aroca ha manifestado que para responder a la pregunta de con qué se prueba, es necesario hacer la división conceptual entre «lo que ya existe en la realidad (fuente)» y «el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador[74].

---

69 COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 248.

70 COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, pp. 253-254.

71 En el idioma inglés, la «fuente de la prueba» es identificada como *source of the evidence*. Véase Bentham, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. (Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont). Vol. I. Traducción de M. Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 29-31.

72 *Cfr.* CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Segunda edición. Traducción de Niceto Alcaláá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982, pp. 67-102, 195-201.

73 SENTÍIS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, pp. 141- 144, 150, 151, 156.

74 MONTERO AROCA, Juan., *op. cit.*, pp. 133 y 137. *Cfr.* FALCÓN, Enrique. *Tratado de la prueba*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 2003, pp. 615-635; ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, pp. 123-126.

En tal sentido, es posible colegir que fuente de prueba es el principio o punto de origen de los datos cognoscitivos e información sobre las versiones de los hechos, que se ubican con anterioridad al proceso y se configuran de modo extraprocesal. Estos bien pueden estar comprendidos por cosas o personas o situaciones que ocurren en una realidad extraprocesal.

La fuente de prueba contiene información relevante para un futuro proceso, esa información puede ingresar —puede que no— al proceso, y lo hace a través de un medio o instrumento que se denomina medio de prueba. Este es el mecanismo adecuado para introducir al proceso la información relevante contenida en las fuentes de prueba desde una realidad extraprocesal a una de dimensión procesal.

1.3. Constitucionalización de la prueba

La tendencia ideológica denominada constitucionalización de los derechos ha sido paulatinamente recepcionada por diversos Estados a través de sus ordenamientos jurídicos, en especial fue determinante en la necesidad de tutelarlos mediante garantías de orden procesal o jurisdiccional. Situación que se concretizó con el reconocimiento constitucional del proceso y de sus principales instituciones. En el derecho peruano esto permitió que, de modo gradual, la jurisprudencia de la Corte Suprema vaya identificando y consagrando —algunas veces de manera explícita y otras de modo implícito— los más relevantes derechos fundamentales de naturaleza procesal, uno de ellos es, precisamente, el derecho (fundamental) a la prueba.

Una adecuada comprensión del fenómeno probatorio no solo se circunscribe al análisis de los principios, reglas y categorías de las pruebas (explicadas anteriormente), sino también resulta indispensable evidenciar su reconocimiento constitucional y su implicancia o manifestaciones. Lo que ciertamente se espera que redunde en un mejor entendimiento de las pruebas de oficio y de sus más relevantes problemas materia de esta decisión. Para lograr ello, en esta decisión se analizarán los siguientes temas: i) tutela constitucional del proceso y la prueba; ii) relación del derecho a la prueba con el debido proceso, iii) contenido esencial (utilización, admisión, actuación y valoración); y iv) límites (pertinencia y la licitud).

1.3.1. Derecho fundamental a la prueba

1.3.1.1. Constitucionalización del proceso

Los problemas que a menudo tienen los justiciables al acudir al proceso —sobre todo por la afectación a las garantías procesales[75]— llevó a muchos países de Europa de la posguerra[76] a consagrar a rango constitucional instituciones básicas del proceso, lo que dio inicio al fenómeno de la constitucionalización de

[75] *Cfr.* COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 120-131.

[76] *Cfr.* PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, pp.17-23; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Civitas 1982, p. 51. En la Unión Europea, los derechos fundamentales de índole procesal se encuentran reconocidos en los artículos 47 al 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (GÓMEZ, Marta. Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: protección y contenido. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. n.º 11, 2006.

este, hablándose así de derechos fundamentales procesales[77]. Estos derechos son entendidos como derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran las facultades de ciudadanos frente a los jueces[78]. En el derecho peruano, la Constitución también los ha fijado y son, entre otros, derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (artículo 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6).

Además, el Tribunal Constitucional ha reconocido que existen otros derechos implícitos como el derecho a un juez independiente e imparcial, el derecho al libre acceso a la jurisdicción, el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el principio *non bis in idem,* el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales[79] y el derecho a la prueba. De esta manera la prueba se constituye en un derecho fundamental implícito que se desprende del contenido esencial del debido proceso (artículo 139, inciso 3 de la Constitución[80]). Esto tiene su justificación en el hecho de que las demás garantías procesales serían meramente formales y vacías si a las partes se les impidiera ofrecer todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio[81].

1.3.1.2. Significado del derecho a la prueba o derecho a probar

De este modo, entendemos por derecho a la prueba aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso[82]. Se trata —como afirma Comoglio de «la posibilidad de hacer admitir y recibir al juez todo medio de prueba consentido (o no excluido) por el sistema, el cual sea relevante para la demostración del hecho deducido como fundamento de las diversas pretensiones"»[83]. Con parecido criterio, la Corte Suprema en la Cas. n.º 1222-05 Arequipa, entiende que es «el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa, posición asumida siguiendo los avances de la doctrina procesal de la época»[84].

---

77 ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil». En ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (coord.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2007, p. 32.

78 NATARÉN, Carlos. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México: UNAM, 2006, pp. 10-12.

79 Ver: STC Exp. n.º 00023-2005-PI/TC, f. j. 4.

80 «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: […]
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. […]

81 TARUFFO, Miichele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Barcelona/Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 56.

82 PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996, pp. 18-19.

83 COMOGLIO, Luigi. «Giurisdizione e processo nell cuadro delle garanzie costituzionali». *En: Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 4/1994, p. 1075.

84 Cas. n.º 1222-05, Arequipa, f. j. 2, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 2 de octubre de 2006. Concepto que también es utilizado, por ejemplo, en la Cas. n.º 3514-2006, Ayacucho, f. j. 3.

1.3.2. Contenido constitucionalmente protegido

La doctrina constitucional sostiene que todo derecho fundamental tiene un contenido esencial constitucionalmente protegido[85], de igual modo el derecho a la prueba también lo tiene, el cual está integrado por sus elementos o derechos definitorios[86]. Abel Lluch considera los siguientes: i) derecho a la proposición de los medios de pruebas; ii) derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o en su caso una inadmisión motivada; iii) derecho a la práctica de la prueba admitida; y iv) derecho a la valoración de la prueba practicada[87]. Bustamante Alarcón menciona los siguientes: i) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; ii) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; iii) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; iv) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, v) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento[88].

La Corte Suprema en la Cas. n.º 2340-05, Camaná, del 17 de mayo de 2006, ha precisado que:

> el derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y, e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica[89].

De todo esto, se puede colegir que el contenido esencial del derecho a probar está compuesto por los siguientes derechos: derecho a la utilización u ofrecimiento de todos los medios de prueba que sean relevantes, derecho a su admisión por parte del juzgador, derecho a la práctica o actuación de la prueba admitida y su debida valoración. En relación con el derecho al aseguramiento de los medios de prueba[90], por no tener mayor aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia no será materia de análisis en la presente decisión.

---

85 *Cfr.* HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*.Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117. STC Exp. n.º 1042-2002-AA/TC, f. j. 2.2.4.

86 FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales». En Jueces para la democracia, n.° 47, 2003, p. 28.

87 ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 32-34. En similar criterio, Ferrer propone: i) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; ii) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; iii) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y, iv) la obligación de motivar las decisiones judiciales (FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», o*p. cit.,* pp. 27-34).

88 BUSTAMANTE, Reynaldo. *El derecho a probar como un elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 102-103.

89 También, puede verse: Cas. n.º 2340-05, Camaná, f. j. 1; Cas. n.º 1548-06 Lima, f. j. 1; Cas. n.º 3490-06 Lima, f. j. 1; Cas. n.º 5342-06 Lima; Cas. n.º 3120-05 Lima, f. j. 1.

90 Este derecho es entendido como a un aseguramiento de la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios. Véase STC Exp. n.º 6712-2005-HC/TC, f. j. 15.

Aunque debemos precisar como un elemento adicional del contenido constitucional de este derecho implícito de naturaleza procesal: el derecho al contradictorio, respecto del cual haremos un desarrollo más adelante. No solo se tiene derecho a ofrecer, admitir, actuar y valorar los medios de prueba, sino a ejercitar el contradictorio en el ejercicio de este derecho constitucional.

1.3.2.1. Derecho de ofrecimiento

Es el primer elemento del derecho a la prueba y se refiere a la posibilidad de que el justiciable ofrezca todas las pruebas de que dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión[91]. Al respecto, Abel Lluch manifiesta que en virtud de tal, «cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones»[92]. A su turno, Taruffo afirma que:

> [las] partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos (p. 56)[93].

De esta manera, el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente n.º 0010-2002-AI/TC (en adelante toda sentencia del Tribunal Constitucional será con la abreviatura STC) ha precisado que «el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva, ello en la medida que los justiciables se encuentran facultados para poder presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos».

Si bien es cierto que los justiciables pueden presentar los medios de prueba que estimen necesarios, pero no de forma ilimitada sustentada en su simple arbitrio; para no generar complicaciones en el funcionamiento del proceso, estas deben estar sujetas a algunas restricciones[94], como requisitos o reglas legales de tiempo y forma, sobre todo por pertinencia o relevancia. Los justiciables pueden utilizar los medios de prueba en la oportunidad o el momento en que las normas legales hayan razonablemente preestablecido para cada circunstancia. En el caso de nuestro sistema procesal, se ha determinado que la presentación de

91 FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *op. cit.*, p. 28.

92 ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», *op. cit.*, p. 32.

93 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 56.

94 Taruffo afirma que «las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieran, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, porque esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso» (TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 37). En el plano normativo, la figura de la libertad probatoria se aprecia en el artículo 191 del CPC, que establece lo siguiente: «Legalidad.- Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188 […]». También lo podemos apreciar en el artículo 157 del Decreto Legislativo n.º 957 —Nuevo Código Procesal Penal—, que regula lo siguiente: «1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible […]».

los medios de prueba puede efectuarse válidamente en la etapa postulatoria[95] y en situaciones excepcionales cuando la disposición procesal lo permita.

1.3.2.2. Derecho a la admisión

Se trata del derecho a que los medios de prueba utilizados por los justiciables sean debidamente admitidos al proceso, con el fin de acreditar sus versiones de los hechos. En ese sentido, se viene sosteniendo que la debida protección del derecho a la utilización de los medios de prueba, supone, al mismo tiempo, que se imponga a los jueces y tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes[96]. Esto significa que una vez propuestas las pruebas por las partes, debe recaer inmediatamente respecto de él una resolución de admisión (o inadmisión) sobre cada una de ellas[97]. Su limitación injustificada e irracional al derecho a aportar pruebas constituye una vulneración al derecho a la prueba. Este derecho no obliga al órgano jurisdiccional o constitucional a admitir ciegamente todos y cada uno de los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos o aportados por los justiciables al proceso. En similar sentido, Ariano Deho afirma que «el derecho a la prueba no es un derecho a que se admitan todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino solo los que resulten pertinentes en relación al *thema probandum* previamente establecido»[98].

Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha construido presupuestos para que el medio probatorio ofrecido sea admitido, tales como: pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad, licitud y preclusión o eventualidad[99]. Por ende, si los medios de prueba son presentados u ofrecidos en el momento procesal oportuno, y son pertinentes, útiles y lícitos, el juzgador deberá ciertamente admitirlos[100]. Sobre el particular, Taruffo afirma que «el primer problema probatorio importante es establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. En teoría, se podría usar cualquier medio de prueba en cualquier tipo de proceso y la determinación de qué medios serán los que apoyen la decisión sobre los hechos en disputa podría ser algo que se dejara al juzgador al momento en que emita la resolución final»[101]. Sin embargo, desde el enfoque de la admisión de pruebas establecida en la norma -puntualiza el jurista italiano-, el problema de la admisión o, en su defecto, la inadmisión, se está resolviendo considerando al principio de *relevancia*, de modo tal que resultaría inconcebible que las partes puedan pretender que se

95 En semejante parecer, la Corte Suprema, en la Cas. n.º 2284-03, Lima, f. j. 6 (publicada el 30 de septiembre de 2004) ha sostenido que «conforme al principio de eventualidad procesal en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal como lo establecen los artículos ciento ochenta y nueve, cuatrocientos veinticinco inciso quinto y cuatrocientos cuarentidós inciso quinto del Código Procesal Civil, salvo las excepciones contenidas en los artículos trescientos setenticuatro, cuatrocientos veintinueve y cuatrocientos cuarenta del mismo cuerpo normativo, referidos al ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos; con este principio *se busca impedir que una de las partes, maliciosamente, omita ofrecer pruebas en la etapa procesal correspondiente, procurando una decisión judicial en su beneficio y en perjuicio de la otra parte*».

96 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, *op. cit.*, p. 28.

97 ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», *op. cit.*, p. 33.

98 ARIANO DEHO, Eugenia. «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil». En ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del Proceso Civil*. Primera edición. Lima: Jurista Editores, 2003, pp. 182 y 183.

99 Véase STC Exp. n.º 6712-2005-PHC/TC, f. j. 29.

100 *Cfr.* PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, p. 38.

101 TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 37.

admitan pruebas irrelevantes; no obstante, lo que sí pueden procurar es cualquier medio de prueba que resulte altamente relevante, para la resolución del caso[102].

Ergo, existe la obligación del juez de pronunciarse en forma expresa y taxativa sobre la admisión o rechazo (parcial o total) de uno u otro medio de prueba utilizado por las partes, a efectos de garantizar la posibilidad de un control intersubjetivo de los destinatarios de la decisión. De lo contrario, su omisión, voluntaria o involuntaria, devendría en la afectación del derecho a la prueba. Así lo considera la Corte Suprema en la Cas. n.º 3490-06, Lima, cuando detalla lo siguiente: «[...] la sentencia de vista ha sido expedida transgrediendo el debido proceso y, particularmente, los derechos de motivación suficiente y de prueba de los codemandados […], pues no se resolvió formalmente los pedidos formulados en apelación ni tampoco se admitió o desestimó formalmente la prueba ofrecida, circunstancia que no permite alcanzar a plenitud la verdad jurídica objetiva; por lo tanto, la de la causal procesal debe ser amparada»[103].

1.3.2.3. Derecho a la actuación

Para una mejor protección del derecho en cuestión es vital que los elementos de prueba aportados por las partes —luego de ser admitidos por el juzgador— sean adecuadamente actuados[104]. Se afectaría el derecho a la prueba cuando los medios de prueba previamente admitidos, en un caso concreto, resulten irrazonablemente y sin motivo justificable inejecutados de modo radical. En este sentido, Picó i Junoy (2004) afirma que «no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido»[105]. No se trata de establecer si el medio de prueba propuesto es (o no) pertinente o relevante, sino si se ha practicado en la forma preestablecida y principalmente sin ocasionar o generar alguna indefensión constitucional; esto es, que se adecuen a las normas que regulan las leyes procesales[106].

En la mayoría de casos la vulneración del derecho a la actuación probatoria es originada por alguna actuación u omisión de parte de los órganos jurisdiccionales, por la posición que ocupa en torno al tema en cuestión. Sánchez Carrión sostiene que se pueden presentar los siguientes problemas: i) cuando a pesar de establecer claramente la norma la solución a la práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial adopta una decisión contraria a la práctica de dicha prueba, ocasionando indefensión constitucional; ii) cuando admitida una prueba, no se práctica a causa de una inactividad de exclusiva responsabilidad del órgano judicial; iii) cuando admitida inicialmente la práctica de una prueba, el órgano judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una nueva resolución, bien de oficio o a causa de algún recurso de parte que le haga modificar su inicial decisión; y iv) cuando la prueba admitida se practica fuera de la sede o

102 *Id.,* p. 57.
103 Cas. º n.º 3490-06, Lima, f. j. 9.
104 *Cfr.* TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1984, p. 92, citado por ALFARO VALVERDE, Luis Genaro. «Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal». En CAVANI BRAIN, Renzo I. (coord.). *Manual del Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 111.
105 PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, p. 40.
106 *Cfr.* SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín L. «La vertiente jurídico constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español». Revista de Derecho Político, n.° 42, 1997, p. 201.

del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se delimita luego su unión a los autos o no se tiene en cuenta en la sentencia o resolución definitiva[107].

Un adecuado sentido de este derecho importa que las pruebas no se actúen de cualquier manera, sino que se debe expeditar en estricto respeto del derecho de contradicción; de este modo, se propiciará la participación conjunta de las partes[108]. Esto significa que el derecho a la prueba conlleva además la exigencia de asegurar o tutelar la intervención en la actuación de la prueba de la contraparte con el objeto de controvertir la validez y eficacia de los medios de prueba que las partes libremente consideren pertinente, indistintamente de que el justiciable lo haya ofrecido o presentado al proceso.

1.3.2.4. Derecho a la valoración

La valoración de la prueba —como elemento del derecho a la prueba— constituye un conjunto de operaciones que se desarrollan en el ámbito psicológico del órgano constitucional mediante las cuales se obtiene el convencimiento acerca de los hechos alegados[109]. Estas operaciones se han desarrollado a lo largo de la historia de dos formas distintas, bien por medio del denominado sistema de valoración legal o tasada, o bien a través del sistema de la prueba libre[110]. Guasp la entiende como el acto por el cual el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, pero esta apreciación sale también fuera del procedimiento probatorio propiamente dicho, puesto que se verifica por el juez en el mismo momento en que decide finalmente el proceso, esto es, dentro de la sentencia que emite[111]. Taruffo sostiene que «el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, no es una garantía ilusoria y meramente ritualista, sino se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión»[112].

Sin embargo, la tutela de este derecho no implica el derecho a un determinado resultado probatorio, pero sí a una valoración racional de los medios de prueba previamente actuados[113]. Esta exigencia —a decir de Ferrer Beltrán— tiene dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; y, por el otro, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional[114]. Se advierte así la relación del derecho a la prueba con el derecho a la motivación de las decisiones judiciales, pues se sostiene que una

107 *Id*., pp. 201-202.
108 *Cfr.* FERRER BELTRÁN, Jordi. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, *op. cit.,* p. 28.
109 ASENCIO, José M. «La prueba en el proceso civil». En *Actos del juez y la prueba civil*. Bogotá- Caracas- Panamá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001, p. 424.
110 *Ibid*.
111 GUASP, Jaime. «De la prueba en general». En *Actos del juez y la prueba civil*. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana,– Caracas/Panamá, 2001, p. 558.
112 TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*, *op. cit.*, p.29.
113 *Cfr.* FERRER BELTRÁN, Jordi. -*Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, *op. cit*., p. 28.
114 *Id*., p. 29.

correcta valoración de las pruebas se debe ver reflejada en la fundamentación o motivación que exponga la sentencia[115].

Siguiendo este razonamiento, Picó i Junoy afirma que:

> acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica judicial puede soslayarse mediante el uso torticero del denominado expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por la que se limita a manifestar que el material probatorio ha sido valorado «en conjunto» o «conjuntamente», con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se ha concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin especificación de las fuentes y medios valorados positiva o negativamente por el legislador[116].

1.3.3. Limitaciones al derecho a la prueba

La doctrina peruana afirma que los derechos fundamentales no son ilimitados, sino que es posible establecer restricciones a su ejercicio, siempre y cuando estas no afecten su contenido esencial. Este criterio se desarrolla en la STC n.º 7944-2005-PHC/TC donde se afirma que «ningún derecho fundamental en efecto puede considerarse ilimitado en su ejercicio y los límites que puede imponérsele son de dos tipos; intrínsecos y extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales». Así, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Picó i Junoy propone los siguientes: i) los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria; y ii) los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición. Además, sostiene que dentro de los límites intrínsecos se encuentran previstos legalmente y son la pertinencia, la utilidad y la licitud[117]. En esta decisión, desde una perspectiva restrictiva de los aspectos que limiten el derecho a la prueba, los límites del derecho de la prueba son la pertinencia y la licitud[118].

1.3.3.1. Pertinencia

Una de las principales limitaciones que afronta este derecho fundamental es la pertinencia[119], que se presenta cuando el medio de prueba presentado u ofrecido tiene vinculación con el objeto del proceso y con

---

115 La Corte Suprema en la Cas. n.º 210-03, Lima, en la parte final del f. j. 5, ha sostenido que «el derecho de prueba no solo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte, y aún la actuada de oficio; asimismo comprende el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba actuada».

116 PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, p. 43. En el sistema procesal civil peruano, se habla de una valoración conjunta de los medios de prueba, tal como lo describe el artículo 197 del CPC: «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión». Empero, en muchos casos, este dispositivo legal es utilizado para realizar incorrectamente motivaciones aparentes o genéricas, que atentan directamente contra el derecho a la prueba.

117 PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, p. 44.

118 Es del mismo criterio, en la doctrina nacional, la jurista Ariano Deho, quien manifiesta: «Pertinencia y licitud. He aquí los únicos límites que se pueden poner a la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes como f. j. de sus afirmaciones fácticas. ARIANO, Eugenia. «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil», *op. cit.*, p. 184.

119 *Cfr.* TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, Trotta, Milano, 2002, pp. 364 ss.; FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *op. cit.*, p. 28 y ss.

lo que constituye *thema decidendi* para el juzgador[120]. De no suceder de esta manera, deviene en constitucional que la prueba pueda ser declarada impertinente y, como tal, sea rechazada por el juez. Ariano Deho comenta este límite manifestando: «está determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio, y aquello que se pretende acreditar es el denominado "tema de prueba" (*thema probandum*), es decir, aquel conjunto de hechos concretos que constituyen en un particular proceso "objeto de prueba"»[121]. Siendo así, es constitucional que una prueba sea rechazada o inadmitida por considerase impertinente. Muñoz Sabaté afirma que hay impertinencia en estos casos: i) cuando pretenda probar un hecho imposible; ii) cuando pretenda valerse de instrumentos totalmente desproporcionados para la obtención del fin; iii) cuando sea superflua, puesto que recae sobre hechos notorios, intrascendentes, hechos ya comprobados o hechos no controvertidos; iv) cuando pretenda un objetivo totalmente extraño al proceso; y v) cuando carezca de base fáctica[122].

Los supuestos de pertinencia son fijados por el legislador, se entiende que con un criterio de racionalidad. Por ejemplo, la aplicación de ello se ve reflejada en el artículo 190 del CPC, que establece: «Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez». También, el juzgador de primera instancia (*a quo*) tiene la oportunidad de determinar tal situación. Sin embargo, esta labor también se puede hacer a nivel de segunda instancia (*ad quem*) al momento de realizar la revisión de los casos.

1.3.3.2. Licitud

Este límite pone énfasis en el hecho de que las pruebas deben respetar los derechos fundamentales, esto es, si mediante el ejercicio del derecho a la prueba se atenta, directa o indirectamente, contra otro derecho fundamental, la prueba utilizada puede ser considerada como prueba ilícita, y por lo tanto también ser pasible de restricción y exclusión del proceso. Del mismo modo, Picó i Junoy sostiene que «otro límite del derecho a la prueba lo constituye la licitud de la prueba» y lo describe indicando que «existe tal licitud cuando la prueba ha sido obtenida o practicada sin infracción de los derechos fundamentales»[123].

El ordenamiento peruano en el apartado «h» del inciso 24 del artículo 22 de la Constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como finalidad enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas[124]. Este límite se puede presentar en diversos contextos, procesos jurisdiccionales ordinarios u constitucionales. En efecto, si bien la dogmática procesal penal ha sido la que más ha profundizado y explorado este tema, no es menos cierto que tal problemática se extiende también en forma objetiva a otras disciplinas procesales,

120 *Cfr.* PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 146.
121 ARIANO DEHO, Eugenia. «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil», *op. cit.*, p. 182.
122 MUÑOZ, Luis. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso.* Segunda edición. Barcelona: Praxis, 1983, pp. 75 y ss.
123 PICO I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 147.
124 Véase la STC Exp. n.º 2333-2004-HC/TC, f. j. 2.5.

incluso las de tipo procesal civil[125]. Sobre el particular, Picó i Junoy ha señalado que «si bien es cierto que la doctrina ha centrado el estudio de la misma en los procesos penal y laboral, debido sin duda alguna a los peculiares intereses que en ellos se debaten, la incidencia de la prueba ilícita en el proceso civil [...] es indiscutible y plantea numerosos problemas a los que deben darse adecuadas respuestas»[126].

§ 2. Estudio teórico y normativo de la prueba de oficio

2.1. Justificación constitucional

En el plano normativo se puede observar que todos los textos procesales vigentes del ordenamiento jurídico peruano (también en el derecho comparado del *civil law* y *common law*[127]) reconocen expresamente ciertos poderes probatorios al juez (en mayor o menor amplitud); desde los poderes para calificar la admisión de las pruebas aportadas por las partes hasta la iniciativa probatoria *ex officio* que es materia del presente caso. Empero, esta normalización positiva no parece ser suficiente para quienes ponen en cuestión su legitimación jurídica en nuestro sistema jurídico. Por esta razón, es necesario una justificación fundamentalmente de tipo constitucional. Lo que significa que la relevancia del análisis de la institución de la prueba de oficio rebasa los límites de la mera legalidad e introduce sus raíces en el ámbito constitucional. En efecto, en esta sección se pretende esclarecer si la atribución de estos poderes probatorios es compatible (o no) con un Estado constitucional; en otras palabras, se busca determinar si cuando el juez asume una posición activa en la iniciativa de aportación de un nuevo elemento de prueba —en cumplimiento de su función directiva del proceso— no está infringiendo alguna norma o principio reconocido en la Constitución.

2.1.1. Estado constitucional y dirección del proceso

Con la existencia de los Estados modernos, el ejercicio de la función jurisdiccional asume vital importancia para la determinación y tutela de los múltiples derechos materiales o situaciones jurídicas sustantivas en general, es decir, se pone de relieve la necesidad de una correcta y adecuada aplicación de las normas al caso concreto a través del proceso[128]. En el cumplimiento de esta función de dirección del proceso paulatinamente se han presentado diversos modelos de administración de justicia, que en síntesis se podría

[125] El modelo procesal civil peruano al referirse a los medios de prueba obtenidos con afectación de otros derechos, los sanciona con su ineficacia. Así, se puede apreciar en el artículo 199 del CPC, que se señala lo siguiente: «Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno».

[126] PICO I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 284.

[127] Por ejemplo, en Francia el Código Procesal Civil vigente establece en su artículo 10 lo siguiente: «El Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles». Conviene precisar que en la actualidad distinguir con claridad entre las tradiciones del *civil y common law* es cada vez más cuestionable (VAN RHEE, R. «Tradiciones Europeas en el Procedimiento Civil: Una introducción». *Revista de Estudios de la Justicia,* n.° 15, 2011, p. 18); pero no se puede negar que todavía mantiene buena parte de su virtualidad como para referirse a las fuentes de producción normativa o valor de la jurisprudencia (GASCÓN INCHAUSTI, F. «Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado». *Cuadernos Digitales de Formación*, n.° 4, 2011, p. 6).

[128] Desde este punto de vista, se entiende al proceso como el instrumento por el que se ejerce la función jurisdiccional, es decir, la concretización del poder del Estado (GUASP, Jaime. *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996, p. 282).

resumir en dos sistemas, que la doctrina procesal suele denominar: dispositivo y publicista[129]. En efecto, es posible afirmar que el ejemplo de proyección de la idea individualista que subyace en el primer sistema se puede encontrar en los textos procesales que siguieron de modelo al texto procesal luego de la Revolución francesa hasta la primera parte del siglo XIX. Situación que se ve reflejada en lo que algunos teóricos del proceso denominan principio dispositivo, a fin de poner en relieve las facultades de las partes o justiciables en general para el inicio, impulso y culminación del proceso civil.

Como secuela de ello se ponen de manifiesto, por ejemplo, los siguientes rasgos: *nemo jure sine actore*, el mismo que da cuenta de que el juzgador no puede iniciar de oficio; *quod non est in actis non est in mundo*[130], que significa que los jueces no pueden considerar pruebas que no hayan sido presentadas por las partes; *secundum allegata et probata,* en virtud del cual la decisión judicial final debe ser el resultado de lo alegado y probado; y finalmente *en eat ultra petita partium,* que representa que el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que lo pedido en la demanda. Empero, con la evolución del pensamiento jurídico constitucional, la ideología individualista que estaba detrás de tal principio fue expuesta a fuertes críticas que llevaron a su impostergable revisión[131]. Es así que desde la segunda mitad del siglo XIX surgió en gran parte del derecho continental la tendencia en favor de una publicización del proceso, con la pretensión de hacer frente a la exagerada influencia del liberalismo frente a los problemas de igualdad material entre los ciudadanos que se presentaban a los tribunales de justicia en busca de la tutela de sus derechos sustantivos.

La idea principal que subyace es poner en evidencia que a pesar de que en los procesos se debaten derechos materiales (privados) reconocibles a las justiciables, esto no podría justificar de modo alguno que la determinación o el resultado del proceso pueda establecerse de manera igualitaria y lo más justa posible[132]. Lo que sigue de ello fue un cambio de pensamiento en el modo de comprender la dirección, proceso y sobre todo la necesidad de replantear el rol pasivo que venían desempeñando los jueces orientándolo a asumir una función más activa hasta convertirse también en un protagonista del proceso en aras de la naturaleza pública del proceso judicial.

---

129 *Cfr.* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 49.

130 Alsina reconoce al sistema dispositivos los siguientes rasgos: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo jure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conocerdes nihil ab judicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*en eat ultra petita partium*). (ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1961, p.105).

131 Según Taruffo, la orientación en los ordenamientos del *civil law* hasta finales del siglo XIX, era que el juez debía asumir un rol pasivo en la dirección del proceso, dado que eran las partes las que debían iniciar, impulsar y tramitar las principales actuaciones judiciales como la carga de aportar pruebas pertinentes para la concesión de sus pretensiones; limitando al juez a únicamente decidir el caso sobre las pruebas ofrecidos por los justiciables. (TARUFFO, Michele. *La prueba*, *op. cit.*, pp. 109-112).

132 Como sucedió en Europa con las reformas procesales de la primera mitad del siglo XX, en oposición a la clásica idea individualista del proceso de marcada ascendencia liberal, centrada en los poderes de las partes (GUASP, Jaime, *op. cit.*, p. 281). Sobre la evolución de los sistemas procesales contemporáneos puede verse TROCKER, N., «Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive». En *Rassena forense*, Vol. 39, fascicolo 3, 2006, pp. 1482-1484, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez». En *Revista Judicial del Santa*, n.° 3, 2019, p. 162.

En la actualidad no existe en puridad ordenamientos normativos procesales en los que se asuma de manera unívoca algunos de los sistemas mencionados, lo que en realidad se puede observar es una inclinación hacia modelos que asuman razonablemente caracteres o criterios de ambos modelos de proceso, fenómeno que se ha convenido en denominar modelos mixtos. De hecho, un modelo en que el Estado/juez —sin afectar los derechos materiales de las partes— esté dispuesto a asumir un rol más activo en la dirección del proceso[133], que tienda a armonizar —y respetar— las garantías (o derechos fundamentales procesales) de las partes y el reconocimiento de las pruebas de oficio, que coadyuve a una correcta y verdadera reconstrucción de los hechos[134]. Esto supone que el juez asume un protagonismo en una de las funciones que se le reconoce al proceso. Precisamente, el Tribunal Constitucional conociendo de la proyección de la dirección del proceso en los poderes probatorios del juez ha manifestado que «los medios probatorios de oficio son aquellos ordenados por el juez dentro de su facultad como director del proceso cuando los medios ofrecidos por las partes no son suficientes para crear convicción en él»[135]. Pero no se podría afirmar que exista una tendencia únicamente en favor de aumentar los poderes del juez, menos que suponga necesariamente una reducción en las facultades probatorias de las partes por una protección de la actividad oficial del juez[136]. Lo que se propugna es el punto de equilibrio entre los poderes de las partes y las potestades atribuidas al juez en el contexto del proceso, lo que abona en favor de la superación del clásico debate sobre la conveniencia o no de atribución de poderes al juez[137].

2.1.2. Constitucionalidad del rol activo del juez

De este modo, se propugna un modelo de proceso híbrido que busque un equilibrio entre la acostumbrada iniciativa probatoria atribuible a las partes y los poderes probatorios del juez, en aras de la obtención de una adecuada decisión judicial. Por ello, es responsabilidad del Estado —manifestado en la persona del juez—, quien debe ser el principal garante de que en toda decisión judicial se respete el derecho fundamental procesal del debido proceso. Desde esta perspectiva, la orientación constitucional no se compromete necesariamente por la superación o supresión total del principio dispositivo; sino que en el marco de un Estado constitucional —configurado por el establecimiento y constitución de un orden inspirado en la justicia— demanda de una mayor actividad del detentador y titular de la función jurisdiccional (juez) que

133 En la jurisprudencia constitucional también se estila hablar del principio de dirección judicial del proceso que se "delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta" (Res. n.º 1030-2007-PHC/TC Piura, f.j. 7).

134 En este mismo criterio, Trocker afirma no se puede ceder a la falacia argumentativa de que la atribución de los poderes del juez implica una proporcional disminución a las posiciones procesales de las partes. (TROCKER, N. «Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa». En SCARSELLI, Giuliano. *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Quaderni de «Il giusto processo civile»*, Vol. 4, luglio. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 169), citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 163.

135 STC n.º Exp. n.º 01293-2011-PA/TC LIMA, f. j. 12.

136 RADBRUCH, G. *Introducción a la ciencia jurídica*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 188.

137 FABIANI, Ernesto. *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*. Univ. degli Studi del Sannio. Sezione giuridico – sociale, Vol. 55., agosto. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, , 2008, p. 734. El autor precisa que la escena peligrosa no es la coexistencia de los poderes del juez, sino la coexistencia entre poderes del juez no limitados y poderes de las partes fuertemente circunscrito a un sistema de preclusiones rígidas, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 163.

trascienda las formas jurídicas y pueda conocer la realidad que preexiste, debiendo asumir su compromiso como funcionario activo y garante de las diversas situaciones jurídicas sustantivas de ventajas.

Acorde a este mismo razonamiento Prieto Sanchís sostiene que el Estado constitucional parece reclamar una nueva teoría del derecho, una nueva explicación que se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. El constitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional[138]. Ergo, el juez es el llamado a asumir las medidas que coadyuven a la emisión de una decisión justa. Como consecuencia de esto, el Estado, en su rol de administrar justicia, ha dotado a los jueces de diversos poderes con la finalidad garantizar a todo ciudadano el respeto del debido proceso. En concordancia con este propósito, el juez de los hechos tiene la potestad de disponer aquellos elementos de prueba que estime pertinentes y relevantes para una más certera reconstrucción de los hechos del caso materia de la decisión final que se oriente a la búsqueda de la verdad. De esto se puede desprender la exigencia constitucional del Estado en favor de la idea de justicia material, que requiere un mayor compromiso del juez tanto por la tutela de los derechos materiales cuanto por la búsqueda de la verdad.

Así, respecto de la finalidad de tutelar los derechos sustantivos de los ciudadanos, la idea básica es que desarrolle su rol en pro de sus derechos subjetivos[139], que de cierto modo permita una nueva revisión y superación de las reglas formales que establecen los mecanismos o instrumentos para procurar su efectividad, como principal rasgo de la tutela jurisdiccional que nos brinda el Estado[140]. En este contexto, un Estado constitucional demanda que la función jurisdiccional se logre a través de la aplicación y consolidación del ordenamiento normativo material. Lo que significa, entre otras cosas, que una decisión judicial que aspire a ser justa deba tener como premisa básica el conocimiento de los hechos que pueda calificarse como verdadero, a partir de la búsqueda del equilibrio entre la búsqueda del valor de verdad y la efectividad de las situaciones jurídicas sustantivas. Para ello es justificable que se empodere a los jueces de nuestro país, en el sentido de que son los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso que esté pensada en materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.

2.1.3. Verdad y prueba de oficio

[138] PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002, p. 120.

[139] Ferrajoli considera que *derecho subjetivo* es cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 1999, p. 37)

[140] Para Chamorro Bernal la efectividad de la tutela jurisdiccional constituye el rasgo elemental de este derecho constitucional, de tal manera que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. (CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*, Barcelona: Bosh, 1994, p. 276).

Efectivamente, la Constitución garantiza a todo ciudadano el derecho de acceso al sistema de justicia (como contenido implícito de la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139, inciso 3[141], lo que demuestra palmariamente que la realización de la justicia es una de las funciones fundamentales para el Estado, sobre todo si se precia de ser constitucional. Es en este contexto que el valor de verdad asume gran importancia en la resolución de las controversias intersubjetivas, pues como se sabe una sentencia que esté fundada en la determinación errada de los hechos difícilmente podría catalogarse como justa. Posición que comparte Parra Quijano, quien sostiene que el ejercicio de la facultad probatoria del juez es pertinente para lograr un buen análisis del acervo probatorio que conduzca a la verdad del proceso, que se sumerge tanto en su experiencia como en su conocimiento[142]. De esta manera, se colige que la verdad en el proceso es la condición necesaria (aunque no suficiente) de la justicia. Hecho que es de alta relevancia en la Constitución que legitima el mismo Estado, debiendo orientar su actividad hacia la búsqueda de la verdad y de esta manera lograr la justicia.

No obstante, esta relación (verdad-justicia) es muy discutida en la doctrina procesal y en la filosofía del derecho[143]. Hay quienes sostienen que en el proceso no puede hablarse necesariamente de verdad, a lo mucho puede ser algo contingente, dado que puede lograrse o no mediante el proceso; otros afirman que la verdad se presenta en un contexto distinto al proceso, por lo que para lograr la justicia es necesario que el juez deba reconstruirla[144]. También se ha dicho que el sentido de verdad que se puede aseverar en el proceso es relativo, por tanto, la función de la prueba no es la búsqueda de lo acaecido sino el convencimiento del juzgador. Al respecto, Taruffo precisa que «en rigor, no es verdad que haya una incompatibilidad entre el proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad de los hechos, ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia»[145].

De esta manera, conforme a las posiciones antes anotadas, si bien parece dificultoso establecer un acuerdo sobre qué se puede entender por verdad en el contexto, no se puede desconocer que se trata de un fin (como un ideal regulativo) que el proceso tienda a aproximarse a la verdad. Por ello, la posición más compatible con los cánones constitucionales es aquella que sostiene que solo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado constitucional, cuando el proceso se dirige a encontrar la verdad[146]. De esto se desprende la estrecha relación entre modelo (mixto) de proceso y la correcta determinación de los hechos guiados por el valor de verdad como elemento relevante en la preocupación contemporánea del Estado constitucional.

---

141 *Cfr.* STC 2763-2002-AA/TC.

142 PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Decimosexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA., 2007, pp. 197 y ss.

143 Por ejemplo, Ferrajoli es de la idea que «si una justicia penal completamente "con verdad" constituye una utopía, una justicia penal completamente "sin verdad" equivale a un sistema de arbitrariedad»: además añade que «las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad» (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 45.)

144 *Cfr.* LORCA NAVARRETE, Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, pp. 203-ss.

145 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 39.

146 Incluso en nuestro sistema constitucional el Tribunal Constitucional lo ha reconocido como un derecho fundamental: derecho a la verdad, que, a pesar de no contar con un reconocimiento expreso en la Constitución, se ha establecido que es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional (STC n.º 2488-2002-HC/TC Piura, Caso Villegas Namuche, f. j. 13).

Pero el ejercicio de la prueba de oficio en el proceso no se legitima únicamente porque el juzgador personifica la función jurisdiccional del Estado, sino sobre todo por una genuina preocupación por la calidad del resultado, es decir, por la justicia de la decisión final. Esta concepción no puede ser ajena al concepto de verdad, ya que no puede concebirse que un juez emita una sentencia sustentada en hechos falsos; de lo contrario, bien podría catalogarse como el típico caso de una sentencia injusta. Lo que significa que la búsqueda de la verdad sería el fin esencial del proceso (con esta afirmación no excluye otros propósitos que pueda cumplir) y sobre todo una condición necesaria (aunque no suficiente) de la justicia de la decisión[147]. Por tanto, el sentido y función de la prueba de oficio se encuentra relacionado con la teoría de la decisión judicial justa que presupone que los hechos de la causa sean establecidos por el juez de modo verdadero[148]. De hecho, la administración de justicia sería imposible sin la prueba, ya que su ausencia supondría, entre otras cosas, que los derechos subjetivos de los ciudadanos estarían expuestos a su afectación, de modo tal que el Estado no podría cumplir su función jurisdiccional para mantener la armonía social[149].

En resumen, el proceso bien entendido es una actividad del Estado constitucional, de manera que el juez como el sujeto que lo personifica en el proceso tiene la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un adecuado y eficiente desenvolvimiento del *iter* procedimental, pero sobre todo debe estar comprometido en asegurar la justicia de la decisión final[150]. De esta manera queda demostrado que la conveniencia de conceder al juez poderes para la recolección y presentación de pruebas, se justifica en el compromiso y responsabilidad que tiene el Estado (y la Constitución) en la calidad del resultado final de su función jurisdiccional y la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, que —como se ha puesto de relieve— se materializa en una decisión judicial justa.

2.2. Examen teórico y filosófico del problema

147 TARUFFO, Michele. *Teoría de la prueba*. ARA Editores, Lima, 2012, p. 164. Esta posición ideológica sostiene que la finalidad del proceso es la solución de disputas mediante decisiones justas, por ello «la justicia de la decisión es un factor determinante de la justicia del proceso» (TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción al castellano de L. Manríquez y J. Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 235).

148 Conviene precisar que la existencia de los límites jurídicos y prácticos para la búsqueda de la verdad no puede ser razón suficiente para afirmar que la verdad en el proceso no se puede ser conseguida. Desde luego, la actividad cognoscitiva tiene parámetros de diversas naturalezas, pero no por esto se deja de decir que jamás será conocida. Por ejemplo, en los sistemas procesales existen normas que precluyen o hacen difícil el acercamiento de la verdad, pero no significa que el sistema sea inadecuado o que sea improbable que se produzca una decisión justa. Para un estudio detallado sobre la teoría de la dicción judicial justa puede verse: TARUFFO, Michele. «Idee per una teoría della decisione giusta», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 51, n.° 2, 1997, pp. 315 y ss; CHIARLONI, Sergio. «Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione». En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 62, n.º 1, 2008, pp. 129 y ss.

149 Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Temis, Bogotá, 2002, pp. 4-5. En este sentido considera que si el juez es parte del Poder Judicial y este, a su vez, integra, junto al Ejecutivo y el Judicial, el Estado, las posiciones sobre el nivel de intervención del juez se presenta como un reflejo del papel que corresponde al Estado en los asuntos —por lo general— privados. (BONET, J. «Prueba de oficio souer (un cóctel técnico entre verdad y garantías», *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, Vol. III, n.° 1, 2009, p. 2).

150 No se puede negar que la prueba de oficio tiene una gran incidencia, por un lado, con el acto final con el que se consuma la jurisdicción como autoridad pura y, por el otro, con el hecho de que el proceso debe organizarse de tal forma que se pueda procurar coincidir dicha autoridad con la justicia (FABBRINI, G. «Potere del giudice (dir. proc. civ.)». En *Enciclopedia de Diritto*, Giuffrè Editore, Tomo XXXIV. Milano, 1985, p. 721). Se trata de la proyección de la antigua relación de tensión existente entre la autoridad e individuo, o mejor entre el deber del Estado y los derechos del cuidadano (RUSSEL, B. *Autoritat e individuo*. Milano: Loganesi & C, 1970, p. 50, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 162).

Habiéndose demostrado la justificación constitucional de la prueba de oficio, corresponde ahora analizar los fundamentos teóricos que nos permitan tener una mejor comprensión del fenómeno. Antes de ello, conviene advertir que los teóricos que examinan el fenómeno probatorio en general han tenido mayor atención en los problemas derivados de aquellas disposiciones normativas que regulan dicho poder probatorio. De hecho, no se puede negar que la formulación del enunciado legal (artículo 194 CPC) no es técnicamente muy precisa (como se va a evidenciar en las siguientes secciones); empero, no se puede incurrir en la creencia de que con ello se culmina su estudio, que no hay nada más que revisar; pues de ser así estaríamos incurriendo en una *falacia normativista*[151]. Máxime si en la actualidad el estudio de la prueba se presenta como un ámbito multidisciplinario (*Evidence as a multi-disciplinary subject*)[152]. Similar situación se puede observar en la doctrina procesal, que trabaja sobre las cuestiones relacionadas con el estudio de la prueba de oficio.

Por esta razón, antes de analizar los problemas de tipo normativo y jurisprudencial que presenta la prueba de oficio, se hace necesario que nos detengamos a examinar los fundamentos teóricos y las concepciones filosóficas que están detrás de la prueba de oficio. Con esta finalidad se revisará, en primer orden, el problema de tipo metodológico o de aproximación del proceso; para ello es necesario que se revisen las diversas orientaciones ideológicas que subyacen a las pruebas de oficio y determinan su orientación. Pero esto no parece ser suficiente, sino que es necesario que se revise —o al menos se ponga en discusión— el discurso de los sistemas procesales adversarial (acusatorio) e inquisitivo, como una forma usual de plantear el problema. La idea es verificar el suficiente rendimiento explicativo que puede tener (o no) esta manera de comprender la prueba de oficio. Como derivación de ello, se revisará el discurso del garantismo y eficientismo, que en la doctrina procesal se encuentra muy presente cuando se habla de los poderes probatorios en estudio. Finalmente, se ubicará al tema en cuestión en un contexto diferente al típicamente mencionado, esto es, en el contexto de los modelos y la función que puede cumplir el proceso.

2.2.1. Orientaciones ideológicas sobre la prueba de oficio

Tal como se ha manifestado anteriormente, existe un descuido de la doctrina jurídica procesal al momento de analizar las pruebas de oficio, en el sentido de que no es usual que se revisen los fundamentos teóricos o ideológicos que subyacen. Empero, es posible advertir —aunque en menor proporción— que existen algunos intentos por revelar las concepciones teóricas subyacentes. Siendo así, el propósito de esta sección es examinar la metodología o estrategia teórica que algunos teóricos utilizan para aproximarse al estudio de las pruebas de oficio, que no sea únicamente un análisis normativo. Al respecto, es posible evidenciar que existen diversos modos de acercarse a su estudio, cada uno con más controvertidos que otros; no obstante,

[151] GONZALEZ LAGIER, Daniel. «Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)". En *Jueces para la democracia*, n.° 46, 2003, p. 17. *Cfr.*: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 16.

[152] TWINING, William, *op. cit.*, pp. 436-456.

es suficiente con analizar dos de las posiciones que son más utilizadas: a) la concepción publicista y privatista del proceso y b) el modelo adversarial e inquisitorial de proceso.

2.2.1.1. Concepción «publicística» y «privatística»

Esta posición parte de la idea de la existencia de las concepciones llamadas «publicista» y «privatista» del proceso, asumiendo categóricamente que los mencionados poderes probatorios del juez son el reflejo o manifestación exclusiva de la primera postura. Sin embargo, como se sabe, si bien el derecho material en controversia les corresponde a los ciudadanos, de ello no se sigue necesariamente que el instrumento que se utiliza para su protección (proceso) sea también cosa de partes *(sache der parteien)*; es decir, que los justiciables determinen la conducción del proceso. En realidad, estamos frente a una forma estatal (pública) de resolución de controversias, siendo el juez el encargado de dirigir el avance y la ejecución del proceso. Esto no significa que el Estado/juez tenga la disposición de las situaciones jurídicas sustantivas en debate de las partes.

Con este mismo razonamiento, Trocker sostiene que no tiene sentido insistir sobre las categoríaías como «privado» y «público», para identificar salidas al problema probatorio específico y en general del proceso, ya que no son más portadores de efectivos valores y adecuados instrumentos de solución de problemas que están llamados a enfrentarse[153]. En efecto, Taruffo también es crítico al sostener que, si únicamente se entendiera al proceso civil como un método «privado» de solución de las controversias, podría preferirse siempre un modelo de proceso inspirado en la ideología legal-racional de la justicia a una ideología según la cual el libre enfrentamiento entre privados fuese el único criterio aceptable para la resolución de los conflictos[154].

En definitiva, el proceso es en rigor un instrumento de tutela de las situaciones jurídicas sustantivas privadas (esto es indiscutible sobre todo en los procesos no penales); pero a la vez se trata de un medio por el que se desarrolla la función jurisdiccional del Estado. Comparte esta idea Cappelletti, para quien el derecho procesal (y el proceso) es de derecho público porque es un instrumento de tutela de derecho privado, pero también representa al mismo tiempo una función pública del Estado, siendo este el interesado en un ordenado, rápido, orgánico e imparcial ejercicio de aquellas funciones[155]. Siendo así, el uso de esta concepción del proceso para explicar y justificar las pruebas de oficio es incorrecto, motivo por el cual en la literatura procesal contemporánea ya no es frecuente que los autores apelen a este método de aproximación.

2.2.1.2. Sistema «adversarial» e «inquisitorial»

153 TROCKER, Nicolo, *op. cit.*, p. 176.
154 TARUFFO, Michele. *La prueba*, p.159.
155 CAPPELLETTI, Mauro. «Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato». En *Giurisprudenza italiana*. Torino: Editore Utet, 1968, p. 21.

Aunque con algunos caracteres comunes al anterior, están quienes parten el análisis de las pruebas de oficio tomando en consideración de la contraposición de los sistemas adversarial e inquisitorial. Pero vale la pena precisar que, desde el punto de vista terminológico, estos modelos también son presentados en los procesos no penales, en algunas ocasiones como sistema privatistístico/dispositivo[156] y en otras como sistema publicístico/inquisitivo. A su vez, en el contexto del proceso penal es más común observar que se utilicen las fórmulas: sistema acusatorio/adversarial y sistema inquisitorial. Cualquiera sea el proceso que se examine, parece ser un lugar común que cuando se habla de pruebas de oficio se las ubica irreflexivamente en el sistema inquisitorial o inquisitivo.

Una de las cuestiones que han recibido estos modelos —como afirma Taruffo— es que, desde el punto de vista histórico, en los sistemas de enjuiciamiento civil nunca ha existido un sistema o modelo que pueda caracterizarse categóricamente como inquisitivo[157]. De modo que, siguiendo a Damaška, bien podría sostenerse que esta manera de proponer el problema ya no tiene significado y que inclusive debe abandonarse[158], aunque cuando se habla de proceso penal no sucede necesariamente lo mismo[159], por lo que el problema no estaría del todo cerrado. De hecho, Cavallone ha manifestado que la contraposición «principio dispositivo» y principio inquisitorio se encontraba en el centro de la atención de los estudios al menos por dos siglos (XIX y XX). Lo sintomático es que, a diferencia del caso anterior, el presente es donde se puede afirmar que hay mayor acuerdo entre autores que la comparten; no obstante, conviene tener cuidado, pues, como afirma Damaška, a veces se proclama el consenso respecto a puntos sobre los cuales los acuerdos no son más que logros retóricos[160].

Como se aprecia, es necesario que nos detengamos un momento para analizar algunos aspectos históricos de la clásica dicotomía adversarial-inquisitorial, a fin de determinar si todavía tiene la fuerza explicativa que permita comprender mejor el proceso en general y las pruebas de oficio en particular. No es exagerado reconocer que cuando se habla del sistema adversarial (o acusatorio) no todos entienden lo mismo[161]. Damaška afirma que en el siglo XII se usaba esta dicotomía para distinguir un proceso que

---

156 Es usual que las categorías inquisitorial y adversarial vengan precedidas de las expresiones *sistemas o modelos* sin expresar las razones de ello. Pero se sabe que *sistema* es aquel conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí que contribuyen a determinado objeto, mientras que *modelo* significa: arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo (DRAE: 2014). Por ello a lo mucho se puede hablar de sistemas y no tanto de modelos; sin embargo, el uso indiscriminado de estas expresiones y su falta de precisión puede ser también una de las causas que contribuyen a la confusión del problema estudiado. En el mismo sentido Gascón Inchausti explica que los modelos se diseñan identificando los elementos comunes que definen a los sistemas que se rigen por aquellos y que la inclusión de un sistema concreto a un modelo permite conocer los rasgos definitorios de aquel. No obstante, termina diciendo que hoy en día la división pervive, pero no es tan útil. (Gascón Inchausti, Fernando. «Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado», *op. cit.*, pp. 3-4.

157 Taruffo, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2008, p. 10.

158 Damaška, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 17.

159 *Cfr.* Gómez Colomer, J. «Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica». En *Revista del Poder Judicial. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, número extraordinario 19, 2006, pp. 25-77.

160 Damaška, Mirjan, *op. cit.*, p. 10.

161 Illuminati, G. Compendio di procedura penale. Padova: Cedam, 2003, p. 637, citado por Bachmaier Winter, Lorena. «Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo». En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n.° 24, 2009, p. 174.

requiera el impulso de una parte para ponerse en marcha *(processus per accusationem),* de un proceso que podía iniciarse en su ausencia *(processus per inquisitionem)*[162]. Pero su uso para fines comparativos entre sistemas de justicia —que comúnmente se puede advertir en la literatura procesal— recién surgió durante el siglo XVIII, cuando la doctrina y las autoridades políticas en Europa continental, buscando opciones al proceso penal del Antiguo Régimen, se interesaron en el proceso penal inglés como posible modelo de reforma; usando la categoría acusatorio para aludir al proceso penal anglosajón, e inquisitivo para referirse al proceso penal del Antiguo Régimen (o de la Europa continental de ese momento). Con posterioridad, las jurisdicciones anglosajonas empezaron a utilizar la expresión adversarial de modo similar a acusatorio[163].

Como se observa, la preferencia por estas terminologías no siempre aludía a las jurisdicciones anglosajonas y continentales europeas, respectivamente. Además, se debe tener en cuenta que el contenido que en un inicio se les dio fue diverso; por ejemplo, mientras que un proceso adversarial suponía que el proceso estaba controlado por las partes, el tribunal (que era un árbitro pasivo) no procuraba obtener la confesión del acusado para probar su culpabilidad, y los casos se decidían en audiencias orales a través de jurados. El sistema inquisitivo estaba controlado por el tribunal (sujeto a su propia iniciativa), que tenía como funciones investigar y juzgar el caso, se procuraba obtener la confesión del imputado como parte de la investigación del caso, el procedimiento era escrito y secreto por jueces profesionales[164].

Es necesario reconocer que su significado ha mutado en el tiempo y en diferentes contextos, ya que únicamente el sentido básico de la oposición —siguiendo a Damaška— que permanece razonablemente cierto es el siguiente: mientras el primero surge a partir de una contienda: como el compromiso de dos adversarios que se hacen cargo de la acción judicial ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dar un veredicto; el segundo está estructurado como investigación oficial y la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia. Más allá de esta idea esencial, comienzan las incertidumbres[165]. La indebida y antojadiza comprensión de los hechos históricos en relación con dicha dicotomía, se ha convertido virtualmente en una especie de sombra que con frecuencia distorsiona la realidad y no permite una buena aproximación al problema de los poderes probatorios del juez.

2.2.2. Reorientación filosófica: modelos de proceso

Se ha demostrado que el modo habitual de abordar el problema de la iniciativa probatoria en general y sobre todo las atribuidas al juez, es equívoco y no corresponde a la realidad. Se ha comprobado, igualmente, que no existe una necesaria relación entre dichos poderes y regímenes autoritarios. Los ordenamientos actuales tienden a establecer una función activa del juez en la adquisición de pruebas para la determinación de los hechos, complementaria y supletoria a la iniciativa probatoria de las partes; procurando asegurar el principio dispositivo y la garantía del contradictorio. Esta dicotomía adversarial-inquisitorial a lo mucho puede

[162] DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, p. 12 y ss.
[163] LANGER, M. «La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo». En *Revista de Derecho Público*, n.° 32, 2014, pp. 6-7.
[164] LANGER, M., *op. cit.*, p. 7.
[165] Damaška, Mirjan, *op. cit.*, p. 13.

representar tendencias generales de la justicia relativas a la organización del poder y objetivos de la administración de justicia[166]. En este punto conviene precisar que no es que hayan desaparecido las diferencias entre estos sistemas procesales, sino que se cuestiona la manera tradicional en que se ha planteado la cuestión por mucho tiempo. Es posible que esta sea la causante de que algunos todavía discutan (o rechacen) la conveniencia de la concesión de dichos poderes al juez o duden de su fundamentación ideológica[167].

En el contexto actual las orientaciones han cambiado de rumbo en favor de nuevos modelos que no se reducen a tal formulación. Se trata de un verdadero giro metodológico en la manera de aproximarse al análisis del problema, esto es, tomando en consideración los modelos y la función que desempeña el proceso[168]. En efecto, para el desarrollo de la presente sección se toma en consideración la metodología inicialmente propuesta por Damaška[169] y los criterios y las características expuestos por Taruffo.

2.2.2.1. Resolución de controversia

Este modelo descrito por Damaška da cuenta de que la única función del proceso es resolver las controversias, poniendo fin a los conflictos entre individuos. Se deja exclusivamente a las partes la tarea de gestionar a su voluntad la contienda procesal y la iniciativa de proposición de pruebas. El juez se encuentra en la situación de un árbitro pasivo, que cumplirá su labor de juzgar solo desde los elementos de juicio que las partes le hayan proporcionado. Además, no existe una real preocupación por la calidad de la decisión final. Este modelo se ajusta a la idea de un Estado reactivo o de *laissez faire*[170]. El proceso es aceptado como justo en la medida en que se base en el libre juego de las partes y que sea equitativo, es decir, se funda en la idea de una justicia procedimental *(procedural justice),* dejándose de lado el éxito del proceso en el que se tiene una la idea de una justicia sustantiva *(substantive justice)*[171].

Respecto a la prueba y la determinación de la verdad de los hechos podría prescindirse de ellos en el proceso, pues son entendidas como un objetivo imposible de alcanzar. Con estos rasgos este modelo no parece estar preocupado por procurar la calidad de la decisión final, en particular por la corrección de los hechos[172]. Solamente las partes pueden desarrollar papel activo y probatorio; empero, no se tiene en cuenta que la manera menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos es limitarse exclusivamente a la gestión probatoria de las partes. Pero si es cierto que la determinación de la verdad es algo prescindible, no

166 TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 110.

167 En este sentido, De la Oliva afirma inicialmente que «la posición sobre el papel del juez y sus poderes en el proceso civil puede, sí, obedecer a posiciones ideológicas, pero cabe asimismo que nada tenga que ver con tales posiciones y no es acertado, por tanto, ni deducir posturas ideológico-políticas de lo que se defienda sobre nuestro asunto ni sostener que la opción sobre los papeles de juez y partes es consecuencia necesaria de posiciones ideológicas» (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *op. cit.*, p. 261).

168 TWINING ha calificado estos modelos como los más aptos para comparar no solo sistemas procesales, sino también la manera en que las cuestiones probatorias son examinadas en dichos sistemas (*op. cit.*, p. 322).

169 En la obra: *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, de la Editorial Jurídica de Chile publicado el año 2000. Su versión original en inglés: *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process,* publicada por Yale University Press en 1986. También tiene una traducción en italiano: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, publica por Il Molino en 1991.

170 DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, p. 169.

171 *Id.*, *op. cit.*, p. 294.

172 *Id.*, p. 212.

tendría sentido que se inicie un proceso en el que partes y el juez propongan y practiquen pruebas; pues para ello bien podrían optar por otras vías quizá más eficaces, como por ejemplo acudiendo a los medios alternativos de resolución de disputas, como la mediación o conciliación, que proponen soluciones más rápidas y eficientes que aquellas que el proceso judicial[173]. El proceso y la adquisición de las pruebas —como afirma Taruffo— tendrían como único propósito hacer que cualquier decisión y su relación con los hechos, sea sencillamente aceptada por sus destinatarios[174]. En lo que atañe a las pruebas de oficio la consecuencia es que no es necesario otorgar al juez alguna iniciativa de tipo probatorio que le permita determinar la verdad.

2.2.2.2. Correcta aplicación del derecho

Este modelo pone en el centro del problema de la administración de justicia, fundamentalmente en la calidad de la decisión, en concreto en una aplicación correcta y racionalmente justificada del derecho. Desde esta idea el proceso no se trata tanto de una contienda entre individuos, sino se orienta a la obtención de decisiones justas[175]. Uno de los presupuestos para que el proceso conduzca a decisiones jurídica y racionalmente correctas, es que esté orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa. Ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta si se basa en una determinación errónea de los hechos a los que se refiere.

Este modelo se conecta con la idea de Damaška en su propuesta de que el proceso esté dirigido a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho; vinculada a un tipo de Estado de tipo activista[176]. El propósito del proceso sería la correcta aplicación de las consecuencias gurídicas previstas en las leyes sustantivas, lo cual exige que las pruebas estén orientadas hacia la búsqueda de la verdad[177]. Al juzgador le interesaría saber que quien gane el proceso deba hacerlo conforme al ordenamiento vigente y los hechos llevados a cabo en la realidad. En esencia sería el derecho el que debe ser visto como un medio para prevenir, gestionar y solucionar conflictos sociales[178]. Ferrer afirma que, si la idea del derecho es orientar las conductas, para su cumplimiento requiere que en el proceso se apliquen dichas consecuencias jurídicas cuando se realicen los hechos condicionantes.[179]

Respecto de la situación probatoria, desde este modelo cobra una vital importancia la verdad de la determinación de los hechos. Se trata de una comprensión no formalista del debido proceso, es decir, un proceso es justo porque está orientado a la obtención de decisiones justas. Desde este punto de vista, se

---

173 FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, p. 91.

174 TARUFFO, Michele. *La prueba*, 2008, pp. 173-176.

175 Taruffo sintetiza su concepción de decisión judicial justa en la combinación de tres factores: a) la imparcialidad del procedimiento (justicia procesal); b) la interpretación y el uso correcto de las predicciones legales sustantivas que gobiernan el caso y c) la reconstrucción exacta, completa y veraz de los hechos del caso (TARUFFO, Michele, *Teoría de la prueba*, p. 302).

176 DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*. p. 253.

177 Sobre esta idea, Ferrer afirma que implementar políticas públicas mediante el proceso presupone que las consecuencias jurídicas (a través de las que se desarrollan las políticas) se apliquen a los casos previstos por el propio derecho. Para sustentar su posición, indica que, si en los procesos se atribuye la responsabilidad civil al más fuerte y no al causante del daño, quedaría totalmente frustrada la finalidad de guiar la conducta e implementar políticas a través del derecho (FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso», *op. cit.*, p. 92).

178 FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 91.

179 *Id.*, p. 94.

favorecería la atribución de poderes al juez, normalmente están para complementar las iniciativas probatorias de las partes cuando estas sean insuficientes para la adquisición de todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos. Es innegable que la tendencia actual de los ordenamientos procesales orientados a conceder al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas[180] en donde no se renuncie a la determinación verdadera de los hechos, menos se puede pensar que ello suponga una reducción en los poderes probatorios de las partes. Aunque para ser precisos la tendencia actual estaría pensada en maximizar el derecho a la prueba, contradicción y poderes de instrucción al juez[181].

Luego del análisis de estos modelos relativos a la función de los procesos, se puede afirmar que si bien no sería sencillo ubicar sistemas procesales que se adecuen exactamente a tales esquemas conceptuales generales; sin embargo, a diferencia de la dicotomía adversarial-inquisitorial tradicionalmente utilizada, estos serían muy útiles cuando se trata de analizar el fenómeno de los poderes probatorios en el proceso y especialmente de aquellos reconocidos al juez. Estos modelos pueden ser provechosos para fijar un marco de referencia a partir del cual se presentan polos opuestos y extremos, que incluye posiciones intermedias, que son las que representan la mayoría de los ordenamientos contemporáneos.

Entonces, queda demostrado que el modelo que más se aproxima o favorece el reconocimiento de potestades probatorias al juez es aquel cuya función del proceso (y del derecho) está centrado en la calidad de las decisiones, a partir de la implementación de políticas públicas mediante el derecho; conforme a una reconstrucción verdadera de los hechos sobre la que fundará su decisión.

2.3. Dimensión epistémica de la prueba de oficio

2.3.1. Justicia de la decisión y enfoque epistemológico

Habiéndose analizado las debilidades y fortalezas de los dos métodos o modelos ideológicos (dicotomía teórica: inquisitivo/adversativo y modelos funcionales: resolución de controversia/correcta aplicación del derecho) que a menudo se utiliza para el estudio de la prueba de oficio, está claro que el método más apropiado y correcto para entender las orientaciones que presentan los sistemas de justicia en la actualidad (y no arraigado a elementos históricos no bien explicados), es a través de los modelos funcionales del proceso. Esta es la tendencia teórica que parece ser la que viene siendo adoptada normativamente en la regulación de las distintas potestades de tipo probatorio en general y de la potestad probatoria *ex officio* en particular.

Esta preferencia metodológica para la comprensión de las pruebas de oficio, en especial por el modelo ideológico que propone que la función del proceso no se limita únicamente a ser un instrumento de resolución de la controversia (sin comprometerse con la verdad de los hechos), sino que apuesta por una

[180] Por ejemplo, en Inglaterra es conocido el cambio de la tendencia de un juez sin muchos poderes de iniciativa propia, hacia un rol más activo, conforme a las *Civil Procedure Rules del año 1998*, concediéndole amplios poderes para la dirección del proceso.

[181] En nuestro sistema, luego de la reforma del año 2014, el artículo 194 del CPC reconoce al juez de la potestad probatoria *ex officio* y a la par se busca asegurar el contradictorio.

correcta aplicación del derecho (a partir de una verdadera reconstrucción de los hechos) como condición necesaria —aunque no suficiente— para hablar de una decisión judicial justa, se justifica porque presenta y ubica al tema en controversia en un adecuado contexto para su conexión con los estudios epistemológicos sobre el fenómeno probatorio. En otras palabras, nos proponemos analizar el rendimiento explicativo que viene ofreciendo la epistemología jurídica para la comprensión del proceso judicial y sobre las pruebas de oficio.

La relación entre estos dos insumos teóricos puede explicarse de la siguiente manera: la justicia de la decisión judicial a través de la búsqueda de la verdad de los hechos (y no solo de la resolución de la disputa), que muchos ordenamientos procesales reconocen como su función, se conecta con el propósito u objetivo que busca alcanzar la epistemología en general, como disciplina de la filosofía que estudia aquellas condiciones o circunstancias en que una idea o creencia pueda aceptarse como verdadera y el problema de su justificación. Es partir de la idea propuesta por Twining en relación con que el tema de la prueba es un ámbito multidisciplinario, es que los estudios procesales actuales cada vez más vienen ampliando su perspectiva y enfoque para comprender y explicar mejor las diversas instituciones del proceso y de la prueba, a partir de su vinculación con otras áreas del conocimiento jurídico y sobre todo extrajurídico. Entre las múltiples disciplinas mediante las que se puede analizar las pruebas de oficio, viene sobresaliendo el enfoque de la epistemología del derecho[182] o epistemología jurídica. Esta predisposición en el uso de esta disciplina para analizar el proceso judicial ha sido identificada como la «dimensión epistémica del proceso». Más precisamente denominada por Taruffo como «modelo epistemológico» del conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas[183].

Por estas razones, en esta sección de la decisión se ha creído conveniente utilizar los principios y métodos generales de la epistemología jurídica para la explicación y compresión de las pruebas de oficio. La idea es poner énfasis en tal enfoque; por ello, para una adecuada aproximación epistemológica nos proponemos analizar al menos tres categorías jurídicas que son la base del tema en cuestión: primero, la epistemología en general aplicada al derecho: la epistemología jurídica; segundo, su relación con la explicación del proceso judicial; y, tercero, evaluar la función que cumple la epistemología jurídica en el discurso de la prueba o del razonamiento probatorio. El objetivo es determinar si acaso el proceso (conforme al modelo funcional asumido en esta decisión) y la prueba pueden ser considerados como instrumentos adecuados para el descubrimiento de la verdad de las hipótesis sobre los hechos narrados por las partes. De esta manera, puede esclarecerse si esto puede incidir en la explicación y justificación de la dimensión epistémica de las pruebas de oficio, que es el tema que nos convoca en esta sección.

2.3.2. Epistemología jurídica, proceso y prueba

[182] Entre los epistemólogos y teóricos del *civil law y common law* estarían Twining, Anderson, Goldman, Kaack, Laudan, Taruffo, Ferrer, Lagier, Vázquez, Gascón Abellán, entre otros.

[183] TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 155-156.

2.3.2.1. Importancia de la epistemología jurídica

Para una adecuada explicación epistémica de las pruebas de oficio, es imperativo comenzar por responder a la pregunta de qué es y en qué consiste la epistemología en general. Con este propósito, es posible decir que la epistemología es concebida como una sección o rama de la filosofía, en virtud de la cual se estudia aquellas circunstancias y condiciones en las que las ideas y creencias de las personas puedan ser entendidas como verdaderas y que estas puedan ser justificadas[184]. Para una mejor explicación, conviene tener en cuenta que usualmente todas las personas (identificadas como sujetos cognoscentes) en sus quehaceres diarios desarrollan —consciente o inconscientemente— diversas actividades que bien pueden ser catalogadas como epistémicas.

La determinación como actividad epistémica se puede alcanzar no de cualquier modo o realizando cualquier acción de comunicación con otras personas, sino como resultado de procesos que sean confiables para la determinación de la verdad de lo que se afirma[185]. Siguiendo a Laudan, la epistemología jurídica está orientada a establecer si es que los sistemas de investigación que buscan la verdad cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo[186].

Se sabe que son múltiples los propósitos teóricos que desempeña la epistemología y sus aplicaciones se proyectan a distintas áreas del conocimiento jurídico y extrajurídico. Pero, si nos detenemos a revisar la doctrina contemporánea, se puede observar con facilidad que es muy habitual que muchos autores y teóricos la utilicen para el estudio de instituciones y categorías del derecho en general y especialmente en las investigaciones sobre el fenómeno probatorio y sus principales problemas. Como consecuencia de esto es que se ha dado origen a la *epistemología jurídica*[187]. Luego, al momento de evaluar su significado o concepto existen algunos problemas, pues hay quienes cuestionan el hecho de que los principios y el método de la epistemología general sean aplicados directamente a la epistemología jurídica; principalmente por la naturaleza de las reglas probatorias, las creencias justificadas individuales y los efectos de las creencias[188]. Empero, conforme sostiene Laudan, la epistemología jurídica es una parte de la filosofía del derecho que tiene como objetivo determinar si los diversos sistemas de investigación (que pretenden estar buscando la

[184] Se debe precisar que determinadas ideas o creencias que son aceptadas como verdaderas no necesariamente pueden estar justificadas. Cáceres explica que ante al avance de la medicina, la herbolaria fue empleada por chamanes para sanar problemas de salud; pero no podían explicar por qué curaban, salvo que los efectos de los poderes de seres de otra dimensión sea una razón objetiva para ello, es decir, una verdad por casualidad no está epistémicamente justificada (CÁCERES NIETO, E. «Epistemología jurídica aplicada». En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. III, 2015, p. 2197).

[185] CÁCERES NIETO, E., *op. cit.*, p. 2198.

[186] LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica,* traducido al castellano por Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 23)

[187] Pero conviene anotar que si bien este *nomen iuris* es utilizado actualmente por estudiosos de epistemología y teóricos del derecho para referirse al estudio del conocimiento de los hechos y el razonamiento probatorio del proceso; no está exento de cuestionamientos, en el sentido de que podría ser muy limitado y ambiguo. Paéz sostiene que tradicionalmente se empleó para hacer referencia al conocimiento del derecho y que una expresión equivalente sería *filosofía de la prueba jurídica* (PÁEZ, A. «Introducción. La epistemología y el derecho». En *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, p. 2). A pesar de estos cuestionamientos, por su uso cada vez más generalizado en la literatura jurídica del *civil law*, para el desarrollo de la presente decisión judicial se preferirá utilizar la expresión epistemología jurídica.

[188] Para un mayor análisis y debate sobre estas puede verse: VÁZQUEZ, Carmen *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 61-69.

verdad) cuentan o no con un diseño apropiado o confiable que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo[189].

Es propicio tener presente que el uso de la epistemología para la comprensión de los problemas del derecho y la prueba permite evaluar si las leyes vigentes facilitan (o en su defecto impiden) la verdad, con el objetivo de proponer algunos cambios, ya sea para modificarlas o eliminarlas (aquellas que obstaculicen la búsqueda de la verdad[190]). Además, del examen crítico de las reglas de algún ordenamiento específico permite establecer modelos o esquemas generales de cualquier institución que puedan eventualmente ser aplicables a cualquier sistema jurídico[191].

2.3.2.2. El proceso como instrumento de conocimiento

Definida qué es la epistemología y el rol que cumple la epistemología jurídica, corresponde ahora evaluar el rendimiento explicativo en el estudio del fenómeno procesal. Lo que se pretende es analizar si el proceso puede ser entendido como un instrumento epistemológicamente válido; dicho de otra manera, se busca averiguar si el proceso puede ser concebido como un medio que pueda conducir a la averiguación de la verdad. Para responder a esta cuestión bastaría recordar que para los fines de esta decisión se asume y comparte la conveniencia de un modelo de proceso que busca la correcta aplicación del derecho a través de la búsqueda de la verdad de los hechos del caso. No obstante, consideramos que es necesario que la evaluación epistémica nos permita ofrecer mayores argumentos que justifiquen esta posición.

Justamente, como se ha afirmado anteriormente, un proceso judicial puede ser una herramienta epistémica que permite evaluar la fiabilidad del conocimiento de los hechos expuestos por las partes, en tanto y en cuanto haya cierto compromiso con aquel modelo que entiende al proceso como un conjunto de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes del caso. En cuanto a las características de la verdad a la cual se está haciendo referencia, Callari sostiene que la verdad del proceso puede ser entendida como *aproximativa*, no tanto porque tiene valor y grado inferior respecto de un ideal de correspondencia perfecta, sino por los hechos que representa una verdad *tendencial*, que depende de modo directo de la concreta operación de los medios de cognición de la realidad (prueba) materialmente a disposición del juez; además, una verdad *probable* no tanto porque es siempre posible que

189 LAUDAN, Larry, *op. cit.*, p. 23. Para Cáceres, un procedimiento confiable supone la necesidad de justificación de las inferencias que concluyen la verdad de las proposiciones, en otras palabras, contar con un modelo de normatividad epistémica. Además, agrega que al referirse a la normatividad epistémica implica, al menos, una parte de los elementos constitutivos de los procedimientos confiables para la determinación de la verdad; tiene una dimensión tanto descriptiva como normativa; es independiente de la normatividad jurídica; los hechos, los procesos confiables para la determinación de la verdad no siempre han sido incorporados por el derecho procesal; las reglas que protegen valores epistémicos no son las únicas que regulan las decisiones y conductas de los operadores jurídicos; entre otros (CÁCERES NIETO, E., *op. cit.*, p. 2198).

190 LAUDAN, Larry, *op. cit.*, p. 23.

191 Un ejemplo claro del uso de la epistemología jurídica para el estudio de la prueba pericial puede verse en VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.*, 2015.

la reconstrucción histórica judicial sea contraria a la realidad de los hechos, sino porque representa una verdad probable[192].

De lo dicho se puede observar la estrecha vinculación que existe entre la institución del proceso y el valor de la verdad; pero qué tan eficaz puede ser el proceso como método para la determinación de la verdad de los hechos materia de la decisión final. Taruffo manifiesta que parecen existir razones válidas para considerar que en el proceso es posible determinar la verdad de los hechos en que se basa una controversia; es más, llega a afirmar que es necesario que el proceso se dirija hacia el descubrimiento de la verdad[193]. No obstante, para asumir una posición sobre este punto, es necesario esclarecer si la búsqueda de la verdad es el único objetivo del proceso, considerando, además, los dos modelos de función que puede asumir el proceso. En efecto, la adopción de alguno de ellos supondrá también la adhesión de diferentes ideologías, lo que en cierta medida influye en las aproximaciones de los estudiosos, orientaciones de los legisladores, doctrina y la jurisprudencia[194].

2.3.2.3. Explicación epistémica de la prueba

Para tener una mejor comprensión de la dimensión epistémica que asume el proceso (lugar común donde se trabaja con ideas y creencias sobre hechos), resulta fundamental que se analice la relación entre la prueba y la epistemología jurídica, y cuál es el rol que desempeña la prueba en la comprensión epistémica del proceso. De esta manera, para responder a la primera cuestión es necesario que se analice el sentido o significado que se le puede reconocer a la prueba en el conocimiento en general y si es lo mismo que será utilizado en el contexto del derecho (procesal) o esta asume un sentido distinto.

En relación con la noción autónoma o significado exclusivamente jurídico de la prueba, la posición más difundida en la doctrina procesal es la del jurista italiano Carnelutti, quien si bien inicialmente reconoce que la prueba en el lenguaje común se usa como comprobación de la verdad de una proposición, luego termina por negarlo, indicando enérgicamente que cuando hacemos referencia a la prueba en el sentido jurídico, significa determinar o fijar formalmente los hechos mediante procedimientos determinados[195]. Sobre esta concepción, Ferrer manifiesta que esta posición conduce a diversos problemas, por ejemplo, el de suponer la situación de infalibilidad del juez y aclara que la falibilidad de la decisión judicial respecto de los hechos probados tiene que ver con dos sentidos distintos: i) la falta de concordancia entre los hechos que así se declaran y los realmente acaecidos; y ii) el no haber respetado las reglas procesales que eventualmente regulen su adopción o su contenido. Señala que dicha posición supone la infalibilidad del juez en el primero de los sentidos[196].

[192] CALLARI, F. «Verità Processo Prova Certeza: il circuito euristico della gustizia penale». En *Rivista di Diritto Processuale*, n. 6, 2013, pp. 1351-1352.
[193] TARUFFO, Michele, *op. cit.*., p. 155.
[194] *Íd.*, p. 157.
[195] CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, pp. 37-44.
[196] FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba y verdad en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, , 2005, p. 33

Por estas razones, para los fines de esta decisión se asume aquella posición que considera que el sentido de la prueba no es autónomo del derecho[197], sino que su significado es semejante al que se emplea en otras áreas del conocimiento. Si razonamos de este modo -siguiendo a Comoglio y otros- el concepto de prueba se sitúa más en una perspectiva epistemológica que en una dimensión exclusivamente jurídica[198]. Siendo así, el término prueba indica a todos los medios de conocimiento que son presentados al proceso con el fin de formular una decisión relativa a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos relevantes de la controversia[199].

Esta perspectiva enfatiza más el razonamiento probatorio que el derecho probatorio, el cual se extiende únicamente al estudio de las reglas de tipo probatorio; es decir, el sentido de la prueba pertenece al contexto de la racionalidad o del razonamiento en general. En esta línea de pensamiento, Ferrer, al prologar la obra de Laudan, ha sostenido que desde esta concepción no hay «diferencia fundamental entre el razonamiento sobre los hechos que se produce en el marco de una decisión judicial y el que se da en cualquier otro ámbito de la experiencia, incluida la ciencia»[200]. No se puede negar que muchas reglas probatorias limitan la labor de los jueces; sin embargo, no todas tienen los mismos efectos, como es el caso de las reglas que regulan la libre valoración en la toma de decisión final, que por lo general dejan la potestad de la función de valorar. Es aquí donde las herramientas de la epistemología general juegan un papel fundamental[201].

En conclusión, si es cierto que la epistemología jurídica también tiene como propósito el estudio de los modelos de la decisión judicial, entonces es verdadero que, en el plano metodológico general, el juez no tendría problemas en analizar correctamente las pruebas únicamente usando esquemas racionales análogos a los del científico[202].

2.3.3. Perfil epistemológico de la prueba de oficio

2.3.3.1. Compromiso epistémico de las partes y del juez

Si tenemos en cuenta el rol epistémico del proceso y las pruebas (en su concepción racional), no debería haber problema al abordar las pruebas de oficio desde la perspectiva epistemológica, dado que las pruebas promovidas por el juez estarían orientadas (y justificadas constitucionalmente) hacia la búsqueda de la verdad (relativa, objetiva y por correspondencia) de las ideas y creencias planteadas en el proceso. De lo que

197 *Cfr.* FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 23. El autor sostiene que un lugar común en los estudios sobre la prueba jurídica (en particular entre los teóricos de los sistemas del *civil law)* es que no puede ser estudiada desde la perspectiva de la noción general de prueba, propia de la epistemología general y, por ejemplo, de las ciencias naturales.

198 TARUFFO, Michele. *Teoría de la prueba*, p. 346.

199 COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione. I. Il processo ordinario di cognizione* Quinta edizione. Bologna: il Mulino, 2011, p. 457.

200 LAUDAN, Larry. Ob. cit., p. 18.

201 Vázquez opina que es cierto que desde la epistemología jurídica se pueden analizar también las reglas probatorias en determinados sistemas procesales, pero la solución a dichos problemas que ofrece no pasa por evaluar el grado de coherencia dentro de un sistema, sino por evaluar su compromiso con la averiguación de la verdad (VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.*, 62).

202 COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele, *op.cit.*, p. 336.

se trata es de entender que las pruebas de oficio, que muchos ordenamientos conceden al juez, no son otra cosa que una actividad básicamente epistémica. Pero si bien en toda actividad epistémica (en cualquier área del conocimiento) no es un problema aceptar el papel protagónico de los sujetos en el cumplimiento de sus investigaciones, en el caso del reconocimiento de las pruebas de oficio presenta particulares problemas, sobre todo si lo contrastamos con la labor probatoria que realizan las partes en el proceso, las cuales no necesariamente pueden ser calificadas como epistémicas.

Pese a que existen suficientes razones para aceptar que el proceso y las pruebas de oficio pueden ser entendidas como parte de un procedimiento epistémico, no se puede desconocer que el juez no es el único que participa en el proceso, sino que concurren otros sujetos que bien pueden seguir diversos objetivos, los cuales no precisamente están dirigidos a la búsqueda de la verdad. Taruffo afirma que la identificación de los sujetos a los que se puede adscribir una función epistémica en el contexto del proceso requiere analizar las conductas típicas de estos sujetos durante el proceso[203]. Efectivamente, hay quienes ponen en duda que el propósito de la actividad probatoria realizada por las partes esté orientado a la búsqueda de la verdad de los hechos del caso; especialmente —como afirma Damaška— si tenemos en cuenta que sus actos procesales pueden estar relacionados con ideologías que subyacen sobre los modelos de proceso que funcionalmente están pensados exclusivamente en una especie de competencia entre las partes, es decir, una situación de adversarios[204].

En este contexto, sería legítimo y aceptable que los abogados puedan tener diversos intereses y estrategias (en el marco de la legalidad) respecto de la actividad probatoria, en el ejercicio de la defensa de sus patrocinados; hecho que puede afectar de modo perjudicial en la conformación del material probatorio con que contará el juez al momento de decidir el caso. Nada impide que puedan dejar de seleccionar y presentar toda la información que resulte relevante para una correcta toma de decisión final. Siendo así, existen razones para pensar en el posible desinterés epistémico que pueda presentar la actividad de las partes en su aportación de pruebas. Aunque no se puede negar que es posible que las partes puedan tener cierto interés en el descubrimiento de la verdad de los hechos de la controversia, pero existe un riesgo bastante alto de que no suceda en la mayoría de los casos.

Este desinterés por la búsqueda de la verdad que pueden mostrar las partes procesales (y sus abogados) no puede ser el mismo cuando hablamos del rol que puede desempeñar el juez (quien representa al Estado en su función jurisdiccional), considerando que tiene el deber de dirigir formal y materialmente el proceso, hecho que le demanda un rol más activo en la conducción del proceso y sobre todo en la calidad de la decisión final. Entre los participantes en el proceso, el juez es a quien le corresponde la función epistémica fundamental, esto es, la determinación verdadera de los hechos.

Esta posición teórica requiere del reconocimiento de un rol más activo del juez en todos sus actos de gestión, por ejemplo, los referidos a la dirección y control en la admisión y actuación de los medios de prueba en el momento procesal correspondiente, y en la determinación de su valor en la decisión final sobre los

[203] TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 192.
[204] DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, pp. 169 ss.

hechos. Esto significa que el juez no solo debe ser un protagonista del proceso (como lo son las partes procesales), sino que además sería el garante de su corrección epistémica[205].

2.3.3.2. Fundamento epistémico de la prueba de oficio

El clásico debate teórico procesal (que por mucho tiempo ha provocado gran controversia) sobre la conveniencia o no de atribuirle al juez poderes probatorios como las pruebas de oficio, no sería un problema mayor si es que lo entendemos desde el punto de vista epistémológico. En esta perspectiva, es completamente aceptable y normal que una persona en la práctica de una determinada actividad epistémica —dirigida a descubrir la verdad de un hecho— pueda utilizar sin mayor inconveniente todos los medios pertinentes para recolectar la información y los datos cognoscitivos necesarios para tal propósito[206]. Quizá no sería un gran problema el hecho de que los procesos judiciales no estén necesariamente orientados hacia la búsqueda de la verdad de los hechos; o, en su caso, que las partes puedan tener una actitud desfavorable con dicho propósito y no ejerzan adecuadamente su iniciativa probatoria, lo que en realidad importaría es identificar al juzgador como un agente epistémico.

Desde el punto de vista epistémico, sería, por decirlo de alguna manera, plenamente natural que se le atribuya determinados (en mayor o menor grado) poderes para ordenar la producción y presentación de pruebas por su iniciativa propia, como resultan ser las pruebas de oficio, lo que permitiría una correcta reconstrucción veraz de los hechos controvertidos. Sería incomprensible que se le encargue la labor de determinar la verdad de un hecho a quien carezca de la capacidad de poseer la información necesaria para dicho cometido, cuanto más si dicha labor se desarrolla en el marco de la función jurisdiccional que despliega el juez por delegación del Estado. En tal sentido, si luego de la revisión del material probatorio que obra en el expediente se advierte que existe cierta información o datos cognoscitivos necesarios no aportados por las partes, entonces sería legítimo que ejerza dichos poderes; de hecho, su compromiso epistemológico debería impulsarlo a ello[207].

2.4. De la prueba de oficio en el proceso civil peruano

2.4.1. Poderes probatorios del juez

Toda explicación sobre el significado y función de la prueba de oficio en el proceso civil (pero no solo en este, sino en general en todo proceso judicial) debe considerar que se trata de un tipo específico o un caso particular de poder dentro de una multiplicidad de poderes de tipo probatorio que los ordenamientos

[205] TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 196.

[206] En este sentido, Taruffo sostiene que «sería ocioso preguntarse si él puede o no puede, debe o no debe, buscar las fuentes necesarias para realizar su tarea de reconstrucción de un hecho; lo mismo que preguntarse si un científico tiene o no el derecho de desarrollar las investigaciones necesarias para descubrir la verdad de un hecho o de una teoría» (TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 197).

[207] Taruffo ha perfilado bien esta situación: «su rol es modesto y razonable, consiste en probar si las partes han aportado todos los datos cognoscitivos disponibles a determinar la verdad de los hechos y en asumir un papel activo si es que no ha ocurrido» (TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 199).

reconocen, de manera extraordinaria, a los jueces o tribunales, que de manera resumida se les puede identificar como *poderes probatorios del juez*[208]. En otras palabras, que la prueba de oficio no es el único o exclusivo poder probatorio que tienen los tribunales de justicia. Ferrer realiza una lista de poderes probatorios del juez: i) la potestad de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes; ii) la capacidad de intervenir en la práctica de la prueba, especialmente por lo que hace a las pruebas personales; iii) la capacidad de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar; iv) la capacidad de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes; v) la capacidad de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba y vi) el deber de decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas[209].

El estudio de las pruebas de oficio en el contexto de esta tipología no es un lugar común en la doctrina procesal peruana. Esta situación provoca, entre otras cosas, graves problemas en la reflexión teórica que se ve de manifiesto en la práctica judicial, en donde las partes no saben con exactitud qué tipo de poder probatorio está utilizando el juez en un caso concreto y sobre todo cómo poder ejercer el control intersubjetivo. Cual sea el caso, se trata de una perspectiva «reduccionista»[210] de un fenómeno mayor, en tanto y en cuanto restringe el objeto de estudio a dicho poder[211].

Siendo así, resulta necesario explicar, en primer orden, ¿en qué consisten estos poderes probatorios del juez? Al respecto, hay quienes afirman que en realidad son una manifestación de aquellos poderes de dirección del juez que desarrolla en diversos momentos del procedimiento probatorio judicial para facilitar su correcta continuación hasta el momento de su determinación final. Pero en general existe actividad probatoria —por tomar en cuenta la forma clásica de estructurar el proceso— en todas las etapas del proceso, como la postulatoria (con el ofrecimiento de prueba en la demanda y contestación), probatoria (en la puesta en práctica de los medios de prueba) y decisoria (con la valoración individual y holística de las pruebas); pero como se puede observar se trata de poderes relativos a toda incidencia del decurso del procedimiento probatorio. El hecho de que el poder de dirección y control formal del procedimiento se desarrolle en los momentos probatorias no significa necesariamente que es producto del ejercicio de los poderes probatorios

208 Para un estudio comparado sobre los poderes probatorios del juez, puede consultarse: TARUFFO, Michele. «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa». En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, 2006, pp. 249-271. En este estudio el autor examinar las diversas posiciones políticas, ideológicas y metajurídicas que subyacen en el poder probatorio del juez. Se precisa tres modelos existentes en Europa: i) representado por los ordenamientos en los que el juez cuenta con un *poder general* para disponer de oficio la adquisición de las pruebas, no propuestas por las partes, que considere útiles para la determinación de los hechos; ii) en el que se inspiran la mayor parte de los ordenamientos actuales que prevé que el juez disponga de *algunos* poderes de iniciativa instructoria y iii) ordenamientos en los que no están previstos de manera expresa verdaderos poderes de iniciativa instructoria por parte del juez, pero en los que, sin embargo, el juez desempeña un papel activo en la adquisición de las pruebas; por ejemplo el sistema inglés y el español (pp. 255-259). Véase también NIEVA FENOLL, Jordi. «La actuación de oficio del juez nacional europeo». En *Diario La Ley*, n.° 9000, Sección Doctrina, junio de 2017.

209 FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso». En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, pp. 97- 104. Aunque con otro enfoque, semejante tipología se puede encontrar en: ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2005. El autor los clasifica en: i) iniciativa probatoria de oficio (en los proceso dispositivos y no dispositivos); ii) facultad judicial de integración probatoria; iii) las diligencias finales y iv) la intervención judicial durante la práctica de la prueba.

210 *Id.*, pp. 96 - 97.

211 Pueden ser diversas las razones que explican esta predilección por estudiar únicamente la prueba de oficio del proceso civil, entre otras: i) lo antiguo de la regulación de la prueba de oficio en muchos ordenamientos jurídicos; ii) los graves defectos en su regulación (sobre todo en la omisión en su procedimiento y límites) y iii) la constante mención de la doctrina a su posible afectación (o limitación) a ciertos principios jurídicos procesales básicos (el principio dispositivo, carga de la prueba).

del juez; por tanto, esta respuesta no tiene el rigor explicativo suficiente para responder satisfactoriamente el problema. Por el contrario, si consideramos la estrecha relación que existe entre estos poderes con el objetivo institucional de la prueba y su dimensión epistémica (esto es: la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, conforme se ha explicado anteriormente), se podría tener mayor éxito en el cometido planteado. Desde esta perspectiva, se trataría de poderes extraordinarios que se le atribuye al juzgador para aportar elementos de prueba que permitan mejorar la conformación y disponibilidad del material probatorio, que permitan la correcta y verdadera determinación de los hechos en que se fundará la decisión final.

Esta noción tiene un mayor rendimiento explicativo, pues no está subordinado exclusivamente aquien los proponga o solicite la aportación del nuevo elemento de juicio al proceso; cuando lo que interesa es que dichos poderes sean utilizados conforme a la finalidad indicada. Esto permite la posibilidad de que pueden ser ejercidos tanto a pedido de parte como por la propia decisión *ex officio* del juzgador, como ciertamente ocurre en algunos ordenamientos. Por ejemplo, en el proceso penal peruano se establece la posibilidad de que el juez «a pedido de parte», previo debate de los intervinientes puede ordenar la realización de una inspección o reconstrucción, para lo cual dispondrá las medidas necesarias para llevarlas a cabo (artículo 385.1, Nuevo Código Procesal Penal)[212]. Asimismo, en el proceso civil el juez puede disponer de oficio los medios de prueba que considera pertinentes, siempre que, entre otras cosas, se asegure el contradictorio (artículo 194, CPC)[213].

Conforme a esta noción de poderes probatorios del juez, tampoco existiría problema sobre la fase procesal en que se ejerza; en la medida que esté orientada a la correcta y verdadera determinación de los hechos. Siendo así, sería un poder probatorio aquel que utilizan los jueces para establecer la admisión (o no) de los medios de prueba en la fase de admisión probatoria. Por ejemplo, en nuestro proceso civil es el juez quien califica la admisión de las pruebas en razón a su pertinencia (que estén referidos a los hechos controvertidos en el proceso) y de ser el caso lo declarará improcedente (artículo 190 CPC)[214]. También una manifestación de los poderes probatorios en examen se observa al momento de la actuación o puesta en

[212] «Artículo 385 . Otros medios de prueba y prueba de oficio: 1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo». Situación semejante acontece en Estados Unidos de Norteamérica, específicamente en el artículo 614a de las *Federal Rules of Evidence* en donde se establece que «El tribunal puede llamar a testificar por sí mismo o a pedido de una de las partes. Cada parte tiene derecho a interrogar al testigo».

[213] **Artículo 194. Pruebas de oficio**. Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso [...]. También, en el ordenamiento procesal civil francés se establece que el tribunal podrá acordar de oficio la práctica de todos los actos de prueba que resulten legalmente admisibles (artículo 10 del *Code de procédure civile)*.

[214] «Artículo 190. Pertinencia e improcedencia. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez [...]». De igual manera, en el proceso civil español el juez tiene el poder admitir (o no) las pruebas periciales de las partes: **"**Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal" cursiva agregada. (artículo 335.1 LEC).

práctica de los medios de prueba, cuando el juez realiza preguntas a los testigos cuando son interrogados (artículo 208.2 CPC[215]) o a las partes cuando dan su declaración (artículo 213 CPC[216]).

2.4.2. Poder probatorio de oficio *(ex officio)*

Hasta ahora se ha justificado (constitucional y epistémicamente) la existencia de las pruebas de oficio en el proceso judicial y se las ha ubicado en el universo de poderes probatorios del juez. Pero todavía no se ha dicho qué es propiamente o cuál es su función que desempeña. Por ello, conviene dar al menos un concepto que permita arrojar alguna luz sobre qué se entiende por este poder probatorio del juez; es decir, a qué nos referimos cuando hablamos de tal institución. Empero, en el intento de plantear algún concepto sobre cualquier institución jurídica existe la necesidad de distinguir dos cuestiones importantes: el ¿qué es?, que se ubica en el plano explicativo y pretende captar la naturaleza de aquello sobre lo cual se indaga; y el ¿para qué existe?, ubicado en el plano normativo o prescriptivo, que busca indagar sobre su función. De hecho, hay quienes sostienen que se trata de «dos preguntas siamesas»[217], por lo que es muy difícil o imposible responder a una de las preguntas sin responder a la otra; esto es, las dos cuestiones se entrecruzan, dado que para identificar la función de algo debemos saber de qué cosa se trata o a qué rama del derecho pertenece[218].

A pesar de todo ello existe la necesidad de formular algún concepto que sirva de orientación a los jueces y partes cuando en un proceso judicial se utilice dicho poder probatorio. De lo explicado en la sección anterior (sobre los fundamentos epistémicos de la prueba de oficio) queda claro que este poder probatorio tiene un compromiso con la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, en tanto contribuye a mejorar (sea en cantidad o calidad) la disponibilidad del material probatorio. Sin embargo, revisando alguna noción legal en el ordenamiento procesal civil, en particular en el enunciando normativo que describe la prueba de oficio (artículo 194 CPC), se advierte que el legislador simplemente se ciñe a describir en qué caso procede, el procedimiento y alguno de sus límites de actuación, pero no propiamente ofrece un concepto legal. Lo cual no necesariamente debe ser causa de preocupación, ya que, siguiendo a Sentís Melendo al referirse al concepto de la prueba en general, tal cometido no hay que buscarlo en los códigos[219].

---

215 Artículo 208. En el día y hora fijados, el Juez declara iniciada la audiencia y dispone la actuación de las pruebas en el siguiente orden: (…) 2. Los testigos con arreglo al interrogatorio que los abogados le realicen directamente, comenzando por el abogado de la parte que lo hubiera ofrecido. Luego de las preguntas de los abogados, el Juez podrá formular preguntas; [...].

216 Artículo 213.- Las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Esta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado. Concluida la absolución, las partes, a través de sus Abogados y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. **Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes** (resaltado agregado). Situación que sucede también en el proceso civil al regular el interrogatorio no formal de las partes: "En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores" (artículo 117 *Codice di procedura civile).*

217 El profesor Tuzet es quien utiliza la expresión «dos preguntas siamesas», para su explicación sobre la naturaleza y función del derecho (TUZET, Giovanni. «Naturaleza y funciones del Derecho: dos preguntas siamesas». En *Discusiones*, n.º 11, 2011, pp. 235-241).

218 TUZET, Giovanni, *op. cit.*, p. 236.

219 SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 31.

En cambio, parece ser la doctrina la llamada a cubrir este vacío y proporcionar un concepto lo suficientemente claro sobre la prueba de oficio. De hecho, no existen muchas nociones expuestas en los teóricos, pero los que hay tienen sentidos distintos y hasta contradictorios. Parece que existen desacuerdos sobre lo que es (naturaleza) y para qué existe (su función) la prueba de oficio. Esto posiblemente se deba a la adopción de algunas de las posiciones ideológicas y filosóficas sobre los poderes probatorios en general y su vinculación con sistemas (o principio) catalogados como inquisitivos[220] o a sistemas políticos autoritarios[221]; supuesto que —como se ha analizado en su momento— no parece tener solvencia histórico-comparativa. Otra razón de este estado de cosas es que la diversidad de poderes probatorios del juez en un mismo ordenamiento genera que los teóricos, cuando formulan un concepto de prueba de oficio, a veces se pueden referir a otro tipo de poderes.

A pesar de estos inconvenientes, siguiendo la noción presentada sobre los *poderes probatorios del juez* en general, es posible entender a las pruebas de oficio *como aquel poder atribuido al juzgador para acordar y actuar nuevos medios de prueba en el proceso, sin que las partes lo hayan solicitado, con el propósito de mejorar la riqueza del material probatorio para una verdadera determinación de los hechos del caso.* En este concepto, si bien se precisa que se trata de una iniciativa que proviene exclusivamente del juez, no cierra la posibilidad (por fuerza de la jurisprudencia), muy excepcional y con los controles adecuados, de que las partes puedan proponer el uso de dicha potestad; empero, queda siempre en el juez la determinación final de utilizar (o no) las pruebas de oficio en esas circunstancias.

2. 4.3. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal civil

2.4.3.1. Antecedentes históricos comparados

El Código de Procederes o Código de Procedimientos Judiciales, decretado por el congreso boliviano y promulgado por el Gobierno de Andrés de Santa Cruz (presidente constitucional de la República de Bolivia), fue el primer Código Procedimental a nivel continental. El mencionado cuerpo normativo derivada a su vez del Código de Procedimientos Civiles de Napoleón (1806), y, en su artículo 262, reguló la prueba de oficio estableciendo lo siguiente: «Podrá[n] los jueces ordenar de oficio la prueba de los hechos que les parezcan concluyentes. El auto que ordene la prueba contendrá los hechos que daba probarse».

Al respecto cabe destacar el juzgamiento de las causas civiles; a diferencia del procedimiento criminal donde de oficio se podía citar testigos, para la prueba testimonial el juzgador de oficio solo podía interrogar a las personas que deponían como testigos, lo que hace advertir algún aspecto del principio dispositivo en las causas civiles. Sin embargo, respecto a la actuación de la prueba pericial el código

[220] Sobre esta forma de razonar puede verse MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 116 ss. En relación con las complicaciones sobre el denominado "principio inquisitivo", puede consultarse: NIEVA FENOLL, Jordi. «La cattiva reputazione del principio inquisitorio». En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 68, n.º 3, 2014, pp. 943-970.

[221] *Cfr.* MONTERO AROCA, Juan. «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)». En *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba*, n.° 7, 2000, pp. 29 ss.

disponía que, en el supuesto de que los peritos no reúnan los conocimientos pertinentes, los jueces podrán de oficio ordenar que se realice una nueva diligencia pericial y designar a los peritos que se estimen necesarios o requerir de estos las precisiones del caso.

Así, el citado Código de Procederes sería luego el modelo del Código de Procedimientos Judiciales que implantó Santa Cruz en la legislación peruana.

En el continente europeo, la prueba de oficio fue consagrada por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que en su artículo 48 establecía:

> Artículo 48. Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer:
> 1. Decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
> 2. Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.
> 3. Decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesarios.
> 4. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

En el «Codice di procedura Civile» de 1942 de Italia, como poderes probatorios del juez que otorga este texto procesal, se pueden identificar, por ejemplo, las siguientes disposiciones normativas:

> Artículo 117. Interrogatorio no formal de las partes. En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores.
>
> Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas. Ei juzgador podrá ordenar a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal.
> Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116.
> Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras.

2.4.3.2. Antecedentes en el derecho peruano

La regulación de la iniciativa probatoria del juez en el Perú se ha dado conforme lo siguiente:

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, en su artículo 670, señalaba que: los jueces *pueden ordenar* de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la *verdad*, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia […]. De lo cual se puede advertir que la prueba de oficio es una facultad del juez, que tiene la finalidad del esclarecimiento de la verdad. Dicha facultad también era concordante en lo que establecía los incisos 1 y 2 del artículo 39 del código citado, correspondiente al título segundo: «De los derechos que adquieren los jueces y de las obligaciones que están sujetos», establecía que:

> Los jueces tienen también facultad:
> 1.º Para practicar, antes de resolver las causas de que conocen, todas las diligencias que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos.
> 2.º Para enmendar ó suplir los defectos ú omisiones en que los litigantes incurran, relativamente á las formas del juicio.

Posteriormente, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 ha regulado la prueba de oficio, también como una facultad del juez; sin embargo, no hacía referencia al esclarecimiento de la verdad. En su artículo 340 señalaba:

> Los jueces en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias […]
> Es inapelable el auto en que el juez ordena prueba de oficio.

Ya en el Código Procesal Civil, la regulación de la institución de la prueba de oficio en el proceso civil se encuentra establecida en la disposición normativa del artículo 194 del Código Civil peruano, que establece:

> Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Excepcionalmente el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.

Y, finalmente, con la modificatoria de la Ley n.º 30293 de fecha 28 de diciembre de 2014, la prueba de oficio en el proceso civil se encuentra regulada conforme lo siguiente:

> Excepcionalmente cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el juez de primera y de segunda instancia ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso.
> Con esta actuación probatoria el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.
> La resolución que ordenará las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada bajo sanción de nulidad siendo esta resolución inapelable siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.
> En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haber ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

2.4.3.3. Prueba de oficio en el Código Procesal Civil

De esta modificatoria, se observa que, a la regulación primigenia se ha añadido el término «excepcionalmente»; asimismo, se ha adicionado que la prueba de oficio será aplicada «siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso»; precisando además que «con esta actuación probatoria el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba».

Respecto al poder excepcional, cabe señalar que, en el proceso civil, «como regla general son las partes las encargadas de probar sus versiones de los hechos *(onus probandi)*; sin embargo, siendo la prueba el instrumento racional y epistemológico que permite alcanzar la verdad en el proceso, el juez quien dirige es también llamado y comprometido a contribuir en torno al tema probatorio; hecho que justifica

excepcionalmente el uso de dicho poder»[222]. En ese contexto, el término «excepcional» hace referencia a que el juez no siempre lo utilizará sino de manera extraordinaria o complementaria. Bajo esta cualificación de «excepcionalidad», la potestad del juez de aplicar la prueba de oficio en el proceso civil puede perfectamente configurarse como puramente supletoria y complementaria respecto a la de las partes[223].

En cuanto a que la prueba de oficio será aplicada «siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso», esto es, el criterio de reserva a la fuente de prueba, debe destacarse la distinción de dos categorías básicas de la fuente de prueba: medios de prueba y fuentes de prueba. Al respecto, Francesco Carnelutti explica que mientras la primera se utiliza para referirse la actividad del juez, mediante la cual busca la verdad del hecho que se debe probar, la segunda hace mención del hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad[224]. En ese sentido, a partir de dicha diferencia se sostiene que las fuentes son elementos que existen en la realidad, y los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso[225]. Esta concepción vinculada al poder del juez implica que los hechos que presentan insuficiencia probatoria debieran ser obtenidos de aquellos expuestos por las partes en sus escritos postulatorios, en términos distintos. Se trata del respeto al límite factual fijado y expresado por las partes[226].

Asimismo, con la citada modificatoria, se da la exigencia de que «la resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada bajo sanción de nulidad siendo esta resolución inapelable siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo». Lo novedoso de esta última modificatoria es que la falta de motivación se sanciona con nulidad, que, desde una interpretación extensiva, puede permitir y abrir la posibilidad de que tal nulidad pueda ser declarada de oficio o a pedido de parte, máxime que la motivación es un derecho fundamental procesal y su afectación puede ser denunciada por todos los sujetos que participan en el proceso[227].

El poder probatorio que tiene el juez para incorporar nuevos elementos probatorios no tiene como propósito reemplazar a las partes en su carga probatoria, es por ello que el legislador la establece como una facultad excepcional ante una situación especial en el plano probatorio: la insuficiencia probatoria. Además, desde la óptica asumida en esta decisión el juez tiene la facultad de incorporar nuevos medios de prueba en la oportunidad que corresponda (normalmente luego de concluida la actuación de la prueba y antes de que se emita sentencia en los procesos escritos y en los procesos sujetos a oralidad, en la audiencia preliminar, excepcionalmente en la audiencia de pruebas) de forma independiente de la carga probatoria que asumen

222 ALFARO VALVERDE, Luis. *Reforma de los poderes probatorios. Hacia una mejor comprensión de los poderes probatorios*. Gaceta Civil & Procesal Civil, n.° 23, 2015, p. 259. PARRA, Jairo. *Racionalidad de la prueba de oficio.* Bogotá: Temis S.A., 2004, pp.15-18.

223 *Id.*, p. 259-260.

224 CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, pp. 70-71.

225 SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 148.

226 ALFARO, Luis, *op. cit.*, p. 264.

227 ALFARO, Luis, *op. cit.*, pp. 259-260.

las partes en el proceso. Aunque debemos admitir que es uno de los límites que mayor cuestionamiento presenta[228] en el plano teórico[229].

Luego de evidenciar los aspectos más resaltantes de la versión reformada del artículo 194 del CPC, es posible colegir que estos no constituyen meras enmiendas formales o superficiales, sino que se trata de verdaderos cambios cualitativos tanto en la estructura como en la función de los poderes probatorios del juez, principalmente porque en la versión reformada se hace reconocimiento expreso al principio de audiencia o contradicción como presupuesto básico antes de que el juez emita el auto, y se disponen los medios de prueba idóneos para salvar la insuficiencia probatoria previamente identificada y puesta a conocimiento de las partes. Este cambio sustancial (sin precedente en la historia del derecho procesal peruano) influye en especial en el modo de comprender la estructura y función de este poder del juez, en el marco de un modelo procesal en el que se tutele la finalidad del proceso (decisiones justas) pero con protección de los derechos fundamentales procesales[230].

Esta última modificatoria del artículo 194 del CPC, en ese sentido, «contribuye a una mejor comprensión de las "pruebas de oficio" en el Perú, en el sentido de que su ejercicio ya no podrá ser de manera unilateral por el juez, sino que será el resultado de la participación activa de las partes, quienes debatirán de manera previa sobre aquellos aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria y sobre el medio de prueba idóneo o pertinente capaz de salvar tal omisión»[231].

Aunque admitimos que, dada la complejidad del proceso civil, el contradictorio puede tener diversos matices, ya que puede ser previo en algunos casos, diferido en otros, de forma oral e inclusive escrita. Ello corresponderá a la naturaleza del proceso en el que se utilice esta facultad y a la situación que se presente, pues el medio de prueba puede estar en el expediente, pero no se admitió formalmente (rebeldía,

---

228 Afirma Cavani sobre este punto asegura que no ve la forma de cómo emplear la prueba de oficio sin reemplazar la "carga de corroboración" de las partes. Y es que siempre hay algo que la parte pudo hacer y que no hizo: solicitar la declaración de un testigo, requerir una inspección judicial, presentar la escritura pública y no simplemente la minuta, etc. Si esto es verdad, si es que nunca puede dejar de haber tal reemplazo, me parece entonces que la modificación del año 2014 creó un candado aparentemente inexpugnable. A partir de aquí es posible construir, como primera alternativa, la de recurrir al control difuso sobre la norma prohibitiva del artículo 194 del CPC para inaplicarla. Esta propuesta, a decir verdad, sería intelectualmente más honesta, pues el juez comunicará, con todas las letras, que sí reemplazará la "carga de corroboración". Las razones pueden ser diversas: porque debe buscar la verdad; porque de no hacerlo de violaría la tutela jurisdiccional efectiva del demandante (acceso a la justicia, paridad de armas, etc.); porque busca aplicar el "principio de socialización del proceso", que le permitiría asistir a las partes en caso de desigualdad de algún tipo; o simplemente porque entiende que debe "resolver con justicia" (sea lo que quiera significar esto). No comulgo en lo absoluto con una posibilidad de este tipo porque, según pienso, el empleo del poder del artículo 194 viola irremediablemente la seguridad jurídica (el sistema ofrece de antemano una solución para los casos de falta de probanza) y la imparcialidad judicial (porque el juez pasa a tener funciones postulantes y porque alimenta sus sesgos a favor del demandante). No obstante, al menos debo reconocer que sería la vía argumentativamente más racional que encuentro si es que se quiere emplear este poder probatorio. De cualquier manera, el empleo del poder probatorio del artículo 194, por afectar decisivamente la "carga de corroboración", implica un poder intrusivo en extremo con la libertad de las partes en el ejercicio de sus diversas cargas procesales. CAVANI, Renzo. «"Prueba de Oficio" y "Carga de la prueba": una propuesta equilibrada». En CAVANI Renzo (coord.). *Garantías procesales y poderes del juez*. Puno: Zela Grupo Editorial2019, pp. 277-303.

229 Martel asume la siguiente postura «procede solo si el juez, con las pruebas ofrecidas por las partes, no llega a tener convicción sobre la materia controvertida, pudiendo en tal supuesto ordenar la actuación de medios probatorios adicionales. Lo adicional supone que en el proceso las partes han cumplido con su carga de probar, es decir, que han cumplido con ofrecer los medios de probatorios para acreditar sus afirmaciones, pero a pesar de ellos el juez estima necesario actuar, además, otras pruebas. Asumir posición contraria, esto es, que el juez podría usar su poder aun cuando las partes no cumplieron con su carga de probar, podría implicar que el juez se convierte en parte, con lo cual se desnaturalizaría la esencia del proceso mismo y perdería imparcialidad». MARTEL, Rolando, *op. cit.*, p. 128.

230 *Id.*, p. 269.

231 *Id.*, p. 270.

extemporáneo, rechazado formalmente, etc.); en este caso el juez lo podrá admitir y luego de ello someterlo al contradictorio, con posibilidad de contraprueba. Por el contrario, el medio de prueba de oficio puede que no se encuentre en el expediente y solo existe fuente de prueba respecto de aquel. En estos casos, puede tratarse de un medio de prueba de actuación inmediata o diferida, aquí el contradictorio será diferente. En el primer caso, será una vez que dicte la resolución admitiéndolo de oficio, pero se extiende hasta que formalmente ingrese al proceso, porque las partes pueden debatir su contenido.

2.4.4. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal

La vital importancia (y su plena justificación constitucional) que tiene la prueba de oficio para el compromiso epistémico del proceso en la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, se ve claramente proyectada en su tratamiento legal procesal. Es una realidad que en el ordenamiento procesal peruano se encuentra prevista en todos los textos o códigos procesales[232]; sin embargo, tiene graves problemas normativos técnicos y de procedimientos puntuales que merecen ser remarcados en esta decisión, pues en no pocos casos son los generadores de problemas en la jurisprudencia.

Estos motivos son suficientes para realizar una sintética revisión de su ordenación legal en el proceso penal (Nuevo Código Procesal Penal) y en los diversos procesos no penales (como la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Texto Único del Proceso Contencioso Administrativo, entre otros). Además, resulta conveniente, dado que es el tema que nos convoca a esta decisión, centrarse en el estudio de las particularidades de la previsión normativa de la prueba de oficio en el artículo 194 del CPC vigente.

2.4.4.1. En el proceso contencioso administrativo

El proceso (contencioso) administrativo peruano también es otro caso en donde el legislador le ha atribuido amplios poderes probatorios de oficio al juzgador. Tal como se puede observar del artículo 23 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (en adelante LPCA), aprobado mediante **Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS,** que estipula lo siguiente:

> **Artículo 32**. Pruebas de oficio
>
> Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.[233]

---

232 Ferrer sostiene que, si bien en todo proceso hay una intervención decisiva de las partes sobre la prueba, ésta puede ser mayor o menor, compartida con otros sujetos como el juez, dependiendo de cada ordenamiento y de cada tipo de proceso. Lo que significa que esta facultad puede no ser exclusiva de las partes, pudiendo juez ordenar la práctica de pruebas no solicitadas por las partes. Lo importante es que cuanta más información relevante esté a disposición de quien debe decidir, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, pp. 38-39 y 68).

233 Texto legal que no ha sufrido ninguna modificación desde la primera versión en la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 07 de diciembre del 2001 (actualmente derogada), que establecía lo siguiente:
Artículo 29 Pruebas de oficio
Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Texto normativo que se mantiene íntegro y es reproducido ahora en el artículo 31 del nuevo Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584[234], aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, publicado el 4 de mayo de 2019 en el *Diario Oficial El Peruano*. Además, para la comprensión del funcionamiento de la prueba de oficio en el proceso administrativo se debe tener presente que en el contexto probatorio se presentan dos posiciones bien marcadas: i) al ser la función de este proceso la sola revisión de lo decidido por la Administración resulta innecesaria la actuación de medios probatorios sobre los hechos que se controvierten, pues todo ya ha sido actuado en el procedimiento administrativo; y ii) la prueba está justificada en los procesos administrativos, pues este proceso no es solo de revisión del acto, sino que en él se pretende una tutela efectiva de situaciones jurídicas de los particulares[235]. En este último caso, resulta plenamente viable la actuación de pruebas en el desarrollo del proceso, en la que bien se puede incluir la posibilidad de la prueba de oficio antes anotado.

También se ha dicho que el reconocimiento normativo de pruebas de oficio en este contexto jurisdiccional es el reflejo de su nueva concepción, entre otros aspectos, comprometido por una tutela jurisdiccional adecuada de las pretensiones de las partes frente a la actuación de la administración pública. Lo que contribuye a dejar de lado la rigidez de la restricción de la actividad probatoria en sede administrativa; hecho que le permite al juez desarrollar su dirección del proceso y la búsqueda de la verdad en el proceso[236]. Esto demuestra una versión contemporánea sobre la función de todo proceso judicial y su compromiso con la búsqueda de la verdad de los hechos del caso. Sin embargo, llama la atención la orientación que se le quiere dar a la prueba de oficio en el proceso administrativo, esto es, para «formar convicción» en el juez. Hecho que no refleja propiamente una preocupación por la determinación verdadera de los hechos sobre la que se fundará la sentencia, sino simplemente el establecimiento del estado mental del juzgador. De esta manera, el legislador asume una concepción psicologista (o persuasiva) de la prueba[237] y no una concepción racionalista de la prueba, que es la finalidad que solventa todo poder probatorio del juez. Situación que posiblemente puede ser causante de no pocos problemas en la práctica jurídica y en la jurisprudencia contenciosa administrativa.

También preocupa que el legislador no haya establecido criterios de aplicación de la prueba de oficio, por lo que debe aplicarse de manera supletoria (1.ª Disp. final LPCA) lo previsto en el artículo 194 del CPC. Sin perjuicio de ello, es saludable que la doctrina haya podido establecer algunos límites, como son: i) los medios probatorios aportados por el juez deben versar sobre hechos controvertidos y discutidos por las

234 Artículo 31. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

235 PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. Lima: ARA Editores, 2006, p. 175.

236 VARGAS MACHUCA, Roxana. «Los principios del proceso contencioso administrativo». En *Revista de derecho administrativo*, n.° 11, 2012, p. 25.

237 Interpretando el citado texto legal Monzón sostiene que en esencia se está exigiendo al juzgado que exponga cuál es la pieza que falta demostrar en el razonamiento lógico jurídico para formar su convicción; lo cual representaría la razón por la cual opta por efectuar una prueba de oficio. (MONZÓN, Loretta. *Comentario exegético a la ley que regula el proceso contencioso administrativo*. Lima: Ediciones Legales, 2011, p. 286).

partes; y, ii) la incorporación del medio probatorio por parte del juez al proceso debe realizarse respetando el derecho de defensa de las partes[238].

2.4.4.2. En el nuevo proceso del trabajo

El nuevo ordenamiento procesal laboral también contempla la atribución de prueba de oficio al juez del trabajo (o quien tenga competencia para conocer pretensiones laborales privadas). En efecto, la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497 (en adelante NLPT) la regula en los siguientes términos:

> Artículo 22.- Prueba de oficio
>
> Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable.
>
> Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.

Como se puede observar, a diferencia de lo que sucede con la LPCA, existe un tratamiento normativo más detallado. Siendo lo más destacable: i) se establece el criterio de excepcionalidad, es decir, que su uso debe ser de manera extraordinaria, dejando que las partes procesales sean las llamadas de manera ordinaria a aportar los elementos de prueba relevantes que estimen necesarios; ii) el establecimiento de un plazo fijo de suspensión y continuación de la audiencia para la actuación de dichas nuevas pruebas, evitando de esta manera que se pueda generar alguna dilación innecesaria del proceso[239]; iii) se utiliza la expresión «facultad» para identificar a la prueba de oficio, con lo que se aleja de la idea que sea un deber del juez que le obligue a utilizarlo en todos los casos. Supuesto que tiene implicancias en el siguiente punto; iv) limita su actuación en sede de casación[240] y sobre todo proscribe la declaración de nulidad de sentencia por su omisión, que muchas veces —desconociendo su carácter facultativo— la no utilización de las pruebas de oficio es considerada en segundo grado como una oportunidad para declarar la nulidad de las decisiones de primer grado[241].

---

238 PRIORI POSADA, Giovanni, *op. cit.*, pp. 181- 182.

239 Al respecto, en la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley n.° 29497 - (NLPT), se hace la precisión que esta suspensión se realizará siempre que la prueba no se encuentra disponible en la audiencia y se citará en el mismo acto, señalando fecha y hora para la continuación de la audiencia; de lo contrario, si se encuentra disponible en la audiencia, se procede a su actuación inmediata y sólo en casos (Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley 29497 - (NLPT), Academia de la Magistratura, Lima, 2014, p. 128). La Guía puede consultarse en: http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/48

240 Aunque esta limitación ha sido objeto de crítica. Se afirma que es «tautológica porque carece de sentido afirmar que el tema probatorio es ajeno al casatorio en pleno siglo XXI. Y, por otro lado, es deficiente porque la casación no abre un nuevo proceso, es apenas un recurso extraordinario, siendo así, se interpone dentro de un proceso abierto y en base a causales específicas y con requisitos también predeterminados y singulares. Entonces, decir 'proceso de casación' es, cuanto menos, una enorme excentricidad si no se quisiera admitir que es un gravísimo defecto» (MONROY GÁLVEZ, Juan. «Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo». En *THĒMIS. Revista de Derecho*, n.° 58, p. 176).

241 Este punto, según Toyama e Higa, se trata de un aspecto que debe resaltarse, pues a diferencia de lo que ocurría con los procesos seguidos bajo la antigua LPT, la falta de ejecución por parte del juez de la prueba de oficio no acarreaba la nulidad de la decisión final (TOYAMA, Jorge e HIGA, Alfonso. «La prueba en el derecho laboral: el proceso inspectivos y la justicia oral». En: *THĒMIS. Revista de Derecho*, n.° 37, 2011, p. 225)

Sin embargo, hay otros aspectos que todavía requieren de precisión. Por ejemplo, la expresión «prueba adicional»[242] ha sido cuestionada como redundante, pues la determinación de las pruebas de oficio significa, en efecto, la incorporación de un nuevo elemento de prueba. No se ha mencionado el supuesto de insuficiencia probatoria, que es el presupuesto para el uso de la prueba de oficio[243]. Tampoco se consideraron algunos límites[244] a su ejercicio como i) el contradictorio previo, a fin de que las partes se manifiesten sobre estas nuevas pruebas y en su caso proponer otras que estimen necesarias[245]; ii) la fuente de prueba, el criterio de pertinencia, los que contribuyen en favor de un tratamiento equilibrado de la iniciativa probatoria de las partes procesales. A pesar de ello, no se puede negar que estos criterios representan una mejora en la técnica legislativa y es un gran avance en la regulación de pruebas de oficio en general, que no se ven en los textos procesales analizados.

Lo que no queda claro en la disposición legal analizada es el propósito que oriente la utilización de este poder probatorio *ex officio* en la jurisdicción laboral. A diferencia de lo que se mencionaba en el texto derogado (Ley n.º 26636) que establecía la necesidad de que estos nuevos elementos de prueba produzcan certeza y convicción en el juez[246]. Esta regulación asumía una concepción psicologista muy parecida a la idea de íntima convicción, que no es precisamente el camino que debe seguir el poder examinado, ni la adoptada en esta decisión. Frente a este vacío normativo es conveniente la adhesión a la concepción racional de la prueba, en virtud de la cual las pruebas de oficio tienen una dimensión epistémica, esto es, que deben estar encaminadas a la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, como resulta ser el objetivo institucional de la prueba en general.

Luego, en la jurisprudencia se han presentado algunos problemas relevantes que han sido analizados en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral[247], Chiclayo, 13 y 14 de

[242] Monroy al analizar la regulación de la prueba de oficio en la LPT sostiene que "es absolutamente indispensable regular con precisión tal facultad. Si el enunciado normativo empieza armando que la prueba de oficio es una "prueba adicional", queda claro que su uso se tornará impreciso, por decir lo menos." (MONROY GÁLVEZ, Juan, *op. cit.*, p. 176).

[243] Aunque en la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.° 29497, si se indica que debe existir "insuficiencia probatoria" en la actividad desarrollada por las partes y establece dos criterios: i) si existen hechos necesitados de prueba que no han sido dilucidados y ii) sólo requieren prueba los hechos alegados por las partes: las partes disponen el objeto del proceso. El juez no puede ordenar la actuación de pruebas para investigar sobre el incumplimiento de derechos no demandados (*op. cit.*, p. 129).

[244] En la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.° 29497, se reconoce este problema y se propone limitaciones de tipo doctrinal: i) La prueba debe limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes (no introducir hechos); ii) en el expediente deben constar las fuentes de prueba (por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar) y iii) respeto del principio de contradicción (no es una prueba privilegiada); y otros que se desprenden de las disposiciones constitucionales:
i) deber de motivación e ii) imparcialidad judicial (*op.. cit.*, p. 130)

[245] Esta observación es puesta de manifiesto por Monroy, para quien las pruebas de oficio procede en casos que un hecho que esté parcialmente acreditado y el juez considera que se necesita lograr una convicción respecto de aquél, entonces puede ordenar la actuación de un nuevo medio probatorio "sin perjuicio de conceder a las partes el derecho a conocer su requerimiento, a participar de su actuación y a presentar prueba complementaria o disuasoria sobre el hecho afirmado pero discutido, según fuera el caso." (MONROY Gálvez, Juan, *op. cit.*, p. 176)

[246] La derogada Ley n.º 26636, Ley procesal del trabajo, también regulaba las pruebas de oficio de la siguiente manera:
Artículo 28. Pruebas de oficio.- El Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción.

[247] Las conclusiones establecidas en dicho Pleno Jurisdiccional pueden consultarse en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6b5584004721d13c8a6bdb5d3cd1c288/Conclusiones+Finales+-

septiembre de 2018, estos son: i) ¿es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo de gran importancia («definitorio de la controversia») en segunda instancia?; ii) ¿es posible actuar pruebas de oficio en segunda instancia?; iii) ¿cuál es el procedimiento para la actuación de los medios probatorios en segunda instancia? A la primera cuestión, se acordó —entre otros argumentos[248]— que sí es posible de manera excepcional y que el artículo 21 de la NLPT no debe ser interpretado de una manera cerrada y restrictiva, de lo contrario afectaría el principio de veracidad y la justicia. La segunda fue resuelta de manera afirmativa, entre otras cosas[249], por considerar que se trata de una herramienta útil para plasmar los principios de economía procesal, celeridad y veracidad[250]. Sobre la tercera cuestión se precisó que la prueba de oficio en segunda instancia puede dictarse fuera de la vista de la causa y se deja abierta la posibilidad de que se convoque a una audiencia especial para su actuación[251].

Lo acordado en este Pleno Jurisdiccional resulta compatible con la concepción racional de la prueba en general, no es incompatible con su normatividad procesal laboral y sobre todo es coherente con el fundamento epistémico de las pruebas de oficio explicado anteriormente en esta decisión. Sin embargo, habría que agregar a todos estos casos la necesaria indicación de que el tribunal garantice suficientemente el ejercicio del contradictorio previo de las partes procesales.

2.4.4.3. En el proceso constitucional

En los procesos constitucionales (en especial los denominados procesos de la libertad) se encuentra establecida la posibilidad de un poder probatorio *ex officio*. Aunque en el Código Procesal Constitucional (en adelante CPConst.), a diferencia de los otros textos procesales examinados, no se le ha catalogado o sumillado expresamente como pruebas de oficio, su reconocimiento normativo se puede desprender del siguiente artículo:

> Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria
>
> En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

+Pleno+Jurisdiccional+Nacional+Laboral+y+Procesal+Laboral+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6b5584004721d13c8a6bdb5d3cd1c288

248 El Pleno acordó por mayoría que «De manera excepcional, es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo. El artículo 21 de la NLPT 29497 no debe ser interpretado de una manera cerrada y restrictiva, pues lo contrario afectaría el principio de veracidad y la justicia que deben prevalecer, pues el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para el logro de los fines de la Administración de Justicia».

249 El Pleno acordó por mayoría «Si, es una herramienta útil para plasmar los principios de economía procesal, celeridad y veracidad, pues tanto el reenvío como la demora en la resolución de los procesos laborales desnaturaliza el espíritu del nuevo sistema procesal laboral que debe ser dinámico. La actuación de prueba de oficio en segunda instancia procede en todo caso, incluso tratándose de prueba extemporánea».

250 En la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley 29497, también se asumía dicho criterio: «Si el juez de primera instancia no ordenó la actuación de prueba de oficio, el superior jerárquico tiene la facultad de ordenarla, si la considera necesaria para llegar a la verdad real» (*op. cit.*, p. 132).

251 El Pleno acordó por mayoría "La decisión que dispone la actuación de prueba de oficio en segunda instancia, puede ser dictada inclusive fuera de la audiencia de Vista de la Causa, si bien, de acuerdo con el caso, debe convocarse a las partes procesales a audiencia especial para la actuación de la prueba de oficio ordenada".

Este poder probatorio puede utilizarse en los procesos de *habeas corpus,* amparo, *habeas data* y cumplimiento, pues el artículo se ubica en las disposiciones generales que engloban a todos ellos. Además, se observa que el procedimiento, por su naturaleza sumaria, prohíbe una etapa probatoria[252] —aunque sí existe actividad probatoria[253]—, pero ello no impide que el juez excepcionalmente puede fijar una audiencia, para que, entre otras diligencias, actúe la nueva prueba incorporada en virtud de dicho poder. Esta posibilidad no encuentra problema en el proceso de amparo conforme al 2.º párrafo del artículo 53 CPConst[254]. Incluso en esta audiencia se podrían considerar otros elementos de prueba que sí requieran actuación propiamente dicha o actuación diferida, siempre que sean indispensables y no provoquen una dilación innecesaria del proceso. Luego aparece la referencia a que la actuación probatoria no puede afectar la duración del proceso, exigencia que se justifica en su naturaleza sumaria y urgente[255].

Este dispositivo legal también puede interpretarse sistemáticamente con el inciso 10 del artículo 19 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional[256], en virtud del cual se amplía el poder probatorio en análisis no solo a los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, sino también a los magistrados del Tribunal Consitucional[257], siempre que se trate de actuaciones probatorias «indispensables»; es decir, para la determinación correcta y verdadera de los hechos del caso. Algo sintomático es que este texto se termina con la expresión «para mejor resolver», que es el *nomen iuris* con el que se conocía en los códigos procesales de antaño a lo que ahora es la prueba de oficio.

Pero aparte de los supuestos mencionados, no aparecen criterios de control al uso de la prueba de oficio en este contexto; por el contrario, llama la atención la referencia al hecho de que no se requiere «notificación previa», lo cual evidencia una clara restricción injustificada al contradictorio[258], que es entendida

---

252 Esta limitación se justifica en: i) la materia de discusión: en estos procesos el juez no declara el derecho, sino verifica su amenaza o violación y ii) la naturaleza de proceso urgente: sumarización procedimental y cognitiva (DONAYRE, Christian. «La prueba en el proceso constitucional de habeas corpus». En *La prueba en el proceso constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 13). Sobre las objeciones a la regla de *inexistencia de una etapa probatoria en los procesos de amparo, puede verse:* LÓPEZ FLORES, Berly. «Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo: El misterio en materia laboral de despidos». En *Gaceta Constitucional*. Tomo 11. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 549-572.

253 *Cfr.* STC n.° 09878-2005-PHC/TC: "la actuación de los medios probatorios no se realiza en los procesos constitucionales como en los procesos judiciales ordinarios, lo que no quiere decir que en los primeros dicha actuación sea inexistente (...)". Según afirma León Florián, en todo proceso, incluido el amparo, -y así se evidencia en la jurisprudencia del TC peruano - siempre se presenta una definición sobre hechos, la cual supone una discusión, aunque sea mínima, sobre el material probatorio aportado (LEÓN FLORIÁN, Felipe. «Sobre la prueba en el proceso de amparo». En *La prueba en el proceso constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 67.)

254 Artículo 53. Trámite.
[…]
Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.

255 A decir Donayre «la posibilidad de actuar otros medios probatorios está sujeta a que ello no genere una dilación del proceso y, en consecuencia, enerve la tutela rápida y efectiva que se espera de este tipo de procesos» (DONAYRE, Christian, *op. cit.*, p. 14).

256 Artículo 19. Son deberes de los Magistrados del Tribunal Constitucional: 10. Disponer la actuación de medios probatorios, siempre que sean indispensables para mejor resolver.

257 Esta posibilidad se incrementa si lo concordamos con lo previsto en el artículo 119 CPConst, el cual establece que: «El Tribunal puede solicitar a los poderes del Estado y a los órganos de la Administración Pública todos los informes y documentos que considere necesarios para la resolución de los procesos de su competencia. En tal caso, el Tribunal habilita un plazo para que las partes conozcan de ellos y puedan alegar lo que convenga a su derecho […]».

258 Sobre esta limitación Taruffo sostiene que, si esta sumarización significa renuncia a la búsqueda de la verdad en el proceso, sacrificando otros derechos de las partes en el proceso como el contradictorio, se pervierte la finalidad de satisfacción del derecho en el caso concreto y se institucionaliza un sistema donde se habrá renunciado al ideal regulativo de justicia (TARUFFO, Michele. En *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, pp. 282).

como una garantía necesaria a este poder probatorio. Por tanto, debido a tales omisiones, si normativamente están justificada las pruebas de oficio en el proceso constitucional, requiere necesariamente de la aplicación supletoria de las reglas, límites y criterios contenidos en el artículo 194 CPC, esto conforme a lo previsto en el artículo IX del TP del CPConst[259].

2.4.4.4. En el nuevo proceso penal

El proceso penal peruano no es la excepción en la atribución de prueba de oficio. El Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) reconoce expresamente al juez penal este poder probatorio en el inciso 2 del artículo 385 de la siguiente manera:

> Artículo 385.- Otros medios de prueba y prueba de oficio
>
> 2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

De este enunciado normativo se pueden desprender presupuestos para el uso de las pruebas de oficio que no aparecen en los otros procesos analizados, por lo que merecen ser analizados: i) su carácter excepcional o extraordinario, ii) puede ser a pedido de cualquiera de las partes; iii) la información o datos que se extraigan del debate judicial y que se trate de nuevos medios probatorios; iv) que la necesidad de su actuación se manifieste una vez que las partes han actuado sus medios probatorios en juicio; v) que estos sean indispensables y que sean manifiestamente útiles para el esclarecimiento de la verdad[260].

Lo primero que se aprecia es el carácter excepcional —semejante a lo visto en el nuevo proceso laboral— que el legislador ha querido impregnar en la prueba de oficio en el proceso penal. Se sabe que la regla, por principio de aportación de parte, es que las pruebas se admiten a pedido del Ministerio Público, imputado y otros sujetos procesales (artículo 155.2 NCPP); no obstante, se deja abierta la posibilidad para pruebas de oficio (artículo 155.3 NCCP). Se trata de un supuesto de atemperamiento del referido principio, esto es, que puede ser sometido a correcciones con el fin de permitir determinadas actuaciones de oficio[261]. Otra novedad en esta regulación es que la iniciativa probatoria no recae únicamente en el juzgador, sino que existe la posibilidad de que pueda ser a pedido de parte, como el Ministerio Público o la parte imputada. Supuesto que amplía el ámbito de aplicación subjetiva de la prueba de oficio; aunque conviene precisar que en último caso es el juez quien, luego de escuchar a las partes, determinará su ejercicio o no[262].

---

[259] Artículo IX. Aplicación supletoria e integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

[260] *Cfr.* ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal*. Volumen 2. Primera edición. Lima: Academia de la Magistratura, 2012, p. 54.

[261] TALAVERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*. Primera Edición. Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 51.

[262] Al parecer en la práctica jurídica este carácter de excepcionalidad es aplicada de manera disímil. Del estudio de la jurisprudencia se observa existen dos tendencias: i) jueces que rechazan la posibilidad de ofrecer prueba, puesto que consideran que tal atribución afecta el principio de imparcialidad; y, ii) jueces que admiten su actuación sin atender a su excepcionalidad, ampliando su ámbito de aplicación más allá de lo que la norma permite (ORÉ GUARDIA, Arsenio, *ob. cit.*, p. 54).

También se observa que esta actuación probatoria se realizará de los datos o información que pueda advertirse del periodo del debate[263], es decir, en la etapa de juzgamiento y no de circunstancias observadas en fases anteriores del proceso (como la etapa intermedia)[264]. Por ende, se trataría de nueva prueba, en el sentido de que no hubiera sido ofrecida por las partes para su actuación en el juicio[265]. Situación distinta es el momento en que se puede ejercer dicha potestad, el cual se ha establecido que será «una vez culminada la recepción de las pruebas». Para la mayor precisión se ha sugerido que el artículo en mención debe ser específico y disponer «una vez culminada la actuación de los medios probatorios»[266].

Otro aspecto que no parece quedar claro es a qué se refiere el legislador cuando requiere que los nuevos medios de pruebas a incorporar sean «manifiestamente indispensable o útiles». Sobre ello se ha dicho que la dinámica del juicio puede dar como resultado que muten o surjan hechos nuevos y relevantes para los fines de resolver y de hacer que aparezcan, por lo tanto, ulteriores medios de prueba[267]. Por esta razón, tratando de limitar los supuestos de utilización de este poder, hay quien ha puesto que la actuación de estos medios de prueba debe ejercerse «en el caso que existiera alguna controversia con la autenticidad, veracidad o integridad de alguna prueba actuada»[268]. Igualmente, de la configuración del nuevo proceso penal parece razonable que, a pesar de que no se diga en el enunciado legal examinado, su naturaleza jurídica no es de una obligación sino de una facultad que debe ejercerse prudentemente; además los nuevos elementos de prueba que se decida practicar deben ser pertinentes y lícitos[269].

Lo que sí es manifiesto es que en el proceso penal —supuesto no previsto en otros procesos— el objetivo o propósito de la actuación de las pruebas de oficio es la necesidad de determinar que se trate de pruebas que puedan ser indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad en el proceso. En estos términos, la prueba de oficio en el proceso penal se adhiere a una concepción racional de la prueba. A pesar de que se diga que la razón de la presencia de la prueba de oficio en el NCPP responde a la tendencia de no asumir modelos acusatorios puros sino más bien mixtos, en realidad la justificación correcta es que su reconocimiento se debe al modelo y la función que asume el proceso judicial respecto de la búsqueda de la verdad, a partir de una adecuada reconstrucción de los hechos del caso.

Como vemos, después de revisar la legislación nacional sobre prueba de oficio, es que queda claro que el legislador en todos los procesos ha establecido la prueba de oficio como una facultad para que el juez

---

263 Se espera que el hecho que se ejercite durante el debate (en la etapa de juzgamiento), contribuya a que el Juez Penal no pretenda reemplaza la actuación probatoria de las partes, conforme queda de manifiesto en el mismo artículo en revisión.

264 Se sostiene que una forma de poder garantizar que los elementos de juicio, para accionar las pruebas de oficio, se extraigan del debate judicial -y no antes- es que el expediente judicial no esté al alcance del juez de juzgamiento, de lo contrario se inferirá ya no del debate sino de la lectura del expediente, lo que puede suponer que tal poder probatorio se convierte en la regla y no la excepción (NEYRA, José. «Las garantías en el nuevo proceso penal peruano». En *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, Vol. 4, n.° 1, 2010, p. 10).

265 Puede tratarse de prueba sobreviviente o no, no opera en este caso la restricción contemplada en el artículo 373°.1, en razón de que como consecuencia de la actuación probatoria en juicio puede surgir la necesidad de llamar a testigos que antes no fueron considerados, por el hecho de haber sido mencionados en la audiencia como conocedores de algún hecho relevante o para contrastar la credibilidad de algún medio de prueba" (TALAVERA, Pablo, *op. cit.*, p. 52)

266 NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & Litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010, p. 971.

267 TALAVERA, Pablo, *op. cit.*, p. 52.

268 NEYRA FLORES, José, *op. cit.*, p. 971.

269 TALAVERA, Pablo, *op. cit.*, pp. 52-53.

pueda hacer uso de ella. Entonces, se trata de una facultad regulada, por tanto, viable en los procesos en los que se ha establecido, corresponderá establecer qué límites tiene esta facultad concedida al juez.

2.5. Principios relacionados con la prueba de oficio

La explicación y justificación (constitucional y filosófica) sobre la necesidad de repensar las pruebas de oficio, nos lleva a sostener que se trata de un poder probatorio atribuido al juez con el propósito de optimizar la calidad (y cantidad) de información y datos cognitivos a través de la recolección de nuevos elementos de prueba, que en definitiva mejorará la conformación del material probatorio a fin de una correcta reconstrucción de los hechos. Pero esta manera de razonar también genera múltiples consecuencias en el modo de entender aquellas categorías jurídicas y principios procesales que a menudo se les vincula con este particular poder probatorio.

Precisamente, en esta parte de la decisión se analizarán esas categorías jurídicas, pero no tanto desde una explicación procesal (como se acostumbra a realizar) sino se pretende un modo diferente de estudiarlas desde los criterios y métodos de la epistemología jurídica. A nuestra consideración, las instituciones en que más dificultades presenta la prueba de oficio son el principio procesal dispositivo, la imparcialidad judicial, el principio del contradictorio (o de audiencia[270]) y la carga de la prueba. Vale la pena advertir que un sector de la literatura procesal usualmente las exponga como las principales razones que asumen quienes tienen una posición escéptica (y en algunos casos se opta por un rechazo total) sobre estos poderes del juez, al afirmar que podrían resultar vulneradas.

Sin embargo, intentaremos dar desde la epistemología jurídica una respuesta a estos cuestionamientos y expresar la posición de este Tribunal Supremo. Asimismo, respecto del derecho al contradictorio se parte de una creencia positiva sobre su adecuado rol sobre las pruebas de oficio, al considerarse como uno de los parámetros de su ejercicio. No obstante, se verá en realidad que su mayor virtud es ser un adecuado complemento en relación con la búsqueda de la verdad que persigue la función institucional del proceso.

2.5.1. Principio dispositivo: distinción y compatibilidad

Si se revisa la doctrina procesal (peruana y comparada) se podrá advertir que se ha convertido en un lugar común (o tópico) sostener que el reconocimiento y la utilización de las pruebas de oficio (como manifestación del rol activo del juez) vulneraría el principio procesal dispositivo. De este modo, resulta necesario hacer

[270] Conviene precisar que, para muchos autores al principio del contradictorio, se le ha atribuido diversos *nomen iuris*, entre los más utilizados: bilateralidad, audiencia y contradictorio. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica es común hablar del principio procesal del contradictorio o contradicción, esto parece ser a consecuencia de la gran influencia de la doctrina procesal italiana y su *principio del contraddittorio*. Sin embargo, en no pocos países (como España y Alemania) a dicho principio se lo identifica como principio de audiencia. Para un estudio del principio de audiencia en el derecho procesal peruano: ALFARO VALVERDE, Luis. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*, Barcelona: Bosch Editor, 2014.

algunas precisiones para comprobar si realmente es así. Con este propósito, podría resultar muy útil comenzar la réplica a esta observación revisando una cuestión histórica relevante. Veamos, a menudo se afirma que la negación a la atribución de prueba de oficio se sustenta en el brocardo jurídico *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium;* pero, en realidad —a decir de Picó—, la correcta formulación sería: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*; por el cual se buscaba poner de relieve aquellos parámetros cognoscitivos del juzgador a proyectarse en la decisión final, debiendo censurar alguna información o conocimiento privado que pudiera tener el juez sobre los hechos del caso[271].

Conforme a esta última formulación el brocardo no estaba relacionado con la posibilidad de actuar (o no) determinada prueba de oficio, sino la proscripción del juez de considerar en la decisión final hechos narrados por las partes, pero que no hayan sido probados; es decir, el respeto a la regla procesal de congruencia entre lo fundamentado en la sentencia, los hechos y los medios de prueba actuados.[272] Siendo así, desde esta perspectiva histórica, no habría problemas en aceptar la concurrencia del principio dispositivo con la prueba de oficio.

Además del fundamento histórico convendría analizar qué se entiende (o que su concepto) por el principio dispositivo en la literatura procesal; a fin de determinar si su sentido es realmente contrario a la prueba de oficio. Como afirma el teórico Picó i Junoy, en virtud de este principio procesal las personas se encuentran en un estado de libertad para «disponer» de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuna[273]. Considerando esta noción jurídica, se estila poner en discusión si acaso las pruebas de oficio no estarían afectando, por un lado, los medios de prueba que puedan aportar las partes —en el ejercicio de su libertad—, que hayan considerado presentar al proceso; y, por el otro, el deber de escoger únicamente entre las narraciones fácticas planteadas por ellas, sin que pueda plantearse una posible tercera hipótesis. Es notorio que detrás de estas observaciones existe una convergencia de ciertas implicancias ideológicas, en especial (como se ha visto anteriormente) la adopción de un modelo de proceso judicial que tiene por finalidad exclusiva se resolver las disputas o enfrentamiento entre las partes; opción que parece seguir los modelos procesales de los sistemas del *common law*, pero no podría decir lo mismo respecto de los de tradición romano-germánica o del *civil law*, que son la mayoría de los ordenamientos de Latinoamérica, como el peruano.

Por otro lado, en las objeciones planteadas no se toma el tiempo en considerar la explicación o concepción más actualizada de este principio, que incluso para algunos tiene un reconocimiento constitucional[274]. A saber, cuando se hace mención del principio dispositivo únicamente se hace referencia a

---

271 Se sostiene que es equivocada la expresión que usualmente se utiliza la doctrina procesal, pues ha agregado la expresión *partium* (o también *apartibus)*, además, se prescindió de la expresión *et non secundum conscientiam*.

272 PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona Bosch, 2007, pp.104-120.

273 *Id.*, p. 99.

274 Sobre la constitucionalidad del principio dispositivo, puede verse: ALMAGRO NOSETE, José. «Garantías constitucionales del proceso civil». En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n.° 1, 1981, p. 18; RAMOS, Francisco. «La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil». En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n.° 1, 1983, p. 23; BERZOSA, María. «Principios del proceso». En *Justicia. Revista de Derecho Procesal* n.° 3, 1992, p. 577.

la disponibilidad sustancial de los derechos o situaciones jurídicas materiales de ventaja y no se tiene en cuenta a la función pública de la actividad jurisdiccional, la estructura del proceso judicial y las modalidades de la decisión[275]. En este sentido, autorizada doctrina advierte que se distingue entre el poder de disposición del objeto litigioso (que ciertamente es de naturaleza privada), y el control y manejo del proceso[276]. De esta manera, se distingue el principio dispositivo en *sentido material* (o principio dispositivo *propio*), que da cuenta de la disponibilidad o disposición del derecho sustancial, que comprendería el principio de la demanda, las reglas de la alegación, y el principio dispositivo en *sentido procesal* (o principio dispositivo *impropio*) por el que se reconduce a las opciones de oportunidad del legislador las modalidades de determinación de los hechos y la regulación de los poderes probatorios del juez[277].

Luego, no sería correcto sostener que los fines del proceso judicial de la búsqueda de la verdad tengan que modificarse en relación con la naturaleza jurídica del derecho material que constituye su objeto, pero conservando su diseño básico. En realidad, siguiendo a Taruffo[278], la cuestión de la búsqueda de la verdad (relativa, objetiva y por correspondencia) se vincula con determinada función del proceso, en particular aquella orientada a la justicia de la decisión, pero nada tiene que ver con la disponibilidad o indisponibilidad sustancial del derecho controvertido. Seguidamente, se sabe que en aquellos ordenamientos procesales en donde se ha atribuido la prueba de modo alguno ha afectado al principio dispositivo[279] o sus manifestaciones[280]; es decir, existe cierta compatibilidad entre este poder y el principio dispositivo *en sentido material*[281]. En rigor, la disposición de los medios de pruebas y la prueba de oficio pertenecen a la dimensión epistémica del proceso, pues contribuye activamente a la determinación verdadera de los hechos del proceso, sin perjuicio de la afectación de los derechos materiales de los justiciables.

Queda claro que la cualidad de disponible (o también indisponible) de las situaciones jurídicas sustantivas propuestas en el proceso judicial no tendría ninguna incidencia en la forma en que se configura el principio dispositivo en el sentido procesal y, por tanto, respecto del reconocimiento de pruebas de oficio[282].

---

275 La distinción se planteó por primera vez en la doctrina procesal alemana, limitando el concepto de principio dispositivo (*Dispositionsprinzip*) al control de las partes, y el de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*) a la introducción y prueba de los hechos en el proceso. (PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 209).

276 *Ibid*.

277 CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralitá (contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile)*. Segunda edición, Milano: Guiuffrè Editore, 1951, p. 314; CARNACINI, Tito. «Tutela guirisdizionale e tecnica del processo». En *Studi in onore de E. Redenti*, Vol. II. Milano: Guiuffrè Editore, 1951, p. 707.

278 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 44.

279 Por ejemplo, en Francia el Código Procesal Civil reconoce al juez poderes probatorios de oficio (artículo 10) y a la par regula el respeto al objeto del litigio (artículos 4 y 5) y de contradicción (artículo 16.1 primer párrafo).

280 Picó considera las siguientes manifestaciones: i) el inicio de la actividad jurisdiccional sólo es posible a instancia de parte, de acuerdo a los aforismos nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio; ii) la determinación del objeto del proceso corresponde únicamente a los litigantes; iii) las resoluciones judiciales deben ser congruentes con las pretensiones de las partes, siendo vigente el brocardo ne eat iudex ultra petita partium y iv) la finalización de la actividad jurisdiccional se atribuye en exclusiva a la voluntad de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la res in iudicium deductae, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia. (PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, pp. 90-100)

281 Un caso representativo de lo dicho se puede encontrar en el ordenamiento francés, ya que el CPC, asegura el respeto al principio dispositivo (arts. 1, 4 y 5) y a la par reconoce poderes probatorios de oficio al juez (artículo 10). Este modelo restablece el equilibrio y es más se ha dicho que la vigencia de su texto procesal es que los artículos 1º al 13° definen un auténtico principio de cooperación del juez y las partes en la elaboración del juicio hacia el cual está orientado el procedimiento civil (CADIET, Loïc. «El nuevo Código procesal civil francés veinticinco años después». En *Derecho*, n.° 53, Lima, 2000, p. 710).

282 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, p. 44.

En otras palabras, el esquema del proceso no varía en relación con el carácter disponible (o no disponible) del derecho sustantivo. De ello se sigue que no habría problema en que a los jueces y tribunales se les reconozca la posibilidad (excepcional) de que puedan utilizar pruebas de oficio, lo que no es incompatible con el hecho de que en un proceso determinado se aborden derechos disponibles.

2.5.2. La imparcialidad: posibilidad de control

Otra de las razones muy usadas en la doctrina procesal para resistir y criticar a la prueba de oficio es que su utilización afectaría o al menos pondría en grave riesgo el principio de la imparcialidad judicial[283]. Sobre este argumento, se sabe que el deber de imparcialidad es una garantía fundamental que se desprende del ejercicio de la función jurisdiccional de todo Estado y que en la actualidad se encuentra reconocido en la mayoría de las constituciones modernas. En este sentido, se afirma que el reconocimiento (y su utilización) de la referida por los tribunales implicaría cierta parcialidad con alguna de las partes; siendo así, no estaría en las condiciones necesarias que se necesitan como para valorar objetivamente el trámite y resultado de la actividad probatoria. El juzgador en el ámbito interno podría inclinarse a dar mayor credibilidad a los medios de prueba aportados por él que al de las partes, lo que pondría en peligro su imparcialidad[284].

No obstante, frente a estos argumentos podría resultar pertinente recordar que la función activa que desempeña el juez sobre el material probatorio se encuentra epistémicamente justificado, pues su actividad está encaminada a obtener la mayor información posible para descubrir el conocimiento de la verdad. Desde esta perspectiva, no habría razón alguna para dudar de su imparcialidad al momento de utilizar la prueba de oficio y al tomar la decisión final. En este punto, resulta también explicativo tener presente que en cualquier área del conocimiento donde se desarrolle una actividad epistémica (como el caso del proceso) es natural que el investigador tenga un rol protagónico en la selección de elementos de prueba; como el caso del científico que para realizar sus experimentos debe recolectar todas las muestras que estime necesarias para lograr resultados verdaderos.

En el caso presentado, difícilmente se alegaría que como consecuencia de esta actividad el científico perdería su estabilidad mental al punto que le impida valorar objetivamente sus resultados. Por tanto, no se puede comprender por qué un juez que acuerde la práctica de algún medio de prueba automáticamente no podría estar en condiciones, por ejemplo, de analizar racionalmente en su decisión final la credibilidad de los testigos que ofrezcan las partes[285].

Por otro lado, resultaría también esclarecedor adentrarnos a las observaciones de orden psicológico sobre las pruebas de oficio en su vinculación con la imparcialidad, pues es intuitivo sostener que el uso de este generaría una incompatibilidad psicológica entre las partes y el juez[286]. Al respecto, Taruffo responde a esta crítica indicando que están basadas en nociones psicológicas «ingenuas» que parten de la creencia

283 PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 110.
284 CORDÓN MORENO, F. *Introducción al derecho procesal*. Pamplona: Eunsa, 1994, p. 142.
285 TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 201.
286 LIEBMAN, Enrico. *Manuale di diritto processuale civile*. Tomo II.Cuarta edición. Milano: Giuffrè Editore, 1984, pp. 84-85. *Cfr.* REDENTI, E. *Diritto processuale civile*. Tomo II. Milano: Giuffrè Editore, , 1957, p. 33.

negativa de que al obtener informaciones sobre un hecho perdería inmediatamente la capacidad de valorar correctamente el contenido y fiabilidad de los medios de prueba[287]. El autor agrega que si bien es cierto la existencia del riesgo de las *confirmation bias* (por el que las personas tienden a confirmar aquello de lo que en primero momento se está convencido) por el que los jueces pueden estar expuestos a cierta inclinación a considerar atendibles sus iniciales impresiones sobre los hechos de la causa y por ende buscar en medios de prueba que representase las confirmaciones de sus propios prejuicios.

Pero la solución a este problema no pasa por eliminar la búsqueda de información adicional para determinar racionalmente aquello que es verdadero, sino por considerar los estudios de psicología de la decisión y criterios que ayudan a racionalizar las elecciones y a controlar los errores en los que el decisor podría incurrir[288]. En este mismo sentido, Picó i Junoy sostiene que cuando el juez utiliza dicho poder no se decanta a favor o en contra de una de las partes, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna[289]. Si estos argumentos no son suficientes para superar los posibles problemas que se derivan de la relación entre imparcialidad y pruebas de oficio; bien podría apelarse a la revisión de los modelos comparados, ya que si aceptamos estos cuestionamientos supondría cuanto los ordenamientos procesales que (en gran mayoría) reconocen alguna forma de poderes probatorios en general serían incoherentes, pues parece un lugar común que se reconozca estos poderes y a la vez la imparcialidad. Sobre el particular, Barbosa[290] afirmaba que esta forma de razonar lleva esta suposición hasta las últimas consecuencias lógicas, esto es, que simplemente las leyes deberían prohibir de modo absoluto cualquier iniciativa oficial sea probatoria o no, hecho que la experiencia comparada no parece respaldar.

Ergo, no existen razones sólidas para seguir considerando que exista una incompatibilidad entre el deber de imparcialidad y la prueba de oficio. Es más, desde el punto de vista de la epistemología jurídica las cosas pueden ser entendidas de manera distinta, pues si partimos del razonamiento de que la prueba de oficio responde a una necesidad de tipo epistémico, entonces resulta coherente pensar que en realidad este poder ubica al juez en una posición de imparcialidad en la búsqueda de la verdad de los hechos[291]. Por lo demás, conviene tener presente —siguiendo a Ferrer[292]— que si bien la imparcialidad indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad, la cual requiere que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie.

2.5.3. Principio del contradictorio

[287] TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 181.
[288] TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos,* p. 202.
[289] PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 112.
[290] BARBOSA MOREIRA, J., «Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba». En *Libro Homenaje a Jaime Guasp*. Granada: Comares, 1984, p. 156.
[291] TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 202.
[292] FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso», *op. cit.*, p. 91.

Como se puede constatar, la posible afectación o vulneración al principio dispositivo y al deber de imparcialidad se debe más a creencias e ideas negativas no justificadas. Es cierto que no se debe descartar la posibilidad de peligro que puede existir en la atribución de pruebas de oficio —aunque se debe precisar que este riesgo se puede presentar en todos los poderes del juzgador y no solo en los de tipo probatorio—; sin embargo, no es excluyéndolo como se puede solucionar este problema; hecho que, en la gran mayoría de los sistemas de justicia, regula la prueba de oficio, entre otros poderes probatorios. Con todo, desde una posición más mesurada se sostiene que en realidad el problema de la prueba de oficio no es tanto su reconocimiento o no, sino el de sus límites o parámetros a su ejercicio; y proponen, entre otros, al principio procesal del contradictorio[293].

En efecto, siguiendo a Picó i Junoy[294], se propone al contradictorio como un límite, entre otros, precisando que se debe respetar en todo momento del proceso, incluyendo la actividad probatoria del juez. Sin embargo, al parecer su propósito va más allá de ser un límite. Por tanto, se busca establecer al contradictorio como mecanismo de control de la prueba de oficio; lo que significa que cumple principalmente una función epistémica que, a decir de Taruffo, sería una correcta herramienta de control racional para un adecuado empleo de los poderes del juez sobre las pruebas en general y en particular sobre las pruebas de oficio[295].

Pero centrándonos un poco en el sentido del contradictorio, a menudo es entendido únicamente desde la perspectiva de la participación de las partes en el proceso, que en el escenario probatorio se proyecta; por ejemplo, en la práctica de la prueba de la declaración de testigos sometidos al cuestionamiento de las partes. Esto con la finalidad de ejercer cierto control al razonamiento probatorio del juez, que permita mejorar la valoración del contenido y la calidad de los medios de prueba. Esta tarea, que puede catalogarse como función epistémica, se logrará en la medida que las partes ejerzan adecuadamente el contradictorio en la práctica de las pruebas[296], de lo contrario carecería de sentido el reconocimiento del contradictorio a las partes si estas no lo ejercen en la actuación de las pruebas. Esto a pesar de que, como se sabe, el contradictorio agota su función con la posibilidad efectiva (legalmente reconocida y respetada por el juez) que tienen las partes y no a la efectiva participación. Esta explicación representa al contradictorio desde una perspectiva lógico-formal, centrada especialmente en la participación de las partes y descomprometiendo al juez, como una suerte de acción y reacción a los argumentos (y pruebas) contrarios de las partes. Esta visión es conocida también como contradictorio en sentido débil *(contraddittorio sensa debile)*[297].

Desde esta perspectiva, por ejemplo, las partes procesales en ejercicio de dicho principio pueden controlar la relevancia de la prueba incorporada de oficio, pudiendo aportar pruebas contrarias o diferentes

[293] Para un estudio histórico sobre el principio del contradictorio, puede verse: PICARDI, Nicola. «Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio», *op. cit.*, pp. 7 ss.
[294] PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 118.
[295] TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 201.
[296] VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.*, p. 32.
[297] *Cfr.* PICARDI, Nicola, «Il principio del contraddittorio, *op. cit.*, pp. 673-681.

respecto de las dispuestas por el juez; además, podrían discutir el resultado y el valor de esas pruebas[298]. El contradictorio puede funcionar como un mecanismo de frenos y contrapesos que permitan maximizar los derechos de las partes y la prueba de oficio. El propósito epistémico final será garantizar que la adquisición de los datos cognoscitivos sea lo más completa y lo más racional posible. Efectivamente, existe un compromiso epistémico de la prueba de oficio destinado a mejorar la conformación del material probatorio a través de la mayor cantidad de información, de ello se sigue que la articulación del contradictorio permitiría maximizar (en calidad y cantidad) datos cognoscitivos que sean necesarios para la toma de la decisión final[299]. A pesar de lo dicho, conviene dejar en claro que el contradictorio no solo funciona como un adecuado medio de control de las partes, sino también como un instrumento cognoscitivo para el mismo juez. Por ejemplo, en la práctica o actuación de la prueba, en virtud del contradictorio el juez puede obtener más información sobre las pruebas que le han sido presentadas inicialmente y con las cuales puede tomar decisiones mejor fundadas[300].

Lo dicho se puede entender como la puesta en práctica del principio del contradictorio —como diría Picardi[301]— en sentido fuerte o *contraddittorio en senso forte,* que no se limita a la única actividad de control entre las partes (incluyendo a las pruebas presentadas por ellas), sino que exige también la participación del juez durante todo el procedimiento en general y en particular la actividad probatoria mediante la prueba de oficio. De esta manera, queda demostrado que el principio del contradictorio cumple un papel importante en la función epistémica en la prueba de oficio, pues permite saber el grado de acercamiento o alejamiento de la búsqueda de la verdad.

2.5.4. Interés privado: proceso civil

Quizá el argumento más utilizado —de manera intuitiva— para objetar la prueba de oficio, especialmente cuando estamos en un escenario de proceso civil (y en general en los procesos no penales), es que el interés o situación jurídica material es de naturaleza privada, por lo que los justiciables deben ser libres en su disposición o determinación[302]. En otras palabras, al ser las partes titulares de los derechos materia de controversia son libres en su disposición de presentarlo o no al proceso. De tal manera que —según De la Oliva Santos— reconocer al juzgador civil cierta iniciativa de tipo probatorio no es armónico con la idea de que (excepto que el proceso civil tenga por objeto casos en que esté implicado un interés general o público),

298 Comiglio y otros afirman que el ejercicio de dicho poder por parte del juez no puede dejar de lado la fundamental garantía del contradictorio de las partes (COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione. I. Il processo ordinario di cognizione* Quinta edizione. Bologna: il Mulino, 2011, p. 470, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 193.

299 TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, *op. cit.*, p. 202.

300 VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.*, p. 33.

301 PICARDI, Nicola, *op. cit.*, p. 675.

302 *Cfr.* MONTERO AROCA, Juan. «El proceso civil llamado"social" como instrumento de "justicia*" autoritaria»*. En MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 142.

lo prudente y razonable es que sean las partes o los sujetos interesados los protagonistas del esfuerzo de alegaciones y prueba, puesto que son bienes jurídicos suyos los que están en debate[303].

No obstante, como respuesta a estos cuestionamientos conviene tener en cuenta, con Picó i Junoy, que si bien es cierto que el objeto materia de controversia en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no significa necesariamente que estas cualidades deban también decirse del proceso civil. En realidad, el modo de desarrollarse no pertenece a los litigantes sino propiamente al Estado, quien es el titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función[304]. Queda claro que las observaciones formuladas se sustentan en versiones ya dejadas de lado en el contexto del proceso civil, que concibe al proceso como un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales[305]. Se trata de concepciones denominadas «privatistas» del proceso que desde hace mucho han quedado superadas en favor de una visión comprometida con los derechos fundamentales procesales de las partes y del rol garantizador que tiene el Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que supone la atribución de poderes probatorios como el de la prueba de prueba[306].

A la crítica analizada también se le agrega la cuestión —de orden más práctico que teórico— relativa al interés que tienen las partes en decisiones que les sean favorables a sus pretensiones**,** lo que supuestamente sería incompatible con la prueba de oficio; pues serían los justiciables quienes mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos para conocer las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones. Sobre este punto, De la Oliva Santos manifiesta que a menudo las partes están en mejores condiciones para lograr un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional que se requiera en cada caso[307]. Sin embargo, estos argumentos no justifican o explican de modo alguno el por qué además de las partes el juez no pueda desarrollar una actividad probatoria[308]. Es cierto que las partes procesales (con la asesoría de sus abogados) pueden estar más preparadas para aportar al proceso el material probatorio necesario, de ninguna manera no explica que se omita o excluya de esta actividad probatoria al juez, quien podría utilizar algunas de las pruebas de oficio sin

303 DE LA OLIVA, Andrés. *Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1992, p. 277. De igual modo, vid. MONTERO AROCA, J. «El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. En Montero Aroca, J. (coord.). «Proceso civil e ideología». Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 142.

304 PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, pp. 104-105.

305 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. «La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo». En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesa*l, n.° 4, 1967, p. 68. *Cfr.* MARTÍN OSTOS, José. *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 164.

306 Es de la misma idea Calamandrei, cuando sostiene que es de la jurisdicción en materia civil (como parte de la función pública), se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego. Además, el juez debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como negocio privado, por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solicita aplicación de la ley al caso concreto. (CALAMADREI, Piero. *Instituciones del derecho procesal civil*, Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 395).

307 De la Oliva Santos, Andrés, *op. cit.*, p. 277.

308 GUASP, Jaime. *El juez y los hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943, p. 12.

ningún problema, buscando siempre —como ya se puntualizó— llegar a determinar la verdad de los hechos afirmados por las partes.

2.5.5. Carga de la prueba: compatible con pruebas de oficio

Finalmente, otro de los argumentos por los que usualmente se refuta la prueba de oficio es también porque su uso supuestamente afectaría categóricamente la carga de la prueba *(onus probandi)*. Sin embargo, hay quienes han sostenido que este razonamiento resulta dogmáticamente incorrecto, ya que las reglas de la carga de la prueba operan en un momento posterior a la aportación del material probatorio, es decir, al dictar la decisión final[309]. Es posible que estas objeciones se deban a la confusión entre los diversos sentidos que se le reconoce a esta institución: carga de la prueba en sentido estricto (o clásico) y carga de producción (o aportación) de la prueba. Siendo así, sería necesario examinar si realmente existe tal afectación o es que se trataría una vez más de una creencia negativa injustificada.

Pero veamos, la carga de la prueba en sentido estricto —en su versión clásica en la doctrina procesal del *civil law*— parte de aquella situación en la que los enunciados de las hipótesis fácticas no han sido debidamente confirmados (con las pruebas presentadas) como para alcanzar el grado de suficiencia que les permita ser considerados verdaderos. Para dar solución a este problema se utiliza esta carga (como una regla de juicio o de decisión) en virtud de la cual quien no demuestra la verdad de las versiones de los hechos simplemente pierde el caso. En otras palabras, el juzgador de los hechos establece las consecuencias de la ausencia o insuficiencia de pruebas de los hechos, decidiendo en su contra. Rosenberg sostenía que con relación a la cuestión de ¿cómo decide el juez ante semejante caso?, se descarta la posibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* con respecto a la cuestión de derecho a causa de la duda respecto a la situación de hecho, debiendo necesariamente negar o aceptar las consecuencias jurídicas que son el objeto del pedido de la demanda[310]. Sobre el particular, Ferrer sostiene que a través de esta regla los sistemas de justicia intentan resolver la cuestión ¿quién debería ganar si con los medios de pruebas disponibles no se alcanza el nivel de prueba suficiente?, o viceversa, ¿quién debería perder si no hay prueba suficiente?[311]

Esta regla se puede apreciar en relaciones interpersonales y en especial el contexto judicial, en donde sería injusto que se aceptara que una demanda pueda ser estimada sin que esté demostrada la verdad de los hechos que ha alegado. Se debe aclarar que en virtud de esta regla se intenta resolver el problema relacionado a qué parte asume el riesgo de la falta de prueba de un hecho alegado. Como se aprecia, se muestra una función epistémica de la carga de la prueba, pues estaría orientada a exigir a quien alega un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese enunciado ocurrió verdaderamente; de lo

309 PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 108.
310 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción al castellano de E. Krotoschin. Segunda edición. Buenos Aires: B. de F., , 2002, p. 16)
311 FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.,* p. 102.

contrario, perdería el caso. Esta regla —como sostiene Taruffo— está dirigida a favorecer la determinación de la verdad y a lograr que la decisión final se funde en esa determinación[312].

En rigor estamos frente a una genuina regla de desempate, que se sustenta en el conocido brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit* y está pensada en que sea prevista *a priori* por el legislador a fin de que las partes conozcan anticipadamente las reglas de juego que resolverán en definitiva ante una situación de insuficiencia (o ausencia) probatoria de los hechos alegados. Al respecto, Serra Domínguez afirma que la carga de la prueba es totalmente independiente del carácter disponible del proceso, pues los principios sobre los que se sustenta operan únicamente en el momento de la sentencia, careciendo de relevancia jurídica con anterioridad. Así, la carga de la prueba entendida como regla de decisión por la manera como ha sido diseñada, el momento en el que se utiliza y la finalidad que persigue, para nada resultaría afectada con la prueba de oficio[313].

Sin embargo, con relación a la denominada carga de producción de la prueba, la situación es distinta, pues se sustenta en el deber de aportar determinadas pruebas al proceso. Lo que se trata es de responder a la cuestión de ¿quién debe ofrecer el elemento de prueba en un caso concreto?, indistintamente de lo que acontezca al momento de la decisión final. En términos sencillos, se trata de saber ¿quién debe aportar prueba al proceso?[314]. Siendo así, la carga de la prueba cumple una función subjetiva, consistente en una regla de organización de la actividad probatoria de las partes, con el propósito de estimular a las partes a fin de que produzcan o presenten medios de prueba que demuestren sus alegaciones.

Se trata de identificar la actividad que pueden desempeñar las partes, lo que no asegura que esté orientada al descubrimiento de la verdad de los hechos del caso. De hecho, las partes pueden buscar ganar el proceso con independencia de que la decisión se funde en la verdad de los hechos[315]. Pero, siguiendo a Taruffo, si el proceso está orientado epistémicamente (orientado hacia la búsqueda de la verdad), eso ocurre no obstante las actuaciones defensivas que desarrollan las partes[316]. Por tanto, no existen razones fuertes para considerar una vulneración a la carga de la prueba; por el contrario, se puede observar cierta compatibilidad, en tanto que bajo el significado explicado sería justificado atribuir al juez esta iniciativa probatoria con el objetivo de mejorar el material probatorio.

2.6. Límites para el ejercicio de la prueba de oficio

2.6.1. Justificación de sus límites

312 TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, *op. cit.*, pp. 254-255.
313 En ALBALADEJO, Manuel (coord.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVI, Vol. 2. Segunda edición. Madrid: Edersa, 1991, p. 54.
314 VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.* p. 36.
315 TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, *op.cit.* p. 194.
316 *Id.*, p. 195.

El problema contemporáneo sobre la prueba de oficio en los ordenamientos jurídicos está centrado en la determinación de sus límites, que marcan los contornos para su adecuado ejercicio en el proceso judicial. Toda forma de ejercicio del poder en una determinada comunidad requiere de cierta demarcación, a fin de que sus actos no terminen convirtiéndose o viéndose como decisiones arbitrarias. Estos límites funcionan como criterios que permiten a los destinatarios de las decisiones ejercer un control sobre ellos; en el derecho esta posibilidad de intervención de los ciudadanos se constituye en una característica de un Estado constitucional. El valor de la democracia no se agota en el simple acto del sufragio cada cierto tiempo, es necesario además un control de las actuaciones o decisiones del detentador del poder. En el ámbito del Poder Judicial, la situación no puede ser distinta, por lo que se hace necesario que los justiciables o partes procesales puedan ejercer un control previo de las decisiones de los jueces. El ejercicio del poder probatorio del juez en examen es un caso particular del contexto descrito; esto sin perjuicio del propósito epistémico que persigue respecto de la búsqueda de la verdad de los hechos.

Sin embargo, cuando se han revisado los artículos relacionados con la prueba de oficio en los textos procesales (NLPT, TUO del PCA, CP Const. y NCPP), se han puesto en evidencia las deficiencias normativas en varios aspectos, en especial sobre los límites de este poder probatorio. En el proceso civil, en la regulación de la prueba de oficio (artículo 194 CPC) con la reforma legal (Ley n.º 30293)[317] se establecieron relevantes cambios sobre estos parámetros, hecho que significa un gran avance en comparación con otros procesos, aunque en realidad esta mejora no parece haber reducido los problemas en la práctica judicial[318]. Esta cuestión sobre la norma legal se proyecta en el contexto de las decisiones judiciales, en donde el juzgador a menudo hace un uso ilimitado de este poder, tal como hemos visto en el análisis jurisprudencial de la prueba de oficio. Hecho que las Cortes Superiores están tratando de frenar a través de los acuerdos establecidos en Plenos Jurisdiccionales. Por tanto, existe una preocupación sobre la necesidad de fijar algunos parámetros que funcionen como criterios de aplicación para el juez y para conocimiento *a priori* de los destinatarios de las decisiones.

Por el contrario, la literatura jurídica comparada y nacional[319], con mejor criterio, ha advertido la necesidad de establecer parámetros en la regulación y ejercicio de la prueba de oficio. Es del mismo criterio Picó, cuando afirma que este poder no puede ser ilimitado, puesto que puede entrar en conflicto con

317 Ley promulgada el 27/12/2015 y publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 28/01/2015.

318 Hurtado sostiene que «la problemática que presenta la prueba de oficio en los tribunales de justicia toma mayor trascendencia a partir de la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal Civil» (HURTADO, Martín. «La prueba de oficio a partir de la modificatoria del artículo 194 del código procesal civil». En *Revista Oficial del Poder Judicial*. Vol. 8, n.° 10, 2016, p. 408).

319 En la doctrina procesal peruana, antes de la reforma, puede verse: *Cfr.* LEDESMA NARVAEZ, Marianella. «La prueba de oficio en el sistema dispositivo». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 1999, pp. 19-22. ARIANO DEHO, Eugenia. «Prueba de oficio y preclusión». En *Diálogo con la jurisprudencia*, n.° 30. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 94-105; COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. «La prueba de oficio en el proceso civil». En: *Cuadernos Jurisprudenciales*, n.° 42, Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2004, pp. 8-9; OBANDO BLANCO, Roberto. «Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil». En *JUS. Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, octubre de 2007, p. 191; ABANTO TORRES, Jaime. «La prueba de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Los vaivenes entre los deberes y las facultades del juzgador, la jerarquía y la independencia judicial». En. *Jus. Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, 2007, pp. 248-254; ALFARO VALVERDE, Luis. «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez en el derecho procesal civil peruano». En *Revista Jurídica del Perú*, n.° 91. Lima: Normas legales, 2008, pp. 358-359, entre otros.

derechos y valoración constitucionales que merecen ser protegidos[320]. Aunque la idea principal es, siguiendo a Cordón Moreno, buscar el punto de equilibrio entre los poderes de las partes y los que el juez debe poseer para evitar quedar vinculado por las actividades fraudulentas, ilícitas o inútiles de las partes[321]. Si se parte de la premisa de que la decisión judicial debe alcanzar decisiones justas o verídicas, la prueba de oficio es un instrumento que precisamente coadyuva o maximiza dicho resultado.

No se trata de enfatizar el papel de las partes en lugar del papel del juez o viceversa, sino sumar los derechos y las facultades de las partes, con los poderes del juez, concibiéndolos como mecanismos que convergen hacia la recolección de todos los medios de prueba disponibles[322]. Con este propósito, son diversos —y sin mucho orden— los criterios propuestos en la doctrina, por lo que podría resultar más ilustrativo distinguirlos con relación a su origen o de dónde provienen: límites constitucionales y límites legales-procesales. Considerando la tendencia de constitucionalización de los derechos y del derecho procesal, estos criterios no solo deben provenir de la ley, sino también de la norma de rango constitucional, en donde se establecen derechos fundamentales de tipo procesal.

2.6.2. Límites legales-procesales

2.6.2.1. Excepcional: poder complementario

La regla general respecto de la aportación de los elementos de prueba al proceso es que sean las partes quienes se encarguen de hacerlo. Basta recordar que el principio dispositivo tiene como propósito poner a disposición de las partes el proceso judicial para que, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, hagan valer sus intereses privados[323]. También el principio de aportación de parte, que rige en el proceso civil, hace referencia a la potestad de las partes de alegar datos fácticos de la realidad discutida del proceso, así como proponer la prueba de tales elementos[324]. Este principio tiene un carácter técnico, en el que la iniciativa de los jueces se constriñe a la voluntad de las partes[325]. Al respecto, Taruffo afirma que la disponibilidad de las pruebas pertenece a la dimensión epistémica del procedimiento, esto es, a la técnica del proceso, y no al principio dispositivo en sentido estricto[326].

A pesar de ello, el legislador procesal ha establecido la posibilidad de que el juez también pueda acordar la posibilidad de incorporar un nuevo elemento de prueba a partir de este poder probatorio de oficio.

---

320 PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado». En *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 2, n.° 1, 2008, p. 320.

321 CORDÓN MORENO, F. «En torno a los poderes de dirección del juez civil». En *Revista de Derecho Privado*, 1979, n.° 9, p. 816.

322 TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*, p. 363.

323 PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actua*l, pp. 99-101.

324 MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil.* Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2002, p. 27. Para el autor las partes deciden que hechos quedan en valor de controvertidos, al ser ellas mismas la que poseen la facultad de admitir los existentes alegados por la parte contraria, quedando el juez obligado a no desconocerlos.

325 PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.,* pp. 101-102.

326 TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, p. 200.

El derecho de prueba no significa atribuir a los justiciables el monopolio exclusivo en materia probatoria, pues existe la posibilidad de cierta iniciativa probatoria al juez. La iniciativa probatoria de oficio completa la iniciativa de las partes, teniendo la primera un carácter meramente facultativo, eventual y limitado[327]. Pero se debe precisar que se trata de una facultad excepcional o extraordinaria[328], que tiene un carácter restrictivo y complementario a la responsabilidad de las partes de intentar acreditar las alegaciones de los hechos narrados en el proceso. Este poder probatorio no puede suplir la iniciativa de las partes, ya que no busca reservar exclusivamente al juez la facultad de proponer prueba, sino una protección al principio de aportación de parte; esto sin considerar los límites a los que está expuesto su ejercicio, como el que es materia de este análisis[329]. Este parámetro también puede entenderse en el sentido de que los jueces no pueden —ni deben— utilizar la prueba de oficio como primera opción o como una decisión ordinaria para incorporar pruebas al proceso, son las partes los primeros convocados a intentar demostrar sus alegaciones sobre los hechos[330].

Ergo, en ningún caso debe suponer la suplantación de funciones que le son propias de los abogados de las partes en su proposición de prueba[331]. Por ello, algunos consideran que se trata de una integración, dado que no pretende sustituir, ni enmendar, ni suplir la iniciativa probatoria de las partes, sino completarla[332]. La función del juez no es asumir la posición de las partes en la producción de los medios de prueba[333], pues si son exitosas en tal labor, el juez no podrá hacer uso en absoluto de esta prueba de oficio. Como afirma Taruffo: «solo cuando la actividad de una de las partes, o ambas, no resulta suficiente en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos que el Tribunal debiera jugar su rol activo»[334]. En el caso del sistema español, respecto de las *diligencias finales*, Ortells afirma que «si las partes han sido diligentes en la proposición y práctica de los medios de prueba y su iniciativa se ha visto frustrada por causas ajenas a su voluntad, el juez ha de hacer lo necesario para la práctica —*in extremis*, como diligencias finales— de los medios de prueba fallidos»[335].

En el caso del proceso civil peruano, si bien este criterio legal-procesal no estaba expresamente previsto en la versión inicial del artículo 194 CPC, lo cierto es que la doctrina ya venía postulando y

327 ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, p. 164.

328 Hurtado considera que esta situación de excepcionalidad se relaciona directamente con la insuficiencia de prueba, vinculada a una situación de incertidumbre por ausencia de pruebas. (HURTADO, Martín, *op. cit.*, p. 411).

329 ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, pp. 289-290.

330 En la doctrina nacional, Velázquez afirma que prueba de oficio es excepcional, alternativa o subordinada. (VELÁZQUEZ, Raffo. «Líneas generales de las "pruebas de oficio". ¿Por qué, ¿dónde, cuándo y cómo usarlas?». En Gaceta civil & Procesal Civil, n.° 22, 2015, pp. 249-271).

331 Vale la pena indicar que, desde el punto de vista procesal, la aportación *ex officio iudicis* siempre será cronológicamente posterior a la aportación de parte. (ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, pp. 166-167)

332 ABEL LLUCH, Xavier. «Las facultades directivas del juez en la audiencia previa: con respecto a la función conciliatoria y con respecto a la facultad judicial de integración probatoria». En *Cuadernos Digitales de Formación*, Año 2009, n.° 8, p.24.

333 Trocker afirma que las partes tienen un derecho garantizado constitucionalmente para presentar o proponer los medios de prueba que consideren útiles para la reconstrucción de la verdad del juicio y para demostrar la validez de sus reclamaciones, pero no tienen derecho a que el magistrado asuma efectivamente tales pruebas. (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffré Editore, 1974, p. 512, citado por RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. «Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez». En *Diálogos de Saberes*, n.° 30, enero-junio de 2009, p. 282).

334 TARUFFO, Michele. «Investigación judicial y producción de prueba por las partes». En *Revista de Derecho*, Vol. XV, 2003, p. 211.

335 ORTELLS, Manuel: «Me inclino por el juez activo en la Dirección del Proceso». En *Hacia una Nueva Justicia Civil*, Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, n.° 7, año 4, 2005, p. 50.

proponiendo dicho límite a la prueba de oficio[336]. No es sino a partir de la reforma de la Ley n.º 30293, que se incorporó expresamente; ahora es posible advertir como frase inicial de la referida disposición normativa la expresión «Excepcionalmente…». Criterio que por cierto ya se encontraba regulado mucho antes en el proceso laboral, específicamente en el artículo 22 de la NLPT, como anteriormente se ha analizado. Pero también suceden otros ordenamientos comparados, como afirma Alfaro, el criterio de excepcionalidad parece ser la forma más generalizada en la mayoría de modelos comparados que reconocen esta iniciativa probatoria del juez[337], por ejemplo, cuando se regula las diligencias finales de la LEC española.[338]

Aun cuando la prueba de oficio es excepcional, no debe perderse de vista que además del artículo 194 tantas veces mencionado, tenemos que en el proceso de interdicto de retener, aunque pocas veces se advierta, existe una manifestación de la prueba de oficio, especialmente cuando se regula que el juez, admitida la demanda, debe practicar una inspección judicial y designar a peritos (artículo 606[339]). Desde luego, deja abierta la posibilidad de que también se actúen otros medios de prueba que considere pertinentes.

Lo que se pretende rescatar es que el proceso civil peruano no es ajeno a la posibilidad de que —a modo de sugerencia y para coadyuvar a su pertinencia— se proponga de manera concreta alguna prueba (ingresada de oficio al proceso) que pueda resultar pertinente para el esclarecimiento en determinadas materias o situaciones jurídicas sustantivas. No se pretende proponer algún tipo de prueba (de oficio) de estilo tasado (o «prueba legal») que irreflexivamente vincule a los jueces; pero es innegable que hay medios de prueba que tienen mejor rendimiento o utilidad en relación con determinadas materias o situaciones jurídicas sustantivas, lo que no significa que se dejen de usar otros elementos de prueba. En realidad, lo que se busca es garantizar que estas nuevas pruebas puedan lograr una mayor eficacia respecto a la incertidumbre que genera la insuficiencia probatoria en algunos casos judiciales.

2.6.2.2. Pertinencia: hechos controvertidos

336 *Cfr.* ABANTO TORRES, Jaime, *op. cit.*, pp. 249 y 261; ALFARO, Luis. «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez en el derecho procesal civil peruano». En: *Revista Jurídica del Perú*, N. 91. Lima: Normas Legales, 2008, p. 358, entre otros autores.

337 ALFARO VALVERDE, Luis. *La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio*. Lima: Grijley, 2017, p. 195.

338 Artículo 435: Diligencias finales. Procedencia.
2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

339 Artículo 606. Interdicto de retener.
Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión.
La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos.
Admitida la demanda, el Juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado. (resaltado añadido)

Es sabido que los elementos de pruebas aportados por las partes deben tener relación con el tema o hechos materia de controversia, supuesto que usualmente se denomina pertinencia; es decir, los medios de prueba presentados por los justiciables a través de sus abogados deben tener una especial relación con la cuestión en disputa; caso contrario, podrían estar expuestos a su rechazo por impertinentes, conforme al juicio de admisibilidad que realiza el juez en la fase preliminar del proceso. Dado que el uso del poder probatorio de oficio supone la incorporación de un nuevo elemento de prueba al proceso, parece razonable que la misma exigencia de las partes también se proyecte al juez. Lo que significa que los tribunales que quieran utilizar pruebas de oficio no pueden hacerlo respecto de los hechos que les parezcan convenientes, sino propiamente deben estar circunscritos necesariamente a las cuestiones controvertidas.

Queda claro que, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, cual sea el medio de prueba que el juez decida incorporar al proceso debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes. Este criterio de aplicación es relevante porque demarca el ámbito objetivo sobre el cual se puede actuar la prueba de oficio, límite que es fijado por las partes; son ellas quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, de modo que el tribunal no puede llevar a cabo ninguna actividad, como el uso de la prueba de oficio, tendente a aportar hechos no alegados por las partes, ni resolver alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia[340], tal como lo establece el artículo 121 *in fine* del CPC[341].

Este supuesto también tiene una importancia práctica, ya que como hemos advertido al analizar la prueba de oficio en la jurisprudencia, se observa que el uso de este poder no siempre está destinado a propósitos epistémicos de búsqueda de la verdad en el proceso. La pertinencia es un límite que, entre otros parámetros analizados, puede evitar que el ejercicio de la prueba de oficio se convierta en un pretexto más para no querer emitir un pronunciamiento sobre el mérito, como en los casos complejos, que por la cantidad de pretensiones, pruebas y sujetos requieran mayor detenimiento y tiempo en su resolución. Además, ese límite puede evitar la reprochable práctica judicial de emplear la prueba de oficio en múltiples oportunidades durante el proceso o cuando se incorpora un nuevo elemento sin la menor relevancia para la correcta determinación de los hechos del caso. Por ejemplo, en el caso de la disposición de pericia como prueba de oficio, según Abanto, no en pocos casos es utilizado con mero afán dilatorio y que luego se prescinde de este medio de prueba, por lo que insistir en su actuación es un premio a los litigantes y abogados de mala fe[342].

En todos estos casos, la falta de pertinencia provoca una trágica dilación innecesaria del procedimiento y con ella de la justicia, que es justamente uno de los males que se intenta frenar con esta decisión. En el ordenamiento procesal civil peruano, el criterio de pertinencia no estaba previsto en la versión

340 PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado», *op. cit.*, p. 320.

341 Artículo 121
[…]
Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

342 ABANTO TORRES, Jaime, *op. cit.*, p. 246.

inicial del artículo 194 CPC, fue añadido recién a partir de la reforma prevista en la Ley n.º 30293, publicada el 28 diciembre de 2014.

2.6.2.3. Fuentes de prueba: hechos alegados por las partes

De conformidad con el principio de aportación de parte, la alegación de los hechos descritos en el proceso es el resultado de la labor de las partes en el proceso. Son ellas quienes tienen la carga de alegación de las situaciones fácticas que solventan sus pretensiones. Hechos que se realizan en el mundo externo y anterior al proceso que son traídos por las partes a conocimiento del juez. E este fenómeno la doctrina procesal usualmente lo denomina fuente de prueba. Es una categoría extrajurídica, porque existe en un plano no jurídico, es decir, que acontece en la realidad externa del mundo y que el juez desconoce por completo, al menos no hasta que revisa la demanda y la contestación de demanda; a diferencia del concepto de medio de prueba que es eminentemente procesal, pues esta da cuenta de la forma o manera como puede ser presentado al proceso. Alfaro sostiene que con este límite «se intenta evitar que los jueces puedan utilizar su conocimiento privado al margen de los resultados que aparecen o se advierten de los fundamentos de hecho, sea de la demanda o de su contestación»[343].

El criterio de fuente de prueba como un límite de actuación de la prueba de oficio, puede eliminar la posibilidad de que el juez ingrese un nuevo elemento de prueba sobre la base de hechos no alegados por las partes, por ejemplo, que hayan sido descritos o mencionados de manera directa o indirecta en su demanda o contestación de demanda. De esta manera, el órgano jurisdiccional no podrá llevar a cabo ninguna actividad que tenga como objetivo investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ya que podría incurrir en un vicio de incongruencia[344]. Caso contrario, como afirma Montero, si el juez pudiera aportar hechos, atentaría contra la misma esencia de lo que es un proceso civil, pues con ello se estaría convirtiendo en parte. Suele decirse que esta imposibilidad de aportación de hechos por el juez se basa en la imparcialidad de este, de modo que si llegara a admitirse esa aportación, se convertiría en parcial[345].

Vemos que es fundamental (*conditio sine qua non*) que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez, por ejemplo, que en la demanda o en la contestación conste la identidad del testigo que deberá declarar. Solo de esta forma se evita que el juez utilice el «conocimiento privado» al margen de los resultados que figuran en los autos. Uno de los beneficios de este límite es que tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes[346]. De no ser así, sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos

343 ALFARO, Luis, *op. cit*, p. 203.

344 PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, p. 117.

345 MONTERO AROCA, J.: «Defensa del liberalismo contra el autoritarismo en el proceso civil (Las bases ideológicas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)». En GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.). *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p.476.

346 PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado», *op. cit.*, p. 320.

probatorios por él utilizados, lo que puede comprender la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable[347].

En la legislación procesal civil, luego de la reforma de la Ley n.º 30293, que modificó el artículo 194 CPC, se le ha reconocido un amplio margen de posibilidad de que se advierta la existencia de una fuente de prueba. La fórmula legal es la siguiente «siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso». Es claro que son los justiciables a través de sus abogados —y no el juez— quienes determinan las fuentes de prueba en sus alegaciones fácticas. Conforme a tal disposición legal, esta situación no estaría limitada únicamente a los actos postulatorios del proceso, es decir, de la demanda y contestación de demanda; sino que en la fuente de prueba podría identificarse cualquier otra circunstancia que haya citado «citada» o mencionada por las partes y que el juez tome conocimiento de la misma.

2.6.3. Límites constitucionales

2.6.3.1. Motivación de la prueba de oficio

Aunque el deber de motivación de las decisiones judiciales lo podemos encontrar a nivel legal en diversos textos procesales, en realidad su exigencia tiene rango constitucional, que en el caso peruano lo podemos encontrar en el artículo 139, inciso 5[348], de la Constitución. Se trata no tanto de una garantía de la función jurisdiccional, como se lo ubica en el texto constitucional, sino propiamente de un derecho fundamental procesal de las personas, que por supuesto genera un deber en el juez. La decisión judicial respecto de la actuación de la prueba de oficio también está sometida a este criterio de orden constitucional. De hecho, en el artículo 194 CPC desde su primera versión requería que la resolución deba de estar motivada. Luego de la reforma efectuada mediante la Ley n.º 30293, se insistió con este parámetro conforme a la siguiente descripción: «La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada». El legislador pone énfasis al hecho de que la resolución por la que se decide la prueba de oficio no puede contener cualquier motivación, sino que esta se debe realizar de manera plena o suficiente.

El juzgador, considerando los criterios que se han explicado anteriormente, debe expresar lo más detallado posible todas las razones por las que, luego de haber escuchado a las partes (contradictorio previo o posterior), llega a la conclusión de que en el caso concreto resulta necesaria y relevante la introducción de un nuevo elemento de prueba, que inicialmente no fue aportado por las partes. Asimismo, dada la magnitud de esta decisión, es necesario que no se escatime en argumentación, pronunciándose sobre los argumentos y cuestionamientos (de ser el caso) que hayan expuesto las partes antes de tomar la decisión, a fin de que el

347 *Id.*, pp. 320-321.

348 Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

contradictorio previo no sea solo rito o una formalidad más y realmente tenga una influencia determinante en esta decisión del juez. Para estos efectos, motivar la resolución que dispone prueba de oficio significa que el juez debe indicar con mayor precisión posible el medio de prueba específico que será incorporado en el proceso y su forma de actuación o puesta en práctica[349]. Por ejemplo, debe identificar la insuficiencia probatoria, presupuesto para su actuación, tiene la obligación de exteriorizar las inferencias probatorias que le han servido al juez para llegar a la conclusión de que era completamente necesario utilizar dicha potestad[350], citando inclusive la fuente de prueba que le permite hacer uso de la facultad.

Vale la pena dejar en claro que aun cuando el legislador no hubiese previsto el deber de motivación para esta decisión, el juez no podría ampararse en ello para dejar de motivar la decisión de su actuación de oficio sobre la prueba, dado que su fundamento no es legal sino constitucional. Este límite tiene vital importancia en la práctica judicial, ya que, a pesar del mandato legal y constitucional, es posible advertir que a menudo se realiza una motivación aparente, sin que el juez exteriorice adecuadamente las razones por las que toma tal decisión. No en pocos casos la resolución por la que se dispone las pruebas de oficio puede tener apariencia o formalidad de un auto, pero en su contenido, por su falta de argumentación, se asemeja a un decreto. El legislador, como no puede ser de otra forma, ha establecido que su incumplimiento provocaría la sanción (*rectius:* consecuencia jurídica) de nulidad. Inclusive la impugnación (apelación) que estaría supeditada a la falta de motivación en que pudiera incurrir el juez.

2.6.3.2. Contradictorio: eficacia epistémica

Como anteriormente se ha explicado, el contradictorio se constituye en uno de los principios jurídicos procesales de mayor importancia en el estudio y comprensión de la prueba. Basta recordar ahora que su relevancia es tal que tiene su fundamento en el derecho de defensa (artículo 139, inciso 14, de la Constitución[351]); aunque también se ha dicho que su cobertura fundamental se ubica en el derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3). Por esta razón es que en la doctrina contemporánea se califica al contradictorio como derecho fundamental procesal de todas las personas. En síntesis, esto significa que como regla general de toda decisión judicial, en cualquier estado del proceso, el juez debe haber escuchado anticipadamente a las partes (contradictorio previo) a fin de que sus razones sean evaluadas en la resolución[352].

---

349 *Cfr.* ABANTO TORRES, *op. cit.*, pp. 252-254.

350 ALFARO VALVERDE, Luis, op. cit., p. 176.

351 Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[…]
14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso […]"

352 En la doctrina procesal peruana, Alfaro Valverde es quien en sendas publicaciones ha insistido sobre la necesidad de respetar el contradictorio previo en la prueba de oficio; así en «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez en el derecho procesal civil peruano» *op. cit.*, p. 36. Sobre el contradictorio en segunda instancia: «La prueba de oficio en segunda instancia. ¿Procede en el proceso civil peruano?». En MONROY, Mario (coord.), *Revista Peruana de Derecho Procesal*, n.° 17, 2013, pp. 30-31. Luego de la Ley n.° 30293: «Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las "pruebas de oficio». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.° 23, 2015, pp. 263-264; en su libro: *La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio*, p. 89; recientemente en «Entrevista sobre pruebas de oficio y valoración probatoria conforme al X Pleno Casatorio Civil». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.° 63, 2018, pp. 17-18; también en su Informe como *amicus curiae* en este Pleno Casatorio

El caso de la decisión que se asume para la prueba de oficio no es la excepción, pues el legislador ha establecido en el artículo 194 CPC[353] que con esta actuación probatoria el juez «deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba». Se entiendo que si los medios de prueba presentados por una parte deben ser puestos a conocimiento de la contraparte para su evaluación y de ser el caso cuestionarla, no debe existir problema en que las pruebas incorporados por el juez también deban seguir la misma suerte y estar expuestas al contradictorio. Según Alfaro, el reconocimiento legal del contradictorio en la prueba de oficio «adiciona un alto grado de legitimidad a la decisión judicial por la que dispone dicha prueba, al ser el resultado de las aportaciones de todos los destinatarios de la decisión y no unilateral del juez, lo que resulta acorde a un modelo constitucional del proceso civil, respetuoso de los derechos fundamentales procesales». Al respecto, Picó opina en favor del respeto al principio de contradicción en el desarrollo de la prueba propuesta por el juez, por lo que se le deberá permitir proponer nuevas pruebas y participar en la práctica de todas ellas[354]. De este modo se protege el derecho de defensa. Trocker explicaba que «la garantía que el derecho a ser oído (*rechtliches Gehör)* no solo implica que una persona pueda defenderse contra las pruebas presentadas por el adversario, sino que también exige que las partes puedan hablar sobre todas las pruebas encontradas y recopiladas de oficio. Por lo tanto, cuando el juez introduce la prueba oficial, se encuentra con respecto a la necesidad del adversario en la misma posición que el partido»[355].

El contradictorio en la práctica de la prueba en general y la de oficio en particular tienen una dimensión epistémica que conviene ser puesta de relieve. Sobre el particular, Ferrer sostiene la participación de las partes en la práctica en el contradictorio de las pruebas, que no excluye la participación del juez, es un mecanismo cognoscitivo de gran valor para mejorar el conjunto de elementos de juicio del proceso, tanto cuantitativamente (mediante la presentación de pruebas, por ejemplo) como cualitativamente (aportando información sobre la fiabilidad de pruebas ya incorporadas al expediente)[356]. El aseguramiento del contradictorio, del cual nos habla el legislador, supone comprenderlo como un mecanismo epistemológico para determinar la fiabilidad de las pruebas. La tarea del juez respecto del contradictorio no se agota en la oposición entre las partes, y, mucho menos, en una escenificación oral de una disputa retórica entre ellas, sino que es un instrumento cognoscitivo crucial para la posterior evaluación de la fiabilidad de las distintas pruebas[357]. En buena cuenta, lo que se pretende a través de la formulación obligatoria del contradictorio es evitar que el interés público que existe de llegar o acercarse a la verdad para solucionar el conflicto pueda comprometer el derecho a defensa de las partes, o el derecho a rendir contraprueba[358]. El principio de

Civil, publicado en «El control de la iniciativa probatoria para reducir las posibilidades de arbitrariedad y parcialidad en su actuación». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.° 65, pp. 33-34.

353 Conviene recordar que el contradictorio (previo o diferido) no se encontraba establecido en la versión inicial del artículo 194 del CPC, pero fue añadida mediante el artículo 2 de la Ley n.º 30293. Hecho que constituye una gran novedad y la redefine como un poder que es ejercido en un diálogo previo con las partes y no de manera unilateral.

354 PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, p.118.

355 TROCKER, Nicoló, *op. cit.*, p. 535.

356 FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 97.

357 *Id.*, p. 99.

358 Véase COMOGLIO, Luigui Paolo. «Garanzie minime del 'giusto processo' civile negli ordinamenti latinoamericani». En *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 17, 2004, p. 223.

contradicción como mecanismo epistemológico indica que esa posibilidad siempre debe existir, de modo que se equilibre de nuevo el reparto de poderes probatorios.[359]

En definitiva, el rol del contradictorio tiene una alta importancia como condición para el uso de la prueba de oficio. La misma que se debe presentar antes de la toma de decisión (contradictorio previo), es decir, existe la necesidad de que el juez escuche antes a las partes y luego adopte una decisión. Alfaro afirma que su «uso *ex officio* (como la nulidad de oficio, *iura novit curia*, adecuación de la vía procedimental, etc.) debe suponer la participación previa de las partes (*ex ante*) y no después (*ex post*); supuesto que en doctrina se conoce como el contradictorio en sentido fuerte (*contraddittorio in senso forte)*»[360]. Pero la extensión del contradictorio no se agota con la oportunidad de que sean escuchadas las partes de manera previa a la prueba de oficio, sino que también se puede realizar de manera posterior (contradictorio diferido) a la decisión; con la finalidad de que se les permita proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda actividad probatoria[361].

2.6.3.2.1. ¿Cómo se debe garantizar el contradictorio?

De la revisión del texto original del artículo 194 CPC, no se aprecia mención expresa al derecho al contradictorio para el uso de las pruebas de oficio; no es sino hasta su reforma mediante el artículo 2 de la Ley n.º 30293, que se llegó a adicionar la mención del contradictorio, bajo la siguiente fórmula legal: «deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba». Sin embargo, en la práctica judicial no parece estar claro qué implica que se asegure o respete el contradictorio. Acaso, el contradictorio diferido (sentido débil) o el contradictorio previo (sentido fuerte). A continuación, se analizan los dos razonamientos.

2.6.3.2.2. Contradictorio diferido

Conforme a este criterio, el juez (de primera o segunda instancia) puede resolver e incorporar el nuevo elemento de prueba mediante el uso de la iniciativa probatoria *ex officio* y luego hacer de conocimiento a las partes procesales, notificándoles de la resolución (auto) que dispone tal actuación judicial, debiendo —según sea el caso— cumplir con el requerimiento ordenado por el juez. Es decir, la información sobre las pruebas de oficio es *ex post*, de manera unilateral y excluyente a toda participación de las partes en tal decisión jurisdiccional. Este criterio es asumido por la Corte Suprema, por ejemplo, en la Cas. n.º 1248-2000 Loreto, del 11 de agosto de 2000, la Sala Civil Transitoria establece que:

> la regulación no limita la facultad que tiene el juzgador de mérito de ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente, la que comprende admitir las pruebas extemporáneas ofrecidas por alguna de las partes, como bien pudo haber hecho la Sala de Revisiones, para lo cual debió expedir resolución motivada que se notifica a las partes, cumpliendo así con los principios de publicidad, bilateralidad y contradicción que rigen la actuación de la prueba adversa.

359 FERRER BELTRAN, Jordi, *op. cit.*, p. 101.
360 ALFARO VALVERDE, Luis. *La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio*, p. 89.
361 PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado», *op. cit.*, p. 321.

La misma Sala Civil Transitoria —de manera reciente— en la Cas. n.º 3959-2016 Lima Norte, del 7 de mayo de 2018, en un proceso de desalojo por ocupación precaria, ha sido enfática en sostener que:

> en aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil, sin corrérsele traslado previo; al respecto, debe señalarse que la norma del citado artículo 194, en su texto modificado por el artículo 2 de la Ley número 30293, constituye una norma de excepción, que autoriza al juez a disponer la actuación de medios probatorios de oficio cuando los ofrecidos por las partes sean insuficientes para que se forme convicción; para la adopción de dicha decisión no se ha previsto como regla del procedimiento que previamente deba correrse traslado a las partes informando la posibilidad de incorporar medios probatorios de oficio, sino que recién, una vez incorporados -no antes- respecto a dichos medios probatorios, se debe asegurar el derecho de contradicción a las partes que incluye el derecho de defensa de la demandante[362]. (subrayado agregado).

2.6.3.3. Contradictorio previo

El segundo criterio asumido por la Corte Suprema de la República es que la iniciativa probatoria del juez se articula necesariamente escuchando previamente a las partes procesales, es decir, respetando el contradictorio previo. Al igual que los diversos elementos de prueba aportados por las partes al proceso están sometidos al libre juego del contradictorio, con el fin de que estas puedan, de ser el caso, objetarlas o cuestionarlas y luego de ello recién el juez puede asumir una apreciación sobre su fiabilidad y valor probatorio.

De la misma manera, el elemento de prueba que se pretende incorporar por el juez también debe ser expuesto *a priori* a las posibles observaciones de las partes, una vez agotado ello y dando la oportunidad de que las partes sean escuchadas, el juez podrá decidir si incorpora —o no— el elemento de prueba adicional. Este criterio se puede apreciar en la Cas n.º 2864-2014 Lambayeque, del 24 de agosto de 2015, en la que la Sala Civil Transitoria sostiene que: «La Sala Superior no ha tenido en cuenta que la incorporación de la partida de defunción de Brigida Sánchez Vicente, al momento de expedir su fallo y sin previo conocimiento de la recurrente, transgrede su Derecho de contradicción ya que no se le ha brindado la oportunidad de que ésta pueda expresar lo conveniente en torno a la protección de sus derechos o intereses que persigue».

El contradictorio en la prueba de oficio dada la complejidad y las variables que suelen presentarse en la práctica judicial, puede ser previo o diferido. La idea es utilizar el que de forma adecuada garantice a las partes el derecho a ser oídas por el juez cuando hacen uso de este poder probatorio. Fijar una regla rígida puede ser poco útil, más si estamos ingresando actualmente en nuestro sistema judicial a los procesos sujetos a la oralidad, los cuales tienen una dinámica diferente a la del proceso escriturado.

[362] Para mayor desarrollo de este caso, la Corte Suprema afirmó que el contradictorio fue garantizada, ya que «la Resolución número veintiuno que dispuso la actuación oficiosa, fue puesta en conocimiento de las partes, siendo que precisamente, en ejercicio legítimo de su derecho a la defensa, la demandante tuvo la posibilidad de manifestar lo que consideró pertinente a su derecho, que en este caso se evidenció a través de un pedido de nulidad en donde cuestionó la incorporación de medios probatorios de oficio y también a través de una tacha en la cual los cuestionó directamente, indicando que se estaban incorporando documentos que adolecerían de falsedad; es decir, tuvo posibilidad efectiva de ejercer su derecho de contradicción respecto a los medios probatorios incorporados de oficio al proceso». Además, deja entrever la posibilidad de que este contradictorio diferido se haga en una audiencia, cuando manifiesta que «se debe indicarse que no se requería que la actuación de los medios probatorios incorporados de oficio se realice en audiencia por tratarse de documentos que no necesitaban ser actuados en audiencia, siendo suficiente su puesta en conocimiento a las partes, resultando aplicable en este punto, de manera extensiva, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 468 del Código Procesal Civil». (subrayado nuestro)

2.7. Hechos controvertidos y hechos admitidos

2.7.1. Hechos controvertidos

Se debe entender como *hechos controvertidos* el conjunto de ellos con respecto a aquellos con los que las partes no tienen pleno acuerdo de cómo ocurrieron o se produjeron en la realidad. Son los hechos sobre los que existe controversia, que impiden una solución armoniosa de la litis, respecto a estos es que girará la actividad probatoria (por ello es que los *hechos admitidos*, es decir, respecto de los que no hay desencuentro entre las partes, no son objeto de prueba) y el pronunciamiento del juez en la sentencia, con el resultado de la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos, serán finalmente valorados por el juez para resolver el caso.

Aunque esta tesis puede tener algún inconveniente cuando el demandado haya sido declarado en rebeldía, en este caso, al no existir una posición contraria a los hechos afirmados por el actor, no será posible fijar los hechos controvertidos, ya que tendremos únicamente los hechos afirmados por el actor y no la posición del demandado. En estos casos, se ha sugerido que el juez debe fijar como *hechos relevantes* para el proceso y que serán sometidos a prueba y comprobación, los señalados por el actor en su demanda. Aquí no aparecen las categorías de hechos controvertidos ni de hechos admitidos, porque no es posible atender a esta clasificación, pero sí se puede mencionar a los *hechos relevantes* sujetos a prueba, que serán únicamente aquellos expresados por la parte demandante.

En donde no ocurra esta situación (rebeldía del demandado) los hechos a probar serán siempre los hechos controvertidos: estos hechos nacen de la confrontación de afirmaciones y negaciones efectuadas por el actor en la demanda y el demandado en la contestación de demanda.

Aunque debe quedar aclarado que serán hechos controvertidos aquellos que se configuran en relación con las pretensiones y permitirán resolver la litis, no son hechos controvertidos los desacuerdos periféricos con respecto a la actividad probatoria. Aunque excepcionalmente pueden integrar como elemento central de la controversia la relevancia de la norma jurídica (constitucionalidad, interpretación, antinomias, lagunas normativas, etc.),[363] resolviendo el problema de relevancia podrá resolverse la litis de forma adecuada.

Corresponde al juez, como director del proceso, determinar cuáles son los hechos admitidos por las partes de manera expresa o tácitamente, cuáles fueron admitidos parcial o totalmente y cuáles son los hechos en que las partes mantienen posiciones discrepantes, fueron negados o rechazados por una de las partes. En fin, se trata de todos aquellos hechos vinculados a la pretensión y a la defensa, sobre los cuales las partes no se han puesto de acuerdo. *Y es por ello que el juez debe fijarlos con precisión, dejando de lado*

363 Esta posición fue asumida por nuestra Corte Suprema en la Cas. n.° 838-2006-Lima en la que se señaló: «[…] conviene precisar que la estación procesal en la que se fijan puntos controvertidos busca establecer los extremos de la demanda y la contestación que van a ser necesariamente objeto de pronunciamiento por el juez de la causa, sean estos fácticos o de derecho derivados de los hechos que motivaron la *litis* o de la interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto, porque resulta erróneo sostener que cuando se fijan los puntos controvertidos aquellos correspondan únicamente a los que serán materia de probanza».

una práctica común y nociva, que es la de fijar c hechos (puntos) controvertidos simplemente haciendo una descripción de las pretensiones postuladas. Debe fijarlos con precisión y exhaustividad.

2.7.2. Hechos admitidos por las partes

Si la premisa general es que en el proceso se prueban los hechos afirmados por las partes y fundamentalmente los hechos controvertidos, es decir, aquellos propuestos por una parte y negados por la otra, entonces, tendremos que si un hecho del proceso fue admitido por la parte contraria a la que lo propuso, como un hecho que existió y se produjo en la realidad y en determinado tiempo, entonces ya no habrá discusión sobre ese particular, se debe sostener, por tanto, que sobre este hecho las partes no han manifestado objeción alguna.

Cabe hacer una precisión sobre el particular, señalando que hay hechos en el proceso, que no obstante ser controvertidos (es decir, sobre los cuales no hay consenso de las partes), no requieren de prueba, tal es el caso de los hechos presumidos por ley y los hechos notorios.

Entonces, tenemos que *hecho admitido es aquel sobre el cual las partes no tienen ninguna discrepancia y en consecuencia no será objeto de prueba,* pues es innecesaria esta actividad, se encuentra desterrada toda posibilidad de actividad probatoria sobre un hecho no controvertido.

En cuanto a las partes disponen del material de los hechos, solo necesitarán probarse los hechos alegados por aquellas que estén en contradicción. Los hechos en los que las partes estén de acuerdo no necesitan probarse, además la ley prohíbe su prueba. Por tanto, los hechos admitidos no pueden ser objeto de prueba.

Ello no significa que estos hechos (no controvertidos) no sean mencionados por el juez en la sentencia, de seguro lo hará, no obstante, sobre ellos no habrá actividad probatoria. La sentencia no es nula si el juez invoca *hechos admitidos* para sustentar su decisión. En cambio, la sentencia sí será nula si el juez emite pronunciamiento basado en hechos no afirmados por las partes.

IV. Consideraciones sobre la valoración de la prueba de oficio

§ 1. Etapas del proceso y de la prueba

1.1. Momentos del proceso: etapa decisoria

El proceso judicial en su dimensión procedimental supone un conjunto de actos (jurídico-procesales) concatenados de manera lógica destinados hacia la determinación o resolución de la situación sustantiva materia de controversia. En este sentido, Couture sostenía que se trataba de una «secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el

conflicto sometido a su decisión»[364]. Esta sucesión de actos procesales (de las partes, del juez y demás participantes) deben ser agrupados de manera coherente y sistemática en todo el procedimiento, a fin de lograr una adecuada tutela jurisdiccional conforme a las exigencias de las particulares situaciones sustantivas de ventaja. En esta misma línea de pensamiento, Calamandrei sostenía que el proceso es «un método de razonamiento prefijado y ordenado por la ley, que las partes y los jueces deben seguir etapa por etapa, de acuerdo con una sucesión preestablecida y una coordinación dialéctica con el fin de obtener una sentencia justa»[365]. De este modo, se resalta el carácter y el sentido instrumental del proceso en relación con el derecho sustancial. Proto Pisani explica que «el proceso civil se pone, al interior del ordenamiento jurídico, como una especie de contrapartida que el Estado da a los ciudadanos a consecuencia de la imposición de prohibición de autotutelarse: una similar constatación comporta que esta contrapartida, para ser efectiva, debe traducirse en la predisposición de medios de tutela jurisdiccional (de procedimientos, providencias y medias coercitivas) adecuados a las necesidades de tutela de cada situación de derecho sustancial»[366].

En efecto, en los sistemas jurídicos procesales de cada país se intenta diseñar un procedimiento distribuido y organizado por momentos procesales que permitan lograr resolver la controversia de manera justa. Es del mismo parecer Nieva Fenoll, quien afirma que la estrategia más o menos compleja para tomar una decisión a través del proceso se materializa en la construcción de unas fases para la recepción de información vinculada con la decisión, es decir, acoge las alegaciones de las partes, practica los medios de prueba y realiza el juicio jurisdiccional, previa deliberación[367]. Si bien el diseño normativo del proceso por etapas ha sido materia de cuestionamiento por su vinculación con la preclusión[368], en particular sobre su sentido rígido que se desprende de la opción legislativa del Código Procesal Civil[369]; sin embargo, todavía sigue siendo un esquema válido y útil para explicar los actos procesales que se pueden realizar en un determinado momento del proceso, apoyado en el valor de seguridad jurídica en el sentido de predictibilidad. Dicho esto, la doctrina mayoritaria acepta la idea de que estas etapas son principalmente la postulatoria, probatoria y la decisoria.

La primera es la fase denominada postulatoria, las partes presentan sus pretensiones y defensas a la parte, exponen las hipótesis de los hechos y medios de pruebas que sustenten sus posiciones (en el proceso civil lo hacen a través de los escritos de demanda y contestación de demanda). Fix-Zamudio y Ovalle Favela la denominan también etapa de polémica «durante la cual las partes exponen o formulan, en sus

364 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 121-122.

365 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 29.

366 PROTO PISANI, Andrea, *op cit.*, p. 25.

367 NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal I. Introducción.* Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 63-64.

368 En particular Alzamora sostenía que "la división del proceso en fases o etapas cerradas y sucesivas se denomina preclusión". ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. Séptima edición. Lima: JVG, 1981, p. 286).

369 Sobre el particular Ariano afirma que «Como nosotros heredamos de España el "preclusivo" juicio ordinario, se nos presenta (aún hoy en que el "juicio solemne y dispendioso" ha sido formalmente eliminado) de lo más natural y consustancial al proceso mismo el que necesariamente esté dividido en un conjunto de fases, las que a su vez deben estar —también inexorablemente— conformadas por un conjunto de actos. A cada fase un conjunto de actos. Cerrada la fase, se pasa a otra, no pudiéndose ya realizar los actos correspondientes a la fase anterior. En suma, cuando se dice "preclusión" se piensa, por un lado, en la división del proceso en fases y, por el otro, en la consecuencia: la pérdida -para las partes- de la posibilidad de realizar tal o cual acto por haber pasado el plazo previsto por la ley o por haberse ya cerrado el estadio procesal respectivo». ARIANO, Eugenia. «Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano», *op. cit.*, p. 73.

demandas, contestaciones y reconvenciones, sus pretensiones y excepciones, así como los hechos y las disposiciones jurídicas en que fundan aquellas».[370] En la doctrina nacional, Monroy Gálvez afirma que «es aquella en la que los contendientes presentan al órgano jurisdiccional los temas que van a ser materia de argumentación, prueba y persuasión durante el proceso, sea porque se quiere el amparo de la pretensión o porque se busca su rechazo a través de la defensa»[371]. Sigue la etapa probatoria, en donde el juez pone en práctica o actúa los medios de prueba previamente aportados y admitidos a las partes, como el caso de la declaración de testigos o diligencia de inspección judicial. La finalidad es que las partes y el juzgador realicen los actos tendentes a verificar los hechos controvertidos, sobre los cuales se ha planteado el litigio[372]. Luego, la etapa decisoria o resolutoria, en virtud de la cual el juzgador debe tomar una decisión sobre la situación sustantiva o material puesta a su conocimiento. En esta fase de manera ordinaria debe realizarse un pronunciamiento sobre el mérito (conocido acríticamente como «fondo» del proceso), lo que supone que el juez debe pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas y fácticas materia del caso, en este último punto procederá a valorar los medios de prueba[373].

Aunque existe una secuencia lógica de estos diversos momentos procesales y las cuestiones o problemas procesales acaecidos en una afecta —directa o indirectamente— a otra; para los fines de esta decisión judicial importa centrarse especialmente en la etapa decisoria o resolutoria del proceso, puesto que el segundo problema jurídico advertido en el Pleno Casatorio está relacionado con la actividad vinculada con la toma de decisión final, en concreto sobre la valoración de los medios de prueba. Resulta relevante detenernos en esta fase también porque uno de los cuestionamientos que se hace en el presente caso es por el supuesto error en la valoración de las pruebas en general y las de oficio en especial.

1.2. Procedimiento probatorio: valoración de la prueba

Estas fases de todo procedimiento civil (que son también aplicables a los demás procesos no penales y penal) sirven de soporte o base para todo el *iter* que transitan los medios de prueba presentados por las partes. En efecto, a diferencia de otras instituciones o categorías procesales, cuya presencia en el proceso puede ser esporádica, la actividad probatoria se encuentra presente desde el primer acto procesal hasta la emisión de la decisión final del proceso. Hay una especie de coparticipación entre las partes y el juez en cuanto a la gestión del material probatorio en los diversos momentos o fases del proceso; motivo por el cual, como se ha puesto en evidencia, se viene reconociendo como derecho fundamental por el. Lo que ciertamente no excluye la aportación o iniciativa excepcional del juez para provocar la posibilidad del ingreso de un nuevo elemento de prueba. En tal sentido, por una cuestión de orden y coherencia con las mismas

370 Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José. *Derecho procesal*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 60.

371 Monroy Galvez, Juan. «La postulación del proceso en el Código Procesal Civil». En *THĒMIS*. Revista de Derecho, n.° 23, Lima, 1992, p. 33.

372 Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José. *Op. cit.*, p. 60.

373 Además, se habla de etapa de impugnación, no obstante, en el primer caso siempre tendrá el carácter de ser contingente, en tanto y en cuanto, a diferencia de los momentos antes mencionados, no necesariamente las partes están llamadas a transitar, es decir, el acto de impugnación está sujeto a la decisión que en libertad realicen las partes. De este modo puede existir un proceso que termine en primera instancia.

fases del proceso, el procedimiento probatorio se desarrolla en las siguientes etapas: ofrecimiento, admisión, actuación y valoración.

En la etapa de ofrecimiento las partes tienen la posibilidad de presentar los elementos de prueba necesarios que busquen demostrar los hechos expuestos. De ordinario, demandante y demandado los presentan en la fase postulatoria, en concreto acompañan a los escritos de demanda y contestación de demanda. Al calificar estos escritos y haber cumplido con las formalidades legales para su presentación, el juez debe tenerlos por ofrecidos. Superado este momento viene la admisión de las pruebas, momento en el que el juez debe realizar una evaluación o examen de las pruebas ofrecidas, a partir del criterio de pertinencia (que estén relacionados con los hechos controvertidos), cuidando también de que no hayan sido obtenidos afectando derechos fundamentales (licitud); en caso contrario, tiene la potestad probatoria de declarar improcedentes los medios de prueba.

Aunque comprendemos que no resulta sencilla la tarea para el juez, sí entendemos que el medio de prueba aportado tiene cuestionamientos de ilicitud, ya que una improcedencia liminar no siempre es lo más aconsejable, pues si bien puede aplicar en sentido formal la regla de exclusión y expulsar el medio de prueba, puede encontrarse con una excepción a la misma y reservar su pronunciamiento para un mejor análisis respecto de la ilicitud, cuando corresponda decidir la controversia. También debe puntualizarse que en el proceso civil, a diferencia del penal, no se ha establecido un mecanismo idóneo para cuestionar la prueba ilícita por las partes, dejando esta tarea a la tacha o a la nulidad procesal y en otros casos a la apelación.

Lo que sigue es la actuación o puesta en práctica de las pruebas. Esta actividad se realiza en la etapa procesal de pruebas, en concreto en la audiencia de pruebas (símil al juicio oral o juzgamiento del proceso penal). Las partes, en el ejercicio del derecho al contradictorio, pueden participar activamente, por ejemplo, interrogando a testigos o peritos. De igual modo, el juez tiene el poder técnico de dirección de la audiencia, quien también de modo excepcional puede interrogar a las partes y a los testigos, de ser el caso. Finalmente, en la etapa decisoria del proceso el juez procede a valorar cada uno de los medios de prueba previamente actuados; en otras palabras, en esta fase el juez percibe los resultados de la actividad probatoria en un determinado proceso[374]. En concreto, es mediante sentencia en la que el juez valora las pruebas actuadas a fin de un pronunciamiento sobre el mérito o derecho material controvertido. En la última fase del procedimiento probatorio (valoración), como diría Couture: «Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir»[375]. También Ferrer explicar que valorar es la actividad consistente en «evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria»[376].

374 NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 34.
375 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 257.
376 FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 46

Teniendo en cuenta el problema jurídico analizado en esta parte de la decisión, el interés mayor se centra justamente en la última fase del procedimiento probatorio; sin embargo, es necesario que antes se proceda a esclarecer qué significa valorar las pruebas o en qué consiste la labor de valoración probatoria que realiza el juez.

1.3. ¿Qué significa valorar las pruebas?

Si bien la actividad de valoración de la prueba se ubica en la fase de decisión del proceso, empero, no se debe confundir (menos fusionar) con el juicio de decisión sobre los hechos *stricto sensu*. A veces se tiene la creencia de que como consecuencia de la valoración se puede determinar la realización (o no) de un hecho en particular. Siendo así, el juzgador debería decidir luego que la valoración sea admitiendo o resistiendo la existencia de los hechos afirmados por las partes. Bajo esta perspectiva, sería lo mismo la evaluación del grado de probabilidad de la existencia de una hipótesis y la decisión acerca de su existencia[377]. En realidad, como afirma Gascón[378], la labor de valoración probatoria está ubicada como un momento anterior al de la decisión sobre la hipótesis de los hechos. En efecto, Ferrer distingue tres momentos fundamentales (lógicamente distintos y sucesivos) en el proceso de toma de decisiones: a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión[379].

Pero volviendo a la pregunta ¿qué significa valorar las pruebas?, en la literatura procesal podemos advertir que existe una multiplicidad de conceptos o significados. Por ejemplo, Devis Echandía entiende por valoración de la prueba «la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido»[380]. Luego en el proceso penal Dohring explica que «la apreciación de la prueba tiene por finalidad poner en claro hasta qué punto merecen fe diversos elementos probatorios (testificaciones, documentos, indicios). El juzgador quiere discernir si esos elementos proporcionan una base suficiente para dar por sentados los hechos que constituyen el verdadero objetivo del saber»[381]. No obstante, si consideramos que se trata de un momento anterior a la toma de decisión, es posible concebirla como la actividad consistente en la determinación del grado de probabilidad que pueden provocar las hipótesis de los hechos a partir de los datos e información cognoscitiva que aporten las pruebas. Al respecto, Ferrer sostiene que «la valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta»[382].

Las etapas anteriores de la prueba tienen una importancia en la adecuada valoración, en el sentido de que mientras más sólida es la información recogida en la presentación y la actuación, mayor será la probabilidad de que los hechos alegados hayan ocurrido. De este modo, conforme sostiene Gascón, la

377 *Cfr.* MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2005, p. 544.
378 GASCÓN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 58-59.
379 FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 41.
380 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II. Bogotá: ABC, p. 99.
381 DOHRING, Erich. *La prueba, su práctica y su apreciación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa–América, 1972. p. 16.
382 FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 45.

valoración es un juicio probabilístico sobre la hipótesis fáctica obtenida tras la práctica de los elementos de prueba; y estos deberán considerarse aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, conforme a un modelo lógico inductivo[383]. En conclusión, la valoración de la prueba no nos conduce de manera automática a la decisión acerca de la realización de un hecho, sino que nos permite medir el grado de probabilidad lógica de acuerdo con la conformación de datos que se desprende del material probatorio que obra en el expediente.

§ 2. Valoración probatoria en el proceso civil

2.1. Sistemas de valoración probatoria

A lo largo del tiempo la doctrina procesal ha formulado diversos sistemas de valoración de los medios de prueba. Por ejemplo, Gorphe sostiene que han existido cinco fases: i) la étnica, la de las sociedades primitivas, donde las pruebas quedaban abandonadas al empirismo de las impresiones personales, y cuya forma típica de procedimiento estaba constituida por el delito flagrante; ii) la religiosa, que se denominaría mística, en que se invocaba el juicio de Dios o de los dioses y se utilizaban las ordalías, probanzas diversas; iii) la legal, donde la ley no solo fija los medios de prueba, sino además el grado de fuerza de cada uno y en el cual se considera la confesión como la reina de las pruebas, de manera que se hacen esfuerzos por obtenerla a toda costa, por la tortura o la *question* (tormento), cuando así es requerido; iv) la sentimental; en esta, por el contrario, el juez aprecia libremente las pruebas, de acuerdo tan solo con su convicción íntima; se trata del sistema actual, instituido en función del jurado y v) la científica, la del porvenir, cuya prueba por excelencia la proporciona la labor pericial y que no pretende tan solo establecer los hechos delictivos, sino explicarlos, asimismo, de modo metódico, mediante resultados experimentales.[384]

Sin embargo, en la doctrina Latinoamérica es pacífica la idea de que los sistemas de valoración que más han influenciado en los sistemas procesales son los siguientes: prueba tasada, libre convicción, sana crítica y libre valoración.

2.1.1. Prueba tasada o tarifa legal

Se trata de un sistema en el que el resultado probatorio es fijado *ex ante* por el legislador procesal de manera general; es decir, el juzgador estaría obligado a asumir el valor que la ley o enunciado normativo atribuye a determinado medio de prueba. Así, para Taruffo, esta forma de valoración consiste «en la producción de

383 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 157-161.
384 GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 9.

reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba»[385]. Cappelletti afirma que en la Edad Media y hasta finales del siglo XIX la tarifa legal era el sistema probatorio del derecho común de Europa continental. Además, que se caracterizaba por la desconfianza en el arbitrio judicial para valorar las pruebas[386]. Conforme a este sistema, la labor del juez consistiría en cotejar la relación de la prueba con el peso que un determinado enunciado legal le reconozca. Couture sostiene que las reglas que contienen algún tipo de pruebas tasadas o legales «son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio»[387].

A su turno, Cappelletti decía que «la valoración de las pruebas se hace así, no por el juez, caso por caso y en consideración de los elementos concretos de credibilidad, de verosimilitud, de persecución, sino apriorísticamente y en abstracto por la ley. De ahí la consecuencia de que el juez en lugar de valorar las pruebas, se limitara a contarlas»[388]. De lo dicho se puede colegir que se trata de reglas establecidas por el legislador que establecen previamente el valor de verdad que se atribuye a un medio de prueba[389].

2.1.2. Íntima convicción

Surge como respuesta o réplica al sistema de prueba legal, cuyo propósito era eliminar los posibles excesos que se venían acaeciendo por el legislador. De este modo se confirió al juez extensas potestades sobre la valoración de los medios de pruebas por no estar sujetas a reglas legales o tasados. Conforme a este modelo el juzgador que valora las pruebas es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente[390]. Es un sistema característico del derecho francés (en su origen, conocido como *intime conviction*) y alemán (identificado como *freiebeweiswürdigung*) de su época. Según Rosenberg:

> el juez (el colegiado mediante decisión de mayoría) resuelve sobre esto y, en particular, sobre el valor probatorio del medio de prueba presentado, con completa consideración de todas las circunstancias extraídas mediante el debate o una posible recepción de la prueba, basándose en su experiencia de vida y en el conocimiento de los hombres y de acuerdo con la libre convicción; pero debe indicar en la sentencia sus fundamentos para su propia seguridad, y con el fin del examen en la instancia superior[391].

Couture afirmaba que es aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes; sino que el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba que obra en el proceso[392]. A diferencia de la prueba tasada, el sistema de íntima convicción tiene la característica de que el juzgador o tribunal no estaba ligado a formalidades que podían entorpecer la obtención de la verdad; empero, debido al abandono de reglas para valorar tenía el riesgo de

385 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 387.
386 CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 89.
387 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 268.
388 CAPPELLETI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1972, p. 41.
389 *Cfr.* GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 141.
390 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 271.
391 ROSENBERG, Leo. *Derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 206.
392 COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 273.

favorecer una concepción subjetivista; en el sentido de que podría convencerse conforme a su entender. Situación que impide una adecuada motivación de las decisiones judiciales, pudiendo acrecentar el peligro de arbitrariedad, en tanto que no permitiría un adecuado control intersubjetivo de los destinatarios de las resoluciones judiciales.

2.1.3. Sana crítica

El sistema de valoración de la sana crítica o, más preciso, reglas de la sana crítica, se origina en el derecho procesal español, específicamente en los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real Español, el cual es el antecedente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855[393]. Sobre el particular, Sentís Melendo sostenía lo siguiente: «el concepto y la expresión nos pertenecen: son netamente hispánicos. Fuera de nuestros países, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, o mejor como expresión de esa valoración, no se encuentra»[394]. Este tipo de valoración tuvo bastante influencia en ordenamientos procesales de países de Latinoamérica, incluyendo el peruano, en su Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Couture consideraba que las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, en las que participan las reglas de la lógica, de la experiencia del juez, que contribuyen a que el juez analice la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas[395]. En similar sentido, Alsina explicaba que «las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio»[396]. En comparación con los dos sistemas antes descritos, Couture sostenía que «este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba»[397]. En efecto, en la doctrina procesal mayoritaria este sistema de valoración es visto como un sistema intermedio (*tertium genus*) entre la prueba legal y el de la íntima convicción.

A pesar de ello, es un sistema que ha sido fuertemente criticado, sobre todo porque nunca se precisó de qué manera se pueden aplicar las reglas de la lógica y las máximas de experiencia[398] (base fundamental en esta teoría). Esto sin considerar que también en el sistema de libre convicción estas reglas estaban del todo excluidas. Motivo por el cual se ha puesto en cuestión su genuina calidad de tipo de valoración probatoria, al punto de que algunos lo equiparan al de libre valoración. Es del mismo parecer

393 El Artículo 317 establecía que: «Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos». *Cfr.* VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento.* Tomo I. Madrid: Ed. Imprenta de Gaspar y Roig, 1856, p. 225.

394 SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 3.

395 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 270-271.

396 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo VI, Buenos Aires: Ediar S. A. Editores, p. 760.

397 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 270.

398 Según Stein, las máximas de experiencia: «Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos». STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973, p. 30).

Nieva Fenoll cuando afirma «que aquello que se deduce de la "sana crítica" no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *Freibeweiswürdigung*. Pudiendo concluir, llegados a este punto, que las iniciales enseñanzas de Beccaria y la liberación en la valoración de la prueba inspirada con gran difusión por Blackstone y Bentham, finalmente tuvieron bastante éxito en toda Europa»[399].

2.1.4. Libre valoración

Según Taruffo, la libre valoración presupone la ausencia de aquellas reglas [las que predeterminan el valor de la prueba] e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón[400]. En el mismo sentido Ferrer es de la idea de que un sistema jurídico que establece un régimen de libre valoración de la prueba deberá valorar el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. De esta manera, afirma el autor, «deberá obtenerse un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis»[401]. Además, Ferrer considera que «la libre valoración de la prueba es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad».

En este sistema el juez asume las siguientes tareas: i) identificar plenamente todos los medios de prueba ofrecidos y actuados en el proceso; ii) evalúa cada una de ellas, hace una valoración individual de cada una de ellas, identificando que información arrojan individualmente; iii) luego evalúa conjuntamente todas las pruebas que en la etapa anterior analizó individualmente; iv) después de este trabajo de valoración con criterio de unidad del material probatorio obtenido, el juez escoge únicamente los medios de prueba que le sirven para resolver el caso; v) resuelve el caso con las pruebas que definió como determinantes para resolverlo. Toda esta actividad la debe hacer el juez partiendo de criterios de racionalidad, objetividad, sustentados en la lógica y respetando los principios lógicos, sana crítica, máximas de experiencia. Para estas etapas el juez no debe estar sujeto a ningún mandato imperativo legal que lo lleve a valorar la prueba con determinado criterio, la valoración la hace siguiendo los parámetros ya mencionados.

Lo que busca el sistema de libre valoración de la prueba es que el juez tenga libertad de valorar la prueba, pero se asume el compromiso para que esta tarea sea integral, racional, crítica, no contradictoria, sujeta a reglas lógicas y utilizando las herramientas de apoyo necesario para hacerlo como las máximas de experiencia. Por ello, se ha sostenido en la doctrina que la libertad del juez para valorar la prueba queda sujeta a la razón, es decir, que la valoración queda sujeta a un procedimiento racional. Si el juez no considera

399 NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, pp. 89-90.
400 TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 387.
401 FERRER BELTRÁN, Jordi. «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana». En *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. Vol. IX. n.º 18, 2017, p. 156.

los parámetros indicados, puede convertir su actividad probatoria en libertad absoluta y, en consecuencia, arbitraria.

Al respecto, cabe señalar que no se trata de que el juzgador pueda realizar la valoración probatoria en general (y sobre la prueba de oficio en particular) como considere pertinente o de manera arbitraria, sino en el marco de presupuestos de la razón que supone una adecuada justificación.

2.2. Valoración probatoria en el ordenamiento peruano

2.2.1. Máximas de experiencia

Respecto a las máximas de experiencia, debe destacarse que el juzgador, al estar inmerso en un sistema de libre valoración, no necesariamente se hace referencia a que el mismo sea libre en su apreciación, es decir, que el juez al momento de vincular la prueba con los hechos no puede apartarse de conocimientos generales sino posee también límites, tales como los conocimientos generales, así como las máximas de experiencia que comprenden generalizaciones empíricas justificadas.

Así, cabe resaltar que las máximas de la experiencia tienen la función de que la valoración se circunscriba a aquellos conocimientos compartidos por la mayoría de las personas en una determinada comunidad; en ese sentido, puede colegirse que posee la función de limitación a libre valoración de la prueba, toda vez que se relaciona con el tipo de conocimientos que le es permitido utilizar al juez para la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses.

En ese contexto, en el ordenamiento procesal civil peruano se advierte que el juez se encuentra facultado para el uso de las máximas de experiencia[402].

2.2.2. Reglas de prueba tasada

Por otro lado, respecto al sistema de valoración de prueba tasada debe destacarse que, siendo un tipo de valoración basada en reglas, que de manera rígida asignan un determinado resultado a los medios de prueba; tuvo como razón de ser, también, el de limitar el poder del juzgador en la valoración probatoria. En ese sentido, debe resaltarse que la inferencia probatoria de este tipo de valoración cumple la función de correlacionar un hecho base con la obligación de dar por probada una determinada hipótesis.

Este tipo de valoración probatoria, si bien viene siendo progresivamente eliminado de los ordenamientos jurídicos, en el derecho peruano todavía puede también identificarse en algunas disposiciones normativas establecidas en el Código Civil y el Código Procesal Civil[403].

[402] Artículo 281.- El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en *reglas de experiencia* o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

[403] Artículo 25 del CC.- La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil.
Artículo 363 del CC.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:
1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2.2.3. Valoración conjunta

Este tipo de valoración de la prueba en el ordenamiento jurídico procesal civil peruano se encuentra establecida en la disposición normativa del artículo 197 del CPC, que expresamente señala: «La valoración de los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución, solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión».

Al respecto, como señala Jordi Ferrer Beltrán, debe advertirse que si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin una valoración conjunta, este tipo de valoración no puede ser utilizada para evitar la valoración individualizada, esto es, la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas; toda vez que solo después de valoradas individualmente las pruebas podrá realizarse con rigor una valoración conjunta de estas[404]. En ese contexto, cabe destacar que la sola valoración conjunta implicaría la restricción a una motivación entendida como justificación, impediría 1) la valoración de cada uno de los medios probatorios actuados, 2) el resultado de la valoración y 3) la individualización de la hipótesis aceptada como verdadera (probada).

§ 3. Valoración racional de la prueba y prueba de oficio

3.1. Valoración racional de la prueba

3.1.1. Racionalidad y valoración racional de las pruebas

El término racionalidad empleado en los estudios sobre valoración probatoria se ciñe a la acepción epistemológica de la prueba, esto es, desde una acepción cognoscitivista; que no necesariamente se encuentra en defensa de una tesis objetivista (en el sentido extremo) en el conocimiento de los hechos del caso materia de una decisión judicial. Para la concepción cognoscitivista de la valoración probatoria, los hechos externos son objetivos en el sentido ontológico, ya que la existencia de dichos hechos no depende del observador; en cambio, los hechos percibidos y hechos interpretados son epistemológicamente subjetivos, toda vez que los primeros son relativos a una determinada capacidad sensorial y los últimos son

2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 370.- La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del Artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el Artículo 363, inciso 3, o en el Artículo 366.

404 FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *op. cit.*, p.29.

relativos al «trasfondo», es decir, «la subjetividad que afecta a la interpretación de los hechos es relativa a un grupo social e incluso a un individuo»[405].

Por ello, se puede argüir que los denominados hechos percibidos e interpretados también forman parte de la operación constructiva de los enunciados fácticos, toda vez que la formulación de un enunciado fáctico es formulada por alguien «en una situación concreta y, generalmente con una finalidad específica»[406]. Sin embargo, tal situación «no impide que se pueda predicar la verdad o falsedad del enunciado fáctico, y que por lo tanto, pueda ser objeto de prueba en el proceso»[407]. Tal probabilidad (o el enunciado «está probado que p») se encontraría basada en la máxima relación de correspondencia (conexión) entre la afirmación y los hechos acaecidos en la realidad, donde el *grado de probabilidad suministrará un buen criterio* para la justificación de un enunciado fáctico que se acepta como verdadero[408].

En ese contexto, para acercarnos al tema de valoración racional de la prueba en relación con la aplicación de la prueba de oficio, es necesario tomar en cuenta lo señalado por los profesores Parra Quijano y Alfaro. Para Jairo Parra Quijano una «demostración racional» (de los hechos) constituye la «prueba de la corrección lógica del pensamiento» y prepara el descubrimiento de la «verdad»[409]. En ese mismo sentido, Luis Alfaro, en referencia a la regulación de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano (que prevé el deber de motivación para la aplicación de prueba de oficio), realiza un análisis sobre las razones y argumentos jurídicos que justificarían tal regulación. Indica que el análisis de la relación entre el deber de motivación de las resoluciones judiciales con tal iniciativa adhiere a una *concepción epistemológica de la prueba* y de la *motivación como justificación racional de la decisión*, y considera que ello permitiría «tener argumentos suficientes para postular la idea de una *concepción racional de la iniciativa probatoria del juez*»[410]. En ese contexto, para el autor, «la concepción epistemológica (como instrumento de conocimiento) es el modelo más racional que nos conviene asumir, ya que toma como referente básico que el proceso tiene que estar encaminado hacia la búsqueda de la verdad, es decir, se conectaría con aquella segunda postura sobre la función del proceso orientada a resolver la controversia mediante decisiones justas».

3.1.2. Concepción persuasiva y cognitivista

La acepción de valoración de la prueba en el ámbito procesal no es unívoca, en algunas ocasiones sus definiciones se encuentran ligadas a las exigencias de motivación, en la medida que el valor que se le atribuye a los medios de prueba debe estar contenido en la motivación, y en otras, se toma a la valoración probatoria desde la perspectiva del juicio de decisión de los hechos. No obstante, como señala Ampuero, «sin perjuicio de este lenguaje que suele ser común entre los juristas del Derecho Procesal, está aceptado por la doctrina que es perfectamente posible concebir a la valoración de la prueba como un instante anterior

405 GONZÁLEZ, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción.* Lima: Palestra Editores., 2005, p. 40.
406 TARUFFO, Michele. «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad». En *Discusiones*, n.°3, 2003, p. 18.
407 *Id.*, pp. 22-23.
408 GASCÓN, M. Sobre la posiblidad de formular estandares de prueba objetivos. En ORTEGA GOMERO S. (ed.), *Proceso prueba y estándar*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 18 y ss.
409 PARRA, Jairo. *Racionalidad de la prueba de oficio*, pp.15-18.
410 ALFARO, Luis. «La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez»., En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal. - PUCP*, 2016, p. 60.

al de la decisión sobre los hechos. [Siendo así], valorar la prueba es determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible»[411]. En ese contexto, la valoración de la prueba opera sobre la información que es el resultado de la actuación de las pruebas propuestas por las partes y el juez, información que incidirá directamente sobre el grado (mayor o menor) de probabilidad[412].

Sin embargo, se debe destacar que el tema de la valoración probatoria se encuentra ligado a la acepción misma de la finalidad del proceso, esto es, si se identifica como la búsqueda de la verdad o la sola resolución del conflicto intersubjetivo de intereses. Por tanto, la prueba en el proceso puede entenderse desde una concepción cognitivista o una concepción persuasiva. La primera concibe que el juicio de la prueba incluye un problema de racionalidad que debe estar apoyado en un enfoque epistemológico, esto es, que la verdad en el proceso está vinculada como finalidad de la prueba. La segunda concibe a la prueba judicial como un instrumento de persuasión. Sobre el particular, Cavallone es crítico con esta división entre función persuasiva y demostrativa de la prueba y sostiene que «en términos de teoría general, se le atribuye a la prueba una función persuasiva, por la cual se induce al juez a pronunciarse en sentido favorable a la que si tiene la razón. Esta —se dice en sustancia— es una visión no solo arcaica, sino que es una actitud abogadesca del juicio de los hechos, del todo incompatible con la moderna concepción racional de la prueba, según la cual se cumple una función demostrativa y así puede servir a la determinación de la verdad. Confieso que no comprendo dicha crítica»[413].

Desde el ámbito doctrinal, se puede identificar a un sector que defiende la posición de la verdad como finalidad de la prueba en el proceso; dentro de este sector encuentra Taruffo, quien señala que los tribunales deberían establecer la verdad de los hechos en litigio asumiendo la verdad de los hechos en disputa como una meta del proceso judicial[414]. Asimismo, Ferrer, quien indica que el objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la «averiguación de la verdad»[415]. En esa misma línea, Nieva[416] señala «que como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad». En tal sentido, para el autor, el objetivo de la prueba es el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos[417].

Al respecto, conviene hacer mención que para los fines de esta decisión la que más beneficia y respalda a la perspectiva epistémica del proceso es aquella conocida como *concepción cognitivista*, que es entendida como un modelo racional de valoración de la prueba, conforme a una tradición racional de la prueba, cuyos orígenes pueden encontrarse en el pensamiento del jurista inglés Benthan[418]. Twining explica

411 HUNTER AMPUERO, Iván. «Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Ius et Praxis*, Año 23, n.º 1, 2017, p. 250.

412 *Id.*, p. 251.

413 CAVALLONE, Bruno. «Alessandro Giuliani Processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)». *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 1, 2012, p. 108.

414 TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 20.

415 FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, pp. 29-32.

416 NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*., p. 147.

417 *Id.*, p. 149.

418 Si bien la conocida tradición racional de la prueba encuentra sus orígenes y fundamentos en el *common law,* a raíz de los aportes del filósofo inglés Jeremy Bentham, sin embargo, en la actualidad su pensamiento ha sido difundido por los trabajos de teóricos

que este modelo proporciona la imagen más coherente de los principios de la prueba, la que se resume en la proposición benthamita de que el objetivo primario del proceso jurídico consiste en la búsqueda de justicia por medio del derecho, mediante la obtención de decisiones correctas a través de medios racionales[419].

3.2. Valoración racional de la prueba de oficio

3.2.1. Motivación de la prueba de oficio: ¿prueba de oficio para la convicción?

Si bien el artículo 194 del CPC establece que la prueba de oficio tiene como propósito «formar convicción», esta no debe ser entendida en sentido de una concepción persuasiva o psicologista de la prueba, esto es, que la aplicación de la prueba de oficio solo fuera para el convencimiento del juez, sino para el esclarecimiento de la verdad de los hechos introducidos en el proceso. En ese contexto, la exigencia de la motivación prevista en el artículo 194 del CPC (como desarrollo del artículo 139, inciso 5, de la Constitución[420]) hace referencia al contexto en el que debe darse cuenta de las razones de la decisión dada por el órgano jurisdiccional como *correcta o aceptable*[421].

Así la motivación puede identificarse como aquel instrumento que tiene la utilidad de *evitar la arbitrariedad del poder,* como señala Marina Gascón:

> adquiere una particular importancia merced de a la evolución que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución condiciona también la legitimad (interna) de los actos de poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de derechos[422].

3.2.2. ¿Cómo se debe valorar la prueba de oficio?

Al respecto, conviene recordar en el marco de una valoración racional, que la prueba, consiste en «evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis»[423]. En este sentido, como se ha advertido de los argumentos *ut supra* desarrollados sobre la finalidad institucional de la prueba y del sentido epistémico del proceso, convendría entender a la prueba de oficio desde una

---

del *civil law* como, por ejemplo: TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba y verdad en el derecho*, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, entre otros.

419 TWINING, William, *op. cit.*, p. 326.

420 El artículo 139, inciso 5), consagra como garantía de la función jurisdiccional «la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite».

421 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 184 y ss.

422 *Id.*, p. 182.

423 FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 46.

concepción cognitivista y no persuasiva (como refiere el artículo 194 del CPC); así, su finalidad debe ser identificada desde el enfoque epistemológico.

En ese contexto, la prueba de oficio como medio probatorio incorporado al proceso también se encuentra supeditada a la valoración probatoria; toda vez que la apreciación de cada uno de los medios probatorios incorporados al proceso bajo la concepción racionalista de la prueba, su valoración debe ser realizada previamente en forma individual para ser luego valorada en forma conjunta con los demás medios probatorios; ya que la prueba de oficio tiene como *imperativo categórico*, la búsqueda de la verdad, esto es, la verdad de los hechos introducidos al proceso. Siendo así, habiéndose advertido diversos problemas aplicativos sobre cómo valorar las pruebas de oficio en relación con los demás medios de prueba, es necesario precisar que la *prueba de oficio aportada al proceso en virtud del poder probatorio del juez no debe tener ninguna preferencia o prevalencia en relación con los otros medios de prueba aportados por las partes al proceso*. De otro lado, es conveniente igualmente establecer que *la prueba de oficio y las pruebas que puedan haber aportado las partes procesales deben ser valoradas de manera individual y luego de manera conjunta por el juez a fin de corroborar la hipótesis fáctica del caso concreto.*

§ 4. Reglas establecidas

4.1. Justificación de las reglas para la prueba de oficio

En el contenido de las reglas a establecer en el presente Pleno Casatorio se debe ratificar la posición del legislador de establecer a la prueba de oficio como una facultad excepcional para incorporar medios de prueba adicionales a los que hubieran ingresado al proceso las partes. El legislador entiende como necesario en algunos casos el uso de esta facultad, es por ello que la encontramos contenida en el artículo 194 del CPC y en diversas disposiciones de naturaleza procesal, aunque es necesario mencionar que el juez al hacer uso de esta debe tomar en cuenta los límites establecidos en el ordenamiento procesal, para evitar que se haga un mal uso de ella.

El juez juega un papel importante en la actividad probatoria en el proceso, es por ello que se le debe exigir en esta tarea que sea diligente y responsable. Por este motivo, en los procesos judiciales el juez debe tener sumo cuidado en fijar los puntos (hechos) controvertidos, de tal manera que le sea más fácil a las partes y al juez definir de antemano en qué elementos fácticos relevantes las partes no se encuentran de acuerdo y concretamente qué debe probarse en el proceso. Debiendo desterrar la mala praxis de integrar como puntos controvertidos una simple descripción de las pretensiones postuladas, esta es la peor forma de fijar los hechos controvertidos.

Como se ha señalado de antemano, en la prueba de oficio juega un papel importante y trascendente el contradictorio, es por ello que al ejercitar este poder probatorio el juez debe garantizar que las partes puedan siempre ejercitarlo sin restricciones, pero siempre tomando en cuenta la naturaleza del proceso que

tramitan. No debe, por tanto, establecerse una regla fija e inmóvil sobre el contradictorio, más bien dada la complejidad y situaciones a presentarse en estos casos, puede ser previo, diferido, oral o escriturado.

La oportunidad de la prueba de oficio es de mucha importancia, debería ser en una sola oportunidad, es decir, en un solo acto, no es admisible el uso de la prueba de oficio de manera progresiva, ya que esta situación pondría en evidencia una conducta inadecuada del juez. Lo mismo sucede con el momento en que se deben usar, lo correcto debería ser después de concluida la actuación de la prueba y excepcionalmente, antes de emitir sentencia y en los procesos orales, en la audiencia preliminar y de forma excepcional en la audiencia de prueba.

En muchos casos, el juez debe evaluar la posibilidad de ejercitar la facultad excepcional de incorporar nuevos elementos de prueba cuando se encuentre en situaciones en las que existen medios de prueba relevantes para la solución del caso en el expediente, pero que no ingresaron de forma regular (no fueron admitidas formalmente). Se trata de supuestos de rebeldía, medios de prueba ofrecidos de manera extemporánea, rechazados de forma expresa por el juez, adjuntados al recurso de apelación, entre otras situaciones. Estas situaciones deben llevar siempre al juez a evaluar si es viable ejercitar el poder probatorio establecido en el artículo 194 del CPC.

La prueba de oficio en segundo grado suele ser la más complicada, ya que las Salas Superiores no ejercitan de manera cotidiana el poder probatorio contenido en la disposición procesal, anulando muchas veces la sentencia venida en grado. Por el contrario, las Salas Superiores tienen la posibilidad de ejercitar este poder probatorio e incorporar adicionales medios de prueba que les pueda solucionar el conflicto con mayor acercamiento a la verdad de los hechos (están autorizados expresamente por el artículo 194 del CPC). Por ello es que se debe establecer un mecanismo para el ejercicio de esta facultad excepcional en Sala Superior que permita que las partes puedan ejercer de forma irrestricta el derecho al contradictorio y tal vez de contraprueba, dándole un sentido diferente a la llamada audiencia de vista de la causa.

En relación con el efecto de la apelación que se pudiera presentar cuando las partes ejercen impugnación en contra de la resolución que ordenó la prueba de oficio, conviene precisar el efecto en el que se debería conceder, ya que el artículo 194 del CPC no lo precisa, solo se establece que procederá la apelación cuando el juez no ha cumplido con las exigencias establecidas en el citado artículo, debiendo ser concedida conforme lo ha considerado este Colegiado sin efecto suspensivo y con calidad de diferida. Si la prueba de oficio es en segunda instancia, podría ser postulada como argumento para el recurso de casación.

Con este Pleno Casatorio se busca establecer reglas para los procesos en general (y aplica para cualquier proceso civil), pero en especial para aquellos en los que se tramitan pretensiones de naturaleza real (reivindicación, mejor derecho de propiedad, desalojos, interdictos, entre otros) y aquellos de naturaleza personal. En los primeros, se presentan un gran número de problemas que podrían ser solucionados de forma correcta si se hace uso del poder probatorio (identificación del bien —como el caso que nos ocupa—, áreas, medidas perimétricas, colindancias, superposición de bienes, entre otros) y en los de naturaleza personal en los que destacan los procesos de nulidad, anulabilidad, ineficacia, pretensión pauliana, otorgamiento de escritura pública, entre otros, sobresale en estos la existencia de situaciones referidas a la

nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del Código Civil, respecto de esta institución existen sendos pronunciamientos en dos Plenos Casatorios Civiles previos al presente, sin embargo, en ellos no se han desarrollado reglas de la prueba de oficio en particular.

Finalmente, corresponde establecer una regla abierta para la protección de personas en situación de vulnerabilidad, ya que en estos casos el juez podrá disponer la actuación de pruebas de oficio cuando advierta en el proceso limitaciones u obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos les reconoce. Esta regla le da la posibilidad al juez de hacer prueba de oficio en situaciones de esta naturaleza.

4.2. Las reglas para el ejercicio de la prueba de oficio

Considerando los diversos criterios asumidos por la Corte Suprema frente a una serie de problemas de tipo jurisprudencial resulta necesario establecer las siguientes reglas generales —considerando los principios procesales, posiciones teóricas y la orientación epistémica antes analizadas en esta decisión— con carácter vinculante, sobre el ejercicio de la prueba de oficio en el proceso civil.

Estas reglas bien pueden ser de aplicación supletoria a los ordenamientos procesales no penales (contencioso administrativo, proceso laboral, proceso constitucional y en asuntos de familia), siempre que sean adecuadas a la búsqueda de la verdad y no sean contrarias a las reglas especiales que las regulan.

Primera regla: "El artículo 194 del Código Procesal Civil contiene un enunciado legal que confiere al juez un poder probatorio con carácter de facultad excepcional y no una obligación; esta disposición legal habilita al juez a realizar prueba de oficio, cuando el caso así lo amerite, respetando los límites impuestos por el legislador".

Segunda regla: "El juez fijará los puntos controvertidos con precisión y exhaustividad. Los cuales no deben ser una mera descripción de las pretensiones procesales postuladas en el proceso".

Tercera regla: "El juez de primera o segunda instancia, en el ejercicio y trámite de la prueba de oficio deberá cumplir de manera obligatoria con los siguientes límites: a) excepcionalidad; b) pertinencia; c) fuentes de prueba; d) motivación; e) contradictorio; f) no suplir a las partes; y, g) en una sola oportunidad".

Cuarta regla: "El contradictorio, en la prueba de oficio, puede ser previo o diferido y se ejerce por las partes de forma oral o escrita, dependiendo de la naturaleza del proceso".

Quinta regla: "En primera instancia, si el proceso es escrito, el juez podrá utilizar las pruebas de oficio al terminar la práctica de las pruebas admitidas, excepcionalmente antes de la sentencia; en los procesos sujetos a oralidad se hará en la audiencia preliminar, excepcionalmente en la audiencia de pruebas".

Sexta regla: "Cuando el medio de prueba es extemporáneo o no fue admitido por declaración de rebeldía, el juez de primera o segunda instancia deberá analizar su pertinencia y relevancia, y evaluar su admisión

oficiosa; el mismo tratamiento debe darse al medio de prueba declarado formalmente improcedente y no haya mediado apelación".

Séptima regla: El juez podrá evaluar la necesidad de incorporar de oficio las copias certificadas, físicas o virtuales de los procesos judiciales o procedimientos administrativos conexos vinculados con la controversia y con incidencia directa en el resultado del proceso.

Octava regla: "La Sala Superior en la resolución que programa la vista de la causa indicará la posibilidad de prueba de oficio, sometiéndola al contradictorio en la audiencia de vista de la causa y tomando la decisión en ese acto. Si el medio de prueba es de actuación diferida, esta estará a cargo del juez superior de menor antigüedad".

Novena regla: Cuando proceda la apelación contra la resolución que ordena prueba de oficio se concederá sin efecto suspensivo y con la calidad diferida. En segunda instancia, el cuestionamiento a la prueba de oficio podrá ser alegada como argumento en el recurso de casación, cuando sea viable postular este recurso".

Décima regla: "En los procesos relacionados con derechos reales, el juez puede utilizar especialmente como prueba de oficio: i) inspección judicial en el bien materia de debate; ii) prueba pericial para identificar correctamente el inmueble, su ubicación, sus dimensiones, numeración, colindancias, superposiciones, entre otros; iii) documentos consistentes en a) partida registral y/o título archivado del bien emitido por Registros Públicos o registro análogo; b) certificado catastral expedido por SUNARP donde precise que el predio no está inscrito independientemente ni que pertenece a uno de mayor extensión; c) copia literal íntegra de la partida registral en caso de haber superposición registral; d) cualquier otra información registral, notarial o a cargo de algún funcionario público, que resulte relevante para el caso".

Regla undécima: "En los procesos en los que se tramitan pretensiones de naturaleza personal, en caso de insuficiencia probatoria el juez podrá utilizar como prueba de oficio aquellas que le permitan determinar la verdad de los hechos materia de controversia, la misma regla aplica para supuestos en los que se aprecie una nulidad manifiesta del negocio jurídico, conforme al artículo 220 del Código Civil".

Regla duodécima: "En los procesos que se discutan derechos de personas en condición de vulnerabilidad por razones de edad, género, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, victimas, migrantes, personas en extrema pobreza, privados de la libertad u otros, el juez podrá disponer la actuación de pruebas de oficio cuando advierta en el proceso limitaciones u obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos les reconoce".

V. Análisis del caso

1. Juicio de fundabilidad del recurso de casación

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO. En la presente demanda se postuló la pretensión de reivindicación, al respecto el artículo 923 del Código Civil, indica que: «La propiedad es el poder que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley»; a su vez, el artículo 927 del acotado Código prescribe que: «La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción».

También, en los artículos 2, incisos 8 y 16, y 70 de la Constitución Política del Estado, se reconoce al derecho de propiedad como derecho fundamental que debe ser concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; pudiendo el propietario servirse directamente del bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales; siempre y cuando se ejerza en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.

Consecuentemente, la reivindicación importa la restitución del bien a su legítimo propietario, en atención a ello, para su procedencia debe existir siempre un examen sobre el derecho de propiedad de la parte accionante, dado que la acción reivindicatoria persigue que sea declarado el derecho y que, en consecuencia, le sea restituida la cosa sobre la cual recae. Por lo tanto, la reivindicación implica, de manera inseparable, el reconocimiento del dominio y la restitución de la cosa a su propietario.

SEGUNDO. Asimismo, esta Corte Suprema, en reiteradas y uniforme jurisprudencia, como la recaída en la Casación número 3436-2000/Lambayeque, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, así como en la Casación número 729-2006/Lima, expedida por esta Sala Civil Permanente, ha señalado que si bien es cierto, la norma no define exactamente los alcances de la acción reivindicatoria, para su ejercicio deben concurrir los siguientes elementos: a) que se acredite la propiedad del inmueble que se reclama; b) que el demandado posea la cosa de manera ilegítima o sin derecho a poseer; y, c) que se identifique el bien materia de restitución.

TERCERO. De la revisión de la sentencia impugnada, se aprecia que el *Ad quem* sustenta su decisión en los considerandos decimoséptimo a vigésimo de la impugnada, arguyendo que: «*evaluados los planos perimétricos no se advierten que acrediten que* ambas direcciones se trate del mismo predio, **ello en tanto que no se sustenta con pruebas adicionales como una pericia técnica que**, **evaluando los antecedentes registrales,** haya podido establecer la indicada identidad»**,** señalando también que «*si bien el A quo tiene una facultad como es la establecida en el artículo 194 del Código Procesal Civil, tal situación no puede llevar a que sustituya a una de las partes en su actividad probatoria»*, así como también advirtió que la actora no adjuntó la partida electrónica 11439305, empero, de la copia del asiento C00296 que corre en autos, se advierte que los vendedores en la escritura pública que sustenta el derecho de la actora, adquirieron un porcentaje (27.895 %) de los derechos y acciones sobre la totalidad el inmueble sin que se precise o se encuentre delimitado dicho porcentaje de la totalidad del bien así como si en dicho porcentaje se encuentre el predio materia de autos; y, por último, concluye el *Ad quem* que en el proceso no se ha acreditado uno de los elementos que se requieren para la reivindicación (identificación concreta del bien ocupado por el demandado).

CUARTO. En esa línea de ideas, se puede colegir que el *Ad quem advirtió la existencia de una insuficiencia probatoria respecto de la identificación plena del bien materia de reivindicación*; sin embargo, en vez de hacer uso de la facultad excepcional prevista en el artículo 194 del Código Procesal Civil, el *Ad quem* decidió declarar improcedente la demanda al no haberse acreditado la identificación del bien materia de litis; con esta decisión la Sala Superior, por un lado, dejó de ejercer este poder probatorio que pudo llevarlo a determinar con mayor certeza la verdad de los hechos controvertidos, de tal forma que pudo tener mayores elementos probatorios que le permitan decidir la controversia con la mayor solvencia y objetividad, y de esta forma resolver el conflicto con una mejor cercanía a la verdad de los hechos; de otro lado, decidió emitir una sentencia inhibitoria, por una causal no prevista en el artículo 427 del Código Procesal Civil, ya que el hecho de no haber identificado el bien materia de reivindicación, no es una causal para declarar improcedente la demanda, mas por el contrario en los procesos en los que se ventilan pretensiones de naturaleza real, el juez siempre puede utilizar los poderes probatorios establecidos en la ley procesal para lograr la plena identificación del bien.

QUINTO. No debe perderse de vista que la ley procesal ha establecido la posibilidad de que la Sala Superior en apelación puede hacer usos de los poderes probatorios establecidos en el artículo 194 del Código Procesal Civil, de tal forma que no se necesita anular la sentencia y disponer que sea el juez de fallo quien realice la actividad probatoria complementaria, en este caso en concreto, solo para identificar correctamente el bien inmueble *sub litis,* siendo la Sala Superior la que debe realizar esta tarea, con la participación del juez superior menos antiguo, si se trata de una prueba que no es de actuación inmediata.

SEXTO. Consecuentemente, a fin de identificar el bien materia de reivindicación, el juez con la facultad conferida en los artículos 194 y 51, inciso 2, del Código Procesal Civil, puede admitir y actuar pruebas de oficio, y para el presente caso podrían resultar necesarias: a) una inspección judicial y dictamen pericial a fin de determinar área y linderos del área que ocupa el demandado; b) también deberá pedirse un informe a la Municipalidad sobre si el bien ubicado en la **mz. D E lote 11, 12, 27 y 28 del Sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande** (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, es el mismo que el bien inmueble ubicado en **mz. C O- Lote 06, Sector el Valle del Anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca**, con un área de 2,500 m^2, ello a mérito de que ambas partes pagan el HR y PU de los referidos lotes; y c) requerir la copia literal completa y actualizada de la partida **11439305** de los Registro Públicos de Lima donde está inscrita el bien materia de *litis*; d) de ser necesario un informe a los Registros Públicos para determinar la existencia de superposición de inmuebles.

SÉPTIMO. Por tanto, atendiendo que el derecho a probar no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, sino también a que estos sean admitidos, actuados y

valorados, y que el juez tiene la facultad excepcional autorizada por la ley procesal para incorporar nuevos elementos de prueba que le permiten resolver con mayor aproximación a la verdad de los hechos; por consiguiente, este Colegiado considera que en el caso de autos se ha configurado vulneración al derecho al debido proceso, tutela judicial efectiva y motivación, previstos en los artículo 139.3 y 5 de la Constitución, ya que, por un lado, la decisión se ha sustentado en una causal de improcedencia no establecida en el ordenamiento procesal y de otro lado, porque el juez definió la controversia sin haber hecho uso del poder probatorio establecido en el artículo 194 del Código Procesal Civil que le hubiera permitido incorporar nuevos elementos de prueba de forma complementaria a la actividad probatoria de las partes y resolver el caso con mayor solvencia y objetividad. Por lo cual, la sentencia materia de casación debe ser anulada, declarando fundado el recurso de casación y ordenando que la Sala Superior emita nuevo fallo, previo cumplimiento a lo señalado en la presente resolución.

VI. DECISIÓN

§1. Sobre el caso concreto

Por estas consideraciones, y en estricta aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon:

a) **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Jerónima Rojas Villanueva; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por la Sala Civil Descentralizada y Permanente de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este.

b) **ORDENARON** que la Sala Superior emita nuevo fallo, previo cumplimiento a lo expresado en las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el *Diario Oficial El Peruano,* bajo responsabilidad; interviniendo como Juez Supremo ponente el señor Hurtado Reyes y los devolvieron.

§2. **Precedente judicial**

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400 del Código Procesal Civil declararon que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

Primera regla: "El artículo 194 del Código Procesal Civil contiene un enunciado legal que confiere al juez un poder probatorio con carácter de facultad excepcional y no una obligación; esta disposición legal habilita al juez a realizar prueba de oficio, cuando el caso así lo amerite, respetando los límites impuestos por el legislador".

Segunda regla: "El juez fijará los puntos controvertidos con precisión y exhaustividad. Los cuales no deben ser una mera descripción de las pretensiones procesales postuladas en el proceso".

Tercera regla: "El juez de primera o segunda instancia, en el ejercicio y trámite de la prueba de oficio deberá cumplir de manera obligatoria con los siguientes límites: a) excepcionalidad; b) pertinencia; c) fuentes de pruebas; d) motivación; e) contradictorio; f) no suplir a las partes; y, g) en una sola oportunidad".

Cuarta regla: "El contradictorio en la prueba de oficio, puede ser previo o diferido y se ejerce por las partes de forma oral o escrita, dependiendo de la naturaleza del proceso".

Quinta regla: "En primera instancia, si el proceso es escrito, el juez podrá utilizar las pruebas de oficio al terminar la práctica de las pruebas admitidas, excepcionalmente antes de la sentencia; en los procesos sujetos a oralidad se hará en la audiencia preliminar, excepcionalmente en la audiencia de pruebas".

Sexta regla: "Cuando el medio de prueba es extemporáneo o no fue admitido por rebeldía, el juez de primera o segunda instancia, deberá analizar su pertinencia y relevancia, y evaluar su admisión oficiosa; el mismo tratamiento debe darse al medio de prueba declarado formalmente improcedente y no haya mediado apelación".

Sétima regla: "El juez podrá evaluar la necesidad de incorporar de oficio las copias certificadas, físicas o virtuales de los procesos judiciales o procedimientos administrativos conexos vinculados con la controversia y con incidencia directa en el resultado del proceso".

Octava regla: "La Sala Superior en la resolución que programa la vista de la causa indicará la posibilidad de prueba de oficio, sometiéndola al contradictorio en la audiencia de vista de la causa y tomando la decisión en ese acto. Si el medio de prueba es de actuación diferida, esta estará a cargo del Juez Superior de menor antigüedad".

Novena regla: "Cuando proceda la apelación contra la resolución que ordena prueba de oficio se concederá sin efecto suspensivo y con la calidad diferida. En segunda instancia, el cuestionamiento a la prueba de oficio podrá ser alegada como argumento en el recurso de casación, cuando sea viable postular este recurso".

Décima regla: "En los procesos relacionados con derechos reales, el juez puede utilizar especialmente como prueba de oficio: i) inspección judicial en el bien materia de debate; ii) prueba pericial para identificar correctamente el inmueble, su ubicación, sus dimensiones, numeración, colindancias, superposiciones, entre otros; iii) documentos consistentes en a) partida registral y/o título archivado del bien emitido por Registros Públicos o registro análogo; b) certificado catastral expedido por SUNARP donde precise que el predio no está inscrito independientemente ni que pertenece a uno de mayor extensión; c) copia literal íntegra de la partida registral en caso de haber superposición registral; d) cualquier otra información registral, notarial o a cargo de algún funcionario público, que resulte relevante para el caso".

Regla undécima: "En los procesos en los que se tramitan pretensiones de naturaleza personal, en caso de insuficiencia probatoria el juez podrá utilizar como prueba de oficio aquellas que le permitan determinar la verdad de los hechos materia de controversia, la misma regla aplica para supuestos en los que se aprecie una nulidad manifiesta del negocio jurídico, conforme al artículo 220 del Código Civil".

Regla duodécima: "En los procesos que se discutan derechos de personas en condición de vulnerabilidad por razones de edad, género, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, victimas, migrantes, personas en extrema pobreza, privados de la libertad u otros, el juez podrá disponer la actuación

de pruebas de oficio cuando advierta en el proceso limitaciones u obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos les reconoce".

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

ROMERO DÍAZ

HURTADO REYES

HUAMANÍ LLAMAS

CABELLO MATAMALA

SALAZAR LIZARRAGA

CALDERÓN PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CÁBALA

BUSTAMANTE ZEGARRA

2021 / J23 / COMENTARIO JURÍDICO

Pleno Nacional Civil Familia · Temas 1 y 4

Consulta y periodo de liquidación de gananciales

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 2021 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Localización: Temas 1 y 4; pp. 1-8 y 29-37

1. Decisión y alcance

El tema 1 adopta control de pretensiones conexas de tenencia y visitas en consulta. El tema 4 elige por mayoría el periodo más favorable al cónyuge perjudicado e inocente cuando concurren causales con fechas distintas.

2. Análisis jurídico

El primer acuerdo atiende a la solución integral del conflicto con hijos menores. El segundo presupone que se amparen pretensiones de los sistemas sanción y remedio; esa premisa contrasta con la Casación 2439-2019, emitida en 2024.

3. Aplicación y contraste

Al investigar liquidación, reconstruya las causales amparadas y las fechas relevantes. No confunda fenecimiento entre cónyuges, oponibilidad a terceros y ejecución de la liquidación.

4. Conexión doctrinal

D1, pp. 403-408, sirve como contexto de los dos sistemas; D4, p. 142, recuerda el control de congruencia en controversias matrimoniales.

5. Límites de utilización

Acuerdos orientadores. Se reproducen temas seleccionados, no los 37 folios íntegros del acta. Se mantienen las firmas y breves líneas adyacentes.

Edición digital. Referencia al final del tomo.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

ACUERDOS PLENARIOS DEL PLENO JURISDICCIONAL

NACIONAL CIVIL FAMILIA

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia, conformada por los señores Jueces Superiores: Nancy Coronel Aquino, Jueza Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima y Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios; Pércida Damaris Luján Zuasnábar, Jueza Superior de la Corte Superior de Justicia de Junín; Severiano Cástulo Rojas Díaz, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; Rodolfo Sócrates Najar Pineda, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Moquegua: Tullio Deifilio Bermeo Turchi, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, dejan constancia que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes, han arribado a los Acuerdos Plenarios que se exponen a continuación:

TEMA N° 1

LA CONSULTA EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO

¿La consulta en los procesos de divorcio, prevista en el artículo 359° del Código Civil, implica un análisis y control, de parte del órgano superior, únicamente sobre la pretensión del divorcio o también sobre la adecuada evaluación y determinación de las pretensiones conexas, como son la tenencia, régimen de visitas, suspensión o extinción de la patria potestad, en casos de haber hijos menores de edad?

Primera ponencia

La consulta en los procesos de divorcio implica un análisis y control, de parte del órgano superior, únicamente sobre la pretensión del divorcio por la causal amparada conforme a lo previsto en el artículo 359° del Código Civil.

Segunda ponencia

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

La instancia superior debe ejercer control sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas, en casos de haber hijos menores de edad.

Fundamentos

Primera ponencia

La institución de la consulta tiene por objeto que el superior en grado revise la observancia del debido proceso, así como también la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que se refiere a la aplicación del derecho material en la solución del caso concreto.

El artículo 408 del Código Procesal Civil establece que la consulta procede, además de los supuestos precisados en los numerales del uno al tercero: «4. Las demás que la ley señala». Es así como el artículo 359° del Código Civil reseña que: «Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, esta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional», que, por ende, solo resulta proceden la revisión del cumplimiento del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva respecto de la pretensión de divorcio amparada, mas no otras pretensiones conexas.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación n.°. 230-96-La Libertad en relación con la consulta de la sentencia de divorcio, ha establecido lo siguiente:

> «[…] Los autos deben elevarse en consulta al Superior (de no apelarse la sentencia que declara el divorcio), tal como la norma antes acotada (art.359 del C.C.) indica, debiéndose advertir que esta consulta responde al acatamiento de una norma de carácter imperativo que no persigue la

absolución del grado porque no hay grado que absolver sino simplemente su examen o conformidad con lo resuelto por el Juez inferior» (Corte Suprema de Justicia de la República, 1998, p. 1008).

Segunda ponencia

Desde una interpretación constitucional, la consulta, prevista en el artículo 359 del Código Civil, comprende no solo el divorcio, sino también las pretensiones conexas, referidas a derechos de niñas, niños y adolescentes, que también afectan la disolución de vinculo conyugal de sus padres, como la tenencia, régimen de visitas, alimentos, suspensión o extinción de la patria potestad, etc., y, por lo tanto, es el Estado quien tiene el deber de revisar respecto a las obligaciones de los cónyuges y los derechos de los hijos que directamente pueden resultar afectados como consecuencia del divorcio de sus padres; ello en aras de la observancia del principio del interés superior del niño y el respecto a sus derechos que, en términos constitucionales, constituye interés relevante.

El proceso de divorcio es un proceso de familia y un acto procesal unitario, donde se discuten también derechos de los niños, niñas y adolescentes, y es el juez el llamado a proteger tales derechos por constituir la parte vulnerable por los derechos que generan en ellos la separación de sus progenitores; por tanto, debe aplicar, en toda su magnitud, el estándar internacional de la «debida diligencia», impuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que, en caso de existir vicios procesales, es el órgano superior consultor que debe acudir al principio específico de «ajuste razonable del proceso» para reinterpretar, modificar, complementar y/o adaptar las normas procesales existentes de manera razonable, que permitan garantizar una verdadera tutela procesal efectiva y la protección de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Para adoptar una decisión judicial, referida al niño, niña y adolescente, debe darse dentro del marco del interés superior del niño como derecho, principio y

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

norma de procedimiento, y, en este sentido, debe evaluarse y determinarse. Además, según lo dispuesto por la Ley n.° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, debe evaluarse el impacto de la decisión judicial, analizando las repercusiones positivas o negativas en su desarrollo integral.

Además, el reglamento de la precitada ley, en su párrafo 26.11, dispone que se debe realizar el seguimiento y la evaluación permanente del impacto de las medidas en los derechos de la niña, niño o adolescente, y se deben tomar las medidas pertinentes para garantizar su bienestar integral.

1. GRUPOS DE TRABAJO: En este estado, la doctora Nancy Coronel Aquino, presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, en la sesión plenaria virtual concedió el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de dar lectura a las votaciones finales arribadas en los trabajos de talleres, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: La señora relatora Dra. Nilza Villón Ángeles, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y seis (06) votos por la segunda ponencia, manifestando que, “Su tratamiento debe ser conflicto familiar, no efectuar una interpretación restringida sino amplia y se debe tener en cuenta el Tercer Pleno Casatorio Civil, el principio del interés superior del niño, velar por la familia, además debemos tener en cuenta que el tratamiento del divorcio no solo abarca la disolución del matrimonio sino el mismo Código Civil, señala que debe verificarse la patria potestad, alimentos y otros”.

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Edgar Martínez Osco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda ponencia, estableciendo que, “La instancia superior debe ejercer control de las

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas en los procesos de divorcio que son materia de consulta en aras de cautelar el interés superior del niño que podía verse afectado como consecuencia de la decisión tomada por el juzgado de familia y con la finalidad de evitar la judicialización posterior respecto a dichas pretensiones".

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Jacinto Arnaldo Cama Quispe, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de once (11) votos por la primera ponencia y tres (03) votos por la segunda ponencia, indicando que "Primero

_____.- El grupo adopta por mayoría la PRIMERA ponencia, debido a que la consulta está regulada de manera expresa en la ley; además que, las demás pretensiones conexas se pueden demandar de manera autónoma y la norma no ha previsto que tenga que haber una consulta. Segundo.- De acuerdo al principio de legalidad, la consulta es restrictiva y de conformidad con el artículo 359º del Código Civil solo se habla de elevar en consulta la sentencia; por lo que, debe aplicarse la norma de manera estricta y no de forma extensiva que pretende la segunda ponencia. Tercero.- Que las pretensiones conexas que se demandan conjuntamente con el divorcio no generan cosa juzgada; por lo tanto, pueden volver a plantearse en otro proceso de manera autónoma".

Grupo N° 04: El señor relator Dr. Javier Herrera Villar, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y ocho (08) votos por la segunda ponencia, indicando que, "Sobre la consulta en los procesos de divorcio, la instancia superior debe ejercer el control sobre los extremos de la/las causales de divorcio amparadas, que aborden, además, las pretensiones conexas de tenencia, régimen de visitas, suspensión y/o extinción de la patria potestad, en caso de haber hijos menores de edad".

Grupo N° 05: El señor relator Dr. Gastón Adrianzén García, sostuvo que su

grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de tres (03) votos por la primera ponencia y seis (06) votos por la segunda ponencia, estableciendo que, “Existe una conexión entre el divorcio y la patria potestad, régimen de visitas, tenencia y alimentos, el principio del interés superior del niño exige al magistrado adoptar las medidas más convenientes para el menor, además en el derecho de familia rigen la flexibilización de los principios y reglas procesales”.

Grupo N° 06: La señora relatora Dra. Rosa Juárez Ticona, sostuvo que su grupo **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de tres (03) votos por la primera ponencia y nueve (09) votos por la segunda ponencia, manifestando que, “La instancia superior, al resolver la consulta debe ejercer control sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia, régimen de visitas, alimentación, suspensión o extinción de la patria potestad., en casos de haber hijos menores de edad cuyos derechos también se ven afectados con la disolución de vínculo conyugal de sus padres, correspondiendo al Estado el deber de revisar respecto a las obligaciones de los cónyuges y los derechos de los hijos que directamente pueden resultar afectados como consecuencia del divorcio de sus padres”.

Grupo N° 07: El señor relator Dr. Alejandro Aquije Orosco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de seis (06) votos por la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda ponencia, indicando que, “Que, en los procesos de divorcio con pretensiones accesorias tales como tenencia, régimen de visitas y otros, al elevarse en consulta, deben ser analizados también por parte de la Sala Superior, teniéndose en cuenta el interés superior del niño como derecho, principio y norma de procedimiento”.

Grupo N° 08: La señora relatora Dra. Elcira Farfán Quispe, sostuvo que su

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

grupo por **EMPATE** se adhieren a los fundamentos **de ambas ponencias**. Siendo un total de cinco (05) votos por la primera ponencia y cinco (05) votos por la segunda ponencia, señalando que "Primero

_____.- La Institución Jurídica de la Consulta es un mecanismo extraordinario de control por parte de la segunda instancia sobre un tema específico regulado por el código civil siendo en este punto en discusión el Divorcio; que si bien es cierto en el Ordenamiento Jurídico obliga a los juzgados de primera instancia a pronunciarse sobre pretensiones conexas (Alimentos, Tenencia, Régimen de Visitas), estos no tendrían que ser parte del control, por el hecho que son pretensiones autónomas y porque causaría cierto riesgo a la ejecución de las sentencia. Segundo.- En el proceso de Divorcio y por mandato expreso de la ley, se debe pronunciar sobre las pretensiones accesorias, ello en atención al Principio del Interés Superior de Niño y Adolescente, siendo que al elevarse en consulta, la segunda instancia no solo debe verificar la protección de la pretensión principal (Vínculo Matrimonial), sino que además al tratarse de derechos inherentes a menores de edad, las mismas que se encuentra incluidos en el fallo de primera instancia; el control realizado por el recurso de consulta debe evaluar todas las pretensiones".

Grupo N° 09: La señora relatora Dra. Susana Mendoza Caballero, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de dos (02) votos por la primera ponencia y ocho (08) votos por la segunda ponencia, advirtiendo que, "En relación con la problemática propuesta, la instancia superior debe ejercer control de legalidad sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas, en casos de haber hijos menores de edad".

Grupo N° 10: La señora relatora Dra. Graciela Llanos Chávez, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la segunda ponencia**. Siendo un total de seis (06) votos por la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda

ponencia manifestando que, “En los casos sea elevado el divorcio en Consulta y que las mismas contienen las Pretensiones conexas sea tenencia y/o régimen de visitas, el Juez revisor en consulta puede pronunciarse sobre los mismos”.

2. DEBATE: Luego de la lectura de las conclusiones finales de los diez (10) grupos de trabajo, la presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. VOTACIÓN: La presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino da lectura del conteo de la votación proyectada en cuadro estratégico en el desarrollo de la sesión plenaria virtual, realizada por los diez (10) grupos de trabajo y con las precisiones y/o aclaraciones que se hicieron en su intervención, el resultado es el siguiente:

Primera Ponencia	**:**	**51 votos**
Segunda Ponencia	**:**	**66 votos**
Abstenciones	**:**	**0 votos**

4. ACUERDO PLENARIO:

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: *“La instancia superior debe ejercer control sobre los extremos de la/las pretensiones de divorcio amparadas, que abordan además las pretensiones conexas de tenencia y/o régimen de visitas, en casos de haber hijos menores de edad”.*

precisiones y/o aclaraciones que se hicieron en su intervención, el resultado es el siguiente:

Primera Ponencia : 99 votos

Segunda Ponencia : 14 votos

Abstenciones : 03 votos

4. ACUERDO PLENARIO:

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente: *"Resulta imprescindible que la sala superior en grado de apelación, no obstante haber confirmado la sentencia que declaró infundada la demanda de tenencia, integre de oficio un régimen de visitas para el progenitor que no ostenta la tenencia y custodia fáctica de la niña, niño y/o adolescente, toda vez que dicho problema familiar no puede quedar sin resolver, al afectar el derecho del niño, niña y/o adolescente, a mantener relaciones personales con el progenitor del cual se encuentra separado".*

TEMA N° 4

LIQUIDACIÓN DE BIENES SOCIALES

DETERMINACIÓN DEL PERIODO DE FENECIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES SI SE AMPARA LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSAL BAJO EL SISTEMA «DIVORCIO SANCIÓN» Y SE AMPARA LA RECONVENCIÓN DE DIVORCIO, ENMARCADO EN EL SISTEMA «DIVORCIO REMEDIO» O VICEVERSA, SI LAS FECHAS DE FENECIMIENTO SON DISTINTOS

¿Cuál es el criterio que debe adoptar el juez, para determ

inar el periodo de liquidación de bienes de la sociedad de gananciales si se amparan pretensiones de divorcio, vía acción y reconvención, enmarcadas en las

sales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», si las mismas son contradictorias, si no hay norma que lo aclare?

Primera ponencia

En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente».

Segundo ponencia

En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, en ejecución de sentencia, la parte a la que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente», debe elegir el periodo a liquidarse.

Fundamentos

Primera ponencia

En principio, es de considerar que la liquidación de los bienes sociales se realiza en ejecución de sentencia y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 319°, modificado por Ley n.° 27495, y siguientes del Código Civil; que, conforme lo prescribe la mencionada norma:

> «Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Artículo 333, la sociedad de

gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho […]».

En el caso de ampararse dos o más causales de separación de cuerpos y divorcio, regulados bajo los sistemas de «divorcio sanción» y «divorcio remedio» con periodos distintos de liquidación, vía acción y reconvención, corresponde determinar cuál de los periodos a liquidar prevalece para realizar la liquidación de bienes gananciales, si no hay norma que lo aclare[2].

Sobre el particular, el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado prescribe, como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, «El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario», lo que obliga al órgano jurisdiccional crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, consagrada también en el inciso 3 del citado dispositivo constitucional. Sobre este aspecto, se considera que si, en un caso concreto, se determina en sentencia que el mismo cónyuge tiene la calidad de «cónyuge inocente» y «cónyuge perjudicado», la liquidación de bienes sociales debe realizarse por el periodo más favorable a este cónyuge, estando a la facultad tuitiva del juez en los procesos de familia, donde una de las partes es notoriamente débil.

Segunda ponencia

Si bien las normas jurídicas referidos al derecho de familia están inspiradas en la cláusula del Estado democrático y social de derecho, esto es un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad, sin embargo las relaciones derivadas del vínculo conyugal son tratadas como relaciones privadas que dejan librada a las partes la disponibilidad del proceso; razón por

[2] Al respecto es de acotar que el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Ayacucho en julio de 2019, ha concluido que, si se ampara las causales enmarcadas dentro de las doctrinas de «divorcio sanción» y «divorcio remedio», «el juez debe emitir pronunciamiento respecto de las consecuencias jurídico económica del divorcio así declarado, en cada caso, a fin de brindar una decisión fundada en la realidad de los hechos».

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

la cual, en un proceso de divorcio, si en una misma parte recaen las calidades de «cónyuge perjudicado» y «conyugue inocente», es este quien en ejecución de sentencia debe elegir el periodo a liquidarse, toda vez que son las partes, con conocimiento del patrimonio adquirido durante la vigencia del matrimonio, las que pueden determinar qué periodo le genera mayor beneficio.

1. GRUPOS DE TRABAJO: En este estado, la doctora Nancy Coronel Aquino, presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, en la sesión plenaria virtual concedió el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de dar lectura a las votaciones finales arribadas en los trabajos de talleres, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: La señora relatora Dra. Nilza Villón Ángeles, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de nueve (09) votos por la primera ponencia, dos (02) votos por la segunda ponencia y un (01) voto por la abstención, manifestando que, “En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente»”.

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Edgar Martínez Osco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de ocho (08) votos por la primera ponencia, cero (0) votos por la segunda ponencia y cuatro (04) votos por la abstención, estableciendo que, “En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente»”.

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Jacinto Arnaldo Cama Quispe, sostuvo que su grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de doce (12) votos, indicando que "En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente»".

Grupo N° 04: El señor relator Dr. Javier Herrera Villar, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de doce (12) votos por la primera ponencia y dos (02) votos por la segunda ponencia, indicando que, "Cuando se amparen pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte en la que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente», con arreglo a lo dispuesto por el artículo 319 del Código Civil, modificado por la Ley n°. 27495; asimismo, el artículo 139, inciso 8, de la Constitución, que establece el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo aplicarse los principios generales del Derecho, lo que determina que los órganos jurisdiccionales creen el derecho pertinente, a efecto de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, previsto en el inciso 3 del mencionado artículo constitucional, lo que conlleva a que la liquidación de bienes sociales debe realizarse por el periodo más favorable, estando a la facultad tuitiva del Juez, que en los procesos de familia, una de las partes es la más débil".

Grupo N° 05: El señor relator Dr. Gastón Adrianzén García, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de siete (07) votos por la primera ponencia, cero (0) votos por la segunda ponencia y dos (02) votos por la abstención, estableciendo que, "El Juez debe proteger a la parte perjudicada, la que ha sufrido el daño pues sería una forma

de reparar el daño causado, tanto más, si viene a ser la parte más débil".

Grupo N° 06: La señora relatora Dra. Rosa Juárez Ticona, sostuvo que su grupo **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de diez (10) votos por la primera ponencia y cero (0) votos por la segunda ponencia y dos (02) votos por la abstención, manifestando que, "En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente»".

Grupo N° 07: El señor relator Dr. Alejandro Aquije Orosco, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de ocho (08) votos por la primera ponencia, cero (0) votos por la segunda ponencia y cuatro (04) votos por la abstención, indicando que, "En aplicación de lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil, y lo establecido en el Tercer Pleno Casatorio de Civil y Familia, que permite flexibilizar ciertos principios y derechos relacionados a temas de familia; se debe amparar al cónyuge que ha sido afectado, en consecuencia es éste, quien debería pedir la liquidación de gananciales que le resulte más favorable".

Grupo N° 08: La señora relatora Dra. Elcira Farfán Quispe, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de nueve (09) votos por la primera ponencia, cero (0) votos por la segunda ponencia y un (01) voto por la abstención, señalando que, "Se puede determinar que la jurisprudencia en el tema de Divorcio de Sanción y Divorcio Remedio es homogéneo, al señalar que no es incompatible el pronunciamiento por parte de los órganos de justicia en los procesos de un Divorcio Sanción y a la vez de un Divorcio Remedio, teniendo en cuenta la relación del cónyuge perjudicado con la fecha del fenecimiento de la Sociedad de Gananciales busca garantizar como principio primordial la elección de la causal más

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

favorable al cónyuge perjudicado".

Grupo N° 09: La señora relatora Dra. Susana Mendoza Caballero, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de siete (07) votos por la primera ponencia, dos (02) votos por la segunda ponencia y un (01) voto por la abstención, advirtiendo que, "En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y/o «cónyuge inocente»".

Grupo N° 10: La señora relatora Dra. Graciela Llanos Chávez, sostuvo que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere **a la primera ponencia**. Siendo un total de nueve (09) votos por la primera ponencia, cero (0) votos por la segunda ponencia y tres (03) votos por la abstención, manifestando que, "Se concluye que en caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente»; situación que corresponde determinar al juez del proceso en atención a su vasto conocimiento sobre la especialidad, debiendo tenerse en cuenta el principio de socialización del proceso en estos casos de divorcio".

2. DEBATE: Luego de la lectura de las conclusiones finales de los diez (10) grupos de trabajo, la presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. VOTACIÓN: La presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios y directora de debates, doctora Nancy Coronel Aquino da lectura del conteo de la votación proyectada en cuadro estratégico en el desarrollo de la sesión plenaria virtual, realizada por los diez (10) grupos de trabajo y con las precisiones y/o aclaraciones que se hicieron en su intervención, el resultado es el siguiente:

Primera Ponencia : 91 votos
Segunda Ponencia : 06 votos
Abstenciones : 18 votos

4. ACUERDO PLENARIO:

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente: *"En caso de ampararse pretensiones contradictorias de divorcio enmarcadas en las causales de los sistemas «divorcio sanción» y «divorcio remedio», vía acción y reconvención, debe prevalecer el periodo más favorable a la parte que recayó la condición de «cónyuge perjudicado» y «cónyuge inocente»".*

28 de mayo de 2021
S. S.
NANCY CORONEL AQUINO
PÉRCIDA DAMARIS LUJÁN ZUASNÁBAR

Firma Digital
Firmado digitalmente por CORONEL AQUINO Nancy FAU 20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.09.2021 11:15:50 -05:00

Firma Digital
Firmado digitalmente por LUJAN ZUASNABAR Percida Damaris FAU 20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 03.09.2021 12:27:39 -05:00

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SEVERIANO CÁSTULO ROJAS DÍAZ

RODOLFO SÓCRATES NAJAR PINEDA

Firmado digitalmente por NAJAR PINEDA Rodolfo Socrates FAU 20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 06.09.2021 16:06:15 -05:00

TULLIO DEIFILIO BERMEO TURCHI

Firmado digitalmente por NAJAR PINEDA Rodolfo Socrates FAU 20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 07.09.2021 16:50:03 -05:00

Firmado digitalmente por BERMEO TURCHI Tullio Deifilio FAU 20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 03.11.2021 10:30:27 -05:00

2022 / J24 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 00177-2022-PA/TC · Áncash

Caducidad de adulterio y control de motivación

Tribunal Constitucional · 31 de agosto de 2022

Localización: Fundamentos 6-8 y fallo

1. Decisión y alcance

Demanda de amparo improcedente. El Tribunal no objeta la motivación del auto cuestionado sobre la excepción de caducidad.

2. Análisis jurídico

La justicia ordinaria aplicó el plazo de cinco años al no acreditarse fecha cierta de conocimiento del adulterio. El Tribunal examina la justificación de ese auto, no dicta una sentencia general de divorcio por adulterio.

3. Aplicación y contraste

El contraste con la Casación 3475-2014 depende de la prueba sobre conocimiento. Una ficha útil debe distinguir fecha del hecho, nacimiento, conocimiento y presentación de la reconvención.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 139-142, contextualiza el amparo contra decisiones judiciales de familia; la aplicación a este expediente posterior es editorial.

5. Límites de utilización

No elimina el plazo de seis meses del artículo 339 ni autoriza elegir libremente entre ambos plazos. Su resultado es de improcedencia constitucional.

Ficha redactada en el marco de la edición original. Conserva la referencia D4 y remite al final del tomo.

Firmado digitalmente por: MORALES SARAVIA Francisco Humberto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 28/09/2022 15:45:50-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 274/2022

EXP. N.° 00177-2022-PA/TC
ÁNCASH
JAIME LEONCIO GONZALES CABALLERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de agosto de 2022, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Morales Saravia y Domínguez Haro, quienes participaron en la audiencia pública, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jaime Leoncio Gonzales Caballero contra la resolución de fojas 219, de 21 de setiembre de 2021, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que declaró improcedente su demanda de amparo.

ANTECEDENTES

Firmado digitalmente por: GUTIERREZ TICSE Luis Gustavo FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 17/10/2022 15:43:30-0500

Mediante escrito presentado el 14 de diciembre de 2020 (f. 156) —subsanado el 16 de febrero de 2021 (f. 182)—, el recurrente promovió el presente amparo en contra de los jueces del Juzgado de Familia Transitoria de Huaraz y de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash, cuestionando lo siguiente: (i) Resolución 4, de 14 de agosto de 2019 (f. 128), que declaró infundada su excepción de caducidad; y (ii) Resolución 8, de 20 de mayo de 2020 (f. 144), que confirmó la Resolución 4 (Expediente 2024-2018).

En líneas generales, el recurrente denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Así, sostiene que el 1 de agosto de 2018 promovió en contra de doña Marivel Mariela Campoblanco Gamarra un proceso de divorcio por las causales de imposibilidad de hacer vida en común y separación de hecho por más de dos años. En la contestación, la demandada reconvino por la causal de adulterio y narró que se enteró de la infidelidad el 7 de noviembre de 2015. Por lo alegado, dedujo la excepción de caducidad, toda vez que del 7 de noviembre de 2015 al 28 de setiembre de 2018, fecha en que formuló la reconvención, había transcurrido en exceso el plazo de seis meses señalado en el artículo 339 del Código Civil. Sin embargo, su excepción fue desestimada porque, sin justificación, no se le aplicó el primer plazo de caducidad de seis meses desde el conocimiento del adulterio, sino el segundo, de cinco años de producido el adulterio, pese a que la reconviniente afirmó que estaba

Firmado digitalmente por: ALCANTARA TORRES Rubi Stefanny FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 18/10/2022 09:24:08-0500

Firmado digitalmente por: DOMINGUEZ HARO Helder FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 30/09/2022 19:52:19-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

enterada del adulterio desde el 7 de noviembre de 2015.

El Primer Juzgado Especializado Civil de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Áncash, a través de la Resolución 2, de fecha 2 de marzo de 2021 (f. 185), declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo ha sido promovido con la finalidad de reexaminar lo decidido en el proceso subyacente en torno a su excepción de caducidad.

A su turno, la Primera Sala Civil del mismo distrito judicial, mediante la Resolución 5, de 21 de setiembre de 2021 (f. 219), confirmó la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La parte recurrente interpone demanda de amparo con el objeto de que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones judiciales: (i) Resolución 4, de 14 de agosto de 2019, emitida por el juez del Juzgado de Familia Transitoria de Huaraz (f. 128), que declaró infundada su excepción de caducidad; y (ii) Resolución 8, de 20 de mayo de 2020, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash (f. 144), que confirmó la Resolución 4 (Expediente 2024-2018).

2. En tal sentido, alegan la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

§2. Sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

3. Este Tribunal ha sido constante al señalar que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen las razones que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (sentencia emitida en el Expediente 01230-2002-HC/TC, F.J. 11). De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cuanto como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (sentencia emitida en el Expediente 08125-2005-PHC/TC, F.J. 10).

4. La motivación debida de una resolución judicial supone la presencia de ciertos elementos mínimos en la presentación que el juez hace de las razones que permiten sustentar la decisión adoptada. En primer lugar, la coherencia interna, como un elemento que permite verificar si aquello que se decide se deriva de las premisas establecidas por el propio juez en su fundamentación. En segundo lugar, la justificación de las premisas externas, como un elemento que permite apreciar si las afirmaciones sobre hechos y sobre el Derecho hechas por el juez se encuentran debidamente sustentadas en el material normativo y en las pruebas presentadas por el juez en su resolución. En tercer lugar, la suficiencia, como un elemento que permite apreciar si el juez ha brindado las razones que sustenten lo decidido en función de los problemas relevantes determinados por el juez y necesarios para la solución del caso. En cuarto lugar, la congruencia, como un elemento que permite observar si las razones expuestas responden a los argumentos planteados por las partes. Finalmente, la cualificación especial, como un elemento que permite apreciar si las razones especiales que se requieren para la adopción de determinada decisión se encuentran expuestas en la resolución judicial en cuestión (sentencia emitida en el Expediente 00728-2008-PHC/TC, F.J. 7).

§3. Análisis del caso concreto

5. En el presente caso, el petitorio de la demanda se encuentra referido a cuestionar el auto de fecha 14 de agosto de 2019 y su confirmatoria superior, de fecha 20 de mayo de 2020, que desestimaron la excepción de caducidad deducida por el recurrente en la reconvención formulada por su cónyuge doña Marivel Mariela Campoblanco Gamarra, relativa a la causal de adulterio. No obstante, los hechos que sustentan el petitorio no dan cuenta de un vicio de motivación en cualquiera de sus modalidades, sino que revelan que las razones expresadas por los órganos jurisdiccionales para aplicar al litigio subyacente el plazo de caducidad de cinco años, computado desde la ocurrencia del adulterio, no son de recibo por el recurrente para considerarlas como una debida justificación. En efecto, él insiste en que la reconviniente afirmó que conoció el adulterio; por tanto, debió aplicarse el plazo de seis meses, pues este se computa desde el conocimiento del adulterio, rechazando

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la aplicación del plazo más dilatado solo porque no le resulta conveniente.

6. Siendo ello así, cabe citar lo expresado sobre esta cuestión en el auto de vista cuestionado, a través del cual se ratifica la decisión del órgano de primer grado o instancia de aplicar el plazo de cinco años y no el de seis meses:

> **CUARTO:** En términos generales se entiende por adulterio (artículo 333.1 del Código Civil) la **unión sexual** de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello, de una **unión sexual** extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos. A efectos de la separación personal o el divorcio, el adulterio no queda tipificado de modo distinto para la mujer y para el marido. El adulterio se configura con el simple **acto sexual fuera del matrimonio**, sea ocasional o permanente. Esta causal requiere la prueba de las **relaciones sexuales** extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre, por ejemplo, con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de este, la prueba del concubinato público, etc. En todo caso, si ellas no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán para configurar la causal de injurias graves, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso.
> **OCTAVO:** De la revisión de la partida de nacimiento obrante de fojas ciento noventa y tres de autos, la menor de iniciales E.I.G.I. nació el catorce de agosto del año dos mil diecisiete, por lo que el adulterio se produjo aproximadamente nueve meses antes de dicha fecha (noviembre del dos mil dieciséis),y habiendo la demandada reconvenido con fecha veintiocho de setiembre del dos mil dieciocho, no habría transcurrido aún los cinco años de producido el adulterio conforme lo establece el artículo 339 del Código Civil, por lo que al no haberse acreditado la fecha cierta en la que se tomó conocimiento del adulterio cometido por el demandante/reconvenido es factible la aplicación del plazo de cinco años para contabilizar el plazo de caducidad.

7. Así las cosas, desde el punto de vista del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ninguna objeción cabe realizar sobre el auto de vista cuestionado, pues los órganos jurisdiccionales demandados expusieron las razones de su decisión, esto es, analizaron la causal materia de reconvención y los alegatos del reconvenido y, tras dicho análisis, concluyeron que debe aplicarse el plazo de caducidad de cinco años, esto es, porque antes del nacimiento de la hija extramatrimonial la reconviniente no podía demostrar dicha causal aunque la conociera.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. En consecuencia, la demanda de autos incurre en la causal de improcedencia contemplada en el artículo 5, numeral 1, del pretérito Código Procesal Constitucional —aplicable al presente amparo por razón de temporalidad—, ahora recogido en el artículo 7, numeral 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional, vigente desde el 24 de julio de 2021.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GUTIÉRREZ TICSE
MORALES SARAVIA
DOMÍNGUEZ HARO

PONENTE MORALES SARAVIA

2024 / J25 / COMENTARIO JURÍDICO

Casación 2439-2019 · Loreto

Separación de hecho y reconvención por adulterio

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 18 de abril de 2024

Localización: Fundamentos 4.34-4.36 y decisión

1. Decisión y alcance

Recurso infundado. Se mantiene la sentencia de vista que consideró innecesario pronunciarse sobre adulterio al estimar la separación de hecho.

2. Análisis jurídico

La Sala entiende que la ruptura consolidada permite el divorcio remedio y evita prolongar el conflicto mediante la discusión sancionadora. El criterio tiene importancia porque las causales pueden generar consecuencias patrimoniales diferentes; por ello merece examen crítico y no una aplicación meramente nominal.

3. Aplicación y contraste

La investigación debe confrontarlo con el tema 4 del Pleno de 2021, que parte de la coexistencia de causales amparadas. También debe identificar qué pretensiones accesorias subsisten y qué respuesta reciben.

4. Conexión doctrinal

D2, pp. 208-209, diferencia los regímenes indemnizatorios de los artículos 345-A y 351. Esa distinción permite plantear la relevancia patrimonial del contraste.

5. Límites de utilización

Casación individual, no pleno casatorio. No se afirma que haya derogado el acuerdo de 2021 ni que todas las salas adopten una posición uniforme.

Copia Jurídica. Prohibida su reproducción comercial no autorizada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

TÍTULO: *"Divorcio por separación de hecho"*
SUMILLA: *"Ante el hecho que demuestra, que los cónyuges están separados completamente, no existe duda de que quieren cumplir con la finalidad del matrimonio, por lo que, sino de los plazos para separación de hecho (2 años si no tienen hijos o 4 si los tienen) y alguno de ellos demandado divorcio por separación de hecho (divorcio remedio), queda inhibida la jurisdicción para pronunciarse por la causal de divorcio sanción propuesta por el demandado reconviniente; en ese sentido, se cierra el margen de discusión respecto a otras causales de divorcio, porque el divorcio remedio elimina cualquiera de las circunstancias que el divorcio sanción pudiera ocasionar, evitando un mayor deterioro de aquellas relaciones familiares que han surgido durante la vigencia del matrimonio, en atención al deber - derecho de protección a la familia; a menos que la pretensión de divorcio por separación de hecho sea infundada, en este último supuesto, sí correspondería analizar la otra causal invocada, que no es el caso de autos, por lo que, no corresponde emitir pronunciamiento respecto a la pretensión de divorcio por causal de adulterio propuesta por el demandado".*
TRES PALABRAS CLAVES: *Separación de hecho – Adulterio – Deber-derecho de protección a la familia.*

Lima, 18 de abril de 2024.-

El 26 de enero de 2023 se creó la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, por mandato de la Resolución Administrativa N.º 000056-2023-CE-PJ, en funciones a partir del 1 de junio de 2023.

Recibida la resolución en cumplimiento a lo ordenado en la Resolución Administrativa N.º 000010-2023-SP-SC-PJ, y a través del Oficio N.º 050-2023-SCTP-CS-PJ de la Sala Civil Permanente, el cual comunica que la entrega de los expedientes será efectuada por el jefe de mesa de partes.

Posteriormente, mediante la Resolución Administrativa N.º 2 del 9 de junio de 2023, emitido por el Presidente de la Sala Civil Transitoria resolvió disponer la recepción de todos los expedientes remitidos por la Sala Civil Permanente, aun cuando no cumplan con los lineamientos establecidos en el Oficio Múltiple N.º 001-2023-EBO-SCT-SC-PJ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; con el expediente físico, **VISTA** la causa dos mil cuatrocientos treinta y nueve, guion, dos mil diecinueve, LORETO, llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado **Jaime Serafín Vásquez Saavedra** (en adelante '***demandado***'), mediante escrito presentado el 03 de diciembre de 2018[1] contra la **Sentencia de Vista** resolución N.º 53, de fecha 20 de junio de 2018[2], que confirmó **en parte** la **Sentencia apelada** de fecha 02 de diciembre de 2013[3], que declaró **fundada la demanda** sobre divorcio por causal de separación de hecho e **infundada la reconvención** en la pretensión de divorcio por causal de adulterio; con lo demás que contiene.

II. CAUSALES DEL RECURSO:

Mediante resolución de fecha 7 de junio de 2019, in[illegible] el recurso de casación[4], este Tribunal Supremo declaró procedente el recurso interpuesto por el ***demandado*** por las siguientes causales:

i) Infracción normativa de los artículos I y VII del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil.
ii) Infracción normativa del artículo 333, numeral del Código Civil.
iii) Apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio (Casación N° 4664-2010-Puno).

[1] Fojas 55-67 del cuaderno de casación
[2] Fojas 42-52 del cuaderno de casación
[3] Fojas 22-41 del cuaderno de casación
[4] Fojas 71-74 del cuaderno de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

En ese sentido, corresponde a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas causales, teniendo en cuenta que el recurso de casación tiene como fines la correcta aplicación del derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil; y,

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Antecedentes del proceso.

A fin de contextualizar el análisis y respuesta judicial a las causales declaradas procedentes, este Supremo Colegiado considera oportuno dar cuenta de los antecedentes del proceso en la forma siguiente:

1.1 Demanda[5]:

Con fecha 4 de diciembre de 2008, Zoila Edelmira Vásquez Valdivia (en adelante ‘***demandante***’) interpone demanda de divorcio por causal de separación de hecho; asimismo, solicitó la patria potestad y alimentos para su menor hijo, así como la separación de bienes gananciales a fin de que se inscriba en el asiento de la partida electrónica P12013737 de la Zona Registral IV-sede Iquitos, se transfiera de manera equitativa en partes iguales a favor de sus tres hijos procreados con el demandado Jack Serafín Vásquez Saavedra que figura en el asiento de la partida electrónica P12013737 de la Zona Registral IV-sede Iquitos, se transfiera de manera equitativa en partes iguales a favor de sus tres hijos procreados con el demandado Jack Serafín Vásquez Saavedra.

Invoca como sustento de su pretensión lo siguiente:

a. Con fecha 9 de agosto de 1986 contrajo matrimonio civil con el ***demandado*** ante la Municipalidad Provincial de Maynas, fruto de dicha unión conyugal, procrearon tres hijos llamados Mayra Josefa, Zoila Luz y Antony Jack Vásquez Valdivia. Durante la vigencia del matrimonio gozaron de unión familiar, situación que cambió para convertirse en una relación conyugal insoportable por la conducta violenta del ***demandado*** a

[5] Fojas 20-24 del expediente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

de Familia (Exp. N° violencia familiar ante el Juzga
2003-01789-42-1903-JR-FA-01).

b. El 7 de enero de 2004 interpuso denuncia policial a Mujeres, debido a que el demandado no le permitió ingresar a su domicilio conyugal, fecha desde la cual dejó de convivir con a vivir a la casa de su hermano Percy Valdivia Isuiza y luego en casa alquilada.

c. La parte actora pretensión de tenencia por la persona que ha sido siempre quien ha estado bajo su cuidado p oportunidades ha requerido al demandado apoyo económico para que cubra los gastos de su hijo, alimentación y otras necesidades especiales que no ha cumplido íntegramente a p persona solvente económicamente, ya que como ingeniero independiente percibe una remuneración mensual de S/ 2,000.00, por ello solicita se fijen alimentos a favor de su menor hijo, para que se pensión mensual y adelantada de S/ 500.00.

1.2 Contestación de demanda por el Ministerio Público[6]:

Por escrito presentado el 28 de enero de 2009, la Primera Fiscalía Provincial de Familia de Maynas se apersonó al proceso y contestó la demanda, indicando que se tenga en cuenta el interés superior del niño y que las pruebas que se actúen durante

1.3 Contestación de demanda y reconvención:

El *demandado* se apersona al proceso contesta la demanda y recon mediante escrito de fecha 28 de abril de 2009[7] y el escrito de subsanación de fecha 28 de mayo de 2009[8], señalando:

[6] Fojas 35 del expediente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

a) Sobre la contestación de demanda:

demandante son falsas, puesto que el día 6 de enero de 2004 hizo abandono injustificado del hogar conyugal, llevando consigo sus pertenencias personales y a su menor hijo Anthony Jackfranco Vásquez Valdivia sin autorización. Cumple con pagar mensualmente la pensión alimenticia de su menor hijo en un Centro Preuniversitario, así como otros gastos ordinarios y necesarios que requiere; no es cierto que perciba S/ 2,000.00 mensuales como trabajador independiente, ya que sus ingresos están destinados a cubrir las necesidades de sus hijos y su propia subsistencia, y que nunca desatendió su obligación paterno-filial al mantener relación directa

b) Reconvención de divorcio por causal de adulterio

demandante al hacer abandono injustificado del hogar conyugal, quebró en definitiva la relación marital que ejercieron por 19 años. Luego de ocurrido tal hecho, la ***demandante*** fue sorprendida por el recurrente en un hostal ubicado en la ciudad de Iquitos, ingresando con otra persona de sexo masculino, para acreditar y dejar constancia de dicho hecho extraño, el recurrente presentó una denuncia ante la Comisaría de Iquitos el día 7 de enero de 2004, por constituir una violación al deber de fidelidad.

Su sospecha de adulterio lo confirmó en marzo de 20 ***demandante*** había concebido un hijo fuera del hogar conyugal con otra persona, pese a mantenerse vigente su vínculo matrimonial, porque el adulterio está probado, a lo que añad abstención, por lo tanto, no lo perdonó, tampoco hubo coh

[7] Fojas 68-90 del expediente.
[8] Fojas 108-109 del expediente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

fecha que la ***demandante*** hizo el abandono de hogar conyugal hasta que conoció del adulterio, es así que ha perdido los ga

1.4. Contestación de reconvención[9]:

Demandante absuelve la reconvención rechazando la conducta adultera que se le atribuye, pues su matrimonio se quebró por culpa del demandado, quien generó un amb hacía insoportable la vida en común. A fin de salva ella y sus hijos, denunció al demandado ante el Juzgado de Familia que emitió la resolución N° 1 de fecha 26 de enero de 2004, dispo niendo que el demandado cese en forma inmediata los maltratos físicos y psicológicos.

Sostiene que el demandado pretende demostrar que e abandonó el hogar conyugal, cuando fue él quien la expulsó d dejarla entrar a su domicilio, situación que le obligó ir a vivir a la casa de su madre, asimismo, pretende hacer creer que la Consta de fecha 12 de enero de 2004, cuando el acta de fecha 26 de enero de 2004 es la que obra en autos y prueba lo dicho por la demandante.

Refiere que el demandado, quien p adulterio con un supuesto almuerzo con un extraño y con la partida de nacimiento de su hijo Roberto Paulo Vizcardo Valdivia[10] de 2 años de edad, pretende acreditar la existencia de un hijo extramatrimonial, cuando la concepción de dicho menor data de fecha anterior a la fecha en que el demandado la expulsó del hogar conyugal, es decir, después de tres años de haberse casado.

1.5. Sentencia de primera instancia[11]:

[9] Fojas 127-134 del expediente.
[10] Nacido el 6 de junio de 2007
[11] Fojas 417-436 del expediente. Anteriormente, se emitió: **(i)** resolución N° 18 de fecha 15 de noviembre de 2010 de fojas 185-195) que declaró improcedente la demanda de divorcio por causal de separación de hecho y fundada la reconvención sobre divorcio por causal de adulterio; **ii)** Sentencia de vista (**Resolución N° 21 del 8 de agosto de 2011** de fojas 231-233), que anuló la sentencia apelada, porque no le es exigible a la demandante la obligación de acreditar encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, no existir mandado judicial o acuerdo entre las partes que lo obligue al pago por tal concepto; **iii)** Resolución N° 25 de fecha 30 de mayo de 2012 de fojas 276-286)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Mediante resolución N°38 de fecha 6 de noviembre de 2013, el Primer Juzgado de Familia de Maynas de la Corte Superior de Justicia de Loreto, declara **fundada** la demanda de divorcio por causal de separación de hecho e **infundada** la reconvención de la demanda sobre divorcio por causal de adulterio; disuelto el vínculo matrimonial contraído por los cónyuges el 9 de agosto de 1986 ante el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Maynas, inscrito en el Registro de la sociedad de gananciales a partir del 7 de enero de 2004, con la pretensión accesoria, respecto a los alimentos, régimen de patria potestad, tenencia, régimen de visitas y custodia; no dispone indemnización para las partes.

El juez de primera instancia, sostiene que la separación de hecho ha sido acreditada por las partes, quienes tienen distinto domicilio. Al haberse establecido el alejamiento de los cónyuges desde el 7 de enero de 2004 hasta la fecha de interposición de la demanda, 4 de diciembre de 2008, ha transcurrido más de 4 años, tiempo suficiente para acreditar, la existencia del hijos menores de edad, en consecuencia, la falta de voluntad de los cónyuges de continuar con el matrimonio, es decir, no reanudar la convivencia poniendo fin a la vida en común, ampara la demanda.

Respecto a la causal de adulterio, se tomó en cuenta la declaración asimilada del demandado sobre los reclamos diarios y constantes efectuados a su cónyuge que tornaron la vida insoportable; así como su falta de coherencia narrativa en diversos actos procesales, para desestimar dicha causal.

---

que declaró improcedente la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho y fundada la reconvención sobre divorcio por causal de adulterio; **iv) Resolución N°34 del 14 de junio de 2013** de fojas 337-341) que declaró nula la sentencia apelada, por ausencia de motivación; **v)** sentencia de primera instancia (N°38 de fecha 6 de noviembre de 2013 de fojas 417-436 (materia de apelación) que declaró fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, infundada la reconvención sobre divorcio por causal de adulterio; **vi) Resolución N°49 del 30 de junio de 2015** de fojas 504-514) que declaró nula la sentencia apelada, revocó la sentencia en el extremo de los alimentos, y reformando otorgó pensión alimenticia mensual y adelanta de S/ 250.00 a favor del alimentista y confirmó en lo demás que contiene la sentencia. **vii)** Decisión que fue anulada por Casación N° 2021-2016- Loreto de fecha 12 de mayo de 2017 (fojas 570-582), a fin que se evalúe si la sospecha o conocimiento de un acto de infidelidad tiene como consecuencia la existencia del consentimiento por parte del ofendido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Por último, debido a que el hijo menor de la relación conyugal adquirió la mayoría de edad, el ya no analiza las pretensiones acumuladas de régimen de visitas, tenencia, patria potestad, ni sobre los alimentos para la actora por haber renunciado. Declara fenecida la sociedad conyugal desde la fecha que se produjo la separación de hecho y el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges; sin concepto de reparación por daño moral.

1.6. Sentencia de Vista[12]**:**

Mediante resolución de fecha 20 de junio de 2018, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, **confirma en parte la sentencia** de primera instancia de divorcio por causal de separación de hecho, infundada la reconvención por causal de adulterio, alimentos, régimen de visitas respecto a las pretensiones de patria potestad, tenencia, custodia y régimen de visitas por sustracción de la madre, y declara improcedente por adquirida mayoría de edad el hijo, y demás que contiene.

Argumenta el Colegiado Superior, que el demandado cuestiona la causal de separación de hecho señalando que no se habría tomado en cuenta el nacimiento del menor Roberto Paulo Vizcardo Valdivia, hijo de la relación extramatrimonial habida entre la demandante y un hombre distinto al cónyuge.

Sobre el particular, en la Sentencia de Vista se señala que la demandante ha admitido tener un hijo producto de su relación extramatrimonial con persona distinta al marido, la separación de hecho se ha producido el 7 de enero de 2004, es decir, cuando el menor ya había nacido, y que si bien existe prueba de la infidelidad de la cónyuge con el acta de nacimiento del menor, no existe medio de prueba de que

[12] Fojas 592-602 del expediente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

el demandado no haya conocido del nacimiento del hijo extramatrimonial de la demandante, [13], el demandado tiene conocimiento que a las 22:00 horas del día 6 de enero de 2014 sorprendió a su esposa, la demandante Zoila Valdivia Cachay, en el interior de su casa en Atahualpa/Grau, ingiriendo licor con su pareja sentimental, siendo la primera vez y que a partir de esa fecha, como lo aseveró al contestar la demanda, tiene conocimiento de la relación extramatrimonial que sostiene la demandante con su pareja antes del abandono de hogar, que podía tener como resultado la procreación de un hijo; por ende, no puede alegarse el adulterio, debido a que la ley ha establecido plazos para interponer la demanda por dicha causal; sin embargo, el demandado plantea reconvención cuando ésta ya había caducado.

La sentencia de vista confirma también la decisión de primera instancia que declaró infundada la demanda de tenencia, sobre la pretensión de alimentos, al advertir que se ha producido la sustracción de la materia debido a que el alimentista ha superado la mayoría de edad, y en el extremo que declaró infundada la demanda de separación de hecho, invocando lo establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil, alega que no procede otorgar indemnización a ninguno de los cónyuges al no haberlo peticionado ni apelado; asimismo, refiere que no procede ordenar la liquidación de la sociedad de gananciales debido a que el bien adquirido dentro del matrimonio vía ejecución.

SEGUNDO: Delimitación del objeto de pronunciamiento.

Reseñado los antecedentes del proceso, corresponde analizar las causales de casación declaradas procedentes[14], por ello la presente resolución debe circunscribirse en delimitar si la Sentencia de Vista ha incurrido en la **infracción normativa procesal de los artículos I y VII del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil; la infracción normativa material del artículo 333, numeral 1 del Código Civil y el apartamiento inmotivado del Tercer Pleno Casatorio (Casación N°4664-2010-Puno)** .

[13] fojas 54
[14] Mediante resolución de fecha 7 de junio de 2019 (Fojas 74), se declaró procedente el recurso de casación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

TERCERO. Análisis de las causales procesales invocadas

3.1. Consideraciones previas a tener en cuenta

a. Antes de ingresar al análisis de los argumentos expuestos en el recurso, corresponde efectuar algunas precisiones normativas relacionadas a la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso en la aplicación del derecho y valoración probatoria. Sobre el particular, es de señalar que, *"(…) la* ***tutela judicial efectiva*** *supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que engloba todo lo concerniente al derecho de la jurisdicción, en el cual se encuentra comprendido el* ***derecho al debido proceso*** *que, en palabras del Tribunal Constitucional, implica la observancia de los derechos fundamentales procesales que forman parte de (…) principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, pues, una doble dimensión: una formal y otra sustantiva. En su faz formal, los principios y reglas que lo integran tienen como finalidad asegurar, entre otras, tales como las que establecen la competencia predeterminada por ley, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, entre otras. En su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión jurisdiccional debe suponer"*[18] (resaltado nuestro).

[15] **Artículo I.-** Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.
[16] **Artículo VII.-** El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.
[17] **Artículo 197**.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.
[18] STC N° 09727-2005-PHC/TC (fundamento 7)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

b. En tal contexto, se puede señalar que la contravención del derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo de un proceso no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace con omisión de la normatividad vigente y aplicable.

c. En ese sentido, la motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia que obliga a los jueces a explicar las razones que permiten arribar a una decisión determinada, lo cual supone la actividad valoradora de los medios probatorios aportados por las partes, a efectos de determinar la existencia o inexistencia de la controversia, actividad que no debe ser entendida en la expresión de meros agregados mecánicos, sino como un juicio de conexión completo por el juzgador para establecer la conexión entre los medios de prueba presentados por las partes y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. La falta de percepción o la omisión de valorar la prueba para el esclarecimiento de los hechos puede generar errores en la logicidad que repercuten en la garantía del debido proceso[19].

d. A lo expuesto, debe agregarse que conforme el Tercer Pleno Casatorio Civil publicado en el diario oficial El Peruano el 03 de noviembre de 2011 (Casación N° 4664-2010-Puno) en los procesos judiciales de naturaleza familiar, los principios de congruencia, preclusión, 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 a los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos** y especialmente cuando se refiere a los niños, **adolescentes**, **a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial** [20] (resaltado nuestro).

[19] Casación N° 2344-20178-Arequipa (segundo considerando)
[20] Tercer Pleno Casatorio Civil (fundamento 17)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

3.2. Posición del recurrente

El demandado señala como argumentos que sustentan las infracciones normativas procesales los siguientes:

a) La sentencia de vista ha inaplicado normas procesales que tienen incidencia directa en la decisión impugnada, la cual se sostiene en una presunción del conocimiento de una prueba adulterina, lo que no constituye razonamiento suficiente para establecer que dicho suceso ocurrió y que el recurrente a partir de allí tenía pleno conocimiento de la infidelidad, incumpliendo lo ordenado por la Corte Suprema al no explicar porque las presunciones debe considerarse como conocimiento efectivo de una infidelidad capaz de encuadrarse en el artículo 333, numeral 1 del Código Civil, pues se requiere de prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, como la partida de nacimiento del menor, desde allí debe computarse el plazo de caducidad.

b) La Sala Superior ha incorporado un conocimiento privado y especulativo de los hechos, al valorar la denuncia de fecha 6 de enero de 2004, la sospecha tiene que ir acompañada con pruebas adicionales que puedan determinar certeza o contundencia la imputación, en este caso no existe prueba alguna que sirva de fundamento, siendo claro que la partida de nacimiento del menor tenido fuera del matrimonio

Pronunciamiento sobre las causales procesales denunciadas

3.3. El recurrente aduce que el razonamiento efectuado por el Colegiado Superior no es suficiente, al ser una apreciación basada en presunciones especulaciones que jurídicamente no justifica si se encuadran en el supuesto de adulterio del artículo 333, numeral 1 del Código Civil,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

sobre el particular, esta Sala Suprema advierte que los argumentos esgrimidos por el recurrente para sustentar infracciones normativas procesales se limitan a exponer su insatisfacción sobre la decisión sustantiva que desestima la causal de adulterio invocada vía reconvención, señalando el momento que a su criterio debe tenerse en cuenta el conocimiento sobre la infidelidad que habría realizado la demandante, [illegible] además la valoración probatoria sosten [illegible] cuenta la partida de nacimiento de demandante.

3.4 Se advierte del fundamento sexto de la sentencia impugnada, que el Colegiado Superior [illegible] si ha tenido en cuenta el acta d [illegible] extramatrimonial de la demandante al sostener que d [illegible] prueba irrefutable de la infidelidad, y respecto al conocimiento de la infidelidad de la actora con varón distinto al marido, la Sala Superior ha tomado como [illegible] la copia certificada de la d [illegible] efectuada por el demandado el 6 de enero de 2004, a propio recurrente[21], siendo lo que sostuvo en dicha fecha, el cual ha [illegible] argumentos vertidos por dicha perso [illegible] demanda respecto al conocimiento que tenía sobre la relación extramatrimonial de su cónyuge antes de la separación de hecho.

3.5 En ese sentido, [illegible] hacer juicio sobre la adecuada [illegible] o interpretación efectuada por la Sala Superior, dicho Colegiado ha hecho uso [illegible] valoración probatoria, teniendo en cuenta inclu [illegible] artículo 221[22] del Código Procesal Civil referida a la declaració [illegible] la causal de infidelidad para arribar a su decisión; por tanto [illegible] normativa procesal en el presente caso no se encuen [illegible]

[21] Fojas 54
[22] **Código Procesal Civil**: *"**Artículo 221.-** Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aun cuando el proceso sea declarado nulo, siempre que la [illegible] del vicio no las afecte de manera directa"*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.° 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

[illegible] lo que se pretende es una valoración [illegible] la estricta manera instaurada para los órganos de sede casatoria. Por estas razones, las infracciones a las normas procesales denunciadas devienen en ***infundadas***.

CUARTO: Análisis de las causales materiales: infracción normativa del artículo 333, numeral 1 del Código Civil y Apartamiento Inmotivado del Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010 -Puno)

4.1. Cuestión sustantiva a dilucidar

Estos casos [illegible] concurrencia simultánea de la separación de hecho como causal de divorcio; de un lado, supuesto del ***divorcio remedio*** la pretensión contenida en la ***demanda***, y, de otro lado, la del adulterio como sup pretendida con motivo de la reconvención.

El problema jurídico a dilucidar consiste en determinar cuál de las dos causales debe prevalecer cuando ambas se encuentran plenamen

4.2 Posición del recurrente

A través de [illegible] el recurrente denuncia infracción normativa del artículo 333, numeral 1 del Código Civil y el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno), expresando como argumentos los que se resumen a continuación:

a) Sí está probado el adulterio de la demandante con la partida de nacimiento de su hijo extramatrimonial, y no ha existido tolerancia o perdón de parte

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

declarar el divorcio por ello, lo que corresponde es de causal de adulterio antes que el divorcio por la separación de hecho.

b) Más aún, si pudiera adulterio, si el plazo de caducidad para demandar el computarse desde la denuncia policial N° 26 efectuada por el demandado el 6 de enero de 2004, pues ello supone que los Jueces presumen, cuando el recurrente conocía de un supuesto a siquiera estaba aún embarazada la demandante como consecuencia de la relación adúltera en que ha incurrido.

c) Los criterios establecidos en el precedente no fueron aplicados por la sala Superior en la sentencia de vista, interpretando erróneamente el artículo 333, numeral 1 del Código Civil.

4.3. Postura de las instancias de mérito

Consideran que, corresponde declarar fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho al cumplirse el supuesto de la demandada y declarar el divorcio por adulterio dado que el demandado reconoció haber incurrido en infidelidad desde el momento en que de la denuncia policial de fecha 7 de enero de 2004, por el hecho de haber sido encontrado en un restaurante, y que esa infidelidad se acreditaría además con la partida de nacimiento extramatrimonial ocurrido el 6 de junio de 2007; precisa la Sala Superior, que el demandado conocía sobre la relación extramatrimonial de la demandada, situación que el mismo demandado reconoció en su declaración como era de esperarse, podía tener conocimiento desde antes de la procreación de un hijo entre ambos (la demandante y persona diferente del esposo), por lo que la demanda de reconvención se habría interpuesto dentro del plazo de caducidad de seis meses previsto en el artículo 339 del Código Civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Sobre la aplicación del plazo de caducidad a la causal de adulterio

4.4 Se debe tener en cuenta que a través de la caducidad se sanciona al interesado con la pérdida del derecho material y el acceso a la justicia, como consecuencia de su inacción por dejar transcurrir el plazo establecido por ley para hacer valer un determinado derecho, inercia que es entendida como una renuncia tácita al interés para obrar.

4.5 El artículo 339 del Código Civil ha establecido que *"la acción basada en el artículo 333, incisos 1, 3, 9 y 10, caduca a los 6 meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los 5 años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida en todos los casos. En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan"*.

4.6 De lo anotado se ha establecido un plazo de caducidad para accionar la causal de separación de hecho en tanto subsistan los motivos que la originan; mientras que el plazo de caducidad a tener en cuenta para la acción de divorcio por causal de adulterio es de 6 meses de conocida la causa por el ofendido y en todo caso a los 5 años de producida, de conformidad con los artículos 333, 339 y 349 del Código Civil, concordado con el artículo 20 del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo que establece que los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario[23].

4.7 En el presente caso, la Sala Superior ha considerado que el plazo de caducidad se inicia desde el 06 de enero de 2004, fecha en la que el demandado ha señalado haber visto a la demandante ingiriendo alimentos en un restaurante con una persona del sexo masculino, por lo que -presume la Sala- desde esa fecha se habría venido produciendo el adulterio, hecho que habría sido visto corroborado, posteriormente, con el nacimiento del hijo extramatrimonial el 06 de junio de 2007, presumiendo aún más los Jueces Superiores, que dicho

[23] Casación N.º 413-2018-Lima (considerando décimo tercero)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

nacimiento habría sido resultado de la presunta relación extramatrimonial de la demandante desde enero de 2004.

[illegible] indicarse que las premisas estab
Superior, carecen de un debido sustento fáctico y jurídico, y no se condicen con lo [illegible] pues aún cuando el demand
de contestación [illegible] visto a la demandante almorza [24],
[illegible] que constituye sustento suficiente
[illegible] demandante se encontraba en una relación
respecto a un hecho tan sensible para el honor y la dignidad como es el adulterio, [illegible] dicha forma de interpretació
"almuerzo" implica que, posteriormente, habría habido un acceso carnal por parte de la demandante con su acompañante de ese momento, constituye un [illegible] que puede configura un estereotipo de
admitir; y, tanto más, si el propio demandado ha precisado en su recurso de casación, que la persona con la que vio a su esposa en ese momento, de nombre Rony Pérez Aguirre, no es el padre del menor hijo extramatrimonial de la [illegible] puede considerarse que e
iniciado en la fecha indicada por la Sala Superior.

[illegible] Sala, señalo que, el demandado Jack Sera
interpuso su reconvención el 28 de abril de 2009[25], en donde afirma haber [illegible] nacimiento del menor hijo d
mes de marzo de 2009, esto es, un mes antes de su reconvención, y, no habiendo medio probatorio que desvirtúe dicha afirmación, debe concluirse que [illegible] transcurrido el plazo
de [illegible] meses que establece el artículo 3
[illegible] con el análisis de las prete
proceso.

[24] A fojas 70.
[25] Por escrito de fojas 68 a 90.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Consideraciones previas a tener en cuenta

4.10 La protección de la familia como derecho constitucional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos co
la Organización de las Naciones Unidas establece que la familia es
el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado[26]. La protección de la familia como derecho fundamental se justifica en función a su propia naturaleza, toda vez que es el lugar en el que toda persona es protegida, obtiene sus primeros aprendizajes, empieza a formar su identidad y desarrolla sus primeras experiencias, que lo prepararán para entrar en contacto con la sociedad, lugar en donde la familia cobra importancia a lo largo de toda su vida, así mismo la importancia de la familia para la sociedad radica en que es el lugar donde se transmiten los valores y tradiciones propias de cada sociedad, es decir, donde se forma y se refuerza la propia identidad social, en ese sentido, la importancia de la familia no radica únicamente en la formación de individuos, sino que ello se extiende a todo el entramado social, y compartimos la responsabilidad de protegerla.

4.11 La protección de la familia como derecho fundamental, se encuentra reconocido además en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"[27], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[28], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[29]. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fornerón e hija vs. Argentina, estableció: *"(…) que el derecho de protección a la familia,*

[26] Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16 numeral 3.
[27] Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José" *"Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y deber ser protegida por la sociedad y el Estado"*.
[28] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"*
[29] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *"Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder la más amplia protección y asistencia a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más ´amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos.a su cargo"*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"[30].

4.12 La familia es una institución social y espontánea, donde sus integrantes están unidos por lazos afectivos, se procuran cuidados mutuos y comparten responsabilidades para su sostenimiento. Ciertamente, su importancia trasciende al individuo y se consagra como célula básica de la sociedad[31], en ese sentido, tal como lo señala en nuestro país el Tribunal Constitucional, en la STC N° 06572-2006-PA/TC[32], diversos países de la región han reconocido su protección como un derecho constitucional, por considerar a la familia como *"núcleo fundamental de la sociedad"*[33], *"elemento natural y fundamento de la sociedad"*[34], *"fundamento de la sociedad"*[35], *"célula fundamental natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas"*[36], *"base de la sociedad"*[37], *"célula fundamental de la sociedad"*[38], *"*, por citar algunos*"*[39].

4.13 Nuestra Constitución Política, en su artículo 4 consagra la protección de la familia como derecho fundamental: *"**Artículo 4.-** 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 (…)"*. Con relación al derecho fundamental a la protección de la familia, el Tribunal Constitucional ha señalado: *"(…) la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, "su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intergeneracional", es pues, "agente primor*

[30] https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/forneron.pdf.
[31] En la STC N° 06572-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional ha señalado: *"(…) la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, "su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intergeneracional", es pues, "agente primor*
[32] Del 06 de noviembre de 2007.
[33] Artículo 42° de la Constitución de Colombia y artículo 1° de la Constitución de Chile.
[34] Artículo 51° de la Constitución de Costa Rica.
[35] Artículo 49° de la Constitución de Paraguay: *"La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes".*
[36] Artículo 75° de la Constitución de Venezuela.
[37] Artículo 45° de la Constitución de Uruguay.
[38] Artículo 39° de la Constitución de Cuba.
[39] STC N° 06572-2006-PA/TC del 06 de noviembre de 2007. Fundamento 6.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.° 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

señala lo siguiente: *"(de)la Constitución vigente, dispone la protección familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, tas cons fundamental consagra un basado en la. Así, tutela la protección constitucio unión de familia (artículo 2, inciso 7) y la salu*
Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingre que le permita gozar de un bienestar para sí y de su familia. De ig apreciado el artículo 13° que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación"[40].

41 Cabe añadir que la familia como creación social e se ha ido particularizando de forma regular a aquella atendiendo definición jurídica que este término, pues no existe una familia, ni existe protección tipo de familia que sea jurídica[41], sino que tratándose de un constructo social, la evolu respondido también a los distintos cambios sociales en donde, la denominada familia no tiene un solo tipo de familia, sino que hoy existe como las monoparentales o reconstituidas, entre otras. Sobre este aspecto, el

[40] Fundamento 7.
[41] Como indica el profesor **Varsi Rospigliosi**: *"La familia no fue creada por el Derecho ni pertenece exclusivamente a la ciencia jurídica, estudiar sus relac ones a fin de permitir la interacción de las personas en paz y armonía en el núcleo social. Dice María Berenice Diaz que la familia es un agrupamiento informal, de formación espontánea en el medio social cuya estructuración se da en el Derecho. La familia no fue creada para el hombre, es este quien naturalmente la forma.*
La familia estuvo, está y estará siempre más allá del Derecho, por sobre encima de él. Esto no implica una limitación a su trascendencia jurídica, solo reconocer que la familia sobrepasa el aspecto normativo y se posa en el espacio existencial del individuo. No es rígida. El afecto y la felicidad como ingredientes familiares no aceptan moldes, ni parámetros legales, en todo caso al existir estos son desbordados por las relaciones intra y extrafamiliares.
(…).
Resulta jurídicamente para el Derecho tomar en consideración su especial categoría y porque, somo adelantamos, determina una estructura social mediante la cual a sus integrantes, respetando los valores en ella inculcados, les resulte de fácil comprensión su compromiso para con la sociedad a través de sus roles familiares. Padres, hijos, parientes y allegados se reúnen en torno a ella con base en el afecto, respeto, amor y comprensión lo que permite al Derecho tratarla como una unidad social por excelencia, la máxima representatividad del Derecho a la integridad social antes, inclusive, que la propia sociedad". VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima. Octubre 2011. Pp. 98-99.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado: "En el informe inicial, los objetivos del Pacto exigen que, (…), se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se Trate"[42]; asimismo, "El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun de una región a otra dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición estándar del concepto. Sin embargo, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideran a la unidad como familia, aunque no haya matrimonio de por medio, esa unidad debe gozar de la protección prevista en el artículo 23"[43].

Sobre los tratados de familia, el Tribunal Constitucional también ha señalado: *"9. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de haber señalado que el Estado no puede dar una definición estándar de dicho concepto. En ese sentido, ha precisado que al ser éste un instituto ético por excelencia, debe entenderse que la familia comprende a todas las personas vinculadas por cuanto la realidad humana demuestra que existen diversas perspectivas sociales generadas a partir de las diferencias culturales, económicas, políticas, etc. Por ello, en la actualidad, el concepto tradicional de familia ha sufrido una serie de transformaciones a lo largo del siglo XX, las cuales han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que se han denominado familias reconstituidas"*[44].

[42] Observación General N° 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 – Derecho a la intimidad, 32° periodo de sesiones, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988).
[43] Observación General N° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 – La familia, 39° periodo de sesiones, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990)
[44] STC N° 06572-2006-PA/TC del 06 de noviembre de 2007. Fundamento 9.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

4.08 Al marco constitucional, jurisprudencial y supran
4.09 Del citado, se desprende, un especial deber de prote
del Estado, a través de todas las instituciones que
todos los ámbitos que involucran a la familia.

4.10 Ahora bien, para garantizar el derecho fund
, resulta pertinente invocar el , el cual, según lo señalado por el Tribunal Constitucional: "33. El principio *pro homine* es un
derecho de los ciudadanos que, al tiempo de informar e
una norma o de optar por una, cuando exista más de una aplicable, siempre por aquella norma que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se
reconocen los derechos fu
2003-PA, fundamento 4]. (…). Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se
derechos fundamentales que se encuentran en jueg
normativo, debemos optar por, que, en un conflicto n
aquella norma que mejor optimiza o protege el derecho fundamental, y en el caso de interpretación normativa, se debe optar por aquel sentido interpretativo que alcance dicho propósito.

4.11 En ese sentido, del citado marco constitucional, j urisprudencial y
, se desprende, un especial deber de p
Estado, a través de todas las instituciones que lo conforman, y respecto de todos los ámbitos que involucran a la familia, que constituyen un mandato de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

optimización de dicho derecho y que configura propiamente aquello que venimos a denominar el **interés superior de protección de la familia**, el cual deberá ser tenido en cuenta en la solución del presente conflicto.

El matrimonio y el divorcio conforme al deber de protección de la familia o "pro familia"

4.19 El artículo 234 del Código Civil, señala que el matrimonio "es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común".

4.20 Por su parte, el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, establece que *"La comunidad y el Estado (…) protegen a la familia y promueven el matrimonio. (…)"*. Sin embargo, es necesario precisar que, si bien el matrimonio es una importante institución en la vida social y familiar, como se ha explicado anteriormente, no es la única forma en que se constituye una familia, pues ello también es posible a través de las uniones de hecho, además de existir familias monoparentales o reconstituidas; por lo que, la protección de la familia se antepone, sin desconocer, al matrimonio.

4.21 Asimismo, el artículo 5 inciso 12 de la Constitución, en su parte pertinente, establece que *"La forma del matrimonio, las causas de separación y de disolución y sus efectos son regulados por la ley"*. En ese mismo sentido, el artículo 348 del Código Civil, establece que *"El divorcio disuelve el matrimonio"*. Cabe señalar, que estando a que la disolución del matrimonio se regula por ley -de acuerdo a lo indicado en la Constitución-, debe considerarse el impacto que ha tenido la modificación legislativa (Ley N° 27495[45]) que dispuso la inclusión del divorcio remedio en nuestro ordenamiento jurídico, que tradicionalmente sólo consideraba a las causales del divorcio

[45] Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de Julio de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.° 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

sanción -además de la separación convencional-, cómo las únicas a través de las cuales se podía disolver el matrimonio.

4.22 "La doctrina ha desarrollado dos tipos de divorcio: ***a) La tesis del divorcio-sanción***, *según la cual determinados hechos antijurídicos se configuran como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido (al que convencionalmente se denomina "inocente"), como una sanció*
al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. Por ello, el proceso de divorcio incide básicamente sobre la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges, en tanto en este sistema se hace hincapié en
b) La más reciente tesis de frustración o del divorcio-remedio o divorcio-quiebra
matrimonio, de modo que ya no puede cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial, y procede el
difícil indagación de las causas de la ruptura. De esta forma, se trata de resolver
la situación de los cónyuges, en todas las situacion
pacífica e indiscutible
(resaltado nuestro).

4.23 En nuestro país, las causales de divorcio sanción están contempladas en el artículo 333 del Código Civil, mientras que el divorcio remedio se incorporó por la causal de separación de h
inciso 12) del mismo artículo, mediante Ley N° 27495 del 07 de julio de 2001, incorporándose en concordancia con el artículo 349 de [47]. Nótese que

[46] Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo (Tomo I). Jiménez Muñoz, Francisco Javier: "Una visión de los cuarenta años de la ley del divorcio". Dykinson, España, 2023, p.435.
[47] **Código Civil** *"Artículo 349.- Causales de divorcio*
señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

con la emisión de la Ley N° 27495[48], que modificó el artículo 333 del Código Civil, incorporando como nueva causal de divorcio la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo de tiempo, incorporando de esta manera en nuestro ordenamiento jurídico lo que la doctrina denomina "divorcio remedio"[49] como solución para los casos en los que "*la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio*"[50], en razón a que, antes del cambio legislativo se encontraba vigente el denominado "divorcio sanción"; en este sentido, la posibilidad de promoción del matrimonio, sólo será posible en tanto y en cuanto exista la posibilidad de mantener vigente el vínculo matrimonial, pues si los cónyuges ha decidido separarse de hecho por un periodo de tiempo, es porque ya no existe la voluntad de iniciar nuevos proyectos de vida en común, para dar paso al deber de protección especialmente para proteger los vínculos familiares que continuarán luego del divorcio.

4.24 Con la modificatoria que incorpora el divorcio remedio, se infiere que la intención del legislador ha sido ante todo proteger las relaciones familiares, de forma que establece en el artículo 4 de la Constitución Política de 1993, que "*la comunidad y el Estado (…) protegen especialmente a la familia (…)*"; incluso en las Disposiciones Complementarias y Transitorias que regulan la aplicación de la Ley N° 27495 en el tiempo: "*el legislador estimó que la causal podría ser invocada existentes al inclusive a las separaciones de hecho producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley; por tanto, no hay razón para desamparar a aquellos que, habiendo cumplido con el plazo establecido por ésta, podrían incoar su demanda amparándose en dicha causal*".

[48] Ley 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de Julio de 2001.
[49] "*En este segundo sistema [divorcio remedio], el hecho comparado las legislaciones más recientes (…) las causas de divorcio se objetivizan y residen en la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla, (…) construyendo las causas de divorcio fundamentalmente a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable: se considera que un matrimonio separado a lo largo de un período de tiempo relativamente prolongado es muy difícil que vuelva a unirse*" Obligaciones, p. 435.
[50] Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N°4664-201 0-Puno) fundamento 23.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

causales de divorcio en trámite sustentadas en las
sanción para una nueva causal de divorcio remedio [51].

4.25 Más aún, de acuerdo al anteproyecto de Reforma del Código Civil[52], se
causales del divorcio
únicamente las siguientes tres causales de

"a) Cuando los cónyuges hagan imposible la convivencia de estos o que perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos.
b) La separación de hecho de los cónyuges durante un plazo ininterrumpido de dos años.
c) El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio".

4.26 En ese sentido, desde una interpretación conforme a la Constitución, la
divorcio no solo es poner

[51] Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-201 0-Puno) fundamento 32.
[52] https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/514546/Anteproyecto_Reforma_Codigo_Civil_Versio%CC%81n_adecuada.pdf?v=1581000743

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

también de proteger a la familia, teniendo en cuenta que aún cuando concluye el vínculo matrimonial, sin embargo, puede darse el caso que existan relaciones familiares. Por tal motivo, atendiendo a la naturaleza de las mismas, es el "divorcio remedio" el que evita que se deterioren las relaciones familiares antes que el "divorcio sanción", pues la finalidad del divorcio remedio es declarar una situación de hecho que ya existe en la realidad durante un periodo prolongado de tiempo y que se encuentra ya consumada, sin necesidad de imputación de culpas a los cónyuges respecto de la terminación del vínculo matrimonial, evitando dividir aún más a la familia en la etapa final de terminación del vínculo matrimonial.

4.27 Cabe señalarse que el deber de promoción del matrimonio, implica el acompañamiento a través de todas las etapas del mismo, incluso en la disolución del mismo, celebración, desarrollo y disolución del vínculo matrimonial, constituyendo un apoyo a lo largo de toda esa etapa de la vida de las personas, lo cual podrá lograrse a través de la protección de la familia originada por el matrimonio, pues ésta trasciende y subsiste a la institución matrimonial. En ese sentido, cuando ocurran enfrentamientos que hagan irreconciliable la vida entre cónyuges, y los obligue a interponer la demanda de divorcio, debe privilegiarse la protección de la familia antes que las sanciones a alguno de los cónyuges.

4.28 En ello, consideramos que cuando se encuentren plenamente acreditadas ambos tipos de causales de divorcio, esto es, la de divorcio remedio conjuntamente con la de divorcio sanción, se debe preferir pronunciamiento respecto a la que mejor optimice el deber – derecho de protección de la familia, siendo esta la causal denominada divorcio por la causal de separación de hecho; es así que, por la causal dicha causal, el órgano jurisdiccional quedará inhibido de pronunciarse por la causal de divorcio sanción, por cuanto ésta es la última

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

conflicto intersubjetivo como es el proceso divorcio, interpretando las normas aplicables al caso concreto conforme a la constitución, pues lo contrario implicaría afectar el ordenamiento constitucional y convencional jurídico le confiere a la protección de la familia. Asimismo, si bien el mandato constitucional (artículo 4) impone el deber de promoción del matrimonio, sin embargo, cuando existe un hecho inexplicado, ello sólo será posible hasta el momento en que las relaciones familiares se deterioran de manera irreversible que hacen imposible su subsistencia, momento en el cual, se debe optar cuando se disuelva el vínculo matrimonial. Por tanto, sólo en caso de no advertirse la causal de separación de hecho, se deberá resolver la demanda valorando si se acreditó o no la causal de divorcio

4.29 Debe considerarse además, que conforme al Tercer Pleno Casatorio Civil[53], en los procesos de familia los órganos jurisdiccionales deben garantizar que las relaciones familiares no se deterioren, en razón a que *"el derecho procesal de familia constituye el conjunto de principios destinado a solucionar 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 diferencia 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 formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio*" [54], por ello es que: *"los principios de oficiosidad, preclusión y eventualidad deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con especial énfasis cuando se refiere a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial (…)"*[55].

[53] Casación N°4664-2010-Puno del 18 de marzo de 2011 .
[54] Tercer Pleno Casatorio Civil (fundamento 11)
[55] Tercer Pleno Casatorio Civil (fundamento 17)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Pronunciamiento sobre el caso en concreto

4.30 Corresponde emitir pronunciamiento respecto del recurso de casación solicitando la anulación de la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda de divorcio por separación de hecho y declaró infundada la causal de adulterio planteada en la reconvención; en ese sentido, se procederá a evaluar el presente proceso de acuerdo al marco conceptual y criterio jurisdiccional adoptado por este Colegiado Supremo.

4.31 En atención a lo señalado, en el presente caso, se advierte que la demanda se sustenta en la causal de separación de hecho con un tiempo mayor a dos años, mientras que la reconvención se sustenta en la causal de adulterio, denominada por la doctrina como "divorcio sanción". La primera, tiene como finalidad declarar la disolución del vínculo matrimonial por haberse quebrado de manera irreversible la relación conyugal; mientras que la segunda, busca determinar al cónyuge culpable; ambas pretensiones guardan conexión al tener por objeto la disolución del vínculo matrimonial.

4.32 Sobre el tema, al tratarse de un proceso de divorcio donde se discuten dos causales de distinta naturaleza (una de remedio y la otra de sanción), corresponde analizar lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado que establece que la comunidad y el Estado deben proteger **a la familia**, y, tal como se ha establecido, existe un especial deber de protección del Estado, que debe ser considerado.

4.33 Asimismo, debe atenderse que la intención del legislador al expedir la Ley N° 27495 que modifica el artículo 333 del Código Civil e incorpora el divorcio-remedio a nuestro ordenamiento jurídico, fue que se declare una situación de hecho existente a fin de evitar el deterioro de las relaciones familiares frente al

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

divorcio-sanción, el cual se encuentra concordado con el fundamento 32 del Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno): "*el legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si la ley, cuando fue promulgada, hubiera establecido que en el plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la ley, sólo podían interponerse las demandas de divorcio e invocarse las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio*". Es decir, reconocer una situación de hecho que ya se había consumado en el tiempo.

4.4. Más aún, si un proceso de divorcio tiene la finalidad que no solo se disuelva el vínculo matrimonial sino también proteger la familia, entendida como aquella familia que originó el matrimonio, de manera que no se alteren ni se deterioren aún más dichas relaciones familiares que subsistirán luego del divorcio, buscando preservar aunque sea mínimamente los lazos familiares que jurídicamente deben ser vigentes, y eso supone que, a partir del análisis de la causal de divorcio remedio, antes que de la causal de divorcio sanción, se verifique la existencia de una causal que, habiéndose detenido en el tiempo, no ha podido ser continuada por la jurisdicción para pronunciarse.

4.5. En atención a dichas consideraciones, se advierte que en el caso de autos, ya se había configurado la causal de separación de hecho (divorcio remedio) al haber transcurrido en exceso el plazo de cuatro años desde la fecha que los cónyuges se separaron de hecho, hasta el 7 de enero de 2008, conforme ambos reconocieron, periodo en el que no conviven más, incluso hasta la fecha de interposición de la demanda (4 de diciembre de 2018) y pese a su intención de conservar el vínculo matrimonial, pero no tienen la finalidad del matrimonio, ni de levantar la suspensión de lecho y habitación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

producida como consecuencia de su separación, en atención a lo señalado por el artículo 332[56] del Código Civil; más aún, que si bien el demandado [illegible] la demandante desde inicios del nacimiento del hijo de [illegible] Rivas, en marzo de 2009, esto es, un mes antes de [illegible] declare el divorcio por la causal de adulterio, sin embargo, a la fecha en que [illegible] se ha verificado el supuesto de separación de hecho [illegible] por la accionante como causal, la misma que fue invocada [illegible] demanda del 04 de diciembre de 2008, por lo que estimada esta carece de objeto pronunciarse sobre la causal de adulterio.

4136. En ese sentido, ante el hecho que demuestra, que los cónyuges están [illegible] separados por cuatro años ininterrumpidamente, no existe duda de que no [illegible] de los plazos para separación de hecho, que, si vence uno [illegible] de hecho (2 años si no tienen hijos o 4 si los tienen) y alguno de los cónyuges [illegible] el divorcio por separación de hecho (divorcio remedio), [illegible] jurisdicción para pronunciarse por la causal de divorcio sanción propuesta por el [illegible] demandado reconviniente, porque ya se ha cumplido el [illegible] de fin del vínculo matrimonial, demandar el divorcio y poner [illegible] por consiguiente, casi sobre el margen de discusión [illegible] divorcio, porque hay que entender que el divorcio remedio elimina cualquiera de las circunstancias que el divorcio sanción pudiera [illegible] durante el tiempo de aquellas relaciones familiares que han [illegible] del matrimonio; a menos que la pretensión de divorcio por separación de hecho [illegible] sea reformulada, en ese último supuesto, si corresponde [illegible] invocada, que no es el caso de autos, por lo que, no [illegible] pronunciamiento respecto a la pretensión de divorcio por causal de adulterio propuesta por el demandado.

[56] **Código Civil**: *"Artículo 332.- La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial".*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.º 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

4.37 En relación a ella opinión del señor Fiscal Supremo
Dictamen N° 008-2020-MP-FN-FSC del 27 de enero de 2 019[57], a través del cual
se
de
en
del Tercer Pleno Casatorio Civil; corresponde señalar, que no obstante el
demandado indicó (punto 2.4 de su reconvención[58]) que dicha afectación
elementos probatorios que permitan acreditar la existencia de dicho daño, y,
menos aún que el demandante haya sido la parte más perjudicada con la
hace referencia a una denuncia por violencia familiar que obra acompañada a los
autos (Expediente N° 01783-2003-42-1903-JR-FT-01), donde se dictaron
[59], en
fecha cercana al momento de la separación,.

4.38 Por lo expuesto, teniendo en cuenta la absolución
infundadas.

4.39 De conformidad con lo establecido por el tercer pá
Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los magistrados
expuesto en la presente resolución.

[57] De fojas 77 del cuadernillo.
[58] A fojas 86.
[59] Mediante Resolución N° Uno del 26 de enero de 2004 , de fojas 08 a 09 del acompañado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA
SENTENCIA

CASACIÓN N.° 2439-2019
LORETO
DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

IV.- DECISIÓN:

Señores Supremos: Por estas consideraciones y con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo pertinente, los integrantes de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por unanimidad, declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el recurrente Jack Serafín Vásquez Saavedra mediante escrito de fecha 20 de junio de 2018; en consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución N.° 53, de fecha 20 de junio de 2018; **MANDARON** que la presente resolución, al ser de mera sustanciación, se publique en el diario oficial “El Peruano” conforme a ley, y los autos sean *devolvieron.* Con los seguidos por Zoila Edelmira Valdivia Isuiza contra Jack Serafín Vásquez Saavedra sobre divorcio por separación de hecho y divorcio por adulterio. Notifíquese. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Arias Lazarte**.

S.S.

ARIAS LAZARTE
BUSTAMANTE OYAGUE
CABELLO MATAMALA
DE LA BARRA BARRERA
ZAMALLOA CAMPERO

Vysv/ymmd

2026 / J26 / COMENTARIO JURÍDICO

TC · Exp. 02731-2024-PA/TC · Ica

Adjudicación preferente, prueba e igualdad procesal

Tribunal Constitucional · 12 de marzo de 2026

Localización: Fundamentos 19-25 y fallo

1. Decisión y alcance

Amparo infundado. Se descartan lesiones de motivación, prueba e igualdad procesal en las resoluciones cuestionadas.

2. Análisis jurídico

El Tribunal examina la aplicación del III Pleno en la Casación 4995-2017-Ica. Considera motivada la adjudicación preferente a la cónyuge más perjudicada y la exclusión de la indemnización acumulada. Distingue resultados probatorios diferentes de un trato procesal arbitrariamente desigual.

3. Aplicación y contraste

La argumentación constitucional debe identificar un defecto de justificación o defensa, no solo expresar desacuerdo con el resultado. La modalidad de protección exige explicar la relación entre adjudicación y prestación dineraria.

4. Conexión doctrinal

D4, pp. 139-142, ofrece el marco del control constitucional de decisiones familiares. El contraste con este caso de 2026 es de la edición.

5. Límites de utilización

Cobertura parcial de 2026, cerrada documentalmente el 3 de septiembre. La casación examinada por el TC no se cuenta como otra sentencia íntegra incorporada.

Contenido del D4 en referencia al final del tomo.

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
HANDA VARGAS DE PRETEL Miriam FAU
20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 31/03/2026 16:51:30-0500

Sala Segunda. Sentencia 539/2026

EXP. N.º 02731-2024-PA/TC
ICA
CARLOS ENRIQUE HUARANCCA TIPIANA

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
DOMINGUEZ HARO Helder FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 26/03/2026 06:31:21-0500

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de marzo de 2026, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Domínguez Haro, Gutiérrez Ticse y Ochoa Cardich, ha emitido la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carlos Enrique Huarancca Tipiana contra la resolución de fecha 14 de mayo de 2024[1], expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que confirmó la improcedencia de la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 30 de julio de 2021[2], subsanado con fecha 1 de junio de 2022, don Carlos Enrique Huarancca Tipiana promovió el presente amparo contra los jueces integrantes del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Ica y de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Pretende la nulidad de las siguientes resoluciones judiciales: **(i)** Resolución 49, de fecha 20 de noviembre de 2016[3], que declaró fundada la demanda por causal de separación de hecho incoada en su contra por doña Ana Laura Delgada Puppi; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial; **(ii)** sentencia casatoria de fecha 19 de diciembre de 2018[4], que declaró fundado el recurso de casación interpuesto por doña Ana Laura Delgada Puppi, casó la sentencia de vista de fecha 18 de setiembre de 2017[5], que revocó la apelada en el extremo que

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
GUTIERREZ TICSE Luis Gustavo FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 31/03/2026 15:36:52-0500

[1] Foja 122 del cuaderno de apelación.
[2] Foja 6.
[3] Foja 77.
[4] Casación 4995-2017 Ica, foja 115.
[5] Foja 115.

Tribunal Constitucional
Firmado digitalmente por:
OCHOA CARDICH Cesar Augusto FIR
06626828 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 31/03/2026 12:33:35-0500

Esta es una representación impresa cuya autenticidad puede ser contrastada con la representación imprimible localizada en la sede digital del Tribunal Constitucional. La verificación puede ser efectuada a partir de la fecha de publicación web de la presente resolución. Base legal: Decreto Legislativo N.° 1412, Decreto Supremo N.° 029-2021-PCM y la Directiva N.° 002-2021-PCM/SGTD.
URL: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2026/02731-2024-AA.pdf

Tribunal Constitucional

resuelve la adjudicación preferente del inmueble a favor de la cónyuge demandante y, reformándola, dispuso la adjudicación preferente a su favor y ordenó el pago de una indemnización por daños y perjuicios equivalente a la suma de S/30000.00. En tal sentido, declaró nula sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, confirmó los extremos de la Resolución 49. Denuncia la vulneración de su derecho al debido proceso, en su manifestación de la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba, así como del derecho a la igualdad.

En líneas generales, el demandante sostiene que la sentencia de primera instancia calificó a su exesposa como cónyuge perjudicada, sustentándose en medios probatorios incorporados de oficio por el juez, los cuales no fueron sometidos al contradictorio. Asimismo, refiere que ofreció pruebas de descargo destinadas a desvirtuar las imputaciones formuladas en su contra —referidas a supuestos actos de violencia familiar, abandono del hogar y paternidad irresponsable—; sin embargo, dichas pruebas fueron desestimadas por el juzgador con el argumento de impertinencia, sin brindar una motivación suficiente. Alega, además, haber sido objeto de trato procesal desigual, puesto que a la parte demandante se le permitió ampliar su demanda durante la etapa de saneamiento procesal, con base en el denominado principio de flexibilización procesal, criterio que —según afirma— no fue aplicado a su favor. Finalmente, cuestiona que se haya valorado el informe psicológico elaborado a instancia del órgano jurisdiccional, sin otorgarse participación al perito de parte, vulnerándose así su derecho de contradicción probatoria y el principio de igualdad procesal.

La demanda fue admitida a trámite mediante auto de fecha 3 de junio de 2022[6].

Por escrito de fecha 23 de junio de 2022, el procurador público del Poder Judicial contestó la demanda[7] y solicitó que se la declare improcedente o, en su defecto, infundada, por considerar que las resoluciones impugnadas se encuentran debidamente motivadas y que en puridad se pretende que la

[6] Foja 153.
[7] Foja 306.

Tribunal Constitucional

jurisdicción constitucional actúe como una suprainstancia de revisión en la que se puede evaluar lo resuelto en la sede ordinaria.

Mediante Resolución 19, de fecha 16 de agosto de 2022[8], la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica declaró improcedente la demanda, tras advertir que no se había acreditado la incidencia en el contenido constitucionalmente de los derechos invocados.

A su turno, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 14 de mayo de 2024, confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto del presente proceso es que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones judiciales: **(i)** Resolución 49, de fecha 20 de noviembre de 2016, que declaró fundada la demanda por causal de separación de hecho incoada en su contra por doña Ana Laura Delgada Puppi, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial; **(ii)** sentencia casatoria de fecha 19 de diciembre de 2018[9], que, declarando fundado el recurso de casación interpuesto por doña Ana Laura Delgada Puppi, casó la sentencia de vista de fecha 18 de setiembre de 2017, que revocó la apelada en el extremo que resuelve la adjudicación preferente del inmueble a favor de la cónyuge demandante, y, reformándola, dispuso la adjudicación preferente a su favor y ordenó el pago de una indemnización por daños y perjuicios equivalente a la suma de S/.30,000.00. En tal sentido, declaró nula sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, confirmó los extremos de la Resolución 49. Denuncia la vulneración de su derecho al debido proceso, en su manifestación de la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba, así como del derecho a la igualdad.

[8] Foja 351.
[9] Casación 4995-2017 Ica, foja 115.

Tribunal Constitucional

Sala Segunda. Sentencia 539/2026

EXP. N.º 02731-2024-PA/TC
ICA
CARLOS ENRIQUE HUARANCCA TIPIANA

§2. Sobre el derecho al debido proceso

2. El artículo 139, inciso 3, de la Constitución establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Dicho derecho, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, ha sido considerado por este Tribunal como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas (las cuales, a su vez, son derechos parte de un gran derecho con una estructura compuesta o compleja), entre los cuales se encuentran el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc.

§3. Derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

3. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se encuentra recogido en el numeral 5, del artículo 139 de la Constitución Política, conforme al cual, constituye un principio y un derecho de la función jurisdiccional "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan".

4. En la sentencia emitida en el Expediente 04302-2012-PA/TC, este Tribunal Constitucional dejó claro que

> […] este derecho implica que cualquier decisión judicial cuente con un razonamiento (elementos y razones de juicio) que no sea aparente, defectuoso o irrazonable, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican (STC 06712-2005-PHC/TC, fundamento 10). De este modo, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales encuentra su fundamento en la necesidad de que las partes conozcan el proceso lógico-jurídico (*ratio decidendi*) que conduce a la decisión, y de controlar la aplicación del derecho realizada por los órganos judiciales, pues ésta no puede ser arbitraria, defectuosa, irrazonada o inexistente.

5. Así pues, tal como lo ha precisado este Tribunal en diversa jurisprudencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta *prima facie* a) siempre que exista fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) siempre que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) siempre que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 04348-2005-PA/TC, fundamento 2).

6. Adicionalmente, cabe precisar que la judicatura constitucional no puede avocarse a conocer cualesquiera problemas o cuestionamientos relacionados con la justificación de decisiones judiciales, en la medida en que "la competencia de la justicia constitucional está referida a asuntos de relevancia constitucional" (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00445-2018-PHC). En este sentido, en sede constitucional no cabe revisar asuntos propios de la judicatura ordinaria, salvo que al impartir justicia se hubiera violado el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental o bien de rango constitucional. Asimismo, se debe enfatizar que la sola disconformidad con lo resuelto por la judicatura ordinaria no constituye un supuesto de manifiesto agravio de los derechos que pueden tutelarse a través del amparo contra resoluciones judiciales.

§4. Sobre el derecho a la prueba

7. En relación con este derecho, el Tribunal Constitucional ha precisado en anterior oportunidad que

> […] es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado […] en la sentencia recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal

Tribunal Constitucional

> derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través de los procesos constitucionales[10].

8. Además, con relación al contenido de este derecho ha indicado que

> Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado[11].

§5. Sobre el principio-derecho de igualdad y no discriminación

9. La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1993, de acuerdo con el cual "[…] toda persona tiene derecho […] a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Se trata, pues, de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

10. En tal sentido, cabe resaltar que el contenido esencial del derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad en la ley e igualdad ante la ley. La igualdad en la ley implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. En cuanto a la igualdad ante la ley, la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma. Sin embargo, se debe tener en cuenta

[10] Sentencia emitida en el Expediente 01137-2017-PA/TC, fundamento 7.
[11] Sentencia emitida en el Expediente 06712-2005-PHC, fundamento 15.

que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

§6. Análisis del caso concreto

11. Cabe mencionar que, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha señalado que el proceso constitucional no puede ser asumido como una instancia más del proceso ordinario con el fin de trasladar la discusión y resolución de una cuestión ya resuelta en el mismo proceso, pues ello no es competencia del control constitucional, el cual se realiza con un precepto constitucional valorativo propio[12].

12. Al respecto, conforme se ha indicado previamente, el objeto del presente proceso es que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones judiciales: **i)** Resolución 49, de fecha 20 de noviembre de 2016, que declaró fundada la demanda por causal de separación de hecho incoada por Ana Laura Delgada Puppi en contra del amparista; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial que los unía; **(ii)** sentencia casatoria de fecha 19 de diciembre de 2018, que declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Ana Laura Delgada Puppi, casó la sentencia de vista de fecha 18 de setiembre de 2017, que revocó la apelada en el extremo que resuelve la adjudicación preferente del inmueble ubicado en la Av. San Martín H-03, lote 14, distrito y provincia y departamento de Ica, a favor de la cónyuge demandante, y, reformándola, dispuso la adjudicación preferente a favor del amparista y ordenó el pago de una indemnización por daños y perjuicios equivalente a la suma de S/30000.00. En tal sentido, declaró nula sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, confirmó los extremos de la Resolución 49. Denuncia la vulneración de su derecho al debido proceso, en su manifestación de la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba, así como del derecho a la igualdad.

[12] Sentencia emitida en el Expediente 03506-2008-PA/TC, fundamento 3.

Tribunal Constitucional

13. De la revisión externa de la Resolución 49, de fecha 20 de noviembre de 2016, expedida por el Primer Juzgado de Familia de Ica, se advierte que el demandado tuvo por acreditado que la separación de hecho se produjo el 23 de julio de 2004, sustentándose en la constancia policial de retiro voluntario del hogar conyugal presentada por el propio demandado. Con base en ello, consideró configurada la causal invocada y, en aplicación del artículo 345-A del Código Civil, concluyó que debía garantizarse la estabilidad económica del cónyuge que resultara más afectado por la ruptura[13]. A tal efecto, valoró el informe psicológico practicado a la demandante, el cual daba cuenta de que la demandante habría sufrido violencia familiar durante la vida matrimonial y afectación emocional derivada de tales hechos, lo que justificaba la adjudicación preferente del bien inmueble como forma de compensación[14].

14. Asimismo, el Juzgado tuvo en consideración que la demandante asumió desde la separación la tenencia, cuidado y manutención de las hijas menores, así como las responsabilidades del hogar, estimando que tales circunstancias reforzaban su condición de cónyuge perjudicada, en atención a lo previsto en el Tercer Pleno Casatorio Civil[15]. En cambio, el demandado no habría demostrado encontrarse en situación de desventaja económica ni afectación emocional relevante, y, además, percibía ingresos provenientes del arrendamiento del inmueble conyugal. En tal sentido, se descartó su condición de cónyuge afectado[16].

15. Apelada la decisión de primera instancia, de la Resolución 65 —*que no fue cuestionada en el presente proceso*—, de fecha 18 de septiembre de 2017, se aprecia que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica revocó el extremo de la Resolución 49, que adjudicó el inmueble conyugal a favor de la demandante y, reformándola, dispuso la liquidación del bien dentro del proceso de ejecución de sentencia, además de reconocer al demandado como cónyuge más perjudicado, y ordenó que se le otorgue una indemnización de S/ 30000.00.

[13] Considerandos octavo y noveno, fojas 82-85.
[14] Considerando décimo, fojas 85 y 86.
[15] Considerando décimo primero, foja 86.
[16] Considerandos décimos segundos a cuarto, fojas 86 y 87.

Tribunal Constitucional

16. Desde luego, para sustentar dicha decisión, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica precisó que debía pronunciarse exclusivamente sobre los agravios formulados por el demandado en su recurso de apelación, conforme al principio *tantum appellatum quantum devolutum,* determinando como cuestión central si la adjudicación preferente del inmueble a favor de la demandante se encontraba arreglada a derecho[17] y si se habían aplicado correctamente los criterios vinculantes del Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación 4664-2010-Puno) y lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil[18].

17. En ese marco, el órgano revisor señaló que, si bien el artículo 345-A del Código Civil impone al juez el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, dicha facultad debe ejercerse sobre la base de hechos alegados y probados por las partes. Así, observó que la demandante no alegó ni acreditó ser la cónyuge perjudicada, ni solicitó expresamente indemnización o adjudicación alguna; por el contrario, fue el demandado quien formuló tal pedido en su contestación de demanda, señalando haber aportado recursos para la formación profesional de su esposa, la instalación de la notaría y haber sufrido perjuicio económico y emocional tras la separación[19].

18. Sobre esta base, la Sala consideró improcedente la adjudicación preferente del bien a favor de la demandante, al no haberse acreditado perjuicio en su contra y al no haber cumplido los requisitos establecidos por la jurisprudencia vinculante, por lo que dispuso su liquidación conforme a ley. Asimismo, determinó que correspondía fijar una indemnización compensatoria a favor del demandado de S/ 30000.00, conforme a los criterios del Tercer Pleno Casatorio Civil y al artículo 350 del Código Civil, tomando en cuenta su afectación psicológica, frustración personal y desventaja económica. Por último, el órgano revisor aprobó la sentencia en el extremo que declaró el divorcio por la causal de separación de hecho, al haberse acreditado los elementos

[17] Considerando segundo del cuaderno de primera instancia.
[18] Considerando sexto del cuaderno de primera instancia.
[19] Fundamento octavo, fojas 120-125.

objetivo, subjetivo y temporal de la causal, y confirmó la Resolución 38 sobre admisión de medios probatorios, al no advertirse perjuicio procesal.

19. De otro lado, respecto de la Casación 4995-2017-Ica, cuya nulidad también se pretende, se advierte que el análisis efectuado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República estuvo circunscrito a la verificación de infracciones normativas vinculadas a la correcta aplicación del artículo 345-A del Código Civil, relativo a la determinación del cónyuge más perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho; del artículo 200 del Código Procesal Civil, referido al deber de valoración conjunta y razonada de los medios probatorios; y del apartamiento inmotivado del precedente vinculante contenido en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación 4664-2010-Puno). Asimismo, entre las infracciones alegadas se comprendió la vulneración de los artículos 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política, en cuanto a que garantizan el debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales[20].

20. En lo concerniente a la infracción del artículo 200 del Código Procesal Civil, el Supremo Tribunal advirtió que la Sala de mérito valoró de forma sesgada el informe psicológico, utilizando solo los aspectos favorables al demandado sin considerar su contenido íntegro. Del examen completo del informe se desprendía que el demandado presentaba rasgos de inmadurez afectiva y dependencia emocional, habiendo alterado la dinámica familiar y mostrando desapego hacia sus hijas, quienes incluso no lo reconocían como figura paterna. Por tanto, la valoración del *ad quem* careció de objetividad y resultó incompatible con el principio de motivación suficiente garantizado por el artículo 139.5 de la Constitución, por lo que se configuró la vulneración del debido proceso[21].

21. Con respecto a la alegada infracción del artículo 345-A del Código Civil, la Corte Suprema señaló que el citado precepto impone al juez el deber

[20] Fojas 159 y 160.
[21] Considerando octavo, fojas 163 y 164.

Tribunal Constitucional

de identificar y proteger al cónyuge más perjudicado como consecuencia de la separación de hecho y que para ello debe realizar una valoración comparativa y razonada de la situación personal, emocional y económica de ambas partes. En tal sentido, precisó que la Sala Superior no efectuó dicha ponderación integral, pues sustentó su decisión únicamente en el informe psicológico del demandado y en ciertos elementos aislados, sin analizar las pruebas ofrecidas por la demandante que evidenciaban su mayor grado de afectación. De este modo, el órgano de mérito omitió aplicar correctamente la norma, desatendiendo además los criterios establecidos en el Tercer Pleno Casatorio Civil, que constituyen precedente de observancia obligatoria[22].

22. Por consiguiente, la Sala Civil Transitoria concluyó que la sentencia de vista incurría en infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil y en apartamiento inmotivado del precedente vinculante. En consecuencia, casó la sentencia de segunda instancia y, actuando en sede de instancia, confirmó la sentencia de primera instancia, en el extremo que adjudicó preferentemente el bien inmueble a favor de la demandante, al acreditarse que ella resultó más perjudicada con la separación, tanto en el ámbito económico como emocional, y dejó sin efecto la indemnización impuesta a su cargo.

23. Habida cuenta de todo lo expuesto en los fundamentos precedentes, desde el punto de vista del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, para esta Sala del Tribunal Constitucional no cabe objeción contra las resoluciones cuestionadas, toda vez que ambas han expresado las razones que sustentan sus decisiones. Siendo ello así, se debe desestimar la presente demanda, al no advertirse la alegada vulneración del derecho invocado.

24. De igual forma, sobre la alegada afectación al derecho a la prueba y al derecho a la igualdad procesal, no se advierte la existencia de un trato procesal diferenciado injustificado entre las partes. En efecto, las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales se sustentaron en

[22] Considerando noveno, fojas 164 y 165.

Tribunal Constitucional

criterios objetivos y razonables, vinculados a la valoración de la prueba aportada y a la aplicación de las normas sustantivas y procesales pertinentes, sin que se evidencie la aplicación de reglas distintas o discriminatorias en perjuicio del demandante. Por tanto, la diferencia en los resultados procesales responde a la distinta eficacia de los medios de convicción y a la interpretación judicial de los hechos, mas no a un trato desigual arbitrario. En consecuencia, no se configura vulneración a los derechos invocados.

25. Siendo ello así y no habiéndose afectado el contenido constitucionalmente protegido de ninguno de los derechos invocados, se debe desestimar la pretensión de la presente demanda de amparo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

DOMÍNGUEZ HARO
GUTIÉRREZ TICSE
OCHOA CARDICH

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE

Bibliografía doctrinal

Publicaciones consultadas directamente. Las páginas citadas en las fichas son las de la publicación, no las del visor PDF. Consulta: 3 de septiembre de 2026.

D1 · Cabello Matamala, Carmen Julia (2001). Divorcio ¿remedio en el Perú? Derecho PUCP, 54, 401-418. DOI: 10.18800/derechopucp.200101.014.

https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6528

D2 · Santome Sánchez, Aldo (2025). ¿Se debe aplicar el Tercer Pleno Casatorio Civil en las indemnizaciones por nulidad matrimonial? Apuntes para una mejor comprensión de las pretensiones indemnizatorias en materia matrimonial. IUS ET VERITAS, 70, 208-222. DOI: 10.18800/iusetveritas.202501.012.

https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/33121

D3 · Alfaro Valverde, Luis (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, 6(1), 58-92.

https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/58-92

D4 · Ramírez Huaroto, Beatriz María Lourdes (2018). Derecho de familia y procesos constitucionales: apuntes teóricos y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Pensamiento Constitucional, 23, 119-155.

https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20950

Fuentes normativas en las resoluciones

Las referencias al Código Civil, Código Procesal Civil, Constitución y legislación especial forman parte del razonamiento histórico de las decisiones. Antes de su empleo procesal debe verificarse el texto aplicable por razón de tiempo. Las obras citadas únicamente dentro de las sentencias no se computan como bibliografía doctrinal directamente consultada.

Registro de fuentes judiciales

Enlaces a las copias reproducidas. La huella SHA-256 corresponde al archivo descargado antes de la limpieza editorial y permite su cotejo. La procedencia no oficial se declara expresamente.

J01 · TC · Exp. 00018-1996-AI/TC

Tribunal Constitucional · 29 de abril de 1997

Fuente oficial. Archivo completo: 13 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 10169c4048a3e95501af54fe13ee2d76ca4500a878758bf9e5b6a48d15b4dce6

J02 · Pleno Nacional de Familia · Acuerdo 10

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1997 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Fuente oficial. Páginas seleccionadas: 21.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 0750d83b9b9a7d2df3bfaf633ef7497887711c23572f173e8677b702c64439ca

J03 · Pleno Nacional de Familia · Acuerdos 6 y 9

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1998 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Fuente oficial. Páginas seleccionadas: 15, 16, 21, 22.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 37a3c4e3644addee3c8eb033a78da5460cd58372be44fa95d091bc484e530b3a

J04 · Pleno Nacional de Familia · Acuerdo 1

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 1999 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Fuente oficial. Páginas seleccionadas: 1, 2, 3, 4.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 019616f1f7b0edd864de6808c8f462dcbd3721b4a2a7115fc795483ccf76c835

J05 · III Pleno Casatorio Civil · Casación 4664-2010 · Puno

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 18 de marzo de 2011

Fuente oficial. Archivo completo: 96 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: d54dbe7caf2570c881baa6579c0c307a499be167a7cab03f89e01bf490d97df4

J06 · Casación 1785-2010 · Arequipa

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 17 de mayo de 2011

Fuente oficial. Archivo completo: 13 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 37633dfe7c07f71a17b85c62793a9168ee6c89710da071aca8d3a96fa001889a

J07 · Casación 4632-2011 · Lima Norte

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 16 de noviembre de 2012

Fuente oficial. Archivo completo: 5 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 3357d8bf3bc869020ed19ba8fd2086c5960bbb3ac0e98a46ff2b9a19fc0134d4

J08 · Casación 1448-2012 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 16 de abril de 2013

Fuente oficial. Archivo completo: 12 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: dece2af703ed847ec977000efc3d197a81cad62bf7d04c977addb4ab6c94cde5

J09 · Casación 2898-2013 · Lima Norte

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 3 de abril de 2014

Fuente oficial. Archivo completo: 13 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 3a5cd04a38b2372940c0c4f080a75cf1f7e3b880c36ada9166e845b9c4d17b15

J10 · Casación 745-2014 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 20 de marzo de 2015

Repositorio jurídico no oficial. Archivo completo: 8 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: aef96a1c678d76e39164f375d51aad28e049b66ab4d03d97f86996381f43e74d

J11 · TC · Exp. 00782-2013-PA/TC · Lima

Tribunal Constitucional · 25 de marzo de 2015

Fuente oficial. Archivo completo: 18 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 3478edcc528fbdc074fcc27833a7bb32212b0a7e48ec475741dc7f452d9a0d1d

J12 · Casación 186-2015 · Lima Norte

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 25 de agosto de 2015

Fuente oficial. Archivo completo: 13 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 36326d1b3b9752bacd70e02cf8736adc147775d7fadd68a6063462b6d49910ac

J13 · Casación 3475-2014 · Lima Norte

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 18 de setiembre de 2015

Repositorio jurídico no oficial. Archivo completo: 9 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: bb50ea8fd5d423aab88e2358e29a868e20625b63b4e0af682111b6e218f19cdd

J14 · Casación 4176-2015 · Cajamarca

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 19 de setiembre de 2016

Fuente oficial. Archivo completo: 11 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: bc990344c2f122bf089bd1358d74bc0e41fedd9f7706a0a6603da7305ed4f8e5

J15 · Casación 3882-2015 · Cusco

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 21 de setiembre de 2016

Fuente oficial. Archivo completo: 13 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: d907b8d2b4d9b0ed59679ea838761cb9acef888bc2a06272e387e437277a1039

J16 · Casación 2219-2016 · Sullana

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 9 de mayo de 2017

Fuente oficial. Archivo completo: 29 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 675fe936b0851b3971424a5118f00d63bea3f0b81d1dce8fea8aecbfbcb4ad4d

J17 · Casación 3470-2016 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 16 de mayo de 2017

Fuente oficial. Archivo completo: 12 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 4662a5258d805ede7e1b179943297e70029c69d978c1f8ab7f9ee373ee0a24b1

J18 · Casación 991-2016 · Lima Sur

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 13 de junio de 2017

Repositorio jurídico no oficial. Archivo completo: 18 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: e49829062f1b3a9319c8786c6d3e530b2b1f5cc70e190dfc2658ac2fabc56ba8

J19 · Casación 3401-2016 · Lima

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 17 de mayo de 2018

Fuente oficial. Archivo completo: 25 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 3c7c5dfca0a84b72bf519ad2e2e2dc99e0e3634dceae56c96dcaa4769181ae9d

J20 · Auto calificatorio · Casación 1213-2018 · La Libertad

Corte Suprema · Sala Civil Permanente · 11 de junio de 2018

Fuente oficial. Archivo completo: 6 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 51f3312ebff62ec73045fee0772cd34cdb5d09627c732e28df31de0275dc6eaa

J21 · VIII Pleno Casatorio Civil · Casación 3006-2015 · Junín

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 12 de marzo de 2019

Fuente oficial. Archivo completo: 94 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 46b3dea528090be0c390ec01055a0609dbeb61eaddff3820848128bd2ee1d4e1

J22 · X Pleno Casatorio Civil · Casación 1242-2017 · Lima Este

Corte Suprema · Pleno Casatorio Civil · 2020 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Repositorio jurídico no oficial. Archivo completo: 115 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: fce04d893abe6c7a31a11857790818af3f2af85995c6df91126bbb4ef6f1690b

J23 · Pleno Nacional Civil Familia · Temas 1 y 4

Poder Judicial · Pleno Jurisdiccional Nacional · 2021 (sin fecha diaria consignada en la ficha)

Fuente oficial. Páginas seleccionadas: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: ea5104d258b843e51ac0dbab342ed8301cd9eda3ece66141719f3cc382c2fba6

J24 · TC · Exp. 00177-2022-PA/TC · Áncash

Tribunal Constitucional · 31 de agosto de 2022

Fuente oficial. Archivo completo: 5 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 5bd0d05994888dce8290ecc3868ac0fb511c72f45904ec202c77d42f6293732f

J25 · Casación 2439-2019 · Loreto

Corte Suprema · Sala Civil Transitoria · 18 de abril de 2024

Repositorio jurídico no oficial. Archivo completo: 33 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 1b9d89dd9c6c06a7bc7e4d999e9d00e0f7711ff06e82495a9e5e7537b98b97a3

J26 · TC · Exp. 02731-2024-PA/TC · Ica

Tribunal Constitucional · 12 de marzo de 2026

Fuente oficial. Archivo completo: 12 páginas.

Abrir archivo judicial de origen

SHA-256: 8a18f7b5c2bf5ffd784189817efdaab4f7866fefe74de5d513cc8ccc2e2e7f34

Divorcio

Jurisprudencia peruana comentada

Una selección de resoluciones peruanas para investigar la ruptura matrimonial y sus consecuencias. Los textos judiciales completos se acompañan de comentarios, referencias doctrinales e índices de consulta.

La separación de hecho, la indemnización, el adulterio, la prueba y la liquidación patrimonial se estudian desde los hechos y el alcance de cada decisión. Los votos discrepantes permiten reconocer tensiones que una lectura de sumillas puede ocultar.

Incluye el III Pleno Casatorio Civil y, por conexidad, los plenos VIII y X, además de acuerdos jurisdiccionales pertinentes. La cobertura de 2026 es parcial. No es una publicación oficial ni un catálogo exhaustivo.

Estudio De Iure Abogados

Editor

Abogado Daniel Efrain Valderrama Chacaltana

Responsable de la edición y compilación

Tacna, Perú

WhatsApp: 956226278

deiureabogados70@gmail.com

https://deiureabogados.net.pe

Edición de consulta · 2026