

APLICANDO EL IURA NOVIT CURIA EN DEFENSA DE LA PREVALENCIA DEL CARÁCTER INSTRUMENTAL DEL PROCESO Y DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA



JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE*

SUMARIO:

I. Resolución a analizar.- **II.** Ideas preliminares.- **III.** Sobre la finalidad del proceso.- **IV.** Acerca de los fines del proceso en el Código Procesal Civil peruano.- **V.** Sobre los fines del proceso en la jurisprudencia peruana.- **VI.** El proceso como finalidad, fin y medio o instrumento.- **VII.** Acerca del principio iura novit curia.- **VIII.** Reseña de la resolución bajo análisis.- **IX.** A manera de colofón.-

* Ex Gerente de Asesoría Jurídica del Centro Vacacional de Huampaní. Ex Gerente de Secretaría General de la Municipalidad del Distrito de Asia. Doctorante en Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Egresado del Doctorado en Derecho, de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la misma Casa Superior de estudios; y del I Nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura. Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú). Ex Conciliador del Centro de Conciliación Extrajudicial Paz y Vida, Arbitro de Derecho y Conciliador Extrajudicial. Post grado en Derecho Registral y Notarial. Especialista en Comercio Exterior y Aduanas, Análisis del Código Procesal Civil, Derecho Penal Aplicado, Perfil Académico para la Magistratura y en Derecho Público. Diplomado en Razonamiento Jurídico y Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional, Enseñanza Superior del Derecho, Litigación Avanzada, Oratoria y Presentaciones de Impacto, Derecho Empresarial, Laboral, Procesal Constitucional, Procesal Penal, Derecho de Familia del Niño y del Adolescente; y en Civil y Procesal Civil. Estudios de Filosofía, Psicología, Marketing, Italiano, Inglés y Traductor Intérprete del Idioma Portugués avanzado. kimblellmen@hotmail.com

I. RESOLUCION A ANALIZAR.-

CAS NT 1500-2007 LIMA

DEMANANTE

Luisa Alarco Valdez

DEMANDADO

José Portocarrero Valdez

ASUNTO

Divorcio por Causal

DECISION

Fundado

FECHA DE PUBLICACION

03 de Diciembre de 2008

Lima, diez de diciembre del dos mil siete.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA,

Vista la causa número mil quinientos - dos mil siete, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a Ley, con el acompañado; emite la siguiente sentencia;

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación, interpuesto por Luisa Gabriela Alarco Valdez, mediante escrito de fojas ochocientos once, contra la resolución emitida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas setecientos veintidós, su fecha veintiocho de diciembre del dos mil seis, que desaprueba la resolución consultada;

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, concedido el recurso de casación, fue declarado Procedente por resolución de fecha dos de agosto del dos mil siete, por la causal prevista en los incisos primero y tercero del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil, esto es:

- a) La interpretación errónea del numeral once del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, alegando que conforme el artículo doscientos ochentinueve del Código acotado, todo cónyuge tiene deberes y obligaciones, lo que implica que la cohabitación conlleva a los cónyuges a hacer vida en común, asegurando la plena comunidad de la vida conyugal; por ello, explica, que es lo que entiende por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, cuando los cónyuges se encuentran en un gran estado de quiebra en sus relaciones internas matrimoniales, de tal manera que para ambos, resulta imposible una convivencia estable, firme y armoniosa que haga posible la vida en común entre ellos; refiere que el A Quo ha declarado y comprobado, a través de los medios probatorios ofrecidos, de las agresiones que el demandado producía y produce contra la recurrente, con lo cual se explica claramente que no se trata de simples rencillas o diferencias de pareceres que en forma cotidiana o rutinaria se presenta dentro de cualquier matrimonio; indica que, en su tesis de Abogada Dominicana Susi Pola ha señalado que tal conducta determina "que un hombre que pega con frecuencia sabe que va a matar"; por lo que, puede apreciarse que cuando hay agresión física permanente o cualquier otra violencia puede llevar a acciones ilícitas penales graves y por consiguiente se debe poner fin a esta situación en el momento oportuno o cuando las autoridades tienen conocimiento como es en el presente caso; lo que se quiere aquí es poner fin a los conflictos conyugales por medio del divorcio (teoría

doctrinaria del divorcio remedio), evitando de esta forma mayores daños; la Sala Revisora yerra al establecer que el petitorio de la demanda incoada por la recurrente, no configura la causal de Imposibilidad de Hacer vida en Común, interpreta erróneamente este artículo; puesto que entre las partes ya existen procesos ante el Juzgado de Familia por Violencia Familiar y por Faltas Contra la Persona, e inclusive la existencia de una medida cautelar que dispone el retiro del agresor del hogar conyugal, entre otros hechos; por ende, la interpretación correcta de la norma implica amparar su pretensión sobre la base de la existencia de los procesos judiciales.

b) La contravención de los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, describiendo los siguientes vicios:

b.i) Se ha vulnerado el principio del *lura Novit curia*, puesto que la Sala Revisora, en su quinto considerando, ha establecido que los medios probatorios actuados, permiten advertir que los hechos en que se fundamenta la causal de Imposibilidad de Hacer Vida en Común, están incursos en otra causal de divorcio prevista por ley; de aceptar este argumento sería de aplicación el principio *lura Novit Curia*, pues, si no se ha invocado, el Juez tiene la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, mas aun si el resultado será el mismo, es decir el divorcio; es mas, sostiene, bajo los argumentos de la Sala Superior, que si bien no se ha invocado una causal, el Juez tiene la obligación de aplicar el principio del *lura Novit curia*; además, en este caso, incluso la Sala Superior deja de lado las pruebas que obran en autos;

b.ii) Se ha contravenido los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución, en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, es principio de la función jurisdiccional la motivación de todas las resoluciones, las que de acuerdo al artículo ciento veintidós inciso tres del Código Procesal Civil, deben hacer mención a los puntos sobre los que versa, con los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho, además con la cita de normas aplicables en cada punto, según el merito de lo actuado; sin embargo, como se puede apreciar en cada uno de los considerandos de la Sentencia de Vista, no se cumplen con estos principios, pues en forma ambigua señala que no se da la causal invocada en la demanda, sin expresar a su criterio a que hechos calificarían o concluirán para que proceda esta causal;

b.iii) Se ha vulnerado el principio de congruencia en la Sentencia de Vista, puesto que en el octavo considerando refiere que para que proceda la causal de Imposibilidad de Hacer Vida en Común, esta debe estar debidamente probada, no admitiéndose la aplicación del hecho propio; esto es la invocación del Hecho Propio, al respecto dice que las denuncias que amparan su pretensión fueron causadas por el demandado, por tal motivo la recurrente en el legítimo ejercicio de su defensa interpuso las acciones pertinentes a fin de salvaguardar su integridad física, psíquica y moral, a fin de proteger el entorno familiar pues las agresiones llegaron a un grado de tal magnitud. Que conllevaron a una falta de respeto y consideración no solo a la recurrente sino también a sus hijos; la incongruencia se presenta en que la demandante en ningún momento del proceso ha invocado la causal de separación de hecho, que si bien es una de las causales que precisa la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventaicinco, esta también prevé la causal de imposibilidad de hacer vida en común, que es materia del presente proceso;

3. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Procesal Civil;

Segundo.- Que, la actora interpone demanda de divorcio, por causal de imposibilidad de hacer vida en común, sustentando su pretensión conforme consta en el escrito de fojas setentiuno y siguientes y ofreciendo abundantes medios probatorios;

Tercero.- Que, la demanda es admitida por el A Quo y contestada tanto el Ministerio Público y por el cónyuge de la actora, este último, conforme ha hecho notar el A Quo gira su defensa en torno a la situación patrimonial de la pareja, pero no desvirtúa los graves cargos que le ha imputado la parte actora y que se encuentran descritos en su demanda;

Cuarto.- Que, es así que, luego de las audiencias respectivas, el A Quo resuelve la controversia, analizando, prioritariamente, los argumentos de ambas partes procesales y, de conformidad con el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, en forma conjunta y razonada, valorando todos los medios probatorios presentados por los sujetos procesales (partes procesales) emitiendo un juicio sobre aquellos que son relevantes para la solución del conflicto intersubjetivo de intereses; y concluye que del análisis de autos se tiene que las continuas agresiones por parte del demandado hacia la actora, evidenciadas en las diferentes denuncias policiales y declaraciones de las partes, siendo que el cónyuge considera como hechos normales en todo los matrimonios y que para la demandante y los hijos de las partes constituyen constante maltrato físico y sobre todo psicológico y emocional, habiéndose incrementado estos últimos desde que se jubiló el demandado, existiendo incluso un proceso de violencia familiar en el que no obstante haberse conciliado por el cese de las agresiones estas han continuado al extremo de haberse ordenado el alejamiento del hogar conyugal por parte del cónyuge, que al ser continuos imposibilitan la continuación de la vida conyugal lo que conlleva a la imposibilidad de hacer vida en común de los justiciables, deviniendo en amparable la incoada; si bien las agresiones a que hace mención la demandante constituyen la causal de violencia física y psicológica contemplada como causal en el Código subjetivo, esta también puede ser considerada como imposibilidad de hacer vida en común si se tiene en cuenta que son las propias hijas Cecilia Raquel y Anna Mariela Portocarrero Alarco, en las cartas dirigidas al juzgado, las que manifiestan no solo las agresiones de las que fuera objeto su madre" (...) que es cuando mi padre se jubila, debiendo permanecer por largas temporadas en casa ocupándose de nada más que aislarse en su cuarto viendo televisión, y de hostigar, agredir y humillar a mi madre en forma obsesiva (...)" lo cual también a su decir se traduce en odio de su padre hacia su madre (fojas doscientos ochenticinco y fojas cuatrocientos veintisiete)", por ello consideran que es imposible que puedan seguir haciendo vida en común porque ya no existe afecto y por el contrario aversión mutua que puede poner en peligro, en el peor de los casos, la vida de su madre..." de lo que se observa que estos tratos se han hecho ya una constante; por otro lado; respecto a la separación y liquidación de bienes gananciales, por el divorcio se pone fin al régimen de la sociedad de gananciales, como expresamente lo consagra el inciso tres del artículo trescientos dieciocho del Código Civil, y estando a que las partes procesales han adquirido bienes, la liquidación y partición de la sociedad de gananciales se efectuara en ejecución de sentencia conforme lo estipulado en el artículo trescientos veinte del Código Sustantivo; entre otros argumentos; por ello, el A Quo declara fundada la demanda de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común y por ende disuelto el vínculo matrimonial y el fenecimiento de la sociedad conyugal, entre otros;

Quinto.- Que, esta resolución, no fue impugnada o cuestionada por ninguna de las partes, a pesar de que ambas estaban debidamente notificadas y en pleno uso de sus derechos civiles;

Sexto.- Que, al amparo de la ley procesal, el expediente se eleva en consulta y la Sala de Familia resuelve desaprobando la sentencia consultada y declarar improcedente la demanda, en base a los argumentos descritos en la resolución de fojas seiscientos ochenticinco, sosteniendo, principalmente que si bien (la legislación) revela una posición de apertura divorcista, esta aun se haya limitada por las preocupaciones que generan el o la cónyuge separada en contra de su voluntad y la de los otros miembros de la familia, estableciéndose un sistema resarcitivo propio, que contrarresta y protege a la víctima de la invocación del hecho propio a través de la reparación de los daños y que continúa evocando las raíces sancionadoras del divorcio; emergencia de las preocupaciones legales, sociales y particularmente morales que acompañan decisiones legislativas de la relevancia de las asumidas; indica que, por ello, es razonable deducir que la legislación nacional, continúa bajo un sistema divorcista moderado, flexibilizado expresamente al incorporar una causal objetiva del sistema remedio a la que se ha condicionado en su invocación y gravado en sus efectos, dificultándose por tanto que pueda considerarse la inclusión, de la causal prevista en el numeral once del artículo trescientos treintitres del Código Civil, esto es, la imposibilidad de hacer vida en común, como una causal de divorcio quiebre, que constituye una modalidad divorcista flexible a la que sigue otros mecanismos de disolución del vínculo matrimonial, como lo es el divorcio unilateral, la conciliación, el divorcio por autoridad administrativa e incluso notarial; refiere que la causal de imposibilidad hacer vida en común, si bien en otras legislaciones es comprendida como una causal de divorcio quiebre, propia del sistema del divorcio remedio, el tratamiento que ha merecido en la Legislación Nacional, no corresponde a las características que distingue este sistema, al no exonerarla como lo hace con la causal de separación de hecho, de la limitación dispuesta por el artículo trescientos treinticinco del Código Civil, esto es, la invocación del hecho propio, así como al no darle un tratamiento similar en cuanto a sus efectos en relación a los hijos, cónyuges y patrimonio conyugal, imprimiéndole por tanto, un carácter inculpatario, no posibilitando que se le califique como una causal que ponga fin a matrimonios desquiciados; describe los medios probatorios y concluye que los mismos permiten advertir que los hechos en que se fundamenta esta causal estén incursos en otra causal de divorcio prevista por ley y sosteniendo que las causales de divorcio son autónomas al estar reguladas taxativamente en la Ley Civil, por tanto los mismos hechos no pueden sustentar dos o más causales;

Sétimo.- Que, la recurrente plantea un primer recurso de casación, en donde se denuncia la contravención de los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, describiendo los siguientes vicios:

- b.i)** se ha vulnerado el principio del iura novit curia;
- b.ii)** se ha contravenido los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución, en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, es principio de la función jurisdiccional la motivación de todas las resoluciones, las que de acuerdo al artículo ciento veintidos inciso tres del Código Procesal Civil, deben hacer mención a los puntos sobre los que versa, con los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho;
- b.iii)** se ha vulnerado el principio de congruencia en la sentencia de vista;

Octavo.- Que, por sentencia casatoria del treintiuno de Julio del dos mil seis, este Supremo Tribunal declaró fundado el recurso de casación, considerando que la Sala Superior no había fundamentado su decisión, de acuerdo a lo que las partes han

declarado y habla afectado su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al omitir tener en cuenta el que nuestro sistema procesal se rija, entre otros principios, por el de iniciativa de parte, el mismo que se encuentra circunscrito dentro del Sistema Garantista, según el cual, el objeto discutido, dentro del proceso, es de interés, prioritariamente de las partes, puesto que son estas las que han recurrido a la Administración de Justicia para resolver su conflicto intersubjetivo de intereses, esto es, han planteado una demanda y una contestación a ella, por lo que es lógico y coherente, considerar que la respuesta de los magistrados debe estar acorde a sus pretensiones y no recurrir a formalismos innecesarios para proteger un matrimonio que, según las partes, esta total y absolutamente disuelto en la vía de los hechos; por ello, al actuar en sentido contrario a las partes, y valerse de ambigüedades o deficiencias legales, es desconocer la función social que tiene todo Juez respecto del lugar donde ejerce su función, y pretender someter a las personas, no a la justicia del caso concreto), sino -en este caso- al mantenimiento de una situación matrimonial inexistente, en donde se han presentado denuncias gravísimas de agresión, que no han sido tomadas en cuenta; por ello, declara FUNDADO el recurso de casación y dispone la nulidad de la resolución de vista;

Noveno.- Que, la Sala Superior de Familia vuelve a expedir su fallo, en consulta, Desaprobando la sentencia consultada, que declara fundada la demanda interpuesta por la actora sobre divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, contra su esposo;

Décimo.- Que, nuevamente, la actora interpone su recurso de casación, sosteniendo, en síntesis, la interpretación errónea del numeral once del artículo trescientos treintitres del Código Civil; y, b) La contravención de los incisos tres, veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, describiendo los siguientes vicios: b.i) se ha vulnerado el principio del iura novit curia; b.ii) la contravención de los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, del artículo ciento veintidos inciso tres del Código Procesal Civil; b.iii) la vulneración del principio de congruencia en la sentencia de vista;

Undécimo.- Que, en este caso, la causal casatoria sustantiva y los agravios procesales deben ser resueltos simultáneamente, puesto que existen argumentos que inciden en ambos extremos del recurso de casación;

Duodécimo.- Que, es así que este Supremo Tribunal considera, al margen del agravio referido a la motivación de la sentencia, previsto en el punto b.ii) del recurso de casación, el cual no se configura en esta oportunidad, y discrepando de los argumentos de la Sala Superior, que en este caso se configuran los vicios en los puntos b.i) y b.iii), contenidos en el recurso de casación, puesto 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 sus derechos, a través de un procedimiento legal en el que se de la oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y obtener una sentencia que decida la causa dentro del plazo preestablecido en la ley procesal; en lo que se refiere al punto b.iii), si existe una violación al principio de congruencia, puesto que las partes han dejado sentando, tanto en su demanda como en su contestación, los hechos sobre los cuales amparan su pretensión final, que independientemente de la causal de divorcio invocada, es - precisamente - el divorcio entre estas, habiendo una constancia manifiestamente clara y objetiva, que las partes no se oponen a la disolución del vínculo conyugal de estas, por ende, dicho extremo deja ya de ser un punto contradictorio en la posición de las partes, convirtiéndose así en un punto sobre el que existe concierto de criterio,

cumpléndose los fines del proceso, previstos en el numeral III del Título Preliminar del Código Procesal Civil y a lo que todos los jueces deben de propender, los cuales son el 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 abstracto es lograr la paz social en justicia;

Décimo Tercero.- Que, por otro lado, adicionando a la sustentación de la causal invocada, el Jurista Juan Morales Godo ha señalado, en este sentido que:"(...) El proceso no es un fin en si mismo; se pone al servicio de los derechos sustanciales, es un medio y por ello se dice que es instrumental. Los derechos sustanciales cuando son transgredidos o amenazados, se defienden a través del mecanismo que tiene el Estado para solución de los conflictos (...) Es importante tener en mente este carácter Instrumental del proceso, para adoptar las decisiones que conviertan al proceso en un instrumento eficaz y no convertirlo en algo enrevesado, lento, donde todo es posible (...) (asimismo, sobre la finalidad del proceso dice) (...) Es indudable que si señalamos que el proceso es instrumental, es porque tiene finalidades distintas a él; defender el proceso por el proceso mismo, puede llevarnos al camino de lo absurdo, por no decir demencial. Y ¿cual es la finalidad del proceso? La solución de los conflictos de intereses que se pone a consideración del magistrado. Ese es la mira permanente que debe guiar las decisiones del Juzgador. La solución del conflicto social que se le pone a su consideración. ¿Cuántos casos conocemos de procesos que han culminado y que no han resuelto el conflicto? - Muchísimos casos, donde el conflicto socialmente considerado subsista, y uno se pregunta ¿Para que sirvió el proceso? ¿Cumplió con su finalidad? Siendo la respuesta a estas preguntas negativa es indudable que crea la desazón en el ciudadano y el consecuente desprestigio del proceso y del Poder Judicial (...)" (El Proceso Civil: Enfoques Divergentes; Pontificia Universidad Católica del Perú - Institute Riva Agüero - Iuris Consult, Editores; Lima - Perú, pagina dos - tres);

Décimo Cuarto.- Que, es por esta razón, que este Supremo Tribunal entiende que las disposiciones procesales, a pesar de ser de orden publico, y consecuentemente de obligatorio cumplimiento, no pueden entenderse o interpretarse en perjuicio de las partes y del proceso mismo; es así que, oponerse - como lo hace la Sala Superior - a la aplicación del principio de iura novit curia, en casos en donde es evidente la configuración de los argumentos que sustentan una demanda de divorcio y estos no reciben cuestionamiento alguno por el otro sujeto procesal, implica, para este Supremo Tribunal, un contrasentido y un manifiesto perjuicio en contra de las partes que litigan y someten a los jueces sus conflictos;

Décimo Quinto.- Que, en la aplicación del iura novit curia, como ha señalado el jurista mencionado "(...) lo importante es que el juzgador no puede modificar los hechos narrados por las partes. Ese terreno le esta vedado al Juez. Lo que debe hacer el Juez conociendo los hechos narrados es encontrar la justa solución aplicando la norma jurídica pertinente (...) puede ocurrir que la calificación jurídica de la pretensión (petitorio) este equivocada. En este supuesto, evidentemente, pueden presentarse múltiples posibilidades, desde aquella en que la misma no guarde relación, sea totalmente incoherente con los hechos descritos, en este supuesto el Juez debe declarar improcedente la demanda, aun in limine. Pero, existirán otros en los que el error no es tan grave, ni que exista una evidente incoherencia (...) (sigue) este Juez (...), sin modificar en absoluto los hechos, sino interpretando los mismos, pudo considerar que mas bien se trataba de la tipificación de una causal (...) que el demandante ha calificado erróneamente los hechos, máximo si no tenia una prueba fehaciente de ello (...) se trata de los mismos hechos invocados por el demandante, los cuales han sido debidamente acreditados, pero dicha acreditación no es útil para las causales invocados, pero sin son efectivas (para otra causal), que no ha sido invocada

por el actor, pero el Juez como es el técnico en el derecho, aplica la norma jurídica pertinente (...) no se han modificado los hechos, pero ^se ha modificado el petitorio? La respuesta directa a ello, es observar si lo que va a resolver el Juez es algo distinto a lo que quiere realmente el actor. Por un lado, lo que quiere el actor es que se declare la disolución del vínculo matrimonial, el Juez, en este sentido, no le está dando algo diferente a lo deseado por el actor (...) No resolver el tema aplicando el *Iura Novit Curia*, generara la sensación de inutilidad del proceso; no ha resuelto el conflicto social, lo ha dejado latente; ¿genera de alguna manera la paz social? La respuesta es negativa. Lo peor, ¿cual es el mensaje social?, que conducta como las descritas, finalmente, resultan impunes;"

Décimo Sexto.- Que, siendo esto así, resulta evidente, para este Supremo Tribunal que en este caso se presenta un conflicto intersubjetivo de intereses en donde debe de aplicarse el principio del *iura novit curia*, puesto que si bien es cierto se ha errado en la invocación de la causal de divorcio, no se han cambiado los hechos que sustentan el mismo, sino que estos mismos hechos sustentan otra causal de divorcio, prevista taxativamente en la ley, y que el A Quo ha aplicado correctamente, sustentando su decisión y valorando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, no habiendo recibido oposición de ninguna de las dos partes procesales legitimadas y naturalmente interesadas en el resultado del proceso, sino que la oposición ha provenido de la Sala de Familia, perjudicándose así los derechos e intereses comunes (y no controvertidos) de los litigantes;

Décimo Séptimo.- Que, siendo esto así, se procede a analizar el vicio sustantivo, y al respecto, cabe señalar que el inciso once del citado artículo trescientos treintitres del Código Sustantivo, establece como causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, pudiendo también demandarse el divorcio por dicha causal de acuerdo con lo que previene el artículo trescientos cuarentinueve del propio texto legal;

Décimo Octavo.- Que, el artículo dos de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventicinco varió el texto original del inciso once del artículo trescientos treintitres del Código Civil y de acuerdo con el principio de la invocabilidad contemplado en el artículo trescientos treinticinco del Código acotado, la mencionada causal solo puede ser invocada por el cónyuge agraviado, no por el que cometió los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida en común;

Décimo Noveno.- Que, se trata de una nueva causal inculpatória y, en consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quien los provoco a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda;

Vigésimo.- Que, la imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su imputabilidad al otro consorte; quien con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio; por eso y por tratarse de una causal inculpatória deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provoca la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común;

Vigésimo Primero.- Que, la variedad de circunstancias que puede presentar la vida real hace imposible enumerar los hechos que puedan configurar esta causal; pero todas las circunstancias que de ordinario pueden producirse viviendo o no los cónyuges bajo el mismo techo, deben ser acreditadas por cualquier medio probatorio admitido En nuestra legislación procesal civil, debiendo el juzgador valorar en conjunto la prueba actuada a fin de llegar al convencimiento de que el hecho comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida en común, según el caso;

Vigésimo Segundo.- Que, la casación debe cumplir una de sus mas importantes finalidades, cual es velar por la correcta aplicación e interpretación del Derecho objetivo y, a través de ella, uniformar la jurisprudencia nacional; corrigiendo los errores de jure o in indicando que se perciba en las resoluciones que son objeto de casación;

Vigésimo Tercero.- Que, la cuestionada interpretación del referido inciso once del artículo trescientos treintitres del Código Civil es evidentemente errónea, por parte de la Sala de Familia, puesto que limita su análisis, en el caso de autos, a la causal invocada por la parte actora, cuando el A Quo, en forma coherente con los argumentos que sustentaron la demanda de divorcio y en aplicación del principio del iura novit curia, ha aplicado, sin modificación ni alteración alguna, a los hechos sustentados por las partes, esta causal de divorcio;

Vigésimo Cuarto.- Que, por las consideraciones expuestas, esta causal requiere de un análisis probatorio, que, en el caso de autos, esta debidamente efectuado por el A Quo y que consta en su resolución debidamente sustentada, habiéndose configurado dicha causal; por tales consideraciones en aplicación del artículo trescientos noventiseis inciso uno del Código Procesal Civil;

declararon: FUNDADO el recurso de casación, interpuesto a fojas ochocientos once por doña Luisa Gabriela Alarco Valdez; en consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista de fojas setecientos veintidos, su fecha veintiocho de diciembre del dos mil seis, expedida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; y, actuando en sede de instancia, **APROBARON** la sentencia consultada de primera instancia de fojas seiscientos cincuentiseis, de fecha cuatro de Julio del dos mil cinco, que declara Fundada la demanda por la causal de imposibilidad de hacer vida en común; y en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial contra Ido con fecha cinco de noviembre de mil novecientos noventiseis ante la Municipalidad Provincial de Huancavelica, entre don José Miguel Portocarrero Pérez y dona Luisa Gabriela Alarco Valdez, poniéndose fin al régimen de la sociedad de gananciales, con lo demás que contiene y es materia de consulta; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos por Luisa Gabriela Alarco Valdez con José Miguel Portocarrero Pérez sobre Divorcio por Causal - Imposibilidad de Hacer Vida en Común; y, los devolvieron; Vocal Ponente señor Palomino García.-
SS. TICONA POSTIGO, SOLIS ESPINOZA, PALOMINO GARCIA, CASTANEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA C-277703-63

II. IDEAS PRELIMINARES.-

Según Hugo Alsina¹, la palabra *proceso* es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba la de *juicio* que tiene su origen en el derecho romano y viene de *iudicare*, declarar el derecho. El término *proceso* es mas amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el Juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto *juicio* supone una controversia, es decir, una especie dentro del genero.

El *proceso* ha sido y es apasionante tema de estudio, reflexión y análisis por infinidad de autores en el mundo jurídico, así se ha abarcado su concepto, contenido, causa, denominación, naturaleza jurídica, razón de ser, función, objeto, garantías, fin o finalidad, etc. Empero, en el presente trabajo, a efectos de poder comentar la presente sentencia casatoria, trataremos básicamente lo relacionado al último punto, al carácter instrumental del mismo y al principio procesal *iura novit curia*.

¹

Veni ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires. 1963, pp. 400-401.

En primer término, es preciso tener en cuenta que si bien es cierto que el tópico de la finalidad del derecho no podría efectivizarse sin la existencia complementaria e insustituible como lo es el proceso; consecuentemente derecho y proceso tienen una relación inseparable como insoslayable, respecto de la finalidad del derecho. En efecto, Francesco Carnelutti² refiere que el derecho sin proceso no podría alcanzar su finalidad, no sería el derecho en una palabra. Seguidamente acota, que sin el proceso, pues, el derecho no podría alcanzar sus fines; pero tampoco los podría alcanzar el proceso sin el derecho. Finalmente la relación entre los dos términos es circular. Pero eso se constituye esa rama del derecho que se llama derecho procesal.

Sin embargo, el *ítem* rector a desarrollar en la presente entrega no está relacionado a la finalidad del derecho, sino más bien, se encuentra orientado a desentrañar lo referido a la finalidad del proceso (el mismo que se encuentra ligado al inmanente carácter instrumental del mismo); es decir, al segundo condicionante que nos habla el maestro Carnelutti.

En la presente casación bajo comentario, analizaremos bajo que fundamentos, en el proceso judicial (o simplemente proceso), juegan un papel preponderante y decisivo los factores: realidad, voluntad de las partes, justicia, utilidad, interés superior del niño, vida de la madre, familia (y no matrimonio); en una demanda de divorcio por causal por imposibilidad de hacer vida en común.

III. SOBRE LA FINALIDAD DEL PROCESO.-

Devis Echandía³, sostiene que el fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados.

Dejamos constancia, que no debemos olvidar que dicha finalidad procesal obviamente, deberá estar enfocada a temas o asuntos de relevancia jurídica, ya sea, contencioso, ya sea, no contencioso.

Sin embargo, para Ugo Rocco⁴, “cuando se habla de finalidad hay que referirse a un sujeto procesal que se la proponga; y puesto que en el proceso son varios los sujetos, el Estado (representado por el órgano jurisdiccional), y las partes, es natural que cada uno de ellos se proponga sus fines. En realidad, no hay una finalidad del proceso, hay finalidades de los sujetos procesales”.

Por otro lado, Marco Gerardo Monroy Cabra⁵, citando a Manuel de la Plaza, afirma que los fines del proceso civil son: i) regula el ejercicio de una función pública, que se atribuye privativamente a uno de los órganos de Estado, como es el jurisdiccional, y ii) esa función se encamina a traducir en una voluntad concreta de la voluntad abstracta de la ley. Luego, sintetiza que **la finalidad del proceso civil es la misma que la del derecho en general**, o sea, la aplicación de la justicia. (El resaltado, es nuestro).

² Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pp. 38-39.

³ Vide DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Teoría general de proceso*. Decimocuarta edición. Tomo I. Editorial ABC. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1996, p. 7. Cfr., también DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984, p. 9.

⁴ Veni en ese sentido, ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I, parte general. Temis, Bogotá y Depalma, Buenos Aires. 1983. pp. 114-117.

⁵ Véase: MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios de derecho procesal civil*. Editorial Temis S. A. Bogotá. 1988, pp. 15-16.

En ese sentido, cabe resaltar además, la importancia de tener siempre presente la diferencia entre la *finalidad "normal"* del proceso, y su contraparte *"anormal"*. Así, Pedro Aragonese Alonso⁶ señala que el fin normal se divide en: i) mediato o institucional e ii) inmediato. El primero, compuesto por la realización de la justicia; y el segundo, por la satisfacción de pretensiones frente a persona determinada y distinta del pretensor. Agrega que por su parte, la finalidad o fin anormal del proceso, puede ser i) lícita e ii) ilícita. Será lícita, en el proceso aparente, es decir, el que sin satisfacer una pretensión frente a sujeto distinto del pretensor, pero con el empleo de formas procesales, se constituye en negocios jurídicos como manera consentida por el derecho mismo para suplir las faltas del propio derecho (proceso impropio). Asimismo, será ilícita en el proceso fraudulento, con el que se tiende a atacar la finalidad institucional del proceso de realización de un reparto justo. El proceso fraudulento será: i) unilateral y ii) bilateral. El primero, radica en que cada uno de los contendientes trata que se resuelva el litigio en la forma más conveniente a sus intereses y se destruye con el contradictorio. El segundo, es el que presenta peligro, ya que en éste el contradictorio se reduce a una apariencia, trastocando la finalidad mediata o institucional.

IV. ACERCA DE LOS FINES DEL PROCESO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.-

El artículo III del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo de 1993, *ab initio* estipula que "el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conjunto 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".

Así tenemos que con acierto, Wilvelder Zavaleta Carruitero⁷, manifiesta que resolviendo el conflicto de intereses o eliminando la incertidumbre jurídica, se logra el fin concreto del proceso: hacer efectivos los derechos sustanciales. Son derechos sustanciales los que la Constitución y las leyes reconocen a las personas, tales como: propiedad, herencia, libertad, igualdad, domicilio, etc.

Según lo mencionado por la norma descrita, tenemos que los fines del proceso tienen una naturaleza bifronte, es decir, por una parte, un fin o finalidad *concreta* y por otro, una *abstracta*. Seguidamente, tenemos que la misma precisa el significado de la finalidad concreta (resolver un conjunto de intereses o eliminar una incertidumbre) y la finalidad abstracta (lograr la paz social en justicia).

En ese sentido, cabe agregar que la resolución de los conflictos de intereses se logra por la vía del procedimiento contencioso, y que la eliminación de las incertidumbres jurídicas, por el proceso no contencioso.

Por otro lado, respecto de la naturaleza abstracta de la finalidad del proceso, corresponde señalar que con el actual Código adjetivo peruano, se deja atrás el sistema privatístico o garantista para dar paso al publicístico o decisionista. En consecuencia, el Juez tiene una participación más activa en el proceso, con el único objetivo de facilitar o posibilitar la efectivización o materialización de la paz social en justicia.

⁶ Vici ARANGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1997, pp. 298-299.

⁷ Vide ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. *Código Procesal Civil*. 5ta edición. Tomo I. Editorial Rhodas. Lima. 2006, pp. 33-34.

Respecto de este nuevo sistema procesal publicístico peruano, Juan Morales Godo⁸ sostiene, que el proceso civil tiene como finalidad la solución del conflicto de intereses al cual le sirve de instrumento jurídico. Si bien se discuten intereses de los particulares, el proceso es un asunto de interés público. Interesa a los particulares en tanto que un mecanismo de solución de conflictos masivos de la sociedad, pero existe un interés general de convertir al proceso en una herramienta atril, es decir, interesa al ciudadano la forma como se dice justicia por parte de la magistratura encargada de la conducción de los procesos.

V. SOBRE LOS FINES DEL PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.-

Interesante el alcance que nos proporciona la Casación N° 1781-99⁹ al mencionar que "...los fines del proceso solo pueden cumplirse en un proceso que ha concluído con sentencia o resolución que se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia o incertidumbre jurídica".

Consecuentemente, los fines de proceso no se pueden cumplir o plasmar en el trayecto del mismo, si no solamente al quedar éste concluído.

VI. EL PROCESO COMO FINALIDAD, FIN Y MEDIO O INSTRUMENTO.-

Es preciso dejar constancia que en principio i) finalidad y ii) fin del proceso, no son sinónimos, así tenemos: que mientras que el primero está referido a lo que se postula alcanzar el proceso (ya sea, resolver un conjunto de intereses o eliminar una incertidumbre, logrando la paz social en justicia); el segundo (entendido como meta), trata acerca que el proceso no es en *strictu sensu* el norte en sí y de sí mismo, dicho de otro modo, el proceso no es lo que se busca conseguir en un litigio judicial (nada mas alejado de ello). En tal sentido, el proceso es mas bien iii) el medio (el instrumento), a través del cual se sirve el derecho para poder materializarse.

En efecto, Pedro Sagástegui Urteaga¹⁰, afirma que el proceso no es un fin, sino un medio que tiene el derecho para conseguir la justa composición de la litis en casos contenciosos, o dar validez a situaciones que se comprendan en la llamada jurisdicción voluntaria; esta duplicidad de fines del proceso comprende elementos como tutelar derechos, amparar pretensiones, permitiendo aplicaciones sea de un código procesal o de normas que existen en el ordenamiento jurídico en general.

Por su parte Juan Morales Godo¹¹, refiere que el proceso no es un fin en sí mismo; se pone al servicio de los servicios sustanciales, es un medio y por ello se dice que es instrumental. Es importante tener en mente este carácter instrumental del proceso para adoptar las decisiones que conviertan al proceso en un instrumento eficaz y no convertirlo en algo enrevesado, lento, donde todo es posible.

VII. ACERCA DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA.-

El significado en castellano del aforismo en latín es: "el juez conoce o sabe de derecho". Al respecto, Morales Godo¹², acota que el origen del mismo data en la edad media, cuando un Juez le decía a uno de los abogados defensores que hacía uso de

⁸ Cfr. MORALES GODO, Juan. *Instituciones de derecho procesal*. Palestra Editores. Lima, 2005, p.125.

⁹ Veni así, Casación N° 1781-99/Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26/12/1999, pp. 4405-4406.

¹⁰ Cfr. SAGÁSTEGUI ARTEAGA, Pedro. *Exégesis y sistemática del código procesal civil*. Volumen I. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2003, p. 4.

¹¹ Véase: MORALES, Ob. Cit, p. 126.

¹² Vici Ibid, p. 127.

la palabra: “*Venite ad factum, curia iura novit*” (dadme los hechos, que yo conozco el derecho).

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, calla sobre el tema. Han tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que hayan creado un cuerpo de doctrina sobre el tema. En ese sentido, en una de sus últimas sentencias, la del 24/07/98 la Sala de lo Civil de su Tribunal Supremo señaló: “esa postura doctrinal es lógica y se asume totalmente desde el punto de vista del principio *iura novit curia* perfectamente desarrollada por la corriente doctrina germánica de la *freie revisions praxis*, que permite al juzgador dar la norma jurídica aplicable al *factum* alegado y probado, aunque en la pretensión no se alegue la misma, e incluso cuando se alegue otra norma con distinto contenido”.¹³

Este principio procesal se encuentra positivizado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano, el mismo que bajo el título de Juez y derecho, señala: “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”.

En cuanto al ámbito de aplicación de este aforismo (*iura novit curia*), el profesor Juan F. Monroy Gálvez¹⁴, sostiene que no solo se trata que únicamente es aplicable a la omisión del derecho objetivo (norma jurídica), si no que, además, el artículo no concede al juez nacional la oportunidad de intervenir *cuando se invoca erróneamente la norma jurídica*. Apréciase el artículo y se advertirá que solo se refiere al caso “*que no haya sido invocada en la demanda*”. Se podrá argumentar que si el juez puede intervenir por omisión en la cita de la norma, con mayor razón puede hacerlo cuando se le cita erróneamente. Sin embargo, a dicho autor le parece discutible una interpretación en tal sentido. Mucho más sólido, considera parecería el argumento invertido, es decir, si el juez puede intervenir cuando las partes yerran, en la cita de la norma, con mayor razón podrá hacerlo cuando estas no lo citan.

Además, Pedro Sagástegui Arteaga¹⁵, menciona que dicho dispositivo no se circunscribe, a diferencia de la ley sustantiva, a la “demanda”, sino al “proceso”, a todo el proceso. Además, agrega que este principio en vez de aplicarse a únicamente a la norma errónea, se hace extensiva no solo a esta fuente de derecho, la ley, si no también a la otras a las que el derecho peruano debe recurrir.

Jorge Carrión Lugo¹⁶, advierte que esto supone que el Juez, como tal, es el concededor del derecho y que las partes no necesariamente deben ser concededores del derecho, si no de los hechos.

Finalmente, el profesor Juan José Bentolila¹⁷, citando a Enrique M. Falcón, señala sobre el brocárdico: “no quiere decir que el magistrado conozca efectivamente todas las normas jurídicas, sino que tiene los medios y el deber de procurarse dicho

¹³ Vici de tal manera, DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA LEX. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2002, pp. 852-853.

¹⁴ Vide MONROY GÁLVEZ, Juan F. *La formación del proceso civil peruano*. Segunda edición aumentada. Palestra Editores. Lima. 2004, p. 32.

¹⁵ Cfr. SAGÁSTEGUI, Ob. Cit, pp. 32-33.

¹⁶ Veni de esa manera CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*. Segunda edición. Volúmen I. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004, p. 55.

¹⁷ Vici BENTOLILA, Juan José. *Iura novit curia: esa omnisciencia judicial*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista 2007, “en línea”, recuperado el 07/08/09 de Egacal.com: http://www.egacal.com/upload/2007_BentolilaJuan.pdf

conocimiento de oficio, si es que ya no lo tiene, para lo cual goza de una formación adecuada al efecto"; y seguidamente, citando a De La Oliva, agrega: "la máxima *iura novit curia* no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables; significa tan sólo que es innecesario probar el Derecho vigente, alegarlo con completa precisión y total exhaustividad".

VIII. RESEÑA DE LA RESOLUCIÓN BAJO ANÁLISIS.-

La actora (Luisa Gabriela Alarco Valdez) interpone demanda de divorcio, por causal de imposibilidad de hacer vida en común, sustentando su pretensión y ofreciendo abundantes medios probatorios.

La demanda es admitida por el *a quo* y contestada tanto el Ministerio Público y por el cónyuge de la actora, este último, conforme ha hecho notar el *a quo* gira su defensa en torno a la situación patrimonial de la pareja, pero no desvirtúa los graves cargos que le ha imputado la parte actora y que se encuentran descritos en su demanda.

Luego de las audiencias respectivas, el *a quo* resuelve la controversia, analizando, prioritariamente, los argumentos de ambas partes procesales y, de conformidad con el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, en forma conjunta y razonada, valorando todos los medios probatorios presentados por los sujetos procesales (partes procesales) emitiendo un juicio sobre aquellos que son relevantes para la solución del conflicto intersubjetivo de intereses; y concluye que del análisis de autos se tiene que las continuas agresiones por parte del demandado hacia la actora, evidenciadas en las diferentes denuncias policiales y declaraciones de las partes, siendo que el cónyuge considera como hechos normales en todo los matrimonios y que para la demandante y los hijos de las partes constituyen constante maltrato físico y sobre todo psicológico y emocional, habiéndose incrementado estos últimos desde que se jubiló el demandado, existiendo incluso un proceso de violencia familiar en el que no obstante haberse conciliado por el cese de las agresiones estas han continuado al extremo de haberse ordenado el alejamiento del hogar conyugal por parte del cónyuge, que al ser continuos imposibilitan la continuación de la vida conyugal lo que conlleva a la imposibilidad de hacer vida en común de los justiciables, deviniendo en amparable la incoada; si bien las agresiones a que hace mención la demandante constituyen la causal de violencia física y psicológica contemplada como causal en el Código subjetivo, **ésta también puede ser considerada como imposibilidad de hacer vida en común si se tiene en cuenta que son las propias hijas Cecilia Raquel y Anna Mariela Portocarrero Alarco**, en las cartas dirigidas al juzgado, las que así lo manifiestan (alegando que es imposible que puedan hacer vida en común porque ya no existe afecto y por el contrario aversión mutua que puede poner en peligro, en el peor de los casos, la vida de su madre).

En base a lo referido, el *a quo* declara fundada la demanda de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común y por ende disuelto el vínculo matrimonial y el fenecimiento de la sociedad conyugal, entre otros. Dicha resolución, no fue impugnada o cuestionada por ninguna de las partes, a pesar de que ambas estaban debidamente notificadas y en pleno uso de sus derechos civiles.

Al amparo de la ley procesal, el expediente se eleva en consulta y la Sala de Familia resuelve desaprobando la sentencia consultada y declarar improcedente la demanda, señalando que la causal de imposibilidad hacer vida en común, si bien en otras legislaciones es comprendida como una causal de divorcio quiebre, propia del sistema del divorcio remedio, el tratamiento que ha merecido en la Legislación Nacional, no corresponde a las características que distingue este sistema, al no exonerarla como lo hace con la causal de separación de hecho, de la limitación dispuesta por el artículo trescientos treinticinco del Código Civil, esto es, la invocación del hecho propio, así

como al no darle un tratamiento similar en cuanto a sus efectos en relación a los hijos, cónyuges y patrimonio conyugal, imprimiéndole por tanto, un carácter inculpatario, no posibilitando que se le califique como una causal que ponga fin a matrimonios desquiciados; describe los medios probatorios y concluye que los mismos permiten advertir que los hechos en que se fundamenta esta causal estén incursos en otra causal de divorcio prevista por ley y sosteniendo que las causales de divorcio son autónomas al estar reguladas taxativamente en la Ley Civil, por tanto los mismos hechos no pueden sustentar dos o mas causales.

La recurrente plantea un primer recurso de casación, en donde se denunció la contravención de los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, describiendo los siguientes vicios: b.i) vulneración del principio del iura novit curia; b.ii) contravención de los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución, en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, es principio de la función jurisdiccional la motivación de todas las resoluciones, las que de acuerdo al artículo ciento veintidos inciso tres del Código Procesal Civil, deben hacer mención a los puntos sobre los que versa, con los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho; y b.iii) vulneración del principio de congruencia en la sentencia de vista.

El Supremo tribunal declaró fundado el recurso de casación, considerando que la Sala Superior no había fundamentado su decisión, de acuerdo a lo que las partes han declarado y **había afectado su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** al omitir tener en cuenta el que nuestro sistema procesal se rija, entre otros principios, por el de iniciativa de parte, el mismo que se encuentra circunscrito dentro del Sistema Garantista, según el cual, el objeto discutido, dentro del proceso, es de interés, prioritariamente de las partes, puesto que son estas las que han recurrido a la Administración de Justicia para resolver su conflicto intersubjetivo de intereses, esto es, han planteado una demanda y una contestación a ella, por lo que es lógico y coherente, considerar que la respuesta de los magistrados debe estar acorde a sus pretensiones y no recurrir a formalismos innecesarios para proteger un matrimonio que, según las partes, esta total y absolutamente disuelto en la vía de los hechos; por ello, al actuar en sentido contrario a las partes, y valerse de ambigüedades o deficiencias legales, es desconocer la función social que tiene todo Juez respecto del lugar donde ejerce su función, y pretender someter a las personas, no a la justicia del caso concreto), sino -en este caso- al mantenimiento de una situación matrimonial inexistente, en donde se han presentado denuncias gravísimas de agresión, que no han sido tomadas en cuenta

Ante lo cual se declara fundado el recurso de casación y dispone la nulidad de la resolución de vista. Sin embargo, la Sala Superior de Familia vuelve a expedir su fallo, en consulta, Desaprobando la sentencia consultada, que declara fundada la demanda interpuesta por la actora sobre divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, contra su esposo.

Nuevamente, la actora interpone su recurso de casación, sosteniendo, en síntesis, la interpretación errónea del numeral once del artículo trescientos treintitres del Código Civil; y, b) La contravención de los incisos tres, veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, describiendo los siguientes vicios: b.i) vulneración del principio del iura novit curia; b.ii) contravención de los incisos tres y veinte del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, del artículo ciento veintidos inciso tres del Código Procesal Civil; y b.iii) vulneración del principio de congruencia en la sentencia de vista;

El Supremo Tribunal es del parecer que en este caso, la causal casatoria sustantiva y los agravios procesales deben ser resueltos simultáneamente, puesto que existen argumentos que inciden en ambos extremos del recurso de casación.

Consecuentemente, dicho Tribunal considera, al margen del agravio referido a la motivación de la sentencia, previsto en el punto b.ii) del recurso de casación, el cual no se configura en esta oportunidad, y discrepando de los argumentos de la Sala Superior, que en este caso se configuran los vicios en los puntos b.i) y b.iii), cumpliéndose los fines del proceso.

Por esta razón, que este Supremo Tribunal entiende que las disposiciones procesales, a pesar de ser de orden público, y consecuentemente de obligatorio cumplimiento, no pueden entenderse o interpretarse en perjuicio de las partes y del proceso mismo; es así que, oponerse- como lo hace la Sala Superior- a la aplicación del principio de *iura novit curia*, en casos en donde es evidente la configuración de los argumentos que sustentan una demanda de divorcio y estos no reciben cuestionamiento alguno por el otro sujeto procesal, implica, para este Supremo Tribunal, un contrasentido y un manifiesto perjuicio en contra de las partes que litigan y someten a los jueces sus conflictos.

Precisamente, en la aplicación del *iura novit curia* el Supremo Tribunal, señala (conforme lo referido por el jurista Juan Morales Godo en la sentencia bajo análisis) que si bien es cierto que lo importante es que el juzgador no puede modificar los hechos narrados por las partes, también es cierto que existirán otros casos en los que el error (del demandante) no es tan grave, ni que exista una evidente incoherencia, consecuentemente el Juez *a quo*, sin modificar en absoluto los hechos, sino interpretando los mismos, puede considerar que mas bien se trataba de la tipificación de una causal que el demandante ha calificado erróneamente los hechos, máximo si no tenía una prueba fehaciente de ello se trata de los mismos hechos invocados por el demandante, los cuales han sido debidamente acreditados, pero dicha acreditación no es útil para las causales invocados, pero si son efectivas (para otra causal), que no ha sido invocada por el actor, pero el Juez como es el técnico en el derecho, aplica la norma jurídica pertinente, no se han modificado los hechos, pero ¿se ha modificado el petitorio? La respuesta directa a ello, es observar si lo que va a resolver el Juez es algo distinto a lo que quiere realmente el actor. Por un lado, lo que quiere el actor es que se declare la disolución del vínculo matrimonial, el Juez, en este sentido, no le esta dando algo diferente a lo deseado por el actor. No resolver el tema aplicando el *iura novit curia*, generará la sensación de inutilidad del proceso; así no habría resuelto el conflicto social, dejándolo latente.

Resulta evidente, para el referido Supremo Tribunal que en este caso se presenta un conflicto intersubjetivo de intereses en donde debe de aplicarse el principio del *iura novit curia*, puesto que si bien es cierto se ha errado en la invocación de la causal de divorcio, no se han cambiado los hechos que sustentan el mismo, sino que estos mismos hechos sustentan otra causal de divorcio, prevista taxativamente en la ley, y que el *a quo* ha aplicado correctamente, sustentando su decisión y valorando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, no habiendo recibido oposición de ninguna de las dos partes procesales legitimadas y naturalmente interesadas en el resultado del proceso, sino que la oposición ha provenido de la Sala de Familia, perjudicándose así los derechos e intereses comunes (y no controvertidos) de los litigantes;

En tal sentido, se procede a analizar el vicio sustantivo, y al respecto, cabe señalar que el inciso once del citado artículo trescientos treintitres del Código Sustantivo, establece como causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en

común, debidamente probada en proceso judicial, pudiendo también demandarse el divorcio por dicha causal de acuerdo con lo que previene el artículo trescientos cuarentinueve del propio texto legal.

Finalmente, La Sala Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación, interpuesto por doña Luisa Gabriela Alarco Valdez; casando la sentencia de vista de fecha veintiocho de diciembre del dos mil seis, expedida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; y, actuando en sede de instancia, y consecuentemente aprobó la sentencia consultada de primera instancia.

IX. A MANERA DE COLOFÓN.-

En primer lugar, debemos dejar constancia que nos complace sobremanera la sentencia bajo comentario, puesto que evidencia una manera saludable, como novedosa, de administrar justicia de una forma rápida, práctica y por ende a la finalidad del proceso, alejándose de los lamentablemente tradicionales atavismos de la judicatura.

Refrendamos lo señalado, en mérito a lo resuelto por el juez *a quo*, quien amparándose acertadamente en el principio *iura novit curia*, hizo prevalecer audaz como acertadamente el carácter instrumental del proceso al declarar fundada la demanda de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común y por ende disuelto el vínculo matrimonial y el fenecimiento de la sociedad conyugal, entre otros. Cabe resaltar el hecho que dicha resolución, no fue impugnada o cuestionada por ninguna de las partes, a pesar de que ambas estaban debidamente notificadas y en pleno uso de sus derechos civiles.

Dicho juez demostró que es perfectamente posible vía aplicación del *iura novit curia*, pronunciarse por una causal diferente a la invocada por la demandante (sin modificación ni alteración alguna, a los hechos sustentados por las partes, la mencionada causal de divorcio), bajo el supuesto que la misma calificó equivocadamente el *factum*, porque claramente (el referido juez) dedujo que los hechos corresponden a una causal distinta a la atribuída en la demanda.

Es preciso dejar constancia, que en la empresa emprendida por el juzgador amparado en el aforismo de marras, plausiblemente también hizo prevalecer de manera válida (como audaz) el principio de congruencia procesal. De otro modo, el proceso habría devenido en estéril e inútil para los reales fines de la parte demandante.

Somos contestes, además, con lo resuelto por la Sala Transitoria de la Corte Suprema, ya que en los mismos términos aprobó la sentencia del *a quo*.

Sin embargo, si tenemos que definitivamente soslayar el proceder de la Sala Superior de Familia porque expidió su fallo, en consulta, desaprobando la sentencia consultada, que declara fundada la demanda interpuesta por la actora sobre divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, contra el esposo de la actora.

De no haber sido amparado el divorcio por la causal mencionada, se habría afectado su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la actora, ya que estaba probado que no era nada recomendable el mantenimiento de una situación matrimonial inexistente, en donde se han presentado denuncias gravísimas de agresión, que no se habrían sido tomadas en cuenta.

Consecuentemente, lo único que se hubiese conseguido es desconocer la función social que tiene todo juzgador y pretendido, además, someter a las personas, no a la

justicia. sino meramente a ambigüedades o deficiencias legales; dejando de lado también la finalidad del proceso.

Por si fuese poco, la Sala Superior de Familia, al desaprobando la sentencia consultada, se equivoca clamorosamente, pero en perjuicio también de la familia o institución familiar. En efecto, la referida Sala aboga por la continuación del matrimonio, aún cuando el mismo en los hechos ya no es tal. En ese sentido, no es lógico su proceder, más aún cuando reiteramos, que las partes no habían apelado a lo resuelto por el juez de primera instancia. Consecuentemente, es claro que al haber optado por tal parecer, se postergó el bienestar de la familia de la actora (interés superior de su hijas y vida de la misma, incluídas) en beneficio forzado del matrimonio de la misma. Además, es imperativo tener presente que en dicho proceso se decidió sobre derechos fundamentales de la actora, verbigracia: Derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (preceptuado en el inc. 22 del art. 1 del la Constitución Política peruana).

La explicación radica en que, al margen que el matrimonio no exista, continúe o no haya existido; no atañe o afecta a la existencia de la familia como tal. La familia tiene vida propia independientemente de la institución del matrimonio. Así, la Sala de Familia (como su propio nombre lo indica) no salió en defensa de la familia al estar a favor de la continuación de la familia. Olvidando que la Constitución Política peruana preceptúa en su artículo cuarto: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio (...)”. Nótese que dicho cuerpo legal no le otorga similar categoría al matrimonio, ya que mientras protege a la familia, únicamente promueve al matrimonio.

En ese orden de ideas, es preciso agregar que, hoy en día (en doctrina), el concepto o idea de familia no se ajusta a los estándares que estipula el código civil peruano (el cual en su art. 234 estipula: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertado por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código”). Así, familia no es ya lo que se entendía como tal (en el colectivo social), es decir, compuesta por padres (en matrimonio) e hijos. Actualmente la familia ha experimentado muchas variantes, en consecuencia, familia se ha transformado a decir de Yuri Vega Mere¹⁸, es producto del reconocimiento y reivindicación del pluralismo, quien citando a Iglesias de Ussel, agrega: “se ha pasado de una configuración monolítica de la familia, a otra pluralista, en la que las distintas modalidades de articular la vida familiar-cohabitación o matrimonio, hijos dentro o fuera del matrimonio, familias biparentales o monoparentales, uniones heterosexuales u homosexuales- reclaman legitimidad social, y en ocasiones, regulación legal”.

El factor realidad merece una reflexión aparte, debido a que se ha demostrado (como efectivamente se ha apreciado) que la actora no tenía intenciones de continuar con el vínculo matrimonial, debido a que le resultaba muy angustioso, perjudicial y finalmente riesgoso. Lo que no solamente le afectaba a ella, sino también a las hijas en común, y también a la familia (que como veremos mas adelante, no precisa obligatoriamente la inclusión de los padres en su conjunto). Así, la ley, menos aún una decisión judicial no podría (ni puede) ir en contra el legítimo derecho a la tranquilidad o bienestar del justiciable. La ley, los tribunales no pueden ir en contra de diferencias insalvables entre esposos, obligándolos (o a uno de ellos) a continuar una relación (matrimonio) absolutamente insostenible e insana. Para eso no han sido creados, muchos menos,

¹⁸ Vici VEGA MERE, Yuri, *Las nuevas fronteras del derecho de familia*. Primera edición. Editora Normas Legales. Lima, 2003, p. 142.

el derecho y el proceso (ya que este último viene a ser vehículo a través del cual el derecho se hace palpable).

Finalmente, dejamos constancia que es imprescindible tener siempre presente, que el *derecho* no es tan poderoso u omnipresente como parece (no debe serlo y en efecto, no lo es), ya que, si consideramos que la ley no cuenta con el poder coercitivo para obligar a las personas, en palabras del desaparecido jurista Héctor Cornejo Chávez, “ni siquiera a sonreír” (o tener control sobre sus emociones y sentimientos), *a fortiori*, se ve imposibilitado a obligar a un cónyuge a continuar casado cuando ha demostrado (en el presente caso, en sede judicial) con creces que no puede (por circunstancias atentatorias contra su dignidad y potencialmente contra su vida misma), ni quiere (menos aún, debe) continuar estándolo.

Para terminar, solamente nos huelga, resaltar y aplaudir la mansedumbre jurídica que defendió la Sala Transitoria de la Corte Suprema al hacer prevalecer el sentido de la realidad, pedido por la actora, que se plasmó en la defensa a su vez del carácter instrumental (eficaz) del proceso.