

CAPITULO IV

ASPECTOS PROCESALES DE INTERES

1. JUEZ COMPETENTE

1.1. *Definición de competencia*

Siendo la jurisdicción la facultad genérica de conocer, dar trámite y resolver los conflictos, la competencia constituye la distribución legal de esta potestad entre los diversos jueces, en razón al territorio, naturaleza del asunto, grado, cuantía y turno.

1.2. *Reglas para determinar la competencia*

De manera general, diremos que son dos las reglas principales para determinar la competencia.

- La sumisión voluntaria de las partes a un juez determinado.
- A falta de ésta será juez competente el del domicilio del demandado.

Existen casos especiales en los que la ley admite que el demandante opte por ese último u otro, según se trate del lugar del cumplimiento de la obligación, el de ubicación del bien, aquél donde se fijó la administración del negocio, etc. Algo semejante ocurre con los casos de divorcio en los cuales, como lo señala el inc. 2 del art. 24 del C.P.C., el demandante a su elección podrá interponer su acción ante el Juez del lugar del domicilio del demandado, o ante el Juez del último domicilio conyugal.

1.3. *Algunos casos sobre competencia en los juicios de divorcio*

Si la acción de divorcio o separación de cuerpos se interpone ante juez distinto al dispuesto por el art. 24, norma especial para este tipo de juicios, los de nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio y patria potestad, el demandado tiene pleno derecho a cuestionar la competencia ante el juez que considere el propio, interponiendo la inhibitoria, o excluyentemente deducir la excepción de incompetencia, pidiendo la declinatoria de jurisdicción del incompetente (arts. 446 al 451, 478 y 552 C.P.C.)

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE AGOSTO DE 1950⁴⁰¹

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal, declaró:

Conforme el art. 50 del Código de Procedimientos Civiles, en los juicios sobre divorcio, es competente el Juez del último domicilio conyugal o el del lugar donde reside el demandado, a elección de la parte demandante.

De lo actuado en la competencia promovida por doña ..., resulta acreditado que el último domicilio de la sociedad conyugal ..., fue el distrito de Yunyugo, Provincia de Chucuito, lugar que, además ha sido y es de residencia de la demandada.

La demanda de don ...contra doña ..., sobre divorcio, ha sido interpuesta ante el Juez incompetente, como es el de Puno, por la consideración expuesta anteriormente. Su conocimiento corresponde al Juez de Chucuito y la resolución que así la declara, está arreglada a ley.

Vistas las dos posibilidades anteriores, pensemos en una tercera, ¿qué ocurre si el demandado no hace uso de los dos medios legales con los que cuenta, para hacer efectivas las reglas de competencia? ¿Puede admitirse el sometimiento tácito del demandado previsto en el art. 26 del Código procesal, también para los juicios de divorcio?

401 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 80, Setiembre de 1950, p. 1104

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE FEBRERO DE 1985⁴⁰²

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando:

Que la parte demandada no ha planteado contienda de competencia ni excepción de jurisdicción por lo que no resulta viable la nulidad declarada en la de vista, declararon: NULA la sentencia de vista de fs. ...; su fecha ...; MANDARON: que la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución con arreglo a ley ...

El Ministerio Público entre tanto opinó:

Según recurso de fs. ..., el actor solicita se declare la disolución del vínculo matrimonial que contrajo con la demandada, al haber incurrido ésta en la causal de abandono malicioso del hogar prevista en el inc. 5° del art. 247 del Código Civil (D). Sostiene el actor que por su condición de miembro de la Guardia Civil, fue destacado en el año 1973 de la ciudad de Iquitos, donde estaba fijado el hogar conyugal, a la ciudad de Lima, negándose la demandada a seguirlo a su nuevo centro de trabajo donde iba a instalar su nuevo domicilio conyugal.

El art. 50 del Código de Procedimientos Civiles, señala en forma inequívoca la competencia del Juez para el caso de divorcio y de nulidad de matrimonio.

Del propio texto de la demanda y lo actuado en autos, se desprende que el último domicilio conyugal estuvo señalado en la ciudad de Iquitos, lugar donde aún sigue viviendo la emplazada, por lo que el Juez que se avocó al conocimiento de esta causa no era el realmente competente para conocer de este asunto, debiendo señalarse que no es de aplicación lo dispuesto en el art. 43 del mismo cuerpo de leyes, por ser esta disposición de carácter general y la primeramente citada ser una norma especial únicamente para los casos que ella contempla.

En la última resolución, el asunto a examinar está dado por la aplicabilidad o no del art. 26 del C.P.C. (art. 43 C.P.C. deroga-

do), como norma del carácter general que regula el caso de prórroga tácita de competencia territorial, a los juicios de divorcio re-rogados de forma especial por el art. 24 del C.P.C. (art. 50 C.P.C. derogado).

El Ministerio Público sostiene que en este tipo de procesos debe prevalecer las reglas señaladas por el art. 50 (art. 24 del C.P.C. actual), habiendo sido correcto el fallo que declaraba nulo lo actuado, al no ser de aplicación el art. 43 (art. 26 del C.P.C. actual) por su carácter general.

Mientras que, por el contrario, la Corte Suprema resolvió, declarando que habiendo operado por la conducta de la emplazada la sumisión tácita no ha lugar la nulidad declarada.

Al respecto, ha de indicarse que la prórroga de la competencia a través de la sumisión expresa o tácita debe tener lugar, respecto a jueces, a quienes corresponda el conocimiento de juicios de la misma clase y cuantía del asunto a tratarse, operando sólo el sometimiento a juez diferente en razón del territorio; por entenderse éste como un elemento renunciable de la competencia, creado para beneficio de los litigantes y cuya alteración no vulnera el ordenamiento jurisdiccional a diferencia de los otros componentes.

La sumisión tácita, discutida en este fallo, tiene lugar respecto al actor por el hecho de interponerse la demanda a determinado juez, en tanto que opera en el demandado al no hacer uso de los recursos legales que impiden la intervención del juez incompetente, ya sea interponiendo la inhibitoria o por medio de la excepción de incompetencia.

El art. 24 inc. 2 de nuestro actual Código Procesal Civil, si bien es cierto establece una norma propia de los juicios de divorcio, separación de cuerpos y otros, estableciendo uno de los casos de competencia optativa, no impide que pueda aplicarse la regla general de competencia, cual es la sumisión voluntaria de los interesados a un juez determinado, mas aún si no se ve afectado el orden público, tratándose de un juez capaz de conocer juicios de esa clase.

2. LA SEPARACION DE CUERPOS Y EL PROCESO DE CONVERSION

2.1. *La separación de cuerpos*

2.1.1. *Definición*

Como el maestro Planiol refiere, la separación de cuerpos consiste en el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos, difiere del divorcio porque los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, suprimiéndose la obligación relativa a la vida en común.

2.1.2. *Vías legales para obtener la separación de cuerpos en el Perú*

La separación de cuerpos en nuestro medio ha devenido en un estado transitorio, antesala frecuente de divorcios absolutos. A éste se llega a través de dos vías legales.

La separación convencional: causal contemplada en el inc. 11 del art. 333 del C.C. Requiere de dos condiciones: el consenso de los cónyuges para la separación y un plazo mínimo de 2 años de matrimonio para poder ser solicitada.

La otra forma de acceder a aquél es mediante la invocación de cualquiera de las diez causales que enumera el art. 333 del C.C., las que para prosperar requieren estar debidamente acreditadas durante el proceso.

La ley es terminante al señalar que sólo por la vía convencional puede declararse la separación de cuerpos, no admitiéndose que pueda llegarse directamente al divorcio por esa causa, nuestra jurisprudencia ha corregido errores de denominación al pretenderse calificar a acciones de este tipo como divorcios convencionales; incluso, ha sancionado como inadmisibles a aquellas que han tenido como propósito obtener la disolución mediando únicamente el acuerdo de los cónyuges.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE OCTUBRE DE 1959⁴⁰³

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen fiscal cuyos fundamentos reprodujo:

La ley no permite el divorcio por mutuo disenso. Sólo puede solicitarse la separación de cuerpos por ese hecho. Si la demanda que aparece presentada únicamente por don ..y que aparece firmada, no obstante por la mujer, doña ...puede estimarse como entablada por mutuo disenso, las sentencias inferiores no pueden declarar el divorcio, sino únicamente la separación de cuerpos.

Hay nulidad en la sentencia recurrida, reformándola y desaprobando la de primera instancia, la Corte Suprema se servirá declarar que es nulo todo lo actuado e inadmisibles la demanda de fs. ...

2.1.3. Efectos legales de la separación de cuerpos

La separación de cuerpos requiere de un pronunciamiento judicial, que así lo declare, a solicitud de una o ambas partes según sea el caso, siendo precisamente ello lo que le distingue de la simple separación de hecho, la que carece de efectos para la ley; excepto lo previsto por el art. 324; que en el aspecto patrimonial, conduce al cónyuge culpable a perder el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

Por su declaración se pone fin a la sociedad de gananciales, quedando los cónyuges liberados de la obligación de hacer vida en común, manteniéndose en suspenso los deberes de mesa, lecho y habitación. Sin embargo el vínculo matrimonial aunque debilitado se encuentra vigente, de manera tal que el deber de fidelidad, la sumisión de alimentos y la imposibilidad de contraer nuevas nupcias con tercera persona, han de ser observados por los cónyuges, ya que de lo contrario, podrían incurrir en causales como adulterio, e incluso en el delito de bigamia previsto en el art. 139 del Código Penal.

2.1.4. Procedimiento a que se sujeta la separación de cuerpos

Varía según se trate de una acción convencional o por causal.

403 Anales Judiciales, t. LIV, 1959, p. 13-14

- La separación de cuerpos convencional, se someterá al siguiente procedimiento.

De manera general está regido por las reglas correspondientes al proceso sumarísimo, debiendo además observarse otras especiales, propias de su naturaleza (Título III, Sub Capítulo II, separación convencional y divorcio ulterior, arts. 573 al 580 del C.P.C.).

En las demandas de separación convencional se exige como requisito esencial, que se anexe la propuesta de convenio firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales, conforme inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

Aspecto importante a resaltar es el relativo a la eficacia jurídica de los acuerdos del convenio anexado a la demanda luego de expedido el auto admisorio de la misma, ello sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia.

Ambos cónyuges y el Ministerio Público son citados a la audiencia única, de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia. La audiencia única es un acto de singular trascendencia, por cuanto, cualquiera de los cónyuges tiene la potestad de revocar su voluntad de separarse de manera expresa e incluso tácita por medio de su inconcurrencia, dejando sin efecto el proceso iniciado. Cabe anotar que la exigencia de que concurren personalmente los cónyuges a la diligencia de comparendo, dispuesta por el derogado Decreto Legislativo 310, se ha modificado permitiendo que en las actuaciones judiciales las partes puedan participar a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.

En el caso del Fiscal Provincial, en su calidad de parte en este juicio, deberá ser notificado de la fecha en que ha de llevarse a cabo la audiencia única, más a diferencia de los cónyuges su inconcurrencia no impide la realización de la diligencia.

2.1.4.1. *Revocación del consentimiento*

Debe señalarse, además, que cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento aunque lo haya ratificado en la audien-

cia única dentro de los 30 días naturales posteriores a su realización, teniendo como efecto el cese de la acción. Al respecto cabe precisar que la ley contempla la revocatoria unilateral de la decisión de separarse, como figura procesal distinta al desistimiento de la pretensión. Luego de este término legal no ha lugar a revocación unilateral alguna, ya que la causa sigue su tramitación propia a iniciativa de cualquiera de las partes. En esta situación sólo la reconciliación de los cónyuges puede poner fin a la acción, que de darse, debe ser puesta en conocimiento del juez de la causa.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1993 ⁴⁰⁴

La Corte Suprema de conformidad con el Ministerio Público declaró nula la sentencia de vista mandando se expida nuevo fallo con arreglo a ley, su argumento fue:

Es fundamento de la Corte Superior que uno de los cónyuges, en tiempo oportuno, revocó su consentimiento en la separación de cuerpos y no obstante, el Juez dispuso la legalización previa de la firma, desnaturalizando el procedimiento e incurriendo en causal de nulidad.

Este criterio no es compartido por esta Fiscalía Suprema por cuanto la resolución del Juez que originó el escrito de fs. 09 se dictó cumpliendo con una exigencia prevista en la ley, expresamente en el art. 263 del C. de P. Civiles, que dispone que el desistimiento se formulará en escrito con firma legalizada. Al no cumplirse con este requisito formal, pese a haber sido notificado a la casilla del Colegio de Abogados que señaló como domicilio procesal (constancia de fs. 10), el proceso siguió según su estado derivando las posteriores resoluciones a que se hacen referencia.

Además, es de verse de autos que la sentencia de primera instancia que dió por finalizado el juicio de separación de cuerpos por mutuo disenso no fue objeto de recurso de apelación por ninguna de las partes, elevándose en consulta en aplicación del artículo 359 del C. Civil; con lo que se ratifica la condición de inalterable de las resoluciones expuestas y la caducidad del derecho de las partes de invocar la revocación prevista en el artículo 344 del mismo cuerpo de leyes.

404 Exp. 276-93 / Lima

Concluida la audiencia única el Juez podrá expedir sentencia, acogiendo el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes de la patria potestad y derechos de los menores de edad o incapaces. En caso de reservar su decisión pronunciará fallo en un plazo que no excederá de 10 días contados desde la conclusión de la audiencia.

La normatividad procesal no prevé actualmente la consulta en los casos de separación convencional. Por lo que normalmente estas causas quedarán en Primera Instancia, excepto se interponga eventualmente el recurso impugnatorio de apelación.

De otro lado, la separación de cuerpos por causal, está sometida a las normas del proceso de conocimiento, observando además sus reglas propias, previstas en el Capítulo II disposiciones especiales, Sub Capítulo I Separación de Cuerpos o Divorcio por causal arts. 480 al 485 del C.P.C. Esta acción, por su carácter eminentemente contradictorio, se desarrolla de manera semejante a los de divorcio, por lo que nos remitimos a lo que venimos refiriendo sobre aquél.

2.2. Proceso de conversión

Mediante éste, los cónyuges que han obtenido previamente la separación de cuerpos, pueden convertirla en un divorcio absoluto, tras seguir un corto procedimiento.

De acuerdo al art. 580 del Código Procesal Civil procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos 6 meses de notificada la sentencia de separación, el Juez expedirá sentencia, luego de 3 días de notificada la otra parte.

La redacción original del art. 354 del Código Civil permitió que la jurisprudencia estableciera varias interpretaciones respecto a la oportunidad para iniciar el cómputo del plazo, la predominante fue que debía considerarse desde la fecha que fue declarada aprobada la sentencia de primera instancia; no obstante se dieron otras dos interpretaciones que estimaban que el cómputo debía efectuarse desde que los autos bajaban a primera instancia y otra

desde que se notificaba la sentencia ejecutoriada al Ministerio Público. Estas discrepancias interpretativas han concluido con la modificación del texto del art. 354, que precisa expresamente que el plazo deberá contarse desde la notificación de la sentencia de separación convencional.

En los casos de conversión, por tratarse de una resolución que declara el divorcio de conformidad con lo dispuesto por el art. 359 del Código Civil deberá elevarse en consulta al Tribunal Superior.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE OCTUBRE DE 1996⁴⁰⁵

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La recurrente fundamenta su recurso en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada que habiendo quedado consentida la sentencia de separación y no habiendo nadie cuestionado la legitimidad de sus trámites no puede declararse al pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial la nulidad de todo lo actuado, por lo que se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; que asimismo se ha infringido el artículo doscientos uno y no se ha aplicado el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil.

CONSIDERANDO: Primero.- Que concedido el recurso de casación a fojas cincuentisiete, fue declarado procedente por resolución de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventicinco, por la causal invocada;

Segundo.- Que la sentencia de separación convencional, no fue materia de recurso de impugnación por ninguna de las partes;

Tercero.- Que el artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil, modificado por la Primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo número setecientos sesentiocho, Código Procesal Civil dispone que transcurrido seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, puede pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio;

Cuarto.- Que en este caso habían transcurrido más de seis meses de la sentencia de separación convencional, cuando se solicitó la disolución del vínculo matrimonial y el fallo del A' quo que de-

405 Casación N° 606/ Junín

claró el divorcio, tampoco fue materia de recurso impugnativo, por lo que la sentencia fue elevada en consulta al superior, de acuerdo con el artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil;

Quinto.- Que de acuerdo al estado del proceso, la Corte Superior solo podía examinar si habían transcurrido los seis meses exigidos para declarar el divorcio;

Sexto.- Que esto no supone, que si existiera algún derecho de las partes para solicitar la nulidad del proceso, no puedan ejercitar tal derecho;

Setimo.- Que la sentencia de vista no ha cumplido con pronunciarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenticuatro antes citado y ha desaprobado la consultada, por razones procesales derivadas de la sentencia de separación convencional, que no ha sido objeto de recurso impugnativo y que no es materia de la consulta;

Octavo.- Que en consecuencia se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y resulta de aplicación el inciso tercero del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil;

Nueve.- Que por las razones expuestas y de conformidad con el acápite dos punto uno del artículo trescientos noventiseis del Código Adjetivo, la Sala Civil de la Corte Suprema FALLA: DECLARANDO FUNDADO el recurso de casación de fojas cincuenticuatro y, en consecuencia, CASA la resolución pronunciada por la Sala Civil de la Corte Superior de ...,y actuando en sede de instancia, declara nulo dicho fallo y dispusieron se expida nueva sentencia con arreglo a ley; en los seguidos por doña ... y otro con el Ministerio Público, sobre separación convencional; ...

El art. 354 en su segundo párrafo se refiere a la acción de conversión en los casos de separación de cuerpos por causal, restringiéndose al cónyuge inocente, denegándola expresamente al culpable, lo que no ocurría en el anterior régimen.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE AGOSTO DE 1991⁴⁰⁶

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró disuelto el vínculo matrimonial.

El dictamen fiscal argumentó:

De la revisión y análisis de lo actuado se desprende que por sentencia de fs. 129 la Segunda Sala Civil modificó la sentencia de fs. 111 declarando separados legalmente a los cónyuges ...y ...por las causales de sevicia en agravio de la demandada y por la causal de conducta deshonrosa en agravio del demandante; que desde la notificación a las partes del "por devueltos, cúmplase lo ejecutoriado" de fs. 131 y 131 vta. el 22 de enero de 1990, hasta la resolución de fs. 134 ha transcurrido el plazo de 6 meses establecido por el art. 354 del C.C. Sin embargo no teniendo ninguno de los cónyuges la condición de inocente en la separación por causal específica, la solicitud de fs. 134 formulada por el apoderado del demandante que es culpable de la separación por la causal de sevicia, no es procedente.

Pues, conforme a lo dispuesto por el art. 354, segunda parte, sólo el cónyuge inocente tiene derecho a solicitar la disolución del vínculo.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE AGOSTO DE 1992 ⁴⁰⁷

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal estimó:

Los accionantes interponen demanda de Separación de Cuerpos por Mutuo Disenso, en los términos y condiciones que aparecen del recurso de fs. 6, al amparo de lo dispuesto por el artículo 333 inciso 11 del Código Civil.

Seguida la causa por los trámites pertinentes, se dicta sentencia a fs. 20, declarando fundada la demanda de fs. 6, en consecuencia, separados a los referidos cónyuges, poniéndose fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejándose subsistente el vínculo matrimonial.

Elevado en consulta a la instancia superior, es aprobada la referida sentencia mediante resolución de fs. 26.

Empero, el cónyuge ...a fs. 34, presenta recurso de oposición a la prosecución de los autos, teniendo en consideración que por

407 Exp. 1904-91 / Lima.

ante el Primer Juzgado Civil de Lima, Secretario ..., ha interpuesto juicio de nulidad de matrimonio contra su cónyuge coaccionante, por tener la misma, al momento de contraer matrimonio, condición de casada con ..., por ante el Concejo distrital de ..., provincia de ..., Departamento de ..., conforme acreditará oportunamente, cosa que no ha hecho durante la escuela de este procedimiento.

A fs. 39, se declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre las partes, por haber transcurrido en exceso el término exigido por el artículo 354o. del Código Civil, sentencia que al ser apelada por el coactor ..., es confirmada mediante resolución de fs. 46. Tanto la apelada como la recurrida, en mi opinión han sido expedidas con arreglo a Ley, por lo que dictaminó, se declare NO HABER NULIDAD en la de vista.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE MAYO DE 1994⁴⁰⁸

VISTOS: con el acompañado: con lo expuesto por el Señor Fiscal y ATENDIENDO : a que el concesorio del recurso de nulidad a que se refiere la resolución de fojas ciento setenticinco se ha dictado por mandato de este Supremo Tribunal, como consta de la resolución de fojas ciento setenticinco, por lo que carece de sentido analizar si el aludido concesorio es procedente o no; a que analizados los fundamentos expuestos en el recurso de nulidad planteado a fojas ciento cincuentiuno si bien conforme al segundo párrafo del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio tratándose de la separación por causal específica, también es cierto que dicha norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido, si a ello agregamos que en el proceso como el presente, por los elementos de juicio que obran en autos, la reconciliación de los esposos es impracticable; a que, en tales circunstancias, cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que sólo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio, en el fondo, constituiría amparar la omisión abusiva de un derecho, la que está vedada por el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil:

408 Diálogo con la Jurisprudencia, Año III, N° 6, p. 133-135.

declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarentiséis, su fecha dieciséis de marzo de mil novecientos noventitrés, que aprueba la consultada de fojas ciento siete su fecha once de diciembre de mil novecientos noventidós, declara FUNDADA la solicitud de fojas ciento seis y, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por don (...) con doña (...) el seis de setiembre de mil novecientos sesentiocho, ante la Municipalidad de Breña, con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso y multa de ley a la parte que lo interpuso; en los seguidos por (...) con (...) sobre separación de cuerpos y los devolvieron.

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR URRELO ALVAREZ

a parte de los glosados, es como sigue; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además: a) que en los primeros años de puesto en vigencia el Código Civil de mil novecientos treintiséis, la jurisprudencia interpretó el artículo doscientos setentiséis, en el sentido que la petición para convertir la separación de cuerpos en divorcio vincular, sólo podía formularlo el cónyuge inocente, por considerar cierta incongruencia con el artículo doscientos cuarentinueve de dicho Código; b) que posteriormente el criterio jurisprudencial varió o por lo menos no ha sido uniforme, en base al texto literal del glosado artículo doscientos setentiséis; c) que el segundo párrafo del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil vigente, haciendo referencia al primer párrafo de este numeral, precisa que igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica, pero obviamente no prohíbe en forma expresa que similar derecho tenga el cónyuge culpable, lo que se explica tanto porque el legislador no ha querido establecer un castigo cuanto porque la separación de cuerpos es un estado temporal y no permanente que debe concluir cuando se han desvanecido las posibilidades de una conciliación

EL VOTO DEL SEÑOR ALMENARA BRYSON, es como sigue:

CONSIDERANDO: que a diferencia del Código Civil de mil novecientos treintiséis, con el que hubo jurisprudencia interpretativa variada respecto de la aplicación de los artículos doscientos cuarentinueve y doscientos setentiséis, el Código Civil vigente tiene en la segunda parte del artículo trescientos

cincuenticuatro una regla inequívoca y clara: sólo el cónyuge inocente de la separación por causal específica puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial: que la ratio legis de esta norma se sustenta en que el cónyuge inocente puede optar, cuando hay causal específica, entre el proceso judicial de separación o el de divorcio; que al escoger la separación significa que el cónyuge inocente rechaza en principio, la idea del divorcio: que, por tanto, no procede interpretar en forma distinta las reglas del proceso permitiendo al cónyuge culpable utilizar un derecho que la ley le niega, y obligando al inocente que actuó de buena fe con la premisa de la seguridad jurídica que otorga la ley, a aceptar un status no querido; que de la secuencia procesal en estos autos se advierte a fojas ciento seis que (...), sin cita legal alguna, pide la disolución del vínculo, ante cuya petición, el a-quo haciendo alusión genérica del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil ampara la solicitud, esto es, que ambos, no aplicaron la norma en su segundo párrafo o decidieron no tenerla en cuenta; que en segunda instancia la cónyuge ha objetado la validez de los actos procesales que concluyeron con la disolución matrimonial: MI VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que aprobando la consultada, declara la disolución del vínculo matrimonial contraído por (...) con (...); y reformando la de vista y revocando la apelada se declare IMPROCEDENTE la solicitud de fojas ciento seis.

EL VOTO DEL SEÑOR RONCALLA VALDIVIA es como sigue: y, CONSIDERANDO: que de acuerdo al artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil, transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio, e igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica; que no cabe duda alguna, que la disolución del vínculo matrimonial por conversión se dicta obligatoriamente en perjuicio del esposo contra quien la separación se ha pronunciado; que, en consecuencia, no puede el juzgador romper el matrimonio contra la mujer siendo que cualquiera que sea el método de interpretación de la Ley que se utilice, no puede autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma, y sí solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego requiere en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones sobre tendencias que han penetrado ya en el sistema de la le-

gislación positiva; que en el caso, la facultad concedida en el precitado dispositivo legal corresponde ejercerla únicamente a la cónyuge: por estas razones, MI VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que aprobando la consultada, declara la disolución del vínculo matrimonial contraído por (...) con (...): REFORMANDO la primera y DESAPROBANDO la segunda: se declare IMPROCEDENTE la solicitud de fojas ciento seis.

2.2.1. La reconciliación y el proceso de conversión

Durante el proceso de conversión no es admisible la oposición de una de las partes a la declaración de disolución. La conversión tiene lugar a instancia de cualquiera de los cónyuges, en los casos de mutuo disenso y por el inocente en los de causal. Quedando sin efecto dicha solicitud si quien la pidió se desiste de ella, o los cónyuges se han reconciliado.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE ABRIL DE 1954 ⁴⁰⁹

Por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal y considerando además: que no habiéndose solicitado la reconciliación autorizada en el artículo doscientos ochentisiete del Código Civil por los cónyuges doña ...y don ..., en el juicio de divorcio que siguieron y que terminó por sentencia declarando la separación de cuerpos, la presente solicitud materia del recurso de nulidad interpuesto, resulta procedente de acuerdo con lo que dispone el artículo doscientos setentiséis del citado Código: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs. ..., su fecha cinco de octubre del mismo año, que declara fundada la solicitud formulada a fs. ...por don ...y, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial celebrado con doña ...; con los demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron”.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE ENERO DE 1985⁴¹⁰

La Corte Suprema:

409 Anales Judiciales, t. L, 1954, p. 15-16

410 Exp. 423-84 / Cuzco

“...de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; y estando a lo dispuesto en el artículo doscientos setentecincos del Código Civil derogado; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ..., que desaprobando la consultada de fojas ..., de fecha ..., declara IMPROCEDENTE la solicitud de fojas ...que pide la disolución del vínculo matrimonial; y, en consecuencia, declararon: sin efecto la separación de cuerpos a que se contrae la sentencia de Primera Instancia ...”.

El dictamen fiscal señala:

En mérito de la Partida de Nacimiento de fs. ..., no impugnada por el cónyuge, el menor ..., ha nacido el 6 de noviembre de 1982, dentro del término que señala el art. 276 del Código Civil (D), habiéndose producido la reconciliación tácita que precribe el art. 275 del citado Código, en consecuencia el petionario ha perdido su derecho para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, por lo que debe desaprobarse la recurrida.

Por las razones expuestas este Ministerio Público opina NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE SETIEMBRE DE 1984 ⁴¹¹

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal que expresaba:

En cuaderno separado doña ...pide se declare terminada la separación de cuerpos por reconciliación con su cónyuge de conformidad con el art. 278 del C.C.

Tramitada la solicitud conforme a ley, actuadas las ofrecidas se dictó la sentencia de fs. ..., declarando disuelto el vínculo matrimonial contraído por don ...con doña ...interpuesto recurso de apelación la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima pronunció la sentencia de vista de fs...., confirmando la recurrida, lo que ha dado origen al recurso de nulidad interpuesto por doña...

411 Exp. 144-84 / Lima

De las pruebas actuadas en el incidente de reconciliación y el principal, se tiene que ambos cónyuges no obstante domiciliar en la calle ...; viven en habitaciones separadas, tal como aparece de la inspección ocular de fs. ..., esta circunstancia da motivo a que se produzca incidentes entre ambos que terminan en injurias y agresiones, como es el caso del expediente tramitado de fs. ...a ...seguido ante el Juez de Paz de La Molina por faltas contra la vida, cuerpo y la salud; en tal sentido al subsistir discrepancias entre los cónyuges quienes no acreditan haberse reconciliado ni demuestran interés alguno por reconciliarse procede a que queden vigentes los efectos de la disolución del vínculo matrimonial.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 03 DE MAYO DE 1993 ⁴¹²

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró fundada la solicitud y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial, por los siguientes argumentos:

La impugnante considera que debe cortarse el proceso por haberse reconciliado las partes, habiendo llegado a procrear al menor ..., quien nació el 13 de diciembre de 1990 conforme consta de la copia certificada de la partida obrante a fs. 21.

Si bien se ha demostrado la existencia del menor a que se hace referencia el mismo que por la fecha de su nacimiento fue concebido inclusive antes de aprobarse la sentencia de separación de cuerpos según puede observarse de fs. 16, para los efectos de lo dispuesto por el art. 346 del C.C. debió darse a conocer dicha reconciliación por ambos cónyuges, pues el documento de fs. 21 por sí solo no acredita tal afirmación, máxime si el menor ha sido declarado por la peticionaria.

La reconciliación de los cónyuges, es el único evento capaz de poner fin a todo avance dado hacia la disolución del matrimonio. El art. 346 nos refiere que si ésta se lleva a cabo durante el proceso de separación tiene como efecto cortarlo en el momento que se produzca. De serlo luego de ejecutoriada la sentencia que la declaró, debe hacerse presente al juez que conoce la causa, a

412 Exp. 775-92 / Piura.

efectos de que se disponga su inscripción en el registro personal. El art. 356, en tanto, normando la conversión como segundo nivel, establece que queda sin efecto por la reconciliación de los cónyuges o el desistimiento de quien lo solicitó.

El problema, a saber, se presenta cuando no se cumple en su oportunidad con poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la reconciliación de los cónyuges, y luego uno de ellos pretendiendo ignorar su ocurrencia, solicita la conversión, pudiendo aparentemente pedirla en cualquier momento transcurrido el plazo legal. De ocurrir este hecho, el otro cónyuge habrá de promover un incidente en donde tendrá que acreditar la reconciliación anterior, prueba que resulta compleja, más aún si no existen hechos que lo evidencien como un embarazo o el nacimiento de un menor.

La cuarta ejecutoria es esclarecedora en cuanto al último supuesto mencionado, al exigir que el nacimiento del menor y por tanto la reconciliación debe ser declarada por ambos cónyuges para que surta los efectos de ley.

3. LA AUTORIZACION JUDICIAL PARA VIVIR SEPARADO DEL HOGAR CONYUGAL

El art. 485 del Código Procesal Civil permite como medida cautelar la separación provisional de los cónyuges.

3.1. Procedencia de esta autorización sólo en los juicios de divorcio y separación de cuerpos

La jurisprudencia se ha pronunciado uniformemente señalando que la facultad que tiene el juez de autorizar la separación provisional de los cónyuges, -a instancia de cualquiera de éstos-, es sólo procedente cuando dicha solicitud se formula durante un procedimiento de separación de cuerpos o de divorcio. Por lo tanto, es inadmisibles cualquier acción que pretenda tal objetivo por medio de un trámite diverso.

Cuestión distinta es la que posibilita la ley sobre violencia fa-

miliar, que contempla el retiro del agresor de la casa común, como medida de protección.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE DICIEMBRE DE 1965 ⁴¹³

Que el art. 281 del C.C. permite al Juez autorizar al cónyuge a vivir separado de la casa común, cuando se ha interpuesto demanda de divorcio o de separación por causal que justifique tal autorización; que la cesación de la obligación de los cónyuges de hacer vida común en la sociedad conyugal, prevista en segunda parte del art. 160 del mismo Código, es derecho concedido a los cónyuges para exonerarse de tal obligación sin que para ello tengan necesidad de instancia judicial, susceptible de decisión del Juez, mucho menos en el presente caso en que la cónyuge se ha apartado del hogar común, como se deja constancia ante la autoridad policial, conforme aparece en la copia certificada que ha acompañado a su solicitud de fs. ...; que la sustentación de éste, como demanda en vía ordinaria, por no tener tramitación especial, conduciría a controvertir los fundamentos de una acción de divorcio, que no ha sido expresamente demandada: declararon NULO el auto de vista de fs. ...; insubsistencia el apelado de fs. ..., y nulo todo lo actuado, e inadmisibile la solicitud de fs. ...formula-da por doña ...en los seguidos con ..., sobre autorización para residir fuera del hogar conyugal.

3.2. *Efectos de la autorización*

Una vez decretada la autorización los cónyuges tienen derecho a fijar domicilios independientes, encontrándose plenamente justificado el apartamiento del cónyuge que lo solicitó, no siendo susceptible de incurrir en la causal de abandono, como ya lo mencionáramos al tratar aquella, al menos durante el periodo que dure su vigencia. No obstante, en algunos casos con esta autorización se ha pretendido amparar ciertos excesos.

La autorización judicial para vivir separado del hogar común, es de carácter provisional, debiendo entenderse que se halla

413 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 263, Diciembre de 1965, p. 1466-1468

sujeta a la duración y resultados del juicio de separación o divorcio en el que se le ha promovido (Ver causas de justificación del hogar conyugal apartado 5.3.5.2).

Concluido el proceso por sentencia denegatoria, por desistimiento o abandono de instancia, la autorización judicial debe entenderse revocada, y aunque no exista un mandato expreso, el cónyuge que la obtuvo tiene la obligación de reincorporarse de inmediato al hogar común, de no hacerlo incurre en falta conyugal sancionable, capaz de configurar la causal de abandono injustificado del hogar conyugal. Lo contrario significaría amparar a un cónyuge malicioso, que bajo una orden judicial, se vería apartado de sus obligaciones legales. Observación que resulta más importante, al admitirse que los plazos de abandono puedan ser sumados a otros anteriores, situación que podría permitir se constituya una causal de divorcio o de separación.

4. VARIACION DE LA DEMANDA DE DIVORCIO A SEPARACION DE CUERPOS

4.1. Alcances de esta facultad.

El art. 482 del Código Procesal Civil en concordancia a lo dispuesto por el art. 357 del Código Civil, establece que en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.

Como puede advertirse esta norma difiere de las reglas generales del Derecho Procesal, que sólo admite la modificación de la demanda y reconvenición antes de que sean notificadas (art. 428 C.P.C.)

Esta norma propia de la institución del divorcio, confiere esta facultad al cónyuge actor o reconviniente, que inicialmente ha planteado una pretensión de disolución matrimonial, posibilitando la varíe por una de separación de cuerpos, ello como es natural en el deseo social de conservar la institución del matrimonio.

La norma sustantiva y procesal es clara al expresar que habiéndose demandado el divorcio por causal, esta acción puede ser variada por una de separación de cuerpos por causal. Mas a este supuesto, la jurisprudencia ha admitido asimismo, que los cónyuges pueden variar una acción litigiosa de divorcio a una separación de carácter convencional, como podrá advertirse en la siguiente ejecutoria:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE MAYO DE 1990 ⁴¹⁴

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal, declaró:

Que no constituye violación de las normas de procedimiento el que demandante y demandada varíen la demanda de divorcio a una de separación de cuerpos por mutuo disenso; que esta variación constituye una garantía para las partes, las que se acogen a un derecho consagrado en el Código Civil, ejerciendo su voluntad y cumpliendo los requisitos de forma y de fondo; que la variación ha sido tramitada conforme a ley, se ha dado intervención al Ministerio Público y se ha realizado el comparendo con la asistencia personal de los cónyuges a quienes el Juez preguntó sobre la variación; que por tanto no existe vicio de nulidad alguno.

Por el contrario el Ministerio Público sostuvo:

En la demanda que corre a fs. 12, la actora interpone acción de divorcio por la causal de sevicia, patria potestad y pensión alimenticia; manifestando haber contraído matrimonio con el demandado el 15 de Enero de 1983, que la vida en el hogar se desenvolvía normalmente, hasta que a partir del mes de agosto de 1987, por causa que ignora y que no tiene explicación, su esposo cambió totalmente de conducta, vertiendo expresiones injuriosas lesivas a su honor y sus familiares, con lo que tiene escandalizado al vecindario; el 9 de noviembre de 1987, sumando a los frecuentes malos tratos que era objeto la actora, le propinó una fuerte golpiza que le produjo lesiones en el cuerpo y el rostro, cuyo reconocimiento médico legal arrojó dos días de reposo por tres días de descanso; con fecha 3 de enero de 1988, fue nuevamente golpeada por el

414 Exp. 1377 - 89/ Lima.

demandado, siendo ambos hechos de conocimiento de la policía y posteriormente del Juez de Paz Letrado de Barranco y Miraflores; solicita además una pensión alimenticia para la demandante y sus menores hijos procreados dentro del matrimonio al igual que se le conceda la patria potestad de la misma.

A fs. 20, aparece el acta de la diligencia de comparendo, en la que la actora se ratifica en los extremos de su demanda, no habiendo asistido el emplazado, se dió por contestada la demanda en su rebeldía.

A fs. 50, ambos litigantes, solicitan variar la demanda por una de separación de cuerpos de mutuo propio y de común acuerdo, al amparo del Art. 357 del C.C.

A fs. 57, aparece el acta de la nueva diligencia de comparendo, en la que la demandante se ratifica en su demanda y la variación de la demanda de divorcio absoluto a mutuo disenso y ambas partes manifiestan su deseo de separación legal y consecuentemente la disolución del vínculo matrimonial.

A fs. 72, el Juzgado de origen emite sentencia, declarando fundada la variación de demanda, en consecuencia separados legalmente los cónyuges en litigio, quedando subsistente el vínculo matrimonial.

A fs. 78, obra la sentencia de segunda instancia que declara nula la sentencia consultada e insubsistente todo lo actuado desde fs. 52 vta., dispusieron la continuación de la causa según su estado, debiendo proveerse de acuerdo a ley el escrito de fs. 50 a 52.

El Art. 357, faculta AL DEMANDANTE, a variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación, en cualquier estado de la causa; más no existe norma legal alguna que faculta al DEMANDANTE y al DEMANDADO a variar la demanda por una de separación de cuerpos de mutuo propio y de común acuerdo; lo que de hecho equivaldría a una nueva demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso; en consecuencia habiéndose expedido la sentencia de vista de acuerdo a ley, este Ministerio Público opina NO HABER NULIDAD en la misma.

En la práctica judicial con alguna frecuencia se presentan estas variaciones de demanda de divorcio por causal por pretensiones convencionales de separación de cuerpos y divorcio ulterior,

representando una práctica procesal admitida, que de alguna manera evita se agudicen aún más los conflictos de pareja y de familia a través de un proceso judicial altamente controvertido. No obstante, sólo acotaremos los riesgos que ofrece a la parte demandante y presuntamente inocente de la causal, admitir este tipo de variación, por cuanto dicho acto procesal tiene efectos similares al desistimiento, en tanto ambos suponen la dispensa de la falta conyugal.

El problema se presenta en los casos que producida la variación de la acción litigiosa a la convencional, el cónyuge inicialmente demandado se desiste en el tiempo de ley a la separación convencional. En estos casos se han dado hasta tres respuestas judiciales: se tiene por concluído el proceso convencional; la segunda se anula lo actuado en lo convencional, y se repone la causa al estado previo a la solicitud de conversión y finalmente no se admite la revocatoria de la separación convencional, por tratarse del ejercicio abusivo de un derecho por parte del cónyuge a quién se le imputó la causal.

5. FACULTAD DEL JUEZ DE DECLARAR SOLO LA SEPARACION DE CUERPOS AUNQUE HAYA SIDO DEMANDADO O RECONVENIDO EL DIVORCIO

5.1. Interpretación Judicial del art. 358 del C.C.

“Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien”.

5.1.1. Interpretación predominante

El art. 358 del Código Civil recoge en su integridad la norma contenida en el art. 287 del C.C. de 1936, por lo que la jurisprudencia que corresponde a ese periodo, pese a estar referida a dicho dispositivo, conserva su vigencia, permitiéndonos reconocer cómo viene comprendiéndose los alcances de esta facultad en el tiempo.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE JULIO DE 1983 ⁴¹⁵

“La facultad que concede el art. 287 del Código Civil, para declarar simplemente la separación de los cónyuges aunque la demanda tenga por objeto el divorcio, es para el caso de que se considere probable que los cónyuges se reconcilien, y ésto, en el caso de que estuvieran probadas las causales de divorcio invocadas”.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE JUNIO 1991 ⁴¹⁶

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, por sus fundamentos, declaró la separación legal de los cónyuges:

...1) Si bien es cierto que las relaciones entre los cónyuges, ha sido y siguen siendo insostenibles, por los continuos conflictos entre las partes, haciendo imposible seguir haciendo la vida en común, también es cierto, que durante el comparendo realizado ante el Juez de Paz de la Molina, a fs. 11 a 15, por las constantes mortificaciones y agresiones verbales de que es objeto la demandante, el emplazado, promete rectificar su conducta, al decir: “en forma solemne que su carácter fuerte y un poco impulsivo que tengo, para mi felicidad, de mi hogar, de mi esposa y mis hijos, trataré de cambiar y controlarme en la mejor medida que pueda” y más adelante agrega: “voy a implorar al todo poderoso para que mi carácter cambie mucho y con sus dos hermosos hijos que lo adoran, y que estas promesas no sean por cierto tiempo sino sean para toda la eternidad”, lo cual permite colegir, que existe la probabilidad de que los cónyuges se reconcilien.

2) El inciso 10 del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 310, dispone: “Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez puede declarar sólo la separación, cuando parezca probable la reconciliación de los cónyuges”. En tal virtud, en opinión de este Ministerio, la sentencia venida en grado, que confirma la apelada en todos sus extremos, está arreglada a derecho.

415 Exp. 543-83 / Lima.

416 Exp. 1979-88 / Lima.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE JUNIO DE 1991⁴¹⁷

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

...que el actor no ha acreditado las causales aducidas en la demanda, resulta que carece de facultad el juzgador para declarar la separación de cuerpos por no darse el presupuesto del artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil...

El Ministerio Público en el mismo sentido opinó:

Del estudio y análisis de lo actuado y de los acompañados, se tiene que el actor no ha acreditado los extremos de su demanda en cuanto a las causales de sevicia, injuria grave y atentado contra la vida del cónyuge; en cuanto a la causal de adulterio, acreditada con la partida de nacimiento que corre a fs. 7, la acción ha caducado en razón de que dicho documento fue expedido con fecha 8 de setiembre de 1978, lo que acredita que el actor que presentó dicha prueba como recaudo de su demanda tuvo conocimiento de la existencia de dicha menor desde esa fecha; además desde la fecha de nacimiento de la menor a la interposición de la demanda han transcurrido más de cinco años; en consecuencia de conformidad con el art. 339 del Código Civil la acción ha caducado.

Por otra parte de conformidad con el artículo 358 del Código Civil en las demandas de divorcio el Juez puede declarar la separación, SI PARECE PROBABLE QUE LOS CONYUGES SE RECONCILIEN; en autos ha quedado meridianamente demostrado que no existe ánimo de reconciliación entre los cónyuges litigantes, existiendo al contrario un conflicto permanente entre los cónyuges, inclusive con intervención directa de la prole.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE ENERO DE 1991⁴¹⁸

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal estimó:

417 Exp. 1810-90 / Junín.

418 Exp. 1592-90 / Piura.

...que si bien el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil establece que aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien; que en el caso de autos no se ha acreditado la probabilidad de tal reconciliación; que, por otro lado, el criterio jurisprudencial tiene establecido que puede hacerse uso de la facultad que contempla el indicado artículo cuando se han acreditado las causales o una de las causales; que, sin embargo en el caso de autos ninguna de las causales deviene fundada; que, por último el sólo transcurso de una separación de hecho no puede dar lugar a la aplicación del artículo trescientos cincuentiocho del Código Sustantivo...

5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE JUNIO DE 1992 ⁴¹⁹

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...que en autos no hay prueba idónea que acredite las causales de divorcio invocadas por el demandante; que esta apreciación es compartida tanto por el personal del juzgado como por la Sala Superior; sin embargo, pese a no estar probados los fundamentos de la demanda, las instancias inferiores, haciendo mal uso de la facultad contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil, han declarado la separación de los cónyuges, disolviendo la sociedad legal; que el supuesto legal a que se contrae la referida norma es para el caso que se encuentre acreditada la causal o causales de divorcio en que se apoya la demanda, circunstancia que no se da en el presente caso: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista ..., declara INFUNDADA la demanda ...; declararon NULA la misma resolución en cuanto confirmando la de primera instancia declara la separación de los cónyuges...

6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE AGOSTO DE 1996⁴²⁰

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La demandada ..., sustenta su recurso en lo dispuesto por el inciso primero del artículo trescientos ochentisís del Código Procesal Civil, señalando que

419 Exp. 1001-90 / Puno

420 Casacion N° 454-95/ La Libertad

se ha aplicado indebidamente e interpretado erróneamente la norma de derecho material contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil...

Segundo.- Que, la recurrente fundamenta su recurso en que la Sala al expedir la recurrida ha aplicado indebidamente e interpretado erróneamente la norma de derecho material contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil, indicando que la norma antes citada solo se aplica cuando se ha probado las causales de divorcio invocadas, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

Tercero.- Que, la presente litis versa sobre divorcio por las causales de violencia física y psicológica e injuria grave, las cuales durante la secuela del proceso no han sido probadas indubitablemente conforme se desprende de la recurrida, sin embargo al momento de absolver el grado, el colegiado confirmando la apelada dispone la separación de los cónyuges, en aplicación de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil.

Cuarto.- Que, la norma antes citada establece que aunque en la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez solo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien, empero en la presente causa el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio; que, al no haber probado el actor su pretensión, no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime aún que no fue solicitada.

Quinto.- Que, en consecuencia no resulta aplicable al caso la norma contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil, ya que las causales invocadas para el divorcio no se han probado.

RESOLVIERON: Estando a las conclusiones antes vertidas y estando a lo dispuesto en el inciso primero del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil: DECLARARON FUNDADO el recurso de casación por la causal contenida en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del citado Código Adjetivo; y en consecuencia CASARON la resolución de vista de fojas ..., su fecha ..., en el extremo que dispone la separación de los cónyuges el que declararon NULO EL CITADO extremo; y en consecuencia sin objeto pronunciarse sobre la separación de los cónyuges; en los seguidos por ... con ... sobre divorcio.

En este sentido se han pronunciado:

6. Ejecutoria Suprema del 23 de marzo de 1946⁴²¹
7. Ejecutoria Suprema del 9 de agosto de 1946⁴²²
8. Ejecutoria Suprema del 15 de noviembre de 1966⁴²³
9. Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1971⁴²⁴
10. Ejecutoria Suprema del 4 de julio de 1972⁴²⁵
11. Ejecutoria Suprema del 21 de abril de 1983⁴²⁶
12. Ejecutoria Suprema del 15 de noviembre de 1985⁴²⁷

5.1.2. *Otras interpretaciones asumidas en la administración de justicia*

La interpretación precedente es la predominante en los medios judiciales. Sin embargo, también se han dado otras dos comprensiones distintas, señalándose que:

- El juez puede hacer uso de esta facultad aunque las causales invocadas no hayan sido acreditadas, en algunos casos, si es probable que los cónyuges se reconcilien y en otros, cuando la situación reflejada demuestra la imposibilidad de la vida en común de los cónyuges.

- Puede emplearse esta facultad de declarar la separación, si existe allanamiento de una de las partes, lo que refleja su deseo recíproco de separarse, asemejándose a la figura de la separación convencional.

Examinemos entonces las ejecutorias que ponen de manifiesto dichas interpretaciones:

421 Anales Judiciales, t. XLII, 1946, ps. 283-285.

422 Anales Judiciales, t. XLII, 1946, ps. 176-178.

423 Anales Judiciales, t. LXI, 1966, p. 14.

424 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 338, Marzo de 1972, p. 337

425 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 342, Julio de 1972, pp. 854-855.

426 Exp. 211-82 / Puno.

427 Exp. 161-85 / Ancash.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE JUNIO DE 1941⁴²⁸

La Corte Suprema reprodujo los fundamentos del dictamen fiscal que expresaba:

Considera el Juez, que no están suficientemente probados los hechos que recíprocamente se imputan los cónyuges, pero que se ha acreditado la separación, por graves desavenencias en el hogar. Por tal motivo, ejercita la facultad que en el art. 287 del C.C. da al juzgador, conforme a su criterio. No puede negarse al Juez, la facultad que le asiste para resolver en este sentido, si como expresa, no se han probado suficientemente las causales invocadas, pues si lo estuvieran, el Juez tendría que declarar fundada la demanda o la reconciliación. El marido que demandó el divorcio se ha conformado con la resolución que lo deniega, lo que revela que es posible su reconciliación en el transcurso del tiempo fijado por la ley.

Por lo que declararon Haber Nulidad en la de vista, reformándola, confirmaron la apelada, que declaraba la separación.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1953⁴²⁹

Dictamen Fiscal:

El abandono malicioso de la casa conyugal, por un periodo continuado mayor de dos años, previsto en el inc. 5° del art. 247 del C.C., como causal de divorcio, imputado por don ...a su esposa doña ..., no resulta acreditado en autos.

Por el contrario, la cónyuge demandada ha comprobado que continúa viviendo en el hogar conyugal establecido por el marido en ...de la ciudad de Cajamarca.

Consta en autos que el demandante, por haber formado en el Fundo "Collambay", otra familia, ilegítima, pretende alcanzar el divorcio haciendo recaer en la demandada su propio abandono del hogar.

Las circunstancias de que los cónyuges se encuentren separa-

428 Anales Judiciales, t. XXXVII, 1941, p. 102 a 108.

429 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 124, Mayo de 1954, p. 568-569.

dos de hecho desde hace 24 años, no justifica la demanda por causa que no ha provocado la demandada y sólo obedece a que la mujer, en resguardo de su legítimo derecho, ha interpuesto acción de separación de bienes.

Por lo que el Fiscal Supremo fue de opinión que se declare infundada la demanda.

Resolución Suprema:

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; y estando a lo prescrito en el artículo doscientos ochentisiete del Código Civil; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ..., que revocando la apelada de fojas ..., declara infundada la demanda de divorcio interpuesta por don ...contra ...; y a tenor del numeral citado: declararon la separación de cuerpos de los nombrados cónyuges.

En las siguientes ejecutorias en oposición a lo resuelto por la Corte Suprema, el Ministerio Público ha sostenido:

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE SETIEMBRE DE 1983⁴³⁰

Dictamen Fiscal:

“El fundamento de la demanda es la injuria grave, que dio origen a la separación de facto de parte del actor y que no obstante el tiempo transcurrido, persiste. Del análisis de la confesión de fs. ..., con arreglo al interrogatorio precedente, evadiendo las respuestas a la octava pregunta así como tercera y cuarta repregunta, se vislumbra el ánimo de la demandada de su negativa a la normalización de las relaciones conyugales y que en cierto modo ratifican la demanda al haberse producido menosprecio de la esposa que dice ser profesora frente al marido que es Guardia Civil; se ha roto la armonía y afectado la finalidad moral y social del matrimonio situación que no es dable amparar, antes por el contrario debe propenderse a que tal estado concluya, propiciando una conciliación. La testifical actuada en autos, es insuficiente para acreditar los fundamentos de la demanda. Por estas consideraciones con el espíritu que anima el art. 287 del C.C., este Ministerio conceptúa que la Sala puede declarar la simple separación de cuerpos de los casados”.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE AGOSTO DE 1983⁴³¹

Dictamen Fiscal:

Si bien de la prueba actuaba por el demandante no aparece que éste haya acreditado que la demandada haya incurrido en las causales que invoca en su demanda, resulta evidente que la serie de juicios que se han iniciado entre las partes ha traído como consecuencia una desarmonía entre los cónyuges, provocado todo esto por las desavenencias en el hogar y que indudablemente afectan la estructura del matrimonio y su estabilidad moral, situación que debe terminar propiciándose una conciliación, en consecuencia resulta aconsejable ordenar la separación legal de los casados.

5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE MAYO DE 1984⁴³²

El voto en contra del fallo supremo y el dictamen fiscal consideraron que:

La Sala, puede ejercitar la facultad que el art. 287 del C.C. da al Juzgador, cuando se acredita la separación por graves desavenencias en el hogar, tanto más cuando esta separación ha dado lugar a juicios de divorcio y otros que sólo han servido para ahondar resentimientos y consiguientes desarreglos familiares.

6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE AGOSTO DE 1991⁴³³

VISTOS; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, CONSIDERANDO: que, la causal invocada por el actor como fundamento de su demanda, no ha sido probada en forma alguna, pero el tenor del escrito de la demanda como de la contestación de la misma, se desprende que existe una probable reconciliación entre los cónyuges, por lo que al caso de autos es de aplicación lo dispuesto por el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia

431 Exp. 528-83 / Arequipa

432 Exp. 115-84 / Lima

433 Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica Año 1 N° 1

de vista de fojas ciento treintinueve, su fecha dieciséis de Octubre de mil novecientos noventa, que revocando la apelada de fojas noventa y siete, fechada el veintidós de Mayo del mismo año, declara improcedente la demanda interpuesta a fojas siete; reformando la resolución recurrida y revocando la apelada; declararon: la separación de cuerpos de los cónyuges ... y ... en consecuencia: suspéndanse los derechos relativos al lecho y habitación, y pongase fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, quedando subsistente el vínculo matrimonial contraído el veintiséis de enero de mil novecientos ochentisiete por ante el Concejo Distrital de Pueblo Libre ; en los seguidos por ... contra ..., sobre divorcio absoluto, por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal; y los devolvieron.

7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE MAYO DE 1993⁴³⁴

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal y considerando:

...que acciones como la presente tienen sólo por objeto que se declare la separación legal de los cónyuges y posteriormente la disolución del vínculo matrimonial; que para que ocurra lo primero es menester que la causal que se invoca haya sido debidamente acreditada y que no [SIC]exista la posibilidad de reconciliación entre los cónyuges; que transcurrido el término de ley el cónyuge agraviado y no el culpable, puede solicitar la disolución del vínculo como lo dispone el artículo trescientos cincuenticuatro última parte, del Código Civil y sólo cuando alguna de esas declaraciones se hayan producido y en ejecución de sentencia debe procederse a la liquidación de la sociedad conyugal de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos veinte y siguientes del mismo Código, que resulta contradictorio que el Juez en su sentencia de fojas cincuentiuno sostenga que las causales invocadas por las partes litigantes no han sido acreditadas y sin embargo declare la separación de aquellas, sentencia que inexplicablemente es confirmada por el Superior Tribunal a fojas sesenticuatro; que sin embargo ésta última ha quedado consentida y en tal virtud sólo cabe por mandato expreso del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil que el Juez, transcurrido el tiempo en él previsto declare la disolución del vínculo matrimonial,

434 Exp. 526-92 / Loreto.

hecho éste que fue declarado por sentencia de fojas noventa y cuatro, sin embargo, la Sala Civil por la de fojas ciento dos la declaró nula bajo el fundamento que en ella se indica, cuando sólo correspondía que se pronunciara sobre si la disolución del vínculo se había dictado con arreglo a ley; ... Declararon fundada la solicitud de conversión.

El art. 200 del C.P.C. prescribe expresamente que es al demandante a quien le corresponde la carga de la prueba, *Actori incumbit probatio*, en caso de no acreditar la acción debe ser absuelto el demandado. Motivo por el cual nuestros tribunales han establecido que la facultad otorgada a los jueces por el art. 358 C.C. (art. 287 C.C. 1936), sólo puede ser ejercida cuando las causales se encuentren debidamente acreditadas, y esto en vía de excepción porque en estricto debería proceder la disolución demandada. Mas, la ley considerando las posibilidades de reconciliación de los cónyuges, admite que el juez pueda declarar la separación, pese a no haber sido lo peticionado.

Pretender la aplicación del mencionado dispositivo, cuando no se han probado las causales invocadas, y existen posibilidades de reconciliación o, por el contrario cuando, es realmente imposible la vida en común de los cónyuges, significaría dotar al juez de la facultad excepcional de declarar la separación sin mediar ninguna de las causales establecidas por la ley; ya que aquí no intervendría ni siquiera el acuerdo de los cónyuges, por cuanto la mera voluntad de uno de ellos, imputando hechos que no acredita al otro, le permitiría lograr una separación que puede constituir el paso previo a una disolución definitiva.

El otro inconveniente se presenta al momento de solicitarse la conversión. En la actualidad le es negada al cónyuge culpable de la separación, lo que antes en una aplicación literal de la norma fue admitido en algunas resoluciones. Así, en los casos referidos, la conversión al divorcio podía ser iniciada indistintamente por cualquiera de ellos, lo que ahora no acontece, ya que en los procesos que no son convencionales sino, como éstos que han ventilado causales específicas, se requiere de la determinación de un cónyuge responsable de la ruptura matrimonial, a quien la ley le impida solicitar la disolución. Culpabilidad que ha de establecerse mediante

la prueba pertinente de la falta conyugal, la que de resultar insuficiente debe conducir a que la acción sea declarada infundada.

La otra línea interpretativa, que considera que esta facultad de declarar la separación puede emplearse también cuando existe allanamiento de una de las partes, será examinada en el Sub Capítulo 8 sobre los efectos del allanamiento y otros.

6. LA CONSULTA Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION EN ESTOS JUICIOS

6.1. La consulta de las resoluciones que declaran el divorcio

El C.C. de 1984, en su art. 359, dispone que si no se apela de la sentencia que declara el divorcio, será consultada, el D. Leg. 310 derogado señalaba que las sentencias de separación de cuerpos, como las de divorcio, debían ser elevadas al Tribunal Superior, si no lo fueran en grado, en consulta, a decir del art. 12 sin trámite previo. Actualmente el Código Procesal Civil no prevé este supuesto, por lo tanto la consulta sólo procede en los casos de divorcio.

La consulta es una etapa de suma importancia en el nombrado proceso, por cuanto si la resolución de Primera Instancia, que declara el divorcio, no es revisada por la Corte Superior, dicho pronunciamiento carece de efectos legales. Trátese de acciones de divorcio por conversión o por causal.

Fallada aprobatoriamente la causa por la Corte y consentida la resolución, recién en esa oportunidad se pasan los partes correspondientes a Registros Públicos del divorcio, de manera tal que pueda ser inscrito el divorcio en el registro personal. Indiquemos al respecto que el divorcio surte efectos entre los cónyuges desde el momento en que es consentido o ejecutoriado el fallo que lo declara así, mientras que para los terceros sus efectos operan desde su inscripción en el registro.

Distingamos algunas resoluciones en torno a este rubro:

- *Si no fue elevada en consulta la sentencia que declaró el divorcio, subsiste la obligación de prestar alimentos a la cónyuge.*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MAYO DE 1948 ⁴³⁵

Vistos; con los pedidos; con lo expuesto por el Señor Fiscal, y considerando: Que si bien se pronunció sentencia en primera instancia declarando el divorcio entre las partes litigantes, dicha sentencia no fue elevada en consulta, como lo requería el decreto número seis mil ochocientos noventa, del ocho de octubre de mil novecientos treinta, ratificado por la ley siete mil ochocientos noventitres; que la consulta de la sentencia como procedimientos especial, ha sido mantenida por el régimen establecido en el actual Código Civil; que al no haber terminado el juicio subsiste el vínculo matrimonial y las obligaciones de él derivadas: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., declara fundada la demanda de alimentos interpuesta por doña ...y manda que don ...le acuda con la pensión alimenticia de quinientos soles oro mensuales desde el mes de mayo de mil novecientos cuarentiseis; con lo demás que contiene; sin costas; y los devolvieron.

- En los juicios de divorcio el trámite obligatorio de la consulta, permite que mientras ella no sea resuelta, la demandada pueda desistirse de su acción reconvenzional.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ABRIL DE 1960 ⁴³⁶

“Que el trámite obligatorio de la consulta al Superior determina que mientras ésta no sea resuelta, los interesados pueden desistirse de aquella parte de la sentencia que les favorece”.

- La consulta procede sólo cuando ha sido declarado el divorcio, y no cuando ha sido desestimada la demanda o en la parte en la cual no prosperó.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE SETIEMBRE DE 1971 ⁴³⁷

Vistos; con el acompañado, y CONSIDERANDO: que conforme al art. 290 del Código Civil sólo es materia de consulta la

435 Anales Judiciales, t. XLIV, Año Judicial de 1948, p. 97- p. 100.

436 Anales Judiciales, t. LV, 1960, p. 16 a 18.

437 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 332, Setiembre de 1971, pp. 1124-1125.

declaración de divorcio o de separación; que el Tribunal Superior se ha pronunciado sobre la sentencia de Primera Instancia en cuanto desestima la demanda y ha omitido resolver la parte estrictamente consultada que declara el divorcio por la causal de adulterio invocada por la cónyuge en su reconvencción: declararon NULA la sentencia de vista.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE JULIO DE 1980⁴³⁸

Vistos; con los acompañados; y CONSIDERANDO: que la sentencia de primera instancia de fs. ...está arreglada a ley y a mérito de lo actuado; que la resolución de vista de fs. ...adolece de nulidad en la parte en que se pronuncia sobre la causal de conducta deshonrosa por cuanto habiéndose declarado infundada la demanda en ese extremo no puede ser materia de consulta...

- La consulta procede sólo respecto a la disolución mas no puede conocer sobre los aspectos patrimoniales de la misma.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE JULIO DE 1979⁴³⁹

VISTO; Y CONSIDERANDO: que la sentencia de fs. ..., su fecha ..., que declara fundada en todos sus extremos la demanda de divorcio absoluto de fs. ..., variada a fs. ..., ha quedado consentida al no ser apelada; que en esta situación la elevación en consulta de la referida sentencia tiene por finalidad que el organismo jurisdiccional superior cautele y garantice la subsistencia del matrimonio, base de la sociedad, como fluye de lo dispuesto en el art. 290 del Código Civil, pero no incide sobre aspectos patrimoniales que son de orden privado; que, de lo expuesto se desprende que el Tribunal Inferior ha incurrido en exceso al pronunciarse sobre el extremo de la demanda relativa a la pérdida de ganancias así como respecto de la reconvencción de divorcio por la causal de sevicia y la excepción de prescripción deducida, con referencia a esta última, que se declaran infundadas, por lo que es del caso hacer uso de la facultad que confiere el inc. 3°, in fine, del art. 1086 del Código de Procedimientos Civiles; declararon NULA la sentencia de vista de fs. ..., su

438 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 436 - 443, Mayo-Diciembre de 1980, p. 370.

439 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 432 - 433, Enero-Febrero de 1980, pp. 64-65.

fecha ..., completada a fs. ..., fechada ..., en la parte que se pronuncia sobre la pérdida de gananciales por la demandada, la reconvencción y excepción de prescripción deducida en cuanto a ésta; en los seguidos por don ...con doña ..., sobre divorcio; y los devolvieron.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 1971 ⁴⁴⁰

“Conforme al art. 290 del C.C. sólo es materia de consulta de declaración de divorcio o de separación, más no lo resuelto sobre aumento de la pensión alimenticia en vía de reconvencción”.

- *En consulta el Tribunal Superior sólo puede examinar si han transcurrido los seis meses o no para declarar el divorcio*

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE OCTUBRE DE 1996⁴⁴¹

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La recurrente fundamenta su recurso en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada que habiendo quedado consentida la sentencia de separación y no habiendo nadie cuestionado la legitimidad de sus trámites no puede declararse al pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial la nulidad de todo lo actuado, por lo que se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; que asimismo se ha infringido el artículo doscientos uno y no se ha aplicado el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que concedido el recurso de casación a fojas cincuentisiete, fue declarado procedente por resolución de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventicinco, por la causal invocada;

Segundo.- Que la sentencia de separación convencional, no fue materia de recurso de impugnación por ninguna de las partes;

Tercero.- Que el artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil, modificado por la Primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo número setecientos sesentiocho, Código Procesal Civil dispone que transcurrido seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de

440 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 337, Febrero de 1972, pp. 211-212.

441 Casación N° 606-95/ Junín

los cónyuges, basándose en ella, puede pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio;

Cuarto.- Que en este caso habían transcurrido mas de seis meses de la sentencia de separación convencional, cuando se solicitó la disolución del vínculo matrimonial y el fallo del A quo que declaró el divorcio, tampoco fue materia de recurso impugnativo, por lo que la sentencia fue elevada en consulta al superior, de acuerdo con el artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil;

Quinto.- Que de acuerdo al estado del proceso, la Corte Superior sólo podía examinar si habían transcurrido los seis meses o no exigidos para declarar el divorcio;

Sexto.- Que esto no supone, que si existiera algún derecho de las partes para solicitar la nulidad del proceso, no pueden ejercitar tal derecho;

Setimo.- Que la sentencia de vista no ha cumplido con pronunciarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenticuatro antes citado y ha desaprobado la consultada, por razones procesales derivadas de la sentencia de separación convencional, que no ha sido objeto de recurso impugnativo y que no es materia de la consulta;

Octavo.- Que en consecuencia se han contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y resulta de aplicación el inciso tercero del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil;

Nueve.- Que por las razones expuestas y de conformidad con el acápite dos punto uno del artículo trescientos noventa y seis del Código Adjetivo, la Sala Civil de la Corte Suprema FALLA: DECLARANDO FUNDADO el recurso de casación de fojas cincuenticuatro y, en consecuencia, CASA la resolución pronunciada por la Sala Civil de la Corte Superior de ... de ... y actuando en sede de instancia, declara nulo dicho fallo y dispusieron se expida nueva sentencia con arreglo a la ley; en los seguidos por doña ... y otro con el Ministerio Público, sobre separación convencional;

6.2. Recurso de Casación

6.2.1. Definición

“La Casación es un medio de impugnación para obtener, en ciertas condiciones, el reexamen desde el punto de vista de su co-

rección jurídica de las sentencias de vista expedidas por las Cortes Superiores y de los autos que en revisión ponen fin al proceso.⁴⁴²

Como COUTURE lo sostiene este recurso tiene por objeto “la justa aplicación de la ley y la unidad de la jurisprudencia”. Se encuentra regulado por los artículos 384 al 400 del Código Procesal Civil.

El Dr. Juan Monroy Gálvez, opinando respecto a este medio impugnatorio nos dirá:

“Específicamente es un recurso, porque permite la revisión de una resolución judicial para conseguir su cambio o su anulación, pero sólo porque; a) La norma jurídica no ha sido aplicada debidamente; b) La interpretación de ésta ha sido incorrecta; c) No se ha aplicado la norma respectiva; o d) Se han afectado normas procesales esenciales para que haya un proceso válido.

El recurso lo presenta un interesado –regularmente un litigante– afirmando que la resolución lo agravia, y además, describiendo algunos de los supuestos antes anotados. La actividad profesional del abogado de procurar adecuar la sentencia desfavorable a su cliente a las hipótesis antes descritas, así como la rigurosa función de calificación de tales supuestos, acto realizado por la Corte de Casación, determinan que sea un recurso extraordinario, además de complejo”⁴⁴³.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE ABRIL DE 1998⁴⁴⁴

... y ATENDIENDO: 1º) Que en el escrito de fojas ciento siete se denuncia la interpretación errónea del inciso quinto del Artículo trescientos treintitrés del Código Civil, al considerar que

442 César A. Mansilla Novella, Los Medios de Impugnación en el Nuevo Código Procesal Civil, en revista del Foro, año LXXX, N.1, Enero-Junio 1992, p.98.

443 Juan Monroy Galvez, Recurso de Casación, en El Comercio, Lima, 19 de Setiembre de 1994, p. A.6.

444 Casación N° 395-98 / La Libertad.

los medios probatorios actuados durante el proceso no han logrado crear convicción respecto al abandono injustificado del hogar conyugal por parte de la demandada, considerando que el carácter injustificado del abandono debe probarse necesariamente con investigación judicial y/o policial, cuando justamente los medios probatorios que ha actuado como son la denuncia hecha ante el Juez de Paz y las testimoniales ofrecidas y actuadas, han acreditado los presupuestos contenidos en la citada norma, máxime si la demandada no ha comparecido al proceso a pesar de haber sido debidamente notificada lo que generó la presunción legal de veracidad relativa a los hechos expuestos en la demanda; 2º) Que el agravio denunciado está referido a criterios de valoración probatoria y persigue la revaloración de los medios probatorios actuados en el proceso, lo cual no es objeto de la causal invocada; 3º) Que no habiéndose cumplido con lo establecido por el numeral dos punto uno del inciso segundo del Artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil y en aplicación de lo dispuesto por el Artículo trescientos noventidós del acotado: declararon IMPROCEDENTE el Recurso de Casación interpuesto ...

6.2.2. Casos en que procede

El artículo 385 del C.P.C. establece que el recurso de casación sólo procede contra:

1. Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores.
2. Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y
3. Las resoluciones que la ley señale.

Las ejecutorias siguientes se refieren al recurso extraordinario de nulidad, que como bien sabemos es sustancialmente diferente al de casación, la Corte Suprema no está facultada en este caso para revisar el proceso en plenitud como lo podía hacer antes, no le corresponde pues reconsiderar ni revalorar los hechos, ha de pronunciarse únicamente sobre la aplicación debida del derecho. No obstante los fallos que se citan, conservan su utilidad, en la medida que, nos clarifican la importancia, que como requisito de fondo tiene el hecho que el recurrente no haya consentido previamente la resolución adversa de primera instancia.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE ABRIL DE 1983⁴⁴⁵

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y CONSIDERANDO: que la sentencia de primera instancia no fue objeto de apelación por la parte demandada, la misma que se elevó en consulta a la Corte Superior; que, en consecuencia, dicha parte carece de derecho para interponer recurso de nulidad respecto de resolución de vista aprobatoria de la consultada; declararon NULO el concesorio de fs. ..., su fecha ..., e IMPROCEDENTE al recurso de su materia...

En el mismo sentido se pronunciaron:

2. Ejecutoria Suprema del 5 de febrero de 1982⁴⁴⁶
3. Ejecutoria Suprema del 14 de junio de 1982⁴⁴⁷
4. Ejecutoria Suprema del 3 de noviembre de 1971⁴⁴⁸

7. PARTICIPACION DEL MINISTERIO PUBLICO

7.1. *Caracteres generales de la institución*

Nuestra Constitución, en el art. 158, establece como lo hacía la Carta de 1979, la autonomía del Ministerio Público en relación a los demás poderes del Estado, aunque es evidente su estrecha vinculación con el Poder Judicial.

El Ministerio Público ya no es simplemente el representante del Estado en juicio, sus atribuciones van mucho más allá. Se le ha encargado la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley, no le corresponde la calidad de Defensoría del Pueblo, la que actualmente es autónoma de conformidad a lo dispuesto por el art. 161 de la Constitución.

En el proceso civil su participación es más limitada que en el

445 Exp. 259-83 / Lima.

446 Exp. 1747-81 / Ancash.

447 Exp. 458-82 / Lima.

448 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 337, Febrero de 1972, pp. 211-212

penal, demandándose en aquellos casos en los que por sus repercusiones al margen del interés privado que pudiera ventilarse, yace un interés público que hace necesaria su intervención.

Se han instituido fiscales en lo civil en las tres instancias judiciales, variando sus funciones según se trate, como lo refiere el Dr. José Hurtado Pozo, de que participe como consejero jurídico *ope legis* de los jueces, como parte, y por último como requirente de la nulidad del procedimiento al momento de emitir dictámenes ⁴⁴⁹.

7. 2. Participación del Ministerio Público en los procesos de divorcio

Inquirir sobre este aspecto, supone remitirnos a lo preceptuado por el art. 481 y 574 del Código Procesal Civil y a lo señalado por la Ley Orgánica del Ministerio Público D. Leg. 52.

7.2.1. Citación a la audiencia

El Fiscal Provincial, al igual que los cónyuges, deben ser citados a la audiencia, pero a diferencia de éstos no es necesario que sea notificado por la vía postal.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE ENERO DE 1982 ⁴⁵⁰

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró fundada la demanda, dispuso la separación legal de los cónyuges. El Fiscal Supremo opinó.

Por Recurso de Nulidad del Señor Fiscal Superior quien invoca omisión procesal al no haberse notificado por vía postal al Fiscal Provincial, llega a la Corte Suprema y este Ministerio considera que la Sala puede resolver declarando QUE NO HAY NULIDAD en la Sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que aprobando la consultada de fs. ..., su fecha ..., declara fundada la solicitud de fs. ...contiene y que no es necesaria citación postal al Fiscal Provincial.

449 José Hurtado Pozo. El Ministerio Público, Lima, Eddili, 1984, p. 66

450 Exp. 1788-81 / Arequipa.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1952⁴⁵¹

Que siendo parte el Agente Fiscal en los juicios de divorcio, no aparece de autos haberse cumplido respecto de él con lo dispuesto en el art. 948 del C.P.C.: declararon NULA la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., insubsistente la de Primera Instancia de fs. ..., vuelta y nulo todo lo actuado desde fs. ..., a cuyo estado repusieron la causa sobre divorcio seguida por don ...con doña ..., para que se proceda con arreglo a ley.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE ENERO DE 1991⁴⁵²

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Resulta inoficioso emitir dictamen sobre el fondo del asunto controvertido, por cuanto del estudio y análisis de lo actuado se desprende que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inc.13° del art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles, al no haberse notificado el auto admisorio de la demanda al representante del Ministerio Público, a fin de que intervenga como parte, ejercitando los recursos que le concede la ley, conforme lo señala el inc. 1° del art. 96 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, concordando con el art. 1° del mismo cuerpo de leyes y el inc. 1° del art. 12 del Dec. Leg. 310, el cual señala que para estas clases de juicios el Ministerio Público es parte.

7.2.2. Contestación de la demanda

El representante del Ministerio Público, al intervenir en calidad de parte en estos procesos, en primera instancia, contesta la demanda; no obstante, presentaremos seguidamente una ejecutoria, que dictada durante la vigencia del ordenamiento procesal precedente, consideró que el Ministerio Público no siendo demandado en los juicios de divorcio, no le corresponde contestar la demanda, por lo que su omisión no debe sancionarse con nulidad.

451 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 212, Mayo de 1953, p. 585-586.

452 Exp. 1580-90 / Junín.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 5 DE ABRIL DE 1947⁴⁵³

El dictamen fiscal sostuvo:

En el juicio seguido por don ...con doña ..., sobre divorcio absoluto, se realizó a fs. ...vta., la diligencia de comparendo, con la concurrencia del demandante y del Agente Fiscal, no así de la demandada, en cuya rebeldía se dió por contestada la demanda; y tramitada la causa el Juzgado de Primera Instancia de Huari pronunció la sentencia de fs. ... que declara fundada la demanda. La Corte Superior de Ancash a fs. ..., ha declarado insubsistente la expresada sentencia y todo lo actuado desde el comparendo inclusive, porque en este acto el Agente Fiscal no hizo exposición alguna en defensa del vínculo.

Efectivamente en la referida diligencia el Agente Fiscal se limitó a hacer acto de presencia y no contestó la demanda en forma alguna. Conforme el art. 280 del C.C., el Ministerio Público es parte en todos los juicios de divorcio y separación, y si concurrió al comparendo debió, en consecuencia, contestar la demanda. Esta omisión es causal de nulidad, conforme el inc. 4° del art. 1085 del C. de P. Civiles.

Lo expuesto justifica la omisión del Fiscal en el sentido de que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución recurrida.

La Corte Suprema, con lo expuesto por el Señor Fiscal, resolvió:

Que el Ministerio Fiscal al intervenir en juicio de divorcio, conforme al art. 280 del C.C., no es demandante ni demandado, sino parte en defensa del vínculo conyugal y para atender el exacto cumplimiento de la ley, por lo que no le corresponde contestar los hechos en que se funda la demanda: declararon NULA la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., en la causa sobre divorcio seguido por don ...con doña ...: mandaron que la Corte Superior de Ancash absuelva el grado con arreglo a ley.

7.2.3. *Participación en la audiencia*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE ABRIL DE 1945⁴⁵⁴

La presencia del representante del Ministerio Público, en el comparendo de los juicios de divorcio, es potestativa.

453 Anales Judiciales, t. XLIII, Año Judicial de 1947, pp. 300 - 301.

454 Anales Judiciales, t. XLI, Año Judicial 1945, pp. 246-247.

En el mismo sentido se pronunció.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MAYO DE 1963⁴⁵⁵

La realización del comparendo en los juicios de separación y de divorcio, antes del vencimiento de la media hora de tolerancia, (quince minutos art. 183 del C. de P.C. según D. Leg. 127)* estando presente los cónyuges, pero no el señor Agente Fiscal, no puede invalidar el fallo porque la concurrencia del Ministerio Fiscal a estas diligencias es potestativa mas no obligatoria.

7.2.4. *Respecto al dictamen del Fiscal Provincial*

El Fiscal Provincial no tiene obligación de emitir dictamen en estas causas.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE MARZO DE 1982⁴⁵⁶

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró que "...conforme al art. 96 de la L.O. del M.P., el Fiscal Provincial, interviene como parte en acciones como la presente, en tal virtud no tiene obligación de dictaminar para pronunciar sentencia".

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 5 DE ENERO DE 1983⁴⁵⁷

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

...El Fiscal Superior interpone recurso de nulidad fundándose en que se ha dictado auto de prevención conforme al art. 1108 del C. de P.C. incurriéndose en la nulidad sancionada por el inc. 7° del art. 1085 del acotado. Dichos dispositivos son aplicables al juicio ordinario. El art. 85 del L.O. del M.P. se refiere a las causas en las que debe emitir dictamen el Fiscal Supremo en lo Civil y no resulta pertinente como sustento del recurso de nulidad. El inc. 1° del art. 96 de dicha Ley Orgánica deter-

455 Anales Judiciales, t. LVIII, 1963, p. 50-51.

456 Exp. 2542-81 / Piura.

457 Exp. 1151-82 / La Libertad.

mina la intervención del Fiscal Provincial como parte en los juicios de divorcio, lo que excluye su facultad de dictaminar.

De acuerdo con el art. 1086 del C. de P.C., inc. 3° No Hay Nulidad si la subsanación de los vicios procesales no ha de influir en el sentido de la resolución y el art. 1087 del acotado establece que en ningún caso se declarará la nulidad ni de oficio ni a petición de parte, por causal no prevista expresamente en la ley. Una sencilla razón de economía procesal no permite declarar la nulidad planteada por el Fiscal Superior tanto más que la causal de adulterio se halla plenamente acreditada con instrumento público que ni siquiera ha sido impugnado.

La ley designa un importante rol a los representantes del Ministerio Público en estos juicios, al fiscal especializado de Familia se le encarga la difícil tarea de ser defensor del vínculo matrimonial, en ese aspecto las posibilidades de actuación del Ministerio Público son cualitativamente mayores en la actualidad.

Por ser parte en defensa del vínculo matrimonial, posee amplias facultades para la actuación de pruebas, la interposición de recursos impugnatorios, presentación de informes, etc., mientras que como agente ilustrativo su función era emitir un dictamen fiscal cuyo contenido era imparcial y muchas veces favorable a la disolución.

8. EFECTOS DEL ALLANAMIENTO, DESISTIMIENTO Y COSA JUZGADA EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO

8.1. *El allanamiento*

8.1.1. *Definición*

El Código Procesal Civil en su artículo 330°, distingue las figuras procesales de allanamiento y reconocimiento, en el caso de allanamiento, el demandado acepta la pretensión dirigida contra él, legalizando su firma ante el auxiliar jurisdiccional mientras que en el reconocimiento además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda.

El allanamiento es un acto de disposición, de efecto inmediato sobre un derecho material, por lo que únicamente es admisible en aquellos casos que versan sobre derechos renunciables. Es incondicional y por su trascendencia requiere cuando no lo plantea la persona del demandado, de un poder especial que otorgue al apoderado la facultad expresa para su ejercicio (art. 75 del C.P.C.).

8.1.2. *Efectos del allanamiento en los juicios de divorcio*

Los Tribunales han sostenido por lo general, que el allanamiento resulta improcedente en los procesos de divorcio, debido a la calidad jurídico-social de la cuestión ventilada en el proceso, que trascendiendo el interés privado de los cónyuges se convierte además en un asunto de orden público, en el que se ventilan derechos irrenunciables .

Reiteradas resoluciones se han pronunciado declarando su improcedencia: “Es improcedente el divorcio por las causales de adulterio y abandono fundamentado en el allanamiento de la parte demandada” .⁴⁵⁸

En la práctica judicial si bien generalmente no se admite el allanamiento como tal, si es tenido en cuenta al momento de resolver, como manifestación de voluntad que conjuntamente con los medios probatorios actuados en el proceso, mediante su apreciación conjunta y razonada puede dar mérito al divorcio peticionado.

- *El divorcio no es un derecho disponible de las partes.*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE AGOSTO 1996⁴⁵⁹

... Segundo.- Que, habiéndose sustentado el recurso de casación en vicios in procedendo, al afirmar que al haberse declarado rebelde, han debido de notificarla con la resolución que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento, conforme lo establece el artículo cuatro-

458 José Taramona. Op. Cit., p. 85; Revista de los Tribunales, 2-7-43.

459 Casación N° 572-95/ Ica

cientos cincuentinueve de la Legislación Procesal citada.

Tercero.- Que, de autos aparece que la demanda fue admitida por resolución de fojas diecisiete, apersonándose la demandada al proceso por medio del escrito de fojas veinte, a quien se le declara rebelde por resolución de fojas ..., y se resuelve declarar saneado el proceso conforme consta de fojas veintiocho; que si bien la declaración de rebelde causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda como se establece en la primera parte del artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Procesal Civil, sin embargo el mismo dispositivo acotado hace la salvedad cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible, como es precisamente el caso de autos, ya que el divorcio no es un derecho disponible de las partes.

Cuarto.- Que, siendo así, no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos sesentiocho del cuerpo legal acotado que dispone la fijación del día y la hora para la realización de la audiencia de conciliación después de expedido el auto que declara saneado el proceso, por lo que se ha incurrido en causal de nulidad insubsanable, dada la naturaleza del proceso en el que es imperativo que se propicie la conciliación como forma de mantener la unidad familiar si fuera posible, siendo de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo ciento setentiséis del Código Procesal Civil.

Quinto.- Que, en consecuencia al no haberse procedido conforme a las consideraciones precedentes se han infringido las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. RESOLVIERON: Estando a los fundamentos expuestos declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por ... con su escrito de fojas ..., en consecuencia NULA la resolución de vista de fojas ..., su fecha ..., e INSUBSISTENTE la apelada de fojas ... su fecha ..., NULO todo lo actuado hasta fojas ..., y DISPUSIERON que es prosiga el proceso conforme a su estado: en los seguidos por ... con ... sobre divorcio

8.1.3. *Otra interpretación atribuida al allanamiento en los juicios de divorcio*

De modo excepcional se ha admitido que el allanamiento, si bien no produce efectos para declarar la disolución del vínculo, sí es suficiente para declarar la separación, asemejándosele a la separación convencional.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE SETIEMBRE DE 1996⁴⁶⁰

“el curador procesal al contestar la demanda ... reconoció la veracidad de la causal de divorcio y de la pretensión alimenticia, lo que importaba un allanamiento, incumpliendo lo dispuesto por el inciso segundo del artículo trescientos treintidós del Código Procesal Civil;”

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE AGOSTO DE 1954⁴⁶¹

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando: que por mutuo disenso sólo procede la separación de cuerpos de los casados; que en el caso sub-júdice de declaración de divorcio por el simple allanamiento del demandado importaría admitir el divorcio por el disenso de los cónyuges el cual no está permitido por la ley, sin que en el presente caso la confesión ficta del mismo demandado pueda modificar la situación creada por el allanamiento; que los mismos fundamentos en que se ampara la demanda permiten presumir que los cónyuges puedan reconciliarse, de conformidad con el art. 287 del C.C.; declararon Haber Nulidad en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que desaprobando la de Primera Instancia de fs. ..., su fecha, declara fundada la demanda de divorcio interpuesta a fs. ...por doña ...contra ...; reformando la primera y revocando la segunda: declararon la separación legal de los mencionados cónyuges, de conformidad con la disposición legal antes citada; y los devolvieron.

Los votos singulares de los siguientes fallos admiten efectos al allanamiento en estos juicios.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE SETIEMBRE DE 1947⁴⁶²

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal, y considerando: que no se ha acreditado la causal de adulterio invocada en la

460 Casación N° 646-95/ Callao.

461 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 132, Enero de 1955, pp. 1573-1575.

462 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 42-43, Agosto-Julio de 1947, pp. 411-412.

demanda; y que la forma en que se ha conducido el proceso y actuado la prueba implicaría el desconocimiento de la prohibición contenida en el art. 249 del C.C. declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ...que desaprobando la consultada de fs. ..., su fecha ...declara infundada la demanda de divorcio interpuesta por doña ...con ...; sin costas y los devolvieron.

“Mi voto es por la nulidad de la sentencia que declara fundada la demanda, por los siguientes fundamentos: que el art. 249 del C.C. prohíbe hacer uso de la acción de divorcio fundándola en hecho propio, pero no altera, respecto del demandado, ninguno de los preceptos generales del juicio civil, entre los que no puede dejar de estar vigente el art. 322 del C.P.C.; que en el caso de autos el demandado no ha negado el fundamento de la demanda, prueba que ha sido corroborada con la declaración de testigos, por lo que la acción interpuesta resulta legalmente acreditada”.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE ENERO DE 1980 ⁴⁶³

La Corte Suprema declaró infundada la demanda de divorcio.

El voto en contra se expresó:

Porque, dejando insubsistentes las sentencias de primera y segunda instancias, se declare la separación de cuerpos del matrimonio ..., en base a las siguientes consideraciones: la separación de cuerpos por mutuo disenso, obedece a la necesidad social y familiar de evitar el estrépito judicial que podría ocasionar el divorcio con causal, en detrimento moral de los hijos y de los cónyuges. A este fin, se encamina el procedimiento especial que configuran los arts. 279 y siguientes del C.C., que sólo requieren de la decisión bilateral de los cónyuges, para separarse, con autonomía de la voluntad y con pleno concierto de propósitos y responsabilidades; poniendo de este modo, fin a los deberes conyugales, sin prueba alguna y durante un año, para después, si no hay reconciliación, pedir unilateralmente, la disolución del vínculo matrimonial. Similar objetivo se puede alcanzar, según el art. 287 de la ley sustantiva, cuando la de-

463 Exp. 2832-79 / Lima.

manda o la reconvencción, tengan por objeto el divorcio. En el caso de autos, doña ..., ha demandado divorcio absoluto por abandono malicioso del hogar; y el marido, en el comparendo se ha "allanado con la demanda". Aunque el "allanamiento" no es recurso idóneo para declarar el divorcio y destruir la institución jurídica y social del matrimonio; sin embargo, esa expresión debe tomarse, como la manifestación explícita del marido para disolver la sociedad conyugal; coincidente, sobre la materia, con la voluntad de la mujer expresada en el divorcio. El caso, indudablemente, se asimila al mutuo disenso; y en su virtud, puede declararse la separación de cuerpos, como prescribe el numeral 287, concordante con el art. 286, que permite al demandante, en cualquier momento, variar su demanda de divorcio en una de separación de cuerpos. En el mutuo disenso, no es preciso demostrar ninguna causal.

En tanto que en la acción de separación de cuerpos a que se contrae el art.270, se debe probar las causales alegadas. El mutuo disenso, es una excepción a las reglas del Derecho Probatorio y facultada al juez dictar el fallo, declarando la separación, sin prueba alguna. Este resultado se puede alcanzar por dos causas: el procedimiento de los arts. 279 y siguientes y el caso previsto por el numeral 287. En ambos casos, el juez ejercita la función excepcional de prolar sentencia de separación, sin pruebas y sin caer en los vicios anulatorios que señalan los incs. 9º y 10º del art. 1085 del C.P.C. En el caso de autos, la actora no ha probado el divorcio, de haberlo hecho, el juez habría tenido la obligación de declarar fundada la demanda. Estando de manifiesto, el consenso y la decisión de ambos cónyuges, para poner fin a la sociedad de gananciales, carece de objeto, de parte del juzgador, sostener un vínculo, resquebrajado hondamente, a través de veintidós años de facto, según la versión de la demandante. La denegatoria de la acción, no conduciría a nada y por el contrario, podría ahondar las diferencias que ya han enfrentado a ambos cónyuges. Por estas consideraciones: MI VOTO es porque se declare la separación de cuerpos, dejando sin efecto, las sentencias de primera y segunda instancia.

8.2. El desistimiento

8.2.1. Definición

Es el medio procesal por el que un litigante renuncia de manera expresa a continuar el proceso o algún acto procesal de éste, o a la pretensión formulada.

8.2.2. Efectos del desistimiento en los juicios de divorcio

Los arts. 343 y 344 del C.P.C. establecen cuáles son sus efectos:

- Si se trata del desistimiento del proceso o del acto procesal, tratándose del primero lo da por concluido sin afectar la pretensión, en el caso del desistimiento de un medio impugnatorio, tiene como consecuencia dejar ejecutoriada la resolución que se reclamó.

- Si se trata del desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada. Por tanto, ni el que se desistió, ni sus sucesores pueden interponerla nuevamente contra la misma persona, ni contra las que de ella deriven su derecho, a diferencia del abandono, que siendo una renuncia tácita no impide a *posteriori* iniciar una nueva acción.

Sólo pueden desistirse quienes litigan como parte en un proceso, de actuarse por medio de apoderado, éste requiere de un poder especial para hacer uso de dicha potestad dispositiva (art. 75° del C.P.C.).

Examinemos dos resoluciones que se amparan en el desistimiento de una acción de divorcio previa, para declarar improcedente la posteriormente interpuesta.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE JULIO DE 1982 ⁴⁶⁴

Que como aparece del acompañado sobre divorcio por la causal de adulterio, seguido entre las mismas partes, el mismo que concluyó por desistimiento del actor, los hechos en que se funda éste son los mismos en que basa la presente acción de divorcio por la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; que ambas causales son diferentes y, por lo tanto, no pueden sustentarse en los mismos hechos, sino que éstos tienen que ser autónomos.

La Corte Suprema declaró improcedente dicha demanda.

464 Exp. 2015-81 / Cajamarca

Mientras que el dictamen fiscal opinó por declarar No Haber Nulidad, en la de vista que declaraba fundada la demanda de divorcio.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE MAYO DE 1982 ⁴⁶⁵

La Corte Suprema, declaró de conformidad con el dictamen fiscal No Haber Nulidad en la sentencia de vista que declaraba infundada la demanda, sobre divorcio por la causal de abandono malicioso.

Siendo sus fundamentos:

La sentencia de vista de fs. ...de conformidad con lo opinado por el Fiscal Superior y considerando además que la anterior acción de divorcio por la causal de abandono malicioso del hogar intentada por el actor ante el 11° Juzgado Civil terminó por desistimiento; que esta nueva acción viene a ser reiteración de aquella, confirma la sentencia de fs. ... que declara infundada la reconvencción planteada por la demandada e infundada la demanda de fs. ...

El desistimiento tiene efectos similares a la cosa juzgada, de entablarse otra acción, como en los casos precedentes, no procederán si reúnen los requisitos de identidad de procesos, a saber, las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitório y el interés para obrar, sean los mismos (art. 452 C.P.C.). Al respecto, los demandados, por lo que aparece de ambas resoluciones, no hicieron uso del recurso de defensa que la ley les facultaba mediante la excepción de pleito acabado, hoy excepción de desistimiento de la pretensión (art. 446 inc. 9° del C.P.C.), ya que incluso en la primera, las instancias inferiores y el Fiscal Supremo se pronunciaron por declarar fundada la demanda.

En referencia a la segunda ejecutoria, la causal de abandono de la casa conyugal fue dispensada por el desistimiento, lo que no impide al actor, de no retornar su cónyuge, iniciar un nuevo cómputo de abandono que dé lugar otra vez a la causal. En general, la ocurrencia de cualquier falta conyugal posterior al desistimien-

465 Exp. 272-82 / Lima

to o anterior a él, pero desconocida por el agraviado, da origen a una acción distinta de divorcio.

8.3. *La cosa juzgada*

8.3.1. *Definición*

El efecto sustantivo que puede alcanzar una sentencia es constituir cosa juzgada.

La cosa juzgada es la que genera la inmutabilidad definitiva de la sentencia, de manera tal que ni las partes, ni los que de ella derivan su derecho, pueden volver a plantear la acción. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

El art. 123 del C.P.C. establece los casos en que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada.

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

Respecto a aquéllos, debemos tener presente que toda sentencia de Primera Instancia que declare el divorcio ha de elevarse necesariamente en consulta para ser sujeta de pronunciamiento por el Tribunal Superior.

8.3.2. *Alcances de la cosa juzgada en los juicios de divorcio*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE OCTUBRE DE 1985 ⁴⁶⁶

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal, de-

466 Exp. 980-85 / Cajamarca.

claró fundada la demanda por la causal de adulterio, e impropcedente por la causal de conducta deshonrosa.

En cuanto a la causal de conducta deshonrosa que hace insoporlable la vida en común, la sentencia dictada por la Corte Suprema de la República y que corre a fs. ...del acompañado sobre Divorcio, tiene calidad indiscutible de Cosa Juzgada de conformidad con lo dispuesto en el art. 1018 del C.P.C. e inc. 2° del art. 233 de la Constitución Política, por lo que la demanda deviene en impropcedente en este extremo. Es menester aclarar que la acción de divorcio, por su naturaleza, no crea cosa juzgada en relación a la invocación de hechos sobrevinientes a la sentencia que deniega la disolución del vínculo, no sucediendo lo mismo con aquellos que tuvieron lugar durante o antes de la época del litigio, aunque se argumente que ellos no se conocían por el cónyuge ofendido, porque ello sería establecer excepciones al principio de Cosa Juzgada y podría originar la repetición indiscriminada de procesos judiciales ya objeto de juzgamientos previos.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE ENERO DE 1991 ⁴⁶⁷

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal cuyos fundamentos reproduce, declaró:

Del estudio y análisis de lo actuado en autos aparece que, se ha invocado como causal de la acción el abandono injustificado de la casa conyugal y para que ello prospere se requiere probar que fue realizado con la intención de no continuar la vida común que dicha actitud sea injustificada y que el abandono se prolongue por más de dos años contínuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda de dos años.

Las pruebas ofrecidas por el actor no pueden prosperar en esta nueva acción, es más, no ha desvirtuado la afirmación hecha por la demandada en la diligencia de comparendo a fs. 7, cuando sostiene que jamás ha abandonado el hogar conyugal, que lo cierto es que estuvieron viviendo en casa de los padres del demandante en el Jirón ..., que al no haberse preocupado de fijar el propio domicilio les cortaron el servicio de agua, y fluido eléctrico por lo que de acuerdo con el demandante se mudaron jun-

467 Exp. 980-85 / Cajamarca.

to con sus menores hijos a casa de propiedad de los padres de la emplazada sito en el Jirón ...del indicado distrito, y que precisamente de este último domicilio el demandante se retiró para ir a convivir maritalmente con doña ...y en cuyas relaciones adulterinas ha procreado una hija.

Asimismo, a fs. 14 doña ...en la diligencia de confesión reafirma lo anteriormente expuesto.

Es principio rector de derecho que las partes deben probar los hechos que aleguen, salvo los que se presumen de acuerdo a Ley, que en el presente proceso el demandante no ha probado los fundamentos de la acción incoada; en cambio la emplazada ha demostrado con el expediente acompañado que existe sentencia Ejecutoriada pronunciada a su favor por la Quinta Sala Civil de Lima, por la que confirmando la apelada de fs. 50, la declaró infundada en todas sus partes, incluyendo la causal de abandono malicioso del hogar, que también fue invocada en dicho proceso.

En consecuencia, este Ministerio Público, opina HABER NULLIDAD en la recurrida, debiendo declararse improcedente la sentencia de origen en cuanto declara fundada por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, y reformándola declare fundada la excepción de cosa juzgada deducida por la demandada.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE AGOSTO DE 1992⁴⁶⁸

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el inciso undécimo del artículo doscientos treintitrés de la Carta Magna y artículo mil ochentidós del Código de Procedimientos Civiles, prohíben revivir procesos fenecidos que han pasado en la autoridad de cosa juzgada; que en el juicio que se tiene a la vista, seguido por las mismas partes, se declaró infundada la demanda de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal imputable a la esposa; que en este nuevo proceso el marido pretende repetir dicha acción por el mismo hecho, sosteniendo igualmente que el abandono de su esposa se produjo en julio de mil novecientos ochentuno, lo cual ya fue objeto de análisis y pronunciamientos sobre

el fondo de la cuestión controvertida; que por tanto, la nueva demanda resulta improcedente; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticinco, su fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventiuno, que confirmando la apelada de fojas treinticuatro, fechada el dos de julio de mil novecientos noventa, declara infundada la demanda de fojas tres; reformando la de vista y revocando la apelada, declararon IMPROCEDENTE la demanda; ...

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ENERO DE 1993 ⁴⁶⁹

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal sostuvo:

Refiere la actora, que interpone esta acción en razón de que su esposo le da un trato excesivamente cruel, la ultraja de hecho sin importarle los límites y el recíproco respeto que supone la vida en común, que dichos maltratos son físicos como se apreciará por los daños materiales que la ha causado, viéndose obligada a salir corriéndose de su casa para evitar los golpes que le ocasiona todos los días, agresiones que ha denunciado a la Policía Técnica frecuentemente.

En la diligencia de comparendo que corre a fs. 8, la actora se ratifica en los extremos de su demanda, en tanto que el emplazado por intermedio de su abogado, antes de contestar la demanda, deduce la excepción de cosa juzgada, considerando que ante el mismo Juzgado se tramitó el juicio de separación de cuerpos por la causal de sevicia, el mismo que ha terminado en sentencia que declara infundada la demanda, confirmada en la instancia superior. Contestando la demanda, la niega y contradice en todos sus extremos por ser completamente falsos los hechos que le imputa.

Entre las pruebas aportadas por la actora obran en autos las siguientes: La confesional del demandado prestada a fs. 76; fotocopias de Certificado Médico-Legal de fs. 14, 15, 16 y 17 practicadas a la demandada por lesiones ocasionados por el demandado; copia de las garantías personales solicitadas al Sub-Prefecto Provincial del Santa de fs. 20; actuados sobre el

469 Exp. 2884-91 / Ancash.

juicio oral sobre Faltas contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en agravio de la demandante por parte del demandado, de fs. 25/37; copia certificada de la sentencia expedida por el Juez Instructor del Santa, de fs. 38 en la que condena al demandado a la pena de dos meses de condena condicional, por faltas contra el cuerpo y la salud en agravio de la actora; Atestado Policial No. 75-37 sobre faltas contra el cuerpo y la salud, ocasionada por el demandado contra la actora, de fs. 40/46, Dictamen Pericial de Grafotécnica para establecer autoría de manuscritos infamantes contra la actora de fs. 192/193; escritos objeto de la pericia de fs. 194/201; Expediente No. 272-89 sobre faltas contra el cuerpo y la salud seguido contra el inculpa-do-demandado en agravio de la actora, que consta de 73 fs y es uno de los acompañados, el mismo que terminó con sentencia condenatoria de tres meses de prisión.

Por su parte el demandado, no aporta pruebas que rebatan los hechos que le imputa la actora, por el contrario, en sus recursos manifiesta que ella presenta signos de psicosis y delirio de persecución, niega ser el autor de los manuscritos de fs. 194 a 201, no obstante la pericia grafotécnica prueba lo contrario; por último, mediante recurso de fs. 249 se allana a la demanda de autos, por lo que la Juez de la Causa, la tiene por allanado según Resolución No. 36 de fs. 249 vta.

Del estudio y análisis de los actuados, se advierte, que la causal de sevicia en la que la actora funda su demanda, se encuentra fehacientemente acreditada en autos con las pruebas aportadas por la accionante y a las que se menciona anteriormente, tan es así que el demandado se ha allanado a la demanda.

Declaró fundada la demanda sobre separación de cuerpos por la causal de sevicia.

9. EL OTORGAMIENTO DE PODERES EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO

9.1. Comparecencia de las personas naturales

Las personas que ejercen por sí sus derechos civiles pueden comparecer en juicio de dos maneras:

- Personalmente.
- Por medio de apoderado.

Mientras que los incapaces sólo pueden hacerlo por medio de sus representantes legales.

Refirámonos al caso de comparecencia mediante otra persona, para lo cual examinaremos qué exigencias legales y jurisprudenciales se han establecido para los poderes en los juicios de divorcio.

9.2. Requerimientos legales y jurisprudenciales de los poderes en los juicios de divorcio

Las normas sobre divorcio no han consignado expresamente las condiciones que debe satisfacer un poder otorgado por el cónyuge demandante o reconviniendo, por lo que desde tiempo atrás se ha venido aplicando analógicamente la norma sobre nulidad de matrimonio (art. 152 C.C. 1936, 280 C.C. 1984).

Como es natural, se ha considerado insuficiente el poder general para pleitos, fundado en el art. 74 del C.P.C., requiriéndose del otorgamiento de poder especial (art. 75 del C.P.C.), que faculte interponer la acción de divorcio o separación y más aún, se ha sancionado con nulidad aquellos casos en los que no se ha hecho mención taxativa de las causales a invocarse, deficiencia que con cierta frecuencia se da en la práctica.

En los casos de separación de cuerpos convencional y divorcio ulterior, se permite que los cónyuges puedan comparecer a través de apoderado, investido con facultades específicas para el proceso (art. 577 del C.P.C.), resultando fundamental se autorice al apoderado, muchas veces el abogado, a solicitar el divorcio ulterior.

Por lo expuesto, el representado deberá otorgar facultades específicas y no solo especiales para accionar por divorcio o separación de cuerpos por causal, lo que supondrá la determinación precisa de las causales a invocar.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE SETIEMBRE DE 1950⁴⁷⁰

La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal, declaró nulo todo lo actuado.

Del testimonio de poder conferido por doña ...a favor del doctor ..., que corre a fs. ..., facultándolo para la iniciación de un juicio de divorcio contra don ..., aparece que no se ha expresado la causal o causales que deben ser invocadas, infringiéndose lo dispuesto por el art. 152 del Código Civil, que expresamente así lo dispone, y que es aplicable, por sus efectos, a los juicios de divorcio, cuya consecuencia es de anular el matrimonio contraído.

Mientras que el voto singular sostuvo:

Que el mandato otorgado por escritura pública que corre a fs. ..., con la expresa facultad de entablar acción de divorcio constituye poder especial suficiente para solicitar la disolución del vínculo matrimonial; y que el artículo ciento cincuentidós del Código Civil se refiere exclusivamente a las acciones sobre nulidad de matrimonio: Mi voto, con lo expuesto por el Señor Fiscal, es porque se declare NULA la sentencia de vista, debiendo la Corte Superior absolver el grado con arreglo a ley aprobando o desaprobando la consulta. Delgado.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1982⁴⁷¹

Dictamen Fiscal:

El Poder corriente a fs. ...es explícito en cuanto a la facultad que el mandante confiere al mandatario, para iniciar la acción de divorcio; se halla legalizado por el Cónsul Peruano del lugar de otorgamiento del Mandato y la firma de este funcionario a su vez está debidamente legalizada como consta a fs. ... La apoderada es la propia hija de su mandante; la causal de adulterio está plenamente acreditada. En tal virtud opino que la Sala puede servirse declarar que HAY NULIDAD en la recurrida y reformándola confirmar la sentencia de fs. ..., salvo mejor parecer.

470 Anales Judiciales, t. XLVI, 1950, p. 29.

471 Exp. 854-82 / Lima.

Resolución Suprema:

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; por los fundamentos pertinentes de la resolución recurrida; y **CONSIDERANDO:** que en el poder otorgado por la demandante, el mismo que corre a fs. ..., no aparece indicada la causal por la cual se pretende obtener el divorcio, requisito indispensable en esta clase de procedimientos: declararon No Haber Nulidad en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que desaprobando la consultada de fs. ..., fechada ..., declara **IMPROCEDENTE** la demanda de divorcio por la causal de adulterio interpuesta a fs. ...

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE ABRIL DE 1983 ⁴⁷²

Dictamen Fiscal:

La demandada interpone apelación y la sentencia de vista de fs. ...considerando que el apoderado del actor sólo fue autorizado para demandar la separación de cuerpos ó divorcio sin indicar causal alguna y que el mandatario ha incoado la demanda de divorcio por la causal de injuria grave para lo que no está autorizado, declara insubsistente la sentencia apelada de fs. ..., nulo lo actuado e inadmisibile la demanda.

El poder cuyo testimonio obra a fs. ...reune los requisitos que para el poder para pleitos requieren los arts. 8° y 9° del C. de P.C. Además la demandada no objetó la personería del mandatario mediante la excepción correspondiente por lo que no procede declarar de oficio la nulidad sancionada por la sentencia de vista, más aún si se tiene en cuenta lo dispuesto en la última parte del art. 1087 del acotado, precepto según el cual en ningún caso se declarará la nulidad ni de oficio ni a petición de parte por causal no prevista expresamente en la ley.

Por las consideraciones precedentes opino que la Sala puede servirse declarar nula la recurrida y disponer que la Sala de origen expida sentencia pronunciándose sobre el fondo del problema.

Resolución Suprema:

La Corte Suprema en discordia en conformidad con el dicta-

472 Exp. 1053-82 / Arequipa.

men fiscal ordenó que la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa expidiera nuevo fallo sobre el fondo del asunto.

Los votos en contra expresaron:

“Con lo expuesto por el Señor Fiscal; por los fundamentos de la resolución recurrida: NUESTRO VOTO es porque se declare No Haber Nulidad en la sentencia de vista que declare insubsistente la apelada de fs. ..., nulo todo lo actuado; e inadmisibile la demanda”.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE SETIEMBRE DE 1986⁴⁷³

“Que para entablar demanda de divorcio por apoderado se necesita que en el poder se exprese la causal que se invoca”.

Declararon Haber Nulidad en la de vista que declaraba fundada la demanda, la que declararon improcedente.

5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE AGOSTO DE 1992⁴⁷⁴

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declararon IMPROCEDENTE la demanda:

De la revisión y análisis de lo actuado se desprende que a fs. 5 ...y ...representado por ..., demandan separación de cuerpos por mutuo disenso. El Juzgado a fs. 15 pronuncia sentencia declarando fundada la demanda de fs. 5, la cual a fs. 23 la Sala Civil, con lo expuesto por el Fiscal Superior en su dictamen de fs. 21 la desaprueba considerando que el representante del cónyuge ...no estaba facultado para plantear la acción de separación de cuerpos por mutuo disenso. En el recurso de nulidad de fs. 26 el apoderado del esposo manifiesta que habiéndosele otorgado poder para divorcio se entiende que puede demandar la separación de cuerpos en nombre de su mandante.

El propio mandante ...en su escrito dirigido a la Sala de su presidencia, adjunta testimoni o de ratificación de todos los actos que en su nombre y representación efectuara su apoderado en

473 Exp. 1650-85 / Loreto.

474 Exp. 636-91 / Lambayeque

el presente juicio y fundamenta el recurso de nulidad presentado por su apoderado manifestando que la ratificación mencionada de conformidad con el art. 162 del C.C. tiene efectos retroactivos, quedando con plena eficacia lo actuado en autos.

De conformidad con lo establecido por el art. 12 inciso 1o. del Decreto Legislativo 310, los cónyuges tienen la obligación de concurrir personalmente a la diligencia de comparendo. Aún cuando la demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso se formule por intermedio de apoderado, es obligatoria la concurrencia personal de los cónyuges a tal diligencia, no habiendo sucedido así en el caso de autos, como se aprecia del texto del acta del comparendo del fs. 7, diligencia a la que concurren la esposa y el apoderado del esposo.

Del testimonio de fs. 3 se advierte que el cónyuge ...otorgó poder a ...para que lo represente especialmente en el juicio de alimentos así como para iniciar el juicio de divorcio por abandono injustificado del hogar conyugal. Por tanto, carecía de poder para presentar demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso.

Si bien es cierto que en aplicación del art. 162 del C.C., la demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso puede ser ratificada, tal ratificación sólo puede verificarse observando la forma prescrita para su celebración, como dispone el referido art. 162 del C.C., es decir mediante escrito dirigido al Juez de la causa y antes de que se pronuncie sentencia en virtud del principio de preclusión a que están sujetos los actos jurídicos procesales.

En consecuencia, la ratificación contenida en el testimonio adjuntado sobre ratificación y otorgamiento de poder no es idónea por no estar realizada con sujeción a lo establecido por el art. 162 del C.C. y contraviene lo dispuesto por el art. 1132 del C. de P.C.

6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE MARZO DE 1993 ⁴⁷⁵

La Corte Suprema de conformidad con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

475 Exp. 943-92 / Arequipa

Siendo el espíritu de la ley de que ...quien solicita -por intermedio de apoderado- lo haga con plena conciencia y conocimiento del acto a realizar conforme lo prescribe el art. 155° del C.C. segunda parte, corroborado por el art. 10° del C.P.C.; lo que no sucede con la instrumental de fs. 2/3 observándose allí sólo un poder para pleitos, sin indicar el deseo preciso de divorciarse y por que causal; y, siendo esta norma de orden público resulta de cumplimiento obligatorio.

La justicia nacional se ha inclinado, salvo casos excepcionales, a afirmar que en los juicios de divorcio el poder especial debe contener no sólo la facultad de accionar por la disolución del vínculo, sino que ha de incluir la mención expresa de las causales a invocarse en la demanda.

Antes se fundamentaba dicha interpretación en el art. 152 del C.C. de 1936, que a la letra decía: "La nulidad de matrimonio no puede ser demandada por apoderado, si éste no tiene poder especial en que se exprese la causa que se invoca". Actualmente, el art. 280 omite esta última parte precisando que "la invalidez del matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

Como se expusiera anteriormente, considerando lo dispuesto por los arts. 577 y 75 del C.P.C., ¿Va a seguirse requiriendo que el poder especial señale las causales objeto de la acción, o va a ser suficiente el otorgamiento de la facultad de accionar por el divorcio? Creemos, haciendo una interpretación integrada de dichos dispositivos, que la expresión facultades específicas, supone el señalamiento de las causales a invocar, tratándose de hechos de índole tan privada cuyo conocimiento y cuenta, entraña únicamente al cónyuge agraviado, quien es el indicado a expresarlo, lo contrario podría prestarse a ciertas distorsiones.

10. EL ART. VII DEL TITULO PRELIMINAR DEL C.C. Y SU APLICABILIDAD EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO

10.1. Alcances doctrinarios del principio *iura novit curia*

Santiago Sentis Melendo, Concluye en que el " Significado exacto del aforismo, es el conocimiento del derecho objetivo, de la

norma jurídica, por parte del juez. La extensión del aforismo y aplicación normal del mismo alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes".⁴⁷⁶

El Dr. Marcial Rubio señala que dicha definición guarda congruencia con lo establecido por el artículo VII, con otra forma de expresión: "El juez conoce el Derecho y debe aplicarlo, no importando para ello las deficiencias o la ignorancia en que haya incurrido la parte correspondiente".

Cabe señalar respecto a este artículo, que no posee antecedentes en nuestra legislación, fue el Dr. Silva Vallejo quien presentó la propuesta a la Comisión Revisora del Código Civil, que recogía el espíritu de este aforismo entre otros, finalmente se acogió legislativamente la iniciativa pero fue modificada.

Esta norma mereció severas críticas, la primera referida a la competencia material de la norma, al incluirse dentro de un título preliminar de un ordenamiento sustantivo, un aforismo procesal. Otro aspecto es el relativo a su ámbito de aplicación, la norma contenida en el Código Civil se coloca en el supuesto de la omisión más no del error en la cita de la norma jurídica.

Así también su formulación restrictiva al señalar que es de aplicación cuando no haya sido invocada en la demanda, debiéndose interpretar extensivamente dicha expresión, considerando al demandado reconviniendo.

Lo cierto es que el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil establece un deber del juez de fallar aplicando la norma jurídica que corresponda con prescindencia de la actividad o inactividad de las partes.

El Dr. Lorenzo Zolezzi incidirá en que "la atribución contenida en el artículo VII del Título Preliminar sólo puede ejercitarse cuando no afecta ni el derecho de defensa ni el principio contradictorio, es

476 Citado por Marcial Rubio Correa. Para Leer el Código Civil III, Título Preliminar, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, p.132.

decir, cuando no altera en nada las pretensiones planteadas por las partes ni los hechos alegados y sometidos a probanza. De lo contrario, cabría deducir la nulidad de la resolución respectiva".⁴⁷⁷

El Código Procesal Civil en el artículo VII de su Título Preliminar corrige deficiencias de la formulación del artículo sustantivo, se ubica así dicho aforismo en su lugar pertinente, posibilitándose su aplicación tanto a la omisión como al error del derecho invocado por las partes, puntualizando además que su aplicación no puede ir más allá del petitorio, ni fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes.

10.2. Apreciación judicial de la norma en los casos de divorcio

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE JUNIO DE 1991⁴⁷⁸

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal consideró:

Que, de conformidad con el inciso tercero del artículo mil ochentis y seis del Código de Procedimientos Civiles, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintisiete, no procede declarar la nulidad de las resoluciones cuando la subsanación del vicio procesal que la afecta no ha de influir en el sentido de la resolución; que, en el caso de autos, al dictarse la resolución de vista, no han tomado en cuenta la norma legal citada, omitiendo pronunciarse sobre los puntos demandados y sobre el exceso incurrido en la apelada; declararon: NULA la sentencia de vista de fojas ciento treinticinco, su fecha veintiocho de octubre de mil novecientos ochentisiete...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

Viene en recurso de nulidad la sentencia de vista de fs. 135 que declara nula la apelada de fs. 117 a 119, ordenando que el Juez de origen expida nueva sentencia de acuerdo a ley en los seguidos por doña ...contra don ...sobre divorcio.

477 Lorenzo Zolezzi I.y otros. Para Leer el Código Civil II, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica, 1987, p. 154.

478 Exp. 3100-87 / Huánuco

Fundamento de la recurrida es que, el Juez de origen ha resuelto sobre punto no demandado y no controvertido incurriendo en causal de nulidad prevista en el numeral 9° del art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles.

En efecto la actora solicitó la disolución del vínculo matrimonial contraído con el emplazado ante el Concejo Distrital de Monzón por las causales de sevicia y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años después de la celebración del matrimonio previstas en los incs. 2° y 10° del art. 333 del Código Civil. Sin embargo, el Juez de la causa resuelve en la sentencia apelada declarar infundada la demanda de fs. 3, por las causales invocadas por la actora y ampararla por la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, prevista en el inc. 6° del art. 333 del Código acotado, que no ha sido invocada por la demandante, basándose en el art. VII del Título Preliminar del Código Civil, que señala la obligación de los jueces de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda, empero, en el caso de autos no es de aplicación la norma antes citada, puesto que no se menciona la causal de conducta deshonrosa en los fundamentos de derecho y menos en los fundamentos de hecho que hagan presumible que la intención de la actora ha sido invocar la referida causal, en tal sentido se ha resuelto sobre un punto no controvertido, no demandado, incurriéndose en causal de nulidad.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE AGOSTO DE 1992⁴⁷⁹

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

La sentencia de primera instancia, considera que de las pruebas aportadas por las partes en conflicto, se ha llegado a establecer, que la demandada ha dado un trato humillante y vejatorio al demandante, profiriendo insultos y vejámenes, hechos que constituyen, causal de divorcio por injuria grave y que aún cuando el inc. 4 del art. 333 del C.C., no ha sido invocado como causal de divorcio en el presente proceso, es obligación

479 Exp. 2156-91 / Lambayeque.

del juzgador aplicar dicha norma jurídica como causal, por determinar así el art. VII del Título Preliminar del C.C.

La sentencia de segunda instancia, considera que habiéndose planteado en la demanda acción por causal específica de sevicia y haber el juez fallado por la causal de injuria grave que no ha sido invocada en la demanda, ha trasgredido lo previsto en el art. 1074 inc. 2 y 3 del C. de P.C. y por consiguiente incurrido en vicio de nulidad. Del examen de lo actuado se aprecia, que el Juez de la causa al emitir sentencia, falla declarando fundada la demanda por una causal no invocada en la demanda, omitiendo todo pronunciamiento sobre la causal de sevicia que fue el fundamento de la acción de divorcio incoada, incurriendo en esta forma en la causal de nulidad prevista en el inc. 9 del art. 1085 del C. de P.C.; por lo que este Ministerio opina NO HABER NULIDAD en la recurrida, debiendo declararse nula la sentencia de primera instancia e insubsistente todo lo actuado con posterioridad, debiendo reponearse la causa al estado de que el Juzgado de origen expida nuevo fallo con arreglo a ley.

Ambas ejecutorias coinciden en señalar, que el juez no puede pronunciarse sobre una causal no invocada en la demanda, que no se menciona en los fundamentos de derecho y menos en los fundamentos de hecho que hagan presumible que la intención de la parte actora ha sido invocar la referida causal; en ese sentido se ha resuelto sobre punto no controvertido, ni demandado, incurriéndose en un caso claro de *plus petita*, totalmente excluido del ámbito de aplicación del principio *iura novit curia*, recogido deficientemente por el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y aclarado en el texto del Código Procesal (Art.VII del T.P. del C.P.C.).

Al respecto resulta muy pertinente la observación formulada por el Dr. Juan Monroy Gálvez, al comentar este aforismo, señalando: "El juez está impedido de agregar hechos al proceso y asimismo, de interpretar éstos. Si se presentara un caso en que las partes equivocaran la descripción de los hechos, aún cuando el juez pudiera advertir tal circunstancia de la prueba actuada, no se encuentra facultado a interpretarlos. Siempre se estaría ante una

demanda infundada, porque no se probaron los hechos en que se sustenta".⁴⁸⁰

El Juez por la actual norma procesal tiene el deber de fallar aplicando el derecho correcto, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, pero no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por las partes. En ese entendido el Juez no puede interpretar los hechos que son de competencia exclusiva de las partes.

11. CASOS EN QUE NO PROCEDE LA ACCION DE DIVORCIO

Son dos los casos sobre los cuales indagaremos:

¿Qué ocurre cuando uno de los cónyuges ha incurrido en bigamia y se pretende obtener la disolución del segundo enlace?

¿Qué sucede si durante el desarrollo de un proceso de divorcio, uno de los cónyuges fallece?

11.1. Matrimonios Ilegales

Incurre en bigamia aquél que estando casado contrae nuevas nupcias con persona distinta.

Las ejecutorias que presentaremos declararán improcedente el divorcio de un segundo enlace, por tratarse de un matrimonio inválido. En este aspecto habremos de distinguir los ámbitos legales del divorcio y la invalidez del matrimonio.

11.1.1. Diferencias entre la institución del divorcio y la invalidez matrimonial

El divorcio como institución tiene por objeto poner fin a un matrimonio válidamente contraído, de efectos plenos, cuya diso-

480 Juan F. Monroy Gálvez. El Aforismo "Iura Novit Curia" (Art.VII del T.P. del Código Civil de 1984), En Revista del Foro, Año LXXIII, No 1, 1986, p.332.

lución tiene lugar por hechos que han ocurrido con posterioridad a su perfeccionamiento. A diferencia de la invalidez del matrimonio, que declara la insubsistencia de un vínculo, que desde su origen adoleció de un vicio legalmente sancionado.

El Dr. Héctor Cornejo Chávez, refiriéndose a los casos de invalidez del matrimonio nos dice: la distinción entre la nulidad y anulabilidad en la ley peruana:

Se funda en el hecho de que mientras la invalidación del casamiento nulo es requerida por un interés social, a la subsistencia de un matrimonio anulable sólo se opone un interés privado. Mientras en el primer caso, la sociedad peligra más o menos seriamente en su estabilidad, por lo cual es preciso desembocar en una declaración invalidatoria; en el segundo, si el interés particular no se siente bastante ofendido, la sociedad tolera y aún busca la subsistencia del vínculo, en aras de la estabilidad familiar ⁴⁸¹

11.1.2. El matrimonio del casado como causal de nulidad de matrimonio

El art. 274, inc. 3°, sanciona como nulo el matrimonio del casado. Este acto es inconfirmable e imprescriptible, salvo que el primer cónyuge del bigamo haya muerto, o el primer matrimonio haya sido invalidado o disuelto por divorcio. En estos supuestos el matrimonio antes nulo adquiere los caracteres del anulable. Limitándose la acción al segundo cónyuge del bigamo, fijándose el plazo de caducidad de un año a partir de la fecha que tuvo conocimiento del matrimonio anterior, para que se demande la invalidez, de no hacerlo queda confirmado.

11.1.3. Titulares de la acción de nulidad

La acción de nulidad, a diferencia de la anulabilidad, puede ser intentada por el Ministerio Público, y por quienes tengan un interés legítimo y actual. Interés que puede ser económico o moral (arts. 275 y VI del Título Preliminar).

481 Héctor Cornejo Chávez. Op. Cit., p. 229

“La madre de los hijos ilegítimos tiene facultad para demandar la nulidad de su segundo matrimonio celebrado por el padre de dichos menores”⁴⁸²

“El hombre casado carece de derecho para demandar la nulidad de su segundo matrimonio, porque lo contrajo de mala fe; pero esa nulidad puede ser declarada de oficio, o a pedido del Ministerio Fiscal según el art. 1124 del C.C. (1936)”⁴⁸³

11.1.4. Ejecutorias Supremas que declararon la improcedencia del divorcio por tratarse de un matrimonio inválido

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1980⁴⁸⁴

...que conforme consta de los instrumentos públicos corrientes a fs. ...y de la confesión de fs. ..., el actor cuando contrajo matrimonio con la demandada tenía la condición civil de casado, por lo que este segundo matrimonio resulta nulo conforme a lo dispuesto en el inc. 1° del art. 132 del C.C., concordante con el inc. 5° del art. 82 del mismo; que tratándose de una nulidad absoluta y manifiesta a la que se refiere el art. 134 del C.C., dicho matrimonio no produce efectos civiles entre los cónyuges ni da lugar a la acción de divorcio, porque ésta tiene la finalidad de obtener la ruptura del vínculo matrimonial que en el presente caso resulta inexistente: declararon la resolución de vista ...e IMPROCEDENTE la demanda ...

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE ENERO DE 1986⁴⁸⁵

Resolución Suprema:

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; con el acompañado; y considerando: que del expediente sobre bigamia que viene

482 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 298. Revista Jurídica, N° 3, 1963, p. 240

483 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 298. Revista de Jurisprudencia Peruana. 1976, p. 72.

484 Exp. 2046-80 / Ica.

485 Exp. 158-85 / Lima.

acompañado aparece que, el demandado don ...contrajo matrimonio con doña ...el 8 de octubre de 1960 y, a fs. ...de los mismos autos corre la partida de matrimonio celebrado por el mismo cónyuge con la demandante doña ...el 28 de abril de 1962; que no existiendo en el proceso prueba alguna que acredite que el primero de dichos enlaces hubiera sido disuelto o invalidado en alguna de las formas requeridas por ley, obvio es que no puede emitirse pronunciamiento referente a las causales de divorcio invocadas en este juicio, pues ello significaría que ante la ausencia de la anotada prueba se considera a este segundo matrimonio con valor legal, no obstante la existencia de la causal de nulidad de este vínculo a que se refiera el inc. 1° del art. 132 del C.C. (D); que, consecuentemente, no resulta viable la acción de divorcio propuesta a fs. ...; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ...; su fecha ..., que desaprobando en una parte y aprobando en otra la de primera instancia de fs. ..., de fecha ..., declara inadmisibles la demanda de fs. ..., respecto de la causal de adulterio, e infundada la misma por las causales de atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y abandono malicioso de la casa conyugal; e inadmisibles la reconvenición de fs. ...; reformando la recurrida y revocando la apelada; declararon: IMPROCEDENTE la referida demanda; en los seguidos por doña ...con don ..., sobre divorcio por las causales de adulterio, injuria grave, atentado contra la vida del cónyuge y abandono malicioso de la casa conyugal; y los devolvieron.

El dictamen fiscal sustentó tesis contraria:

La demandante interpone recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia de vista de fs. ..., que desaprobando la consultada de fs. ..., declara inadmisibles la demanda.

Sin embargo, contradictoriamente, aprueba la sentencia en cuanto declara infundada la demanda por las causales de atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y abandono malicioso del hogar conyugal; así como en los extremos que declara inadmisibles la reconvenición, con lo demás que contiene.

El fundamento del fallo se apoya en el dictamen fiscal de fs. ..., que considera nulo el segundo matrimonio, materia de la litis, porque el demandado al celebrarlo el 28 de abril de 1962 estaba casado con doña ...

Doña ...demanda a su cónyuge ...para que se declare el divorcio del matrimonio que contrajeron ante el Concejo Distrital de Yarabamba en Arequipa en 1962 en el que procrearon 3 menores hijos, así como adquirieron bienes, según los detalles que constan a fs. ..., invocando los incs. 1º, 3º, 4º y 5º del art. 247 del C.C.; la misma que es absuelta negativamente en la diligencia de comparendo al que sólo concurrió el demandado; en que reconvino para que se declare fatua a la accionante (fs. ...).

Se han suscitado oposiciones, impugnaciones y nulidades. La sentencia de fs. ..., subsanando las omisiones anotadas en la sentencia de vista de fs. ..., declara fundada la demanda por la causal de adulterio cometido por el cónyuge, discierne la patria potestad de los hijos, quedando el mayor con el padre y los menores ...y ...con la madre, fija el régimen de visitas, que los alimentos rijan según el juicio especial; infundada la demanda por las causales de atentado contra la vida, injuria grave y abandono malicioso del hogar conyugal; inadmisibles la reconvencción; e infundadas las oposiciones e impugnaciones. Elevada en consulta, al desestimarse la apelación del demandado, se expide el fallo consignado en la primera parte de este dictamen.

Si bien el matrimonio contraído por don ...con doña ...está incurso en el inc. 2º del art. 132 del C.C. (D) en caso de no haberse disuelto el primer matrimonio, para que surta sus efectos legales esa nulidad debe ser declarada por el juez, en la acción pertinente, pero de ninguna manera puede declararse en esta acción, que como fluye de estos antecedentes el segundo matrimonio ha venido considerándose como válido entre las partes. Existencia que ha subsistido incluso después de iniciado el proceso penal por bigamia en el que se consideró agravada a la propia demandante.

En tanto no se haya entablado la demanda de nulidad cabe considerarse como válido el segundo matrimonio, tanto más si el primer matrimonio de 1960 tuvo una duración de apenas dos meses (fs. ...y ...del proceso penal) desconociéndose la situación de la primera contrayente y la buena fe de la accionante no ha sido desvirtuada.

Sentada esta premisa, debe entenderse procedente el divorcio solicitado si se tiene en cuenta que el demandado ha incurrido en adulterio conforme se acredita con la partida de nacimiento

de fs. ...y el documento privado no impugnado de fs. ..., lo que hace amparable la acción por esta causal.

Por estas consideraciones este Ministerio Público opina que HAY NULIDAD en la sentencia materia del grado, y modificándosela, debe aprobarse la sentencia de fs. ..., que disuelve el vínculo matrimonial por la causal de adulterio, con lo demás que contiene.

En los casos en referencia de autos, ambas resoluciones supremas sostienen que no existiendo en el proceso prueba alguna que acredite que el primer matrimonio ha sido disuelto o invalidado, no es posible pronunciarse sobre el divorcio demandado, por cuanto ello significaría dotar al segundo matrimonio de efectos legales de los que carece al estar incurso en causal de nulidad, declarando el Tribunal la improcedencia de la demanda.

El dictamen fiscal del segundo caso opina, en cambio, que si bien el segundo matrimonio estaría incurso en causal de nulidad, de no haberse disuelto el primero, dicha nulidad debe ser declarada por el juez en la acción pertinente. Mientras tanto, el referido matrimonio surte efectos legales, por lo que debe considerarse procedente el divorcio.

Comentando ambas posiciones debemos expresar que una partida de matrimonio civil surte efectos plenos entre los cónyuges y frente a terceros, hasta que no sea declarada judicialmente la invalidez del acto que contiene. Invalidez que ha de ser pronunciada en el proceso de conocimiento correspondiente, o de oficio, por el juez en cualquier otro proceso, si se trata de una nulidad manifiesta.

La pregunta inmediata que surge, es si la verificación de dos partidas de matrimonio son suficientes para revelar una nulidad manifiesta, que permita la declaración de oficio del juez. Por sí solas no lo ameritarían al desconocerse si el primer matrimonio conserva su vigencia o no, cuestión que calificaría al segundo casamiento como nulo o anulable, y que incluso podría, según las circunstancias, hallarse tácitamente confirmado por el cónyuge agraviado.

Respecto a los fallos en examen, aquellos se pronuncian por la improcedencia de la acción de divorcio, sin resolver expresamente nada sobre el segundo matrimonio, quedando la situación jurídica de este último en suspenso indefinidamente al no haberse declarado su invalidez.

La declaración de improcedencia de la demanda de divorcio debe suponer previamente resolver la invalidez del segundo matrimonio. Si se logra verificar de las pruebas actuadas en el expediente que continúa vigente el primero, por tratarse de un caso de nulidad manifiesta, debe ser declarada de oficio por el juez, de lo contrario si de autos no surgen las pruebas necesarias que declarar la nulidad, el tribunal ha de pronunciarse sobre el fondo del divorcio.

De declararse infundada la acción, pero en atención a una posible nulidad, el Ministerio Público debería iniciar las acciones correspondientes a fin de que en el proceso de conocimiento respectivo, se ventile la invalidez de la segunda relación, y de serlo ha de ponerse fin a una unión ilegal atentatoria de los principios de orden público que cautelan la estabilidad matrimonial.

11.2. Muerte de uno de los cónyuges durante el proceso de divorcio

11.2.1. La muerte de uno de los cónyuges, extingue la acción de divorcio

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1942 ⁴⁸⁶

La Corte Suprema declaró fundada la demanda de divorcio de conformidad con el dictamen fiscal, que opinaba por:

Doña ...demandó el divorcio de su esposo ..., por causales que alegó a fs. ..., y sustanciada la demanda, el Juez la declaró fundada, declarando disuelto el vínculo matrimonial, a fs. ...; y consultada esa sentencia el Tribunal Superior la desaprobó a fs.

486 Anales Judiciales, t. XXXVIII, Año Judicial de 1942, pp. 225-227.

..., declarando sólo la separación; pero por dos votos, con el distinto de fs. ... Interpuso recurso de nulidad, esta Suprema Corte, por la ejecutoriada de fs. ..., declaró nula la resolución de vista y mandó al Tribunal Superior absolviera el grado, por las razones del dictamen Fiscal allí inserto. Cuando debía cumplirse esa ejecutoria, el demandado ..., acompañando la partida de defunción de fs. ..., que acredita el fallecimiento de su esposa, la demandante, ..., pide que se corte el proceso, y como ..., en su carácter de personero de ..., a quien doña ...había instituido su heredero universal por testamento, se opone a la pretensión del demandado y pretende que el juicio continúe su sustentación, con la intervención de su poderdante, tramitada esa oposición, la resuelve el Tribunal, por auto de fs. ...vta., declarando sin objeto la absolución de grado; improcedente la oposición; sin personería a el opositor para intervenir en este juicio, y manda se devuelva el expediente a Primera Instancia. Este auto es materia de recurso de nulidad de ..., a fs. ..., concedido por auto de su vuelta.

Acreditado el fallecimiento de la demandante y tratándose de un juicio de divorcio, en el que se persigue la disolución de un vínculo que ya no existe desde aquel hecho, carece de objeto su prosecución; ya que las otras cuestiones que pueden derivarse con referencia a los intereses y a los hijos, tiene que ser materia de otro procedimiento; en consecuencia, opina el Fiscal que No Hay Nulidad en el auto recurrido.

- La madre del cónyuge fallecido durante la secuela del juicio, no es parte en una causa de divorcio.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 1939⁴⁸⁷

La Corte Suprema declaró extinguida la acción de divorcio en oposición a lo sostenido por el dictamen fiscal. Apreciemos ambas oposiciones:

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que habiéndose extinguido el matrimonio por el fallecimiento de uno de los cónyuges, carece de objeto la absolución del grado en la Corte Superior, declararon NO HABER NULIDAD en el

487 Anales Judiciales, t. XXXV, Año Judicial de 1939, pp. 286-287

auto superior de fs. ...vta., su fecha ..., que declarando que la recurrente doña ...no es parte en esta causa, mandaron estar a lo resuelto en el de fs. ..., su fecha ...; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Mi voto es por la nulidad del auto de vista, de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal y por los fundamentos en que se apoya.

Dictamen Fiscal:

El divorcio declarado no sólo produce la disolución del vínculo y la sociedad legal, produce otros efectos jurídicos, expresados en los art. 265 y 266 del C.C.

Por lo mismo a la madre del cónyuge fallecido, que interpuso la demanda fallada favorablemente en primera instancia, le asiste derecho para pedir que continúe la segunda instancia, como lo ha resuelto implícitamente el Tribunal al declarar fundada su queja, por denegatoria del recurso de nulidad.

Hay Nulidad en el recurrido de fs. ...vta., que deniega la personería de doña ...y reformándolo, procede mandar que se acceda a su solicitud de fs. ...

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1992⁴⁸⁸

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Que el fallecimiento de uno de los cónyuges disuelve el vínculo conyugal y la sociedad de gananciales; que en el presente caso el actor falleció el trece de febrero de mil novecientos ochentinueve conforme a la partida de defunción de fojas noventinueve, hecho sucedido antes que quede consentida o ejecutoriada la sentencia de primera instancia, que amparaba el divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal; que siendo la acción de divorcio de carácter personal se extingue ésta con el fallecimiento referido, por lo que dicha acción no puede proseguir al haberse ya quedado disuelto el vínculo y la sociedad legal, que en este orden y

488 Exp. 1461-91 / Junín

en base a las consideraciones expuestas las resoluciones de fojas ciento treintidós de fecha dieciocho de junio de mil novecientos noventa y de fojas ciento treintiocho de fecha seis de diciembre de ese año sólo pueden tener efectos con relación al nombramiento del defensor de herencia hasta que se ha dictado la resolución que es materia del grado; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesenta, su fecha diez de mayo de mil novecientos noventiuno, que declara sin objeto pronunciarse acerca de la resolución recurrida de fojas noventiuno, entendiéndose que queda EXTINGUIDA la acción de divorcio por fallecimiento del demandante; sin costas

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE SETIEMBRE DE 1993 ⁴⁸⁹

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que con arreglo a lo preceptuado en el artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil, si no se apela de la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, lo que obviamente da lugar a dos situaciones de orden legal que necesariamente deben ser tenidas en cuenta para resolver la cuestión planteada y ellas son: la primera, con relación a las partes en el proceso, como titulares del interés privado; y, la segunda, que tiene relación con la intervención del Estado en protección al matrimonio y la familia de acuerdo con el Capítulo II, del Título I, de la Constitución; que en cuanto a la sentencia de fojas sesentisiete, no la impugnaron y en tal virtud cabe entender que con relación a ellas dicha resolución quedó consentida; que respecto a la segunda, los autos deben elevarse en consulta, como ha sucedido en el presente caso, a la Sala Superior, debiéndose advertir que esta consulta que responde al acatamiento de una norma de carácter imperativo, no persigue la absolución del grado, porque no hay grado que absolver, sino sencillamente su examen o conformidad con lo resuelto por la Sala Civil, si no ha mediado en la tramitación y el fallo errores de forma y fondo que subsanar; que en consecuencia para la aprobación o desaprobación del fallo consultado no se requiere del interés privado sino del interés social que tiene su sustento

489 Exp. 436-93 / Lima.

precisamente en una norma de orden público, esto es, independientemente del aludido interés de las partes que con su conducta procesal han definido en cuanto ellos la disolución de su matrimonio y que sólo está pendiente la aprobación del órgano jurisdiccional que no puede sustraerse al cumplimiento exacto de sus obligaciones utilizando fórmulas que no absuelven la consulta e incurriendo por tanto en vicio de nulidad: declararon NULA la resolución de vista de fojas ciento ochenticuatro, su fecha quince de diciembre de mil novecientos noventidós; MANDARON que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por ... con ...sobre divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, y los devolvieron.

Los fundamentos del primer voto en discordia:

Aparte de los que se consignan en la resolución que antecede; son los siguientes; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, CONSIDERANDO: que si bien nuestro ordenamiento sustantivo civil no regula la situación jurídica derivada de la muerte del cónyuge demandante durante la tramitación del proceso de divorcio, -ni tampoco lo hizo el Código Civil del año treintiséis- y por lo tanto, no hay norma aplicable al caso subjudice, es necesario proceder a una interpretación sistemática para definir si se trata de un vacío legal, o si existe un silencio intencional que debe interpretarse como una presunta voluntad negativa; que, por consiguiente, es del caso apreciar los alcances que el Código vigente otorga a las manifestaciones de voluntad en sus diferentes matices y atendiendo a la diversidad de instituciones afines reguladas; que en lo extrapatrimonial debe apreciarse la regulación contenida en la norma sustantiva para el caso de nulidad de matrimonio, instituto que aún cuando difiere del divorcio, se identifica con sus efectos y con la especial tutela derivada del interés público con que se trata el derecho de familia en general, observándose que los artículos doscientos setentiocho y doscientos setentinove establecen un derecho subjetivo en favor de los herederos para continuar el proceso de nulidad de matrimonio que hubiera iniciado el causante, lo que en esencia significa que la voluntad declarada por el titular del derecho a demandar tiene fuerza vinculante para los herederos; que la diversidad de causales de nulidad previstas como suficientes para autorizar la continuación del proceso por los herederos demuestran que el legislador tutela por so-

bre todo el interés de los sucesores, puesto que si precisara sólo la disolución del vínculo matrimonial, no cabría explicación lógica para continuar un proceso cuando dicho vínculo ha desaparecido; que, además, es el caso apreciar que en los supuestos del artículo doscientos setenticuatro, inciso octavo y artículo doscientos setentisiete inciso octavo del acotado es posible continuar el proceso por la comisión de irregularidades administrativas que, objetivamente, tienen menos trascendencia que las causales de un divorcio; que, por ende, una interpretación orgánica y sistemática de nuestra ley civil, demuestra que el legislador ha regulado causales de menor importancia social para permitir la continuación del proceso por los herederos; que establecida esta premisa, a fortiori, el legislador tendría que reconocer el mismo derecho subjetivo a los herederos de quien inició un proceso de divorcio basado en causales que objetivamente son de mayor trascendencia personal y social; que, en el mismo contexto extrapatrimonial, en el capítulo de divorcio, el Código Civil establece una sola situación que hace factible la terminación del proceso sin decidir sobre el fondo controvertido y es la prevista en el numeral trescientos cincuentiséis de dicho cuerpo legal, para el caso de la reconciliación; que por lo tanto, es lógico concluir que la voluntad del legislador no es la que supone la sentencia recurrida; que, de otro lado jurídicamente es necesaria una decisión jurisdiccional sobre el fondo, por cuanto, de conformidad con el artículo trescientos diecinueve del acotado, la sólo interposición de la demanda genera una consecuencia jurídica irreductible, referida a que, de la resolución que solucione este estado de las cosas otorga calidad de cosa juzgada, pues una decisión inhibitoria deja en el desamparo los derechos expectativos de quienes son los herederos de las partes; que, a mayor abundamiento, es del caso precisar que la doctrina civilista nacional es indicativa de la duda que existe sobre la materia, siendo la opinión predominante que el proceso debe continuar hasta su culminación; que, además, en lo patrimonial se puede establecer que nuestro Código Civil acepta, igualmente, la fuerza vinculante post mortem de una declaración de voluntad unilateral, al determinar en el artículo mil trescientos ochentitres que la muerte no priva de eficacia a la oferta contractual, la cual obliga a sus herederos, norma que reafirma que el legislador se adhiere a la protección de las declaraciones de voluntad, inclusive, después de la muerte de quien las manifestó generando una especie de status quo pro mortis; que, por consi-

guiente la declaración de voluntad del difunto por la que se expresa la intención de divorciarse por la causal alegada, subsiste en favor de sus herederos y, por lo tanto, debe concedérseles la tutela jurisdiccional reclamada por su solicitante; que, por lo expuesto, la sentencia inhibitoria por supuesta sustracción de la materia controvertida, carece de sustento legal, pues no admite que tratándose de un vacío legal, deben aplicarse los principios que inspiran el derecho peruano, los que fluyen del análisis anotado: MI VOTO es porque se declare NULA la sentencia de vista; SE MANDE que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, expida nueva resolución con arreglo a ley.

Los fundamentos del segundo Voto en discordia:

Aparte de los que consignan en la resolución que antecede; son los siguientes; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, CONSIDERANDO: que la existencia de un proceso judicial significa, en estricto sentido, la presencia de un conflicto de intereses muchas veces con consecuencias patrimoniales; que, precisamente, en un juicio de divorcio por causal específica donde el resultado puede originar la pérdida de ciertos gananciales y la extinción de todo derecho hereditario, exige el pronunciamiento judicial sobre el petitorio amparándolo o denegándolo según sea el caso; que el fallecimiento de quien alegó ser el cónyuge inocente, no puede dar lugar al archivamiento del proceso judicial, porque ello produciría como corolario inesperado, al decir de Héctor Lafaille en su libro *Curso de Derecho Civil (Sucesiones)*, el de acordar una amnistía completa al consorte, por culpable que fuese; que en esa misma línea de razonamiento Héctor Cornejo Chávez en su libro *Derecho Familiar Peruano* sostiene que “se podría sostener la tesis de que si uno de los cónyuges muere durante la tramitación del juicio, éste debiera continuar con quienes lo representen legalmente, a fin de determinar si el fallecido o el sobreviviente debe perder los gananciales en cuestión o si éste último debe perder la herencia”; que, desde el punto de vista estrictamente procesal, precisa remarcar que un juicio concluye por sentencia o en alguna de las formas especiales admitidas por la doctrina y la ley, entre las que no se encuentra la de declarar “sin objeto pronunciarse sobre la sentencia materia de la consulta y mandar se archive oportunamente” como lo ha hecho la Sala Superior en la resolución impugnada: MI VOTO es porque se declare NULA la sentencia de vista;

SE MANDE que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución con arreglo a ley.

El Dictamen del Ministerio Público fue el siguiente:

Se ha concedido recurso de nulidad por resolución de fs. 215, en cumplimiento de la ejecutoria suprema de fs. 212 que acoge una queja de derecho, de la sentencia de vista de fs. 184 que declara sin objeto pronunciarse sobre la sentencia consultada de fs. 67, mandando que se archive el proceso; en los seguidos por don ...con doña ..., sobre divorcio.

La demanda de fs. 6, persigue el divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años, originando la sentencia de primera instancia de 31 de enero de 1992, que la declara fundada y disuelto el vínculo matrimonial.

Se comparte el criterio contenido en la sentencia de vista, con los fundamentos adicionales del voto del Señor..., en cuanto que apareciendo de la copia literal certificada de partida de defunción de fs. 104, que el demandante ...falleció el 09 de agosto de 1992 en Madrid-España, y tratándose la acción procesal de divorcio de naturaleza personalísima, ésta se ha extinguido por muerte de uno de los litigantes y por ende la relación matrimonial ha concluido.

Es preciso agregar, discrepando en esta parte con la recurrida, que la acción judicial de divorcio no se transmite a los herederos, ni el derecho mismo de acción ni el de continuación del proceso ya empezado, por lo que apareciendo de autos que a la fecha del fallecimiento del demandante aún no había concluido el proceso al haberse remitido la sentencia en consulta a la Corte Superior en estricto cumplimiento del art. 359 del Código Civil, cabe declarar además la insubsistencia de la sentencia de Primera Instancia, en razón que no es legal consentir una resolución que no ha culminado su tránsito obligatorio de la instancia plural.

Por lo expuesto, esta Fiscalía Suprema considera que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida, aclarando que debe declararse sin objeto pronunciarse sobre la sentencia consultada, insubsistente la misma de fs. 67, nulo todo lo actuado y extinguida la acción.

La acción de divorcio, al igual que la separación de cuerpos, es de carácter personal; sólo los cónyuges pueden pretender poner fin o relajar su vínculo matrimonial.

Excepción a ese principio, es el supuesto previsto en el art. 334 del C.C., al admitir que si alguno de los cónyuges fuera incapaz por enfermedad mental o ausencia, la acción puede ser ejercida por cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica, o en su defecto el curador especial representará al incapaz.

Se fundamenta en el hecho de que la ley no puede amparar el incumplimiento deliberado de uno de los cónyuges de sus deberes conyugales, valiéndose del estado de incapacidad del otro que no le permite defenderse.

Se establece así sólo la posibilidad de accionar en la vía litigiosa invocando cualquiera de las diez primeras causales del art. 333 del C.C., pero en ningún caso se admitirá, que un tercero pueda solicitar con el acuerdo del otro cónyuge la separación convencional o pretender la conversión de divorcio del cónyuge incapaz.

En los casos presentados de autos, fue el cónyuge agraviado quien personalmente interpuso la acción de divorcio, mas durante la secuela del proceso falleció, siendo sus herederos los que intentaron continuar la acción. Los Tribunales han interpretado en estos casos, a diferencia de la acción de nulidad de matrimonio, que no ha de permitirse a los herederos continuar la acción iniciada por su causante. Como lo indican las ejecutorias, la muerte pone fin al matrimonio, por lo que la declaración de divorcio carece de objeto.

La última ejecutoria, apartándose de antecedentes judiciales similares dispuso que el tribunal superior cumpla con absolver la consulta; pese a haber fallecido el demandante.

Se consideró que al no haber grado que resolver, solo corresponde la absolución de la consulta por el órgano jurisdiccional.

Al respecto, comentando la última resolución en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia, el doctor Fernando Vidal Ramirez,

opinó que la consulta procede "sólo si la resolución no es apelada para dar paso a la Revisión de la sentencia en cautela de intereses supra individuales, toda vez que los individuales, los de las partes, han quedado satisfechos al no haberse interpuesto apelación. Como la consulta debe dar lugar a la aprobación o desaprobación de la resolución consultada, es obvio que ésta no puede surtir efectos hasta que sea aprobada, de lo que resulta que su eficacia - como lo vengo sosteniendo- sea ab origine y la de la resolución aprobatoria ex-tunc, desde que la falta de apelación causó ejecutoria o estado respecto de las partes".⁴⁹⁰

De lo que concluye que la sentencia de primera instancia que declaró el divorcio adquirió un carácter constitutivo, pues es a partir de ella que quedó disuelto el vínculo matrimonial, habiéndose producido la muerte a posteriori de ésta.

490 Vidal Ramírez, Fernando, El Divorcio: Consulta de la Sentencia en Diálogo con la Jurisprudencia, año II N° 2, Diciembre 1995, pp.124