

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Informe Jurídico sobre la Casación N.º 991-2016, Lima Sur – Divorcio por Causal
de Separación de Hecho**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogado**

Autor

Méndez Bazalar, Gabriel Antonio

Revisor

Alfaro Valverde, Luis Genaro

Lima, 2021

Resumen

El objetivo del presente informe jurídico es determinar qué técnica de apartamiento ha utilizado la Corte Suprema en el caso materia de casación, así como establecer si realmente puede aplicar alguna de estas y finalmente determinar si ello era necesario para resolver la controversia o podía optar por una alternativa mejor, como pudieron ser: prevalencia constitucional del derecho a la defensa, hacer una interpretación extensiva de la primera y tercera regla del Tercer Pleno Casatorio o haber hecho *overruling*. Con este fin, nos servimos del uso de las normas de nuestro ordenamiento, jurisprudencia y doctrina especializada en la institución del precedente y habiendo analizado estas, concluimos que la Corte Suprema ha realizado *distinguishing* implícito; sin embargo, lo realizó de una manera deficiente, lo cual contribuye con el caos en la forma como se vienen tratando los precedentes civiles en nuestro país y que, al momento aplicar o inaplicar un Pleno Casatorio, se requiere de mayor atención en la motivación de estas, para evitar la incertidumbre y otorgar mayor seguridad jurídica.

Palabras clave: Plenos Casatorios Civiles – Flexibilidad- Derecho a la Defensa – Precedente Vinculante – Reglas precedente - Casación – Distinguishing- Overruling.

Abstract

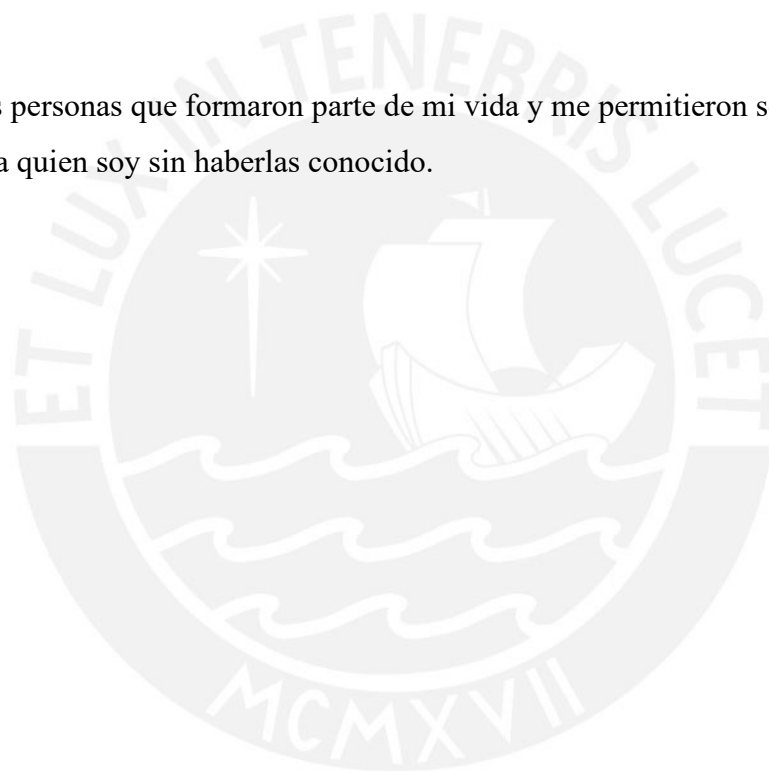
The objective of this legal report is to determine which separation technique the Supreme Court has used in the cassation case, as well as to establish if it can really apply these and finally determine if this was necessary to solve the controversy or could opt for a better alternative , as it could be: constitutional prevalence of the right to defense, making an extensive interpretation of the first and third rules of the Third Plenary Assembly or having done overruling. To this end, we make use of the norms of our legal system, jurisprudence and specialized doctrine in the institution of the precedent and having analyzed these, we conclude that the Supreme Court has made an implicit distinguishing; However, the court did it in a deficient way, which contributes to the chaos in the way in which civil precedents are being treated in our country and when applying or not applying a Plenary Assembly, greater attention is required in the motivation of these, to avoid uncertainty and provide greater legal security.

Índice de Contenido

Introducción.....	1
1. Justificación.....	2
2. Hechos del caso.....	2
3. Problemas jurídicos identificados.....	5
4. Inaplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil y las técnicas de apartamiento de precedentes: ¿ <i>Overruling</i> o <i>distinguishing</i> ?.....	5
4.1. La deficiente aplicación del <i>distinguishing</i> por parte de la Corte Suprema.....	10
5. Las alternativas de la corte para resolver la controversia: Hacia un desarrollo adecuado de la jurisprudencia en el Perú.....	18
Conclusiones y recomendaciones.....	25
Referencias bibliográficas.....	27
Sentencias.....	28
Marco Jurídico Aplicable.....	28

Dedicatoria

Para todas las personas que formaron parte de mi vida y me permitieron ser parte de la suya. No sería quien soy sin haberlas conocido.



Introducción

El propósito del presente informe jurídico nos propone un caso bastante particular sobre la forma cómo se viene aplicando los precedentes establecidos en los Plenos Casatorios Civiles, emitidos por la Corte Suprema. El caso materia de casación, trata de un divorcio por causal de separación de hecho, donde las cortes de primera y segunda instancia determinan que un inmueble debe ser entregado como indemnización por daños a la cónyuge perjudicada; sin embargo, según la Corte Suprema esto no es adecuado, dado que se entrega este inmueble (adquirido en copropiedad) en base al argumento de haber sido comprado bajo un régimen de unión de hecho; no obstante, esta calificación jurídica no fue materia de los puntos controvertidos ni parte del petitorio, por lo que las cortes al sentenciar de esta forma, están generando indefensión al demandante.

En ese sentido, inaplican la primera regla precedente del Tercer Pleno Casatorio, es decir, aquella que está a favor de la flexibilización de principios procesales cuando estemos ante materias relacionadas con el derecho de familia. Es aquí, donde se encuentra el problema principal, pues estarían apartándose del precedente de manera implícita, sin tomar en cuenta los inconvenientes que esto conlleva.

En razón a ello, los objetivos del presente informe son dos: En primer lugar, determinar qué técnica de apartamiento ha utilizado la Corte Suprema, es decir, si se trata de un *distinguishing* u *overruling*, así como establecer si la corte realmente puede utilizar alguna de estas. Y, en segundo lugar, establecer si era realmente necesario aplicar alguna, o más bien, podían optar por alguna otra interpretación de las reglas precedente para hacer un mejor desarrollo.

Para lograr esto, la investigación realizada se llevó a cabo mediante el estudio de normas, jurisprudencia y doctrina, centrados básicamente en la manera cómo se entiende la institución del precedente. Lo cual nos ha llevado a determinar que, si bien las técnicas señaladas han sido utilizadas por nuestros jueces, existen limitaciones en la utilización de algunas, así como también, nos ha permitido entender los problemas que genera el uso inadecuado de estas. Finalmente, establecer si esta sentencia cumple realmente con el fin de generar seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, o más bien la poca atención en una correcta motivación de las sentencias podría seguir colaborando con el caos de nuestro sistema jurídico en materia procesal.

1. Justificación

No son muchas las sentencias expedidas por cortes de primer y segundo grado que deciden apartarse de los precedentes vinculantes emitidos en los Plenos Casatorios Civiles, y es todavía menos común, tener sentencias donde es la Corte Suprema la que decide apartarse de su propio precedente, siendo este el caso de la casación materia del presente informe.

En ese sentido, esta sentencia es de especial relevancia porque permite la reflexión en torno a las técnicas de apartamiento que puede utilizar la Corte Suprema para sustentar la inaplicación de un precedente vinculante, pues parecería haber utilizado la técnica conocida como *distinguishing* de manera implícita; sin embargo, la poca atención en la motivación al hacer uso de está, podría ser perjudicial para la institución del precedente.

Por otro lado, se pueden analizar las diferentes alternativas que tenía la Corte Suprema para resolver la controversia, como pudieron ser el: (I) prevalencia constitucional del derecho a la defensa; (II) haber hecho una interpretación integral de la primera y tercera regla establecidas como precedentes vinculantes; o, (III) haber utilizado la técnica del *overruling*, estableciendo así un nuevo precedente judicial que regule los límites que tiene la flexibilidad en los procesos de familia.

Todo esto con el objetivo de establecer si esta sentencia cumple realmente con el fin de generar seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, o más bien la poca atención en una correcta motivación de las sentencias podría seguir colaborando con el caos de nuestro sistema jurídico procesal.

2. Hechos del caso

Pedro Justo (en adelante demandante), interpuso recurso de casación (con escrito de fecha 15/12/2015) contra la sentencia de vista (de fecha 15/12/2015) que confirma la sentencia de primera instancia (de fecha 12/01/2015). Al iniciar el proceso, los puntos controvertidos más relevantes, se basaron en establecer si la cónyuge, Marciana Caspite (en adelante demandada) es quien debía ser considerada la cónyuge más perjudicada con el fin de establecer una indemnización, así como la adjudicación o no de los bienes sociales como daño moral.

Siendo ello así, el 1º Juzgado de Familia Transitorio de Villa El Salvador, declaró fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, determinando que la cónyuge más perjudicada era la demandada. En ese sentido, la repartición de los bienes inmuebles fue de la siguiente forma: el primero, ubicado en Manzana H, lote 6, Grupo Residencial 8, sector 1 de Villa El Salvador, fue entregado en su totalidad a la cónyuge como reparación por daño moral; el segundo, ubicado en la manzana J, lote 25, de la Parcela II del Parque Industrial de Villa El Salvador, fue repartido en partes iguales; finalmente, el tercer inmueble inscrito en la partida N.º PO3013799, fue entregado también a la demandada como indemnización por daño, al ser la cónyuge más perjudicada.

Sin embargo, el demandado, al no estar de acuerdo con la sentencia, apela esta sin éxito, pues en segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, confirma la sentencia. Por lo que el demandante plantea recurso de casación en base a una vulneración de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución, así como violación al principio de congruencia procesal, atentando con el principio de *iura novit curia*.

La Corte Suprema admite el recurso, y la Sala Civil Permanente determina que los problemas a resolver serán: (i) si hubo una motivación adecuada de la sentencia y (ii) si se infringió el debido proceso o principio de congruencia procesal en la sentencia de segunda instancia. Con base en ello, la Corte Suprema señala que existen inconvenientes sobre la adjudicación del inmueble ubicado en la Manzana H, lote 6, grupo 8, sector 1, Villa El Salvador. Pues, a pesar de que la Corte Superior, en el considerando décimo sexto señala que se trata de un inmueble adquirido antes de que se formará la sociedad conyugal, y, por lo tanto, bajo el régimen de copropiedad, trata a este como si fuera parte de la sociedad conyugal bajo el argumento de que al haber convivido años antes sin impedimentos, y con fines semejantes al matrimonio, corresponde hacer la adjudicación en base a los artículos 323 y 326. Es decir, decide que el inmueble sí es parte de la sociedad conyugal porque las partes habían convivido antes de la adquisición del bien, entendiendo que hubo unión de hecho; sin embargo, esto no fue solicitado ni en la demanda ni establecido en los puntos controvertidos.

En ese sentido, la Corte Suprema sostiene que la adjudicación del 50% de acciones y derechos a la demandada de este inmueble no es adecuada porque fue adquirido en copropiedad. Por lo tanto, no se tomó en cuenta lo establecido en el artículo 345-A del Código Civil el cual indica que se puede ordenar “la adjudicación preferente de bienes de

la sociedad conyugal”. Al ser esto así, y no siendo el inmueble propiedad de la sociedad conyugal, no correspondía tomarlo en cuenta para la división.

Finalmente, y siendo lo más relevante del presente informe; la Corte Suprema inicia la argumentación señalando que el artículo 345-A, fue objeto de análisis del Tercer Pleno Casatorio Civil, en donde se establece que *“los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona”*, concordante con lo señalado en el artículo 351 del Código Civil.

Sin embargo, debido a que el Tercer Pleno Casatorio Civil, establece que, en los procesos de familia, ha de estarse a favor de una flexibilización procesal de carácter tuitivo, por ejemplo, del principio de congruencia (siendo el principio vulnerado en el caso). La Corte inaplica esta regla precedente, pues podría generar indefensión al resolver un extremo que no fue objeto de controversia; y ya que esto implica negar el derecho de defensa y vulnerar principios básicos por los que se sostiene el sistema procesal, resuelve declarar fundado el recurso de casación, declarando nula la sentencia y ordenando que la Sala Superior emita nuevo fallo.

3. Problemas jurídicos identificados

1. La Corte Suprema señala que si bien es cierto que el Tercer Pleno Casatorio establece que en los procesos de familia debe estarse a favor de una flexibilización procesal, esto no supone generar indefensión al resolver extremos que no fueron materia de controversia, pues significaría negar el derecho de defensa. Al sustentar, únicamente, su apartamiento del precedente vinculante con base a lo anteriormente señalado ¿La Corte estaría utilizando la técnica del *overruling* o más bien se trataría de un *distinguishing* de los precedentes señalados en Tercer Pleno Casatorio?

1.1. Si el *distinguishing*, ha sido pensado como un apartamiento por parte de las cortes de primera y segunda instancia ¿Está la Corte Suprema habilitada para utilizar el *distinguishing* sobre sus propias sentencias?

2. En la sentencia materia de análisis, la Corte Suprema resuelve la controversia inaplicando una de las reglas precedentes del Tercer Pleno Casatorio Civil, en ese sentido ¿Era necesario el apartamiento del precedente vinculante o más bien podía optar por otras alternativas que otorga ordenamiento para resolver el conflicto presentado en el caso?

4. Inaplicación del Tercer Pleno Casatorio Civil y las técnicas de apartamiento de precedentes: ¿*Overruling* o *distinguishing*?

Para responder la primera interrogante planteada en el presente informe, creemos pertinente señalar qué es un precedente; sin embargo, consideramos que no podemos hablar de precedentes, sin antes hacer mención de la jurisprudencia.

Para Marcial Rubio, la jurisprudencia en sentido lato “son las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar los conflictos a ellos sometidos, que se suscitan entre los individuos o entre estos y la sociedad.” (2017, pág. 160) mientras una jurisprudencia en sentido estricto “se refiere y más propiamente de las resoluciones que emite el máximo Tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él” (2017, pág. 160). Es decir, establece dos tipos de jurisprudencia, aquella que es vinculante para las partes, emitidas por los tribunales de 1° y 2° instancia, mientras que la jurisprudencia en sentido estricto es aquella emitida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

De esa clasificación, nos interesa la segunda, pues es de aquí de donde se extraen los llamados precedentes. Sobre este punto, debemos hacer una aclaración relevante. Si bien consideramos que de aquí se extraen los precedentes, no sostenemos que jurisprudencia y precedente sean lo mismo, pues este último tiene un carácter obligatorio, mientras la jurisprudencia y la llamada “doctrina jurisprudencial” tienen, más bien, un fin persuasivo (Delgado, 2016).

Continuando con nuestro desarrollo, para Renzo Cavani, un precedente es:

una norma que se extrae de la interpretación de un acto decisorio (no necesariamente judicial) adoptado en un caso concreto, a partir de los hechos constatados y de la justificación, que sirve para resolver casos futuros siempre que el material fáctico de estos o sea un grado de identidad suficiente respecto del material fáctico del caso pasado. Dos cosas podemos concluir aquí: (i) el precedente presupone un ejercicio argumentativo que implica interpretación de la decisión; (ii) no hay argumentación posible respecto a los precedentes sin atender a los elementos fácticos (2018, pág. 175).

Por lo tanto, establecer un precedente implica que la decisión del caso podrá guiar la decisión de un caso futuro, en tanto los hechos del caso sean similares, pero resaltando que se debe atender a los elementos fácticos, es decir, los hechos. Ahora bien, si esto es lo que entendemos como precedente, no podemos dejar de destacar las razones por las que un precedente debe ser utilizado. Luiz Marinoni, menciona cerca de trece razones por la que resulta útil esta institución, pero siendo que este no se trata de un trabajo de la defensa del sistema de precedentes, no podemos referirnos a todas, mas sí debemos destacar dos en particular que tienen relación directa con las conclusiones del informe, estas son: seguridad jurídica e igualdad.

Sobre la primera, es “vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, lo cual es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser Estado de Derecho” (Marinoni, 2013, pág. 136).

Respecto a la igualdad y su vinculación con el precedente, esto hace referencia a la igualdad sobre las decisiones, remitiéndonos al problema de la interpretación judicial

(2013, pág. 171). Es decir, un sistema de precedentes apoya y otorga mayor seguridad jurídica en los países donde se aplique, así como también, reivindica el derecho a la igualdad al momento de interpretar las normas. Destacamos estos dos aspectos porque como ya señalaremos más adelante, son estas las que precisamente se ven afectadas cuando no se hace un buen uso de esta institución.

En ese sentido, si bien el precedente tiene estas funciones, surge la duda sobre cuándo debe o no ser aplicado en un caso, pues siendo una sociedad sujeta a los cambios del tiempo, los precedentes no siempre serán adecuadas para resolver una controversia. De ahí que, al adoptar la técnica del precedente, la cual tiene su génesis en la tradición jurídica del *common law*, sufrimos también de las consecuencias de esta institución. Por lo que, tomando en cuenta estas posibles situaciones, surgieron mecanismos para apartarse de los precedentes cuando se considere necesario, siendo estos: el *distinguishing* y el *overruling*, los cuales pasaremos a explicar.

El *distinguishing*, es una técnica de apartamiento la cual consiste en que si “los jueces posteriores que se encuentren frente a hechos o las consecuencias de los mismos, que fueron pasados por alto en la decisión anterior, si es que estos hechos son lo suficientemente importantes como para haber cambiado el sentido de la decisión, podrán desvincularse de la decisión anterior por no ser esta relevante para los hechos del caso actual; por tanto, el juez no está obligado a seguir el precedente allí sentado.” (Ramírez, 2018, pág. 72). Esta definición debe ser complementada por lo señalado por Marinoni, el cual destaca que el *distinguishing* “revela la demostración entre las diferencias fácticas entre los casos o la demostración de que la *ratio* del precedente no se ajusta al caso que nos ocupa, una vez que los hechos de uno y otro son diversos” (2013, pág. 376).

De esta forma, si los hechos del caso establecido como precedente, no se condicen con los del nuevo caso a resolver, la corte está en la facultad de apartarse por medio de esta técnica; asimismo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 3361-2004-AA/TC, ha entendido que esta técnica se ha previsto como un mecanismo para “evadir” al precedente si el caso es tratado en tribunales inferiores (fundamento 5); es decir, entiende que esta técnica se reserva para estos juzgados (primera y segunda instancia) y no tanto para las cortes vértices, la relevancia de esto será explicado más adelante.

Luego, en la misma sentencia, se explica en qué consiste el *overruling*, señalando que “permite cambiar un precedente en su núcleo normativo aplicando el nuevo precedente,

ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*)”. Es decir, esta técnica es usada para reemplazar al precedente anterior con uno nuevo, porque consideran que debe seguirse una nueva decisión, requiriendo necesariamente que la razón sea especialmente seria y fuerte (Ramírez, 2018, pág. 75)

Asimismo, es importante destacar que nuestra legislación procesal civil ha regulado estas dos técnicas. El *overruling*, se observa en el primer y segundo párrafo del artículo 400° del Código Procesal Civil, el cual nos señala que:

La Sala Suprema Civil puede invocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

pero también encontramos esta técnica de apartamiento en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su tercer párrafo establece:

Los fallos de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

En el caso del *distinguishing*, lo encontramos también en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta vez en el segundo párrafo, el cual establece:

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judicial, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso de que por excepción decida apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Así como también, se deja abierta esta posibilidad al leer el artículo 386° del Código Procesal Civil que señala:

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”, es decir, si hay un apartamiento debidamente motivado del precedente, no cabe entonces recurso de casación, por lo que es válido el apartamiento.

Ahora bien, podría pensarse que el haber positivizado la técnica del *overruling*, es algo óptimo; sin embargo, la crítica que debemos hacer al artículo 400° es que finalmente, va a requerir de la institución del Pleno Casatorio Civil para poder efectivizarse (con todo lo que conlleva), esto es particularmente cuestionable porque si bien se hace para establecer un orden y darle rigurosidad al pronunciamiento, el tiempo que se toman en resolver un Pleno Casatorio puede ser bastante amplio, claro ejemplo de esto es la salida del Octavo Pleno Casatorio, publicado en 2019, cuando la discusión se inició en 2015, es decir, se tomaron cerca de 4 años para que se publicara este.

Asimismo, tenemos el curioso caso del Noveno Pleno Casatorio Civil (Casación N.° 4442-2015-Moquegua) el cual utiliza esta técnica, modificando la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N.° 1465-2007-Cajamarca) y reemplazando la regla precedente del 5.3 del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación N.° 2195-2011-Ucayali) por un nuevo precedente. Decimos que es curioso por dos razones: en primer lugar, porque fue publicado en el año 2017, es decir, pasaron cerca de 11 años para la modificación sobre el Primer Pleno y 5 años para modificar el Cuarto Pleno, lo cual evidencia un extenso lapso de tiempo para una modificación; por otro lado, evidencia que para la Corte Suprema *ratio decidendi* y regla precedente son cosas distintas y que considera importante haber modificado las razones para decidir del Primer Pleno, esto será relevante más adelante.

Retomando la discusión anterior, es claro entonces que la técnica del *overruling* y el Pleno Casatorio Civil, al menos en materia procesal civil, se encuentran concadénanos, incluso si se pretendiera tomar, únicamente, al artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual no hace referencia a Plenos Casatorios, esto supone un error dado que el ordenamiento debe ser visto desde una perspectiva integral, y contrastando estos dos artículos, sobre todo si se toma en cuenta el artículo de la Ley Orgánica es de aplicación para los jueces de distinta materia; en ese sentido, no puede establecerse precedente obligatorio sin que existe Pleno Casatorio en materia civil.

Bajo esta lógica, sin la existencia de un pleno que establezca reglas como precedentes vinculantes, queda descartada la utilización de esta técnica en la sentencia materia de análisis, pues no se realizó tal como nuestro ordenamiento lo requiere. Habiendo dicho esto, la única opción que nos queda es que la corte ha hecho uso de la técnica del *distinguishing*.

No intentamos dar una respuesta por un simple descarte de opciones, ya que esta sería insuficiente para responder a la pregunta principal; sin embargo, de esta misma pregunta surge una que debe ser respondida previamente ¿Puede la Corte Suprema aplicar la técnica del *distinguishing*?

4.1. La deficiente aplicación del *distinguishing* por parte de la Corte Suprema

Nos preguntamos esto porque, como ya habíamos mencionado antes, esta técnica no está pensada para ser aplicada por Tribunales Supremos, ya lo mencionó el Tribunal Constitucional, como bien establecimos en párrafos anteriores, esta técnica fue pensada para ser aplicada por tribunales inferiores, así como también de una lectura del artículo 386° del Código Procesal Civil, al señalar que “el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial” (el subrayado es nuestro). Es decir, la Corte Suprema evalúa, en casación, el apartamiento de las cortes de menor jerarquía.

Esto es así, porque el *distinguishing*, se basa en la comparación de los hechos del caso materia de controversia y determinar si estos son similares o iguales al del precedente para hacer o no distinción; y siendo que son las instancias de primera y segunda instancia las encargadas de revisar los hechos del caso; no se podría sostener de qué manera la Corte Suprema podría aplicar esta técnica. Pues como lo señala el artículo 384° del Código Procesal Civil, la casación busca “...la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto (...)”;

es decir, tal como se entiende en nuestra regulación, el recurso de casación tiene una función nomofiláctica, teniendo que centrarse en la aplicación e interpretación del derecho objetivo (Hurtado, 2016, pág. 333) por lo que una evaluación sobre hechos podría suponer sobrepasar sus funciones y desvirtuar este recurso, pasando a ser una tercera instancia.

Planteada la duda, nuestra respuesta es que, a pesar de los argumentos señalados, esta corte sí puede hacer *distinguishing*. Si bien la Corte Suprema no es una tercera instancia, la respuesta se encuentra en una lectura más detallada de los fines de la casación.

Debemos recordar que este recurso “nació para dar respuesta a un interés público, de ahí la existencia de la llamada “unidad jurisprudencial” (función uniformadora) y los criterios de control normativo (función nomofiláctica), este interés tiene por objeto dar a conocer cómo y de qué forma se interpretaba y aplicaba correctamente la ley.” (Hurtado, 2011, pág. 47) Teniendo un fin encaminado a la defensa del *ius constitutionis*.

Al interponer una casación, el deber de la corte es revisar la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, siendo ello así, la Corte tiene que revisar los hechos, no para resolver conforme a ellos, pero sí debe hacerlo exhaustivamente cuando identifique que estos son relevantes para la aplicación e interpretación adecuada del derecho objetivo; sin embargo, debemos señalar que esto debe ser de manera excepcional y limitada, ya lo señaló Martín Hurtado al concluir que:

Aunque puede hacerse control de hechos cuando nos encontramos frente a la infracción normativa que se relaciona con la inaplicación de la norma con la que se solucionó el conflicto, en esta situación el juez no puede desconocer los hechos del proceso, tiene que trabajar con ellos (2011, pág. 343)

En ese sentido, la corte está perfectamente habilitada para hacer *distinguishing* de sus propias sentencias, pues si al revisar una sentencia donde los hechos no se condicen con una regla puesta como precedente vinculante en un Pleno Casatorio, al ser esta, una inadecuada aplicación del derecho objetivo y para salvaguardar el debido proceso, la corte está perfectamente habilitada a señalar por qué en este caso en particular debe inaplicarse un Pleno Casatorio Civil, pues no se estaría pronunciando sobre los hechos, sino que los conoce para cerciorarse si la regla precedente debe o no ser aplicada al caso.

Sostener lo contrario, supondría no cumplir con el fin de la casación, es decir, lograr una adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, perjudicando al *ius constitutionis*, pero reiteramos, que se debe tener especial cuidado en no traspasar los límites para no convertirse en una tercera instancia.

Por lo tanto, habiendo descartado la tesis del uso del *overruling*, pues este requeriría necesariamente de un nuevo Pleno Casatorio Civil, y establecido que la corte sí puede

realizar *distinguishing* sobre sus propias sentencias, pasemos a revisar el caso en concreto y establecer si se trata o no del uso de esta técnica de apartamiento.

En la sentencia Casación 991-2016, Lima Sur; la controversia principal está basada en la adjudicación de un inmueble hacia la parte demandada, por ser esta la cónyuge más perjudicada; sin embargo, este inmueble causa controversia porque fue tratado por la corte de segunda instancia como si fuera parte de la sociedad de gananciales, cuando estos mismos magistrados, establecen que existe incertidumbre sobre el bien dado que este fue adquirido antes de que se formará la sociedad, habiendo sido adquirido en copropiedad.

El problema que identifica la Corte Suprema está en que la Corte Superior ha resuelto adjudicar el 50% de acciones del bien, que correspondían al demandante, a la demandada como daño moral, bajo el sustento de que este inmueble sí es parte de la sociedad conyugal, pues se adquirió cuando hacían vida en común, es decir, establece que hubo unión de hecho y en ese sentido, podía adjudicarse el bien a la demandada por considerarlo parte del patrimonio conyugal.

La Corte Suprema, establece que esto es incorrecto porque al reconocer que fue adquirido en copropiedad, debió tomar al inmueble bajo este régimen y no pronunciarse sobre una presunta unión de hecho, ya que esta no fue materia de demanda ni se estableció en los puntos controvertidos.

Siendo ello así, invoca el Tercer Pleno Casatorio Civil, pues señala que el artículo 345-A fue desarrollado aquí, para luego establecer que este mismo pleno también habla sobre la flexibilización de los procesos de familia; sin embargo, que este no puede generar indefensión al resolver un extremo que no fue objeto de la controversia, pues esto significa negar el derecho de defensa; por lo tanto, se apartan de la primera regla establecida como precedente, la referida a la flexibilización de los procesos de familia.

Con esta motivación, la corte realiza *distinguishing* de manera implícita, si bien no establece que hará distinción, sostenemos que ha hecho uso de esta técnica porque terminan haciendo una revisión de los hechos contenidos en la sentencia de segunda instancia para revisar qué es lo llevó a los jueces a tomar dicha decisión y sobre esta base, detectan que el inconveniente está en la adjudicación total del bien inmueble como daño moral.

Determinan que esto no fue adecuado porque antes de resolver si se puede adjudicar o no el bien, debió existir pronunciamiento sobre la unión de hecho, como esto no fue solicitado ni en la demanda, ni en los puntos controvertidos, la Corte Superior de Lima Sur ha flexibilizado supuestamente el principio de congruencia (decimos que supuestamente porque nunca deja claro esto la motivación ya que hace mención de este como un ejemplo de principio que puede ser flexibilizado) y finaliza señalando que la flexibilización que se establece en el Tercer Pleno Casatorio no puede afectar el derecho a la defensa por lo que se aparta de este. En ese sentido hace distinción porque esa regla precedente no se le debe aplicar a este caso, pues se deduce que, para la Corte Suprema, los hechos del Tercer Pleno y este caso, son distintos.

El problema se encuentra en que, al no explicitar que realizó *distinguishing* y motivarlo adecuadamente, puede sostenerse que se está yendo en contra de las normas procesales, pues se incumple el artículo 400° del Código Procesal Civil, en el sentido de que no está aceptando las reglas precedentes en el Tercer Pleno Casatorio, y, por otro lado, el pronunciamiento deviene en motivación insuficiente; e irónicamente, estaría incumplimiento el artículo 386° del Código Procesal Civil, el cual indica que “el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial” (el subrayado es nuestro).

Pues, como ya mencionamos, este artículo se basa en que se puede interponer casación cuando se aparten de un precedente inmotivadamente, por lo que las cortes pueden apartarse siempre que hay motivación adecuada, y en este caso en particular, al no señalar que se está apartando explícitamente, ni mucho menos sustentarlo adecuadamente, está yendo en contra de esta norma. Siendo ello así, podría recurrirse al recurso de amparo, sosteniendo que hay un defecto en la motivación de la Corte Suprema para inaplicar un pleno casatorio.

Ahora bien, esta postura podría ser criticada y señalar que debido a que se está defendiendo una garantía implícita del debido proceso, como es el derecho a la defensa, y el principio del contradictorio, bastaría ello para salvar el pronunciamiento; sin embargo, nuestra respuesta, es que si bien es cierto que la garantía del derecho a la defensa debe ser respetada, el tema sigue siendo la motivación de esta, puesto que no ha hecho un desarrollo de cómo se encuentran en controversia el principio de congruencia y el derecho a la defensa, en todo caso, la respuesta que debió dar la corte debió sustentarse en

principios procesales o constitucionales de manera explícita y no de manera gaseosa como lo ha hecho en este caso.

De ahí que sostengamos que la Corte ha dado una solución correcta a la controversia, pues estamos de acuerdo con la decisión, pero no con la forma en la que se hizo, pues se evidencia una motivación deficiente, así como también ha desaprovechado la oportunidad para hacer un desarrollo jurisprudencial de las reglas precedente del Tercer Pleno Casatorio.

Veamos un ejemplo donde sí se ha hecho un correcto uso del *distinguishing*, y precisamente de Plenos Casatorios Civiles. La Segunda Sala Civil de Lima (Exp N.º 3963-2007), decidió inaplicar el Quinto Pleno Casatorio Civil (Casación N.º 3189-2012-Lima Norte) señalando en el Tercer Fundamento, punto 3, ponencia en discordia, que si bien al caso se le debiera considerar en el supuesto del Quinto Pleno Casatorio, pues se trata de una pretensión de impugnación de acuerdo y no uno de nulidad de acto jurídico, el ponente señala "...hago distinción respecto de la aplicación de la referida sentencia casatoria (...) pues una comunidad campesina no es en estricto una asociación" y luego cita dispositivos legislativos para sustentar su posición y finalmente establecer, en el mismo fundamento, punto 5: "El Quinto Pleno Casatorio Civil (Casación N.º 3189-2012-LIMA NORTE) entonces no sería aplicable pues este se aplica solo a asociaciones de personas jurídicas que guarden similitud con su naturaleza...".

En esta motivación, encontramos un mejor desarrollo sobre la distinción sobre un precedente. Los pasos que siguieron fueron: primero, se señaló que existe una controversia en la aplicación o no del Quinto Pleno Casatorio Civil; segundo, sostiene que hará una "distinción" es decir, explícita que hará un *distinguishing*, para luego motivar de qué manera el supuesto señalado en el precedente vinculante no es el mismo del que trata el caso, de esta forma ha cerrado correctamente el candado, y no se podrá decir que hubo motivación insuficiente, podrá argumentarse sobre si fue o no pertinente el apartamiento, razón por la cual existe voto discordante y singular, así como también se pudo haber interpuesto recurso de casación; sin embargo, el candado de la motivación puesto en este caso es bastante fuerte.

Es aún más interesante el desarrollo que hizo la Primera Sala Civil, en el expediente N.º 3725-2017-0-1601-JR-CI-01, donde en el fundamento 7, se establecen cuatro pasos para aplicar correctamente el *distinguishing*, siendo estos:

1. Identificar las circunstancias fácticas relevantes que rodean al precedente vinculante.
2. Identificar del texto normativo del precedente vinculante, que es aquella parte que despliega el efecto normativo para la aplicación futura por parte de los jueces (“*ratio decidendi*” o razón suficiente).
3. Realizar la comparación o constatación de los hechos fácticos relevantes del precedente con los hechos fácticos del nuevo caso (*tertio comparation*).
4. Aplicar o no la *ratio decidendi* del precedente vinculante al caso concreto.

Destacándose en este caso, el enfoque que se le da a la llamada *ratio decidendi*, termino al que ya nos habíamos referido en líneas anteriores. Destacamos esto porque para hablar de precedente, al menos en el *common law*, la *ratio decidendi* es un elemento central. Para Rubert Cross y J. W. Harris “de acuerdo con la doctrina inglesa del precedente todos los tribunales están obligados a seguir y a aplicar los precedentes emanados de cualquiera de los tribunales que les sean superiores, y todos aquellos tribunales competentes para resolver recursos de apelación están vinculados por sus propios precedentes (...) dichas afirmaciones son una síntesis demasiado concisa en la doctrina del precedente debido a que omiten mencionar que la única parte de la decisión anterior que se considera vinculante es la *ratio decidendi* (razón para decidir)” (2012, pág. 61). Entendiendo que es en la *ratio decidendi*, es donde encontramos el carácter vinculatorio.

A nuestro parecer, si bien es comprensible este valor fundamental a la *ratio decidendi* o razón de decidir, el problema es que nuestros plenos casatorios lo que hacen es señalar reglas precedentes, es decir se expiden normas jurisprudenciales que las demás cortes civiles están obligados a seguir, por lo que la duda que nos surge es ¿dónde estaría el valor de la *ratio decidendi* en nuestro ordenamiento?

Cristian Angeludis hace mención de esta crítica al señalar que:

En el Civil Law, siempre ha sido más importante el extremo resolutorio o dispositivo de la sentencia –protegido por la cosa juzgada- sustentado en la consecuencia de un análisis silogístico que sólo interesa a las partes. Este método es muy cuestionado por parte de la doctrina que la asemeja a un modelo

burocrático de precedente que al no tener en cuenta los hechos –pues, por ejemplo, la sùmula no se origina en un caso específico-, pierde la capacidad de adaptarse a la justicia del caso concreto (2017, pág. 157 y 158)

Estamos de acuerdo con esta crítica, pues tal como se han venido tratando los Plenos Casatorios, pareciese que lo más relevante son las reglas precedentes establecidas en la parte resolutive, dejando de lado la importancia de la *ratio decidendi*. Otro inconveniente que detectamos es la forma cómo establecen las reglas precedentes, pues en ocasiones van más allá del caso concreto. Tomemos como ejemplo el Tercer Pleno Casatorio, la primera regla precedente establece flexibilidad de principios procesales a todos aquellos procesos que sean materia del derecho de familia; sin embargo, el caso únicamente trataba sobre un divorcio.

Responderemos esta crítica más adelante, no obstante, debemos destacar que la *ratio decidendi*, no va a dejar de ser importantes al momento del apartamiento de los precedentes, de ahí que, si bien no es lo vital al momento de aplicar un precedente, aunque debería serlo, sí lo es al momento de apartarse de uno, al menos como vienen tratándose en nuestro país.

Pues, tal como lo hizo la Corte Superior de Justicia de la Libertad, se reconoce la *ratio decidendi* del precedente, y deciden inaplicar el Octavo Pleno Casatorio Civil. Comparar la aplicación de la técnica entre ambos expedientes no es materia del presente informe; sin embargo, destacamos que, si bien las cortes pueden tener metodologías de su aplicación, lo cierto es que se toman bastante en serio la motivación cuando se trata de inaplicar un precedente vinculante.

En ese sentido, la Corte Suprema no puede ser ajena a dar una motivación tan estricta e incluso mayor a la que establecen las cortes de menor jerarquía, si quería motivar de manera adecuada y sin inconvenientes el apartamiento, los pasos a seguir tomando en cuenta el expediente señalado, debieron ser: primero, explicitar que existe una controversia entre la aplicación de la primera regla del precedente establecido en el Tercer Pleno Casatorio y el caso en concreto; segundo, mencionar de qué manera los hechos del caso discutido en el pleno son distintos a los discutidos en el presente caso, así como identificar la *ratio decidendi* del Tercer Pleno y finalmente, establecer con base a normas

o desarrollando principios constitucionales o procesales, para explicar cómo el aplicar la flexibilidad en este caso, podría terminar perjudicando, aún más, el derecho a la defensa del demandante, pues no se puede basar una decisión de adjudicación sin que antes haya habido discusión sobre una unión de hecho que dará como resultado el considerar el bien como parte o no del patrimonio de la sociedad conyugal.

De esta forma, la Corte, no solo habría logrado resolver la controversia, sino que también habría creado nueva doctrina jurisprudencial, pues desarrollaría la figura del apartamiento a nivel de Cortes Supremas, pudiendo servir como argumento, cuando este tipo de inconvenientes se presenten en algún otro caso, sin que tenga que ser necesariamente en materia civil, sino también en las demás salas.

El problema de no motivar adecuadamente el apartamiento contribuye con la imprecisión, en un mundo que es más dinámico que lineal y donde el juez va recreando este mundo con su actuar, nos coloca más cerca de la incertidumbre que en el progreso (Cárdenas, 2006, pág. 232). Si bien no podemos apuntar a la precisión y determinismo absoluto; debemos buscar la uniformidad de las sentencias como bien lo señala el artículo 384° del Código Procesal Civil, para acercarnos a un sistema de precedentes que otorgue seguridad jurídica, pero a su vez se mantenga flexible a los cambios del tiempo de manera orgánica.

Lo que hizo la Corte Suprema en este caso es todo lo contrario, sin una adecuada motivación sobre el apartamiento, deja abierta la posibilidad para que las reglas establecidas como precedentes puedan dejar de ser inaplicadas sin un fundamento razonable, llevándonos a un sistema caótico, donde la uniformidad este cada vez más lejos, lo cual atenta con la seguridad jurídica, porque al apartarse de un precedente vinculante sin adecuada motivación no otorga estabilidad ni continuidad, más bien cualquier Sala de la Corte Suprema puede apartarse del precedente sin ninguna adecuada motivación, colocando en incertidumbre a los futuros casos si no se van a respetar adecuadamente los precedentes; asimismo, atenta contra la igualdad que busca un sistema de precedentes, porque si se siguiera la interpretación utilizada en este caso, la discrecionalidad para apartarse inadecuadamente nos regresaría al estado de incertidumbre sobre cómo debió resolverse el caso que llegó en casación. Hacer una distinción adecuada, permite seguir reconociendo la vinculatoriedad del precedente.

5. Las alternativas de la corte para resolver la controversia: Hacia un desarrollo adecuado de la jurisprudencia en el Perú

Habiendo determinado que la Corte Suprema hizo uso de la técnica del *distinguishing* de manera inadecuada, creemos que al resolver la controversia materia de casación, existían caminos alternativos que se pudo tomar, con más o menos dificultades. Las alternativas que planteamos son: (I) resolver el caso basando su motivación en la prevalencia constitucional del derecho a la defensa; (II) haber hecho una interpretación extensiva de la tercera regla establecida como precedente vinculante; (III) haber hecho *overruling*, es decir, establecer un nuevo precedente judicial que regule los límites que tiene la flexibilidad en los procesos de familia y su relación con el derecho a la defensa.

Antes de analizar la primera alternativa, es conveniente establecer que de la lectura de la motivación que hizo la corte, parecería que ha sido esto lo que pretendió hacer; sin embargo, existen dos problemas, primero no ha establecido qué principio se estaría flexibilizando en el caso, pues como ya habíamos mencionado en líneas anteriores, la única referencia a un principio lo hace sobre el de congruencia, sin desarrollarlo, mencionándolo como un ejemplo y mucho menos se hizo una conexión directa con el caso. Por otro lado, si bien señalan que la flexibilización no puede suponer vulneración al derecho de defensa, lo menciona como parte de un “principio básico en los que sustenta el sistema procesal moderno”, siendo esta afirmación gaseosa, porque no establece si su argumentación se hace bajo un análisis de los principios del código procesal civil, de la constitución, o de ambos en conjunto que suponemos es lo que sustenta el sistema procesal.

La poca claridad de la sentencia, si es que se pretendía usar esta alternativa, resulta perjudicial para el ordenamiento porque se abre un margen de discrecionalidad, en tanto no se desarrolla adecuadamente el contenido del derecho a la defensa, ni se hace una relación en el caso que permita deducir que razonablemente debe colocarse este sobre la regla precedente del Tercer Pleno Casatorio. Desde nuestra perspectiva, la motivación debió seguir la siguiente estructura:

Primero, sustentar qué principios encontramos contrapuestos; en este caso en particular se trata de una flexibilidad del principio de congruencia, porque los jueces superiores habrían decidido sobre un inmueble considerándolo como parte de la sociedad conyugal,

ya que fue adquirido en copropiedad cuando el demandante y la demandada habían convivido. En ese sentido, flexibilizaron el principio de congruencia y decidieron sin que haya sido parte de la demanda o de los puntos controvertidos, que antes de que se formará la sociedad conyugal, había unión de hecho y, por lo tanto, el inmueble debe ser considerado como parte de la sociedad, pudiendo ser adjudicado a la demandada por daño moral.

Segundo, dejado eso en claro, debió desarrollarse el contenido esencial del derecho a la defensa, y señalando que este se trata de una garantía implícita del derecho al debido proceso, establecido en el artículo 139.3; entendiendo que a nivel procesal “se constituye como una garantía que permite el correcto desenvolvimiento del proceso (...) el ejercicio del derecho de defensa al interior de cualquier procedimiento se constituye como un requisito de validez del propio proceso” (STC 005-2006-PI/TC), pues lo entendemos como aquel derecho mediante el cual “todo litigante tenga la oportunidad adecuada de defensa y prueba, vinculado al principio de contradicción” (De los Santos, 2005, pág. 8)

Tercero, hacer el contraste entre la flexibilidad del principio de congruencia y el derecho a la defensa en el caso, señalando que si bien se opta por una flexibilización de los principios procesales como lo señala la primera regla del Tercer Pleno Casatorio, y por lo tanto, se entiende que la Corte Superior ha flexibilizado este principio para poder adjudicar el bien como daño moral, esta flexibilización no se hizo tomando en cuenta el derecho a la defensa, puesto que permitir un pronunciamiento sobre elementos que no se demandaron ni se colocaron como punto controvertido implica que la parte demandante no podía ejercer su derecho al contradictorio, por lo tanto, en este caso, la protección del derecho a la defensa debe sobreponerse a la regla establecida como precedente, por suponer la vulneración a un derecho constitucional.

Destacando consideraciones sobre la aplicación de la flexibilidad, como lo señalado por Luis Alfaro, pues sostiene que: “somos de la idea que su utilización debería ajustarse a circunstancias extraordinarias y a determinados límites; de lo contrario una extremada “plasticidad” de dichos principios, podría resultar sumamente peligrosa, convirtiéndose en la excusa perfecta para la generalización de una serie de casos en donde simplemente resultaría inaceptable su utilización.” (2011, pág. 126). En ese sentido, la aplicación de la flexibilidad debe ser usado de manera extraordinaria, tomando esto en cuenta, en este caso no se encuentran elementos suficientes que permitan hacer viable la flexibilización del principio de congruencia, pues hay una directa afectación al derecho al contradictorio

y derecho de defensa y, por lo tanto, encontrándonos en un estado constitucional del derecho debe sobreponerse la defensa de estos sobre la aplicación de la flexibilidad establecida como regla precedente en el Tercer Pleno Casatorio.

El principal inconveniente que encontramos con esta alternativa es que si bien, defiende derechos constitucionales, es una medida bastante gravosa contra la institución del precedente, pues lo que termina haciendo es restarle fuerza vinculante, en ese sentido, no nos parece la mejor de las opciones.

Sobre la segunda alternativa, debemos señalar que es la opción que debió tomar la Corte Suprema, pues se presenta como la más pacífica de estas y, además, porque colabora con no solo con la institución del precedente, sino con un fin adecuado de la casación.

En el punto cinco, de la tercera regla precedente del Tercer Pleno Casatorio, se establece la obligación de garantizar a las partes “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho a la defensa, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural”. Ahora bien, esta regla precedente establece este criterio no como contraposición a la flexibilidad en los principios procesales en materia de familia, sino que lo hace en base a la discusión de los derechos establecidos en el artículo 345-A, es decir, la indemnización y la adjudicación de los bienes.

Siendo ello así, la redacción de esta regla está centrada únicamente en que el petitorio por los derechos contenidos del artículo 345-A, debe hacerse respetando el contradictorio, mas no está refiriéndose en el supuesto del caso concreto, pues en el caso materia de casación, la discusión no se centra en si el petitorio de la indemnización o daño moral se hizo respetando el contradictorio, sino más bien en cómo la Corte Superior, flexibilizando el principio de congruencia, ha pretendido adjudicar un bien considerado parte de la sociedad conyugal por haber sido adquirido en copropiedad cuando convivían, es decir, como el bien fue adquirido cuando hacían vida en común, entienden que se trata de una unión de hecho y por lo tanto, debe ser considerado como bien inmueble de la sociedad conyugal.

Sin embargo, puede sostenerse que la regla tercera, punto número cinco, del precedente, sí puede extenderse, pues al haber considerado un inmueble como parte de la sociedad

conyugal sin haber discutido si esto es cierto o no porque existió o no unión de hecho, se está vulnerando el derecho a la defensa.

En ese sentido, bastaba con que la corte no solo convoque la primera regla sino también la tercera y establecer que el respeto al contradictorio también implica que si hay controversias previas que deben resolverse para establecer una correcta indemnización, como lo fue el tener que haberse demandado reconocimiento de unión de hecho o haberse colocado como punto contradictorio. De esta forma, pudo haber hecho un desarrollo jurisprudencial de cómo deben ser contrapuestas estas dos reglas vinculantes, sin la necesidad de tener que haber hecho *distinguishing* deficiente.

Más bien, el haber desarrollado cómo estas dos reglas precedentes funcionan en conjunto, bajo una interpretación integral del Pleno Casatorio, contribuye con la seguridad jurídica, dando a la comunidad jurídica previsibilidad y estabilidad en cuanto a la aplicación de los precedentes porque no tiene la necesidad de inaplicar el precedente. Nos encontramos en el equilibrio adecuado, entre respetar las reglas, pero a su vez, ir más allá, complementando la interpretación de un Pleno Casatorio Civil, y, por lo tanto, nos acercamos al reconocimiento de un sistema complejo, pero adaptativo y no lineal de la práctica jurisprudencial (Mancha, 2017, pág. 191).

Ahora bien, siendo tan razonable cómo suena esta alternativa, cabría cuestionarse por qué entonces la corte no lo hizo de esta manera y solo se apartó de la primera regla sin utilizar la tercera, nuestra percepción es que la corte cree que esto se sobreentiende y por lo tanto, no consideró pertinente hacer una motivación extensa contrastándolas, esto podría sostenerse bajo la idea un ahorro de tiempo, ya que como bien sabemos la Corte Suprema sufre de una carga procesal gigantesca¹ (Poder Judicial, 2017), y en ese sentido, partir de que el respeto al contradictorio es algo evidente, ahorra tiempo en la motivación; sin embargo, aún si este fuera el caso, consideramos que no es justificación para evitar una motivación adecuada, pues es bastante peligroso sostener que algo así debe

¹ Según la última actualización y a la fecha de realizado el presente informe, en la Sala Civil Permanente se ingresaron un total de 4092 expedientes. A la fecha en que se emitió la sentencia materia de análisis (junio de 2017) se tenían aproximadamente 1481 expedientes nuevos, sumados a los 2476 expedientes que ingresaron durante el año 2016.

sobreentenderse, en tanto pone en juego la garantía del derecho a la motivación de las resoluciones.

Tampoco se trata de exigir una motivación extensa a la Corte Suprema, sino más bien que esta sea suficiente, y el haber desarrollado una contraposición entre la tercera y la primera regla del pleno, no hubiese requerido más allá del tiempo necesario que seguramente se tomó para resolver como lo hizo. Habiendo señalado esto, la respuesta preliminar es que no era necesario hacer *distinguishing*. Más bien la contraposición de estas dos reglas habría supuesto un mejor desarrollo jurisprudencial, logrando así una claridad y armonía entre estas dos reglas.

Esto contribuiría con un desarrollo fuerte de la jurisprudencia porque pudo tomar la oportunidad para establecer que así como debemos apuntar a un entendimiento de las normas de manera menos formalista; de igual manera, las reglas puestas como precedentes tampoco deben ser interpretadas de manera literal y formalista; más bien, debe hacerse una interpretación integral de las reglas, contrastándolas unas con otras para poder otorgar una mayor seguridad jurídica al momento donde existan casos donde estas reglas precedente puedan entrar en conflicto; sirviendo esto no solo para los casos de familia, sino en la manera de cómo se entienden las reglas puestas como precedentes vinculantes en los Plenos Casatorios Civiles.

De esa manera, también reivindicamos el valor del precedente, en contraposición de quien podría sostener que este “impedirá el desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia, tornando al derecho inmovilizando a pesar del transcurrir del tiempo”, tal como se encargó de contraargumentar Marinoni (2013, pág. 221).

Ahora bien, esta segunda alternativa discutida debe ser puesta en una balanza con la tercera, y es que finalmente lo anterior no es más que una interpretación de las reglas del precedente vinculante, siendo parte de la llamada doctrina jurisprudencial, por lo que la debilidad de esta posición es la no vinculatoriedad de lo resuelto para todos los demás casos a pesar de ser el entendimiento de un Pleno Casatorio Civil, siendo utilizado con un fin persuasivo como ya habíamos señalado en los párrafos iniciales de este informe; no obstante, no debemos subestimar este carácter convincente que tiene una jurisprudencia bien argumentada, pues “aun en los casos en los cuales las resoluciones

jurisprudenciales de la Corte Suprema, no hayan sido formalmente establecidas como precedente obligatorio, “de todas maneras son utilizadas como argumentos de recta razón por los abogados y los jueces, bajo el principio de que es equitativo resolver de manera similar en casos similares” (Rubio, 2017, pág. 176 y 177) .

Siendo ello así, no debemos subestimar la fuerza persuasiva que tienen algunos pronunciamientos, tal es el caso por ejemplo del caso Giuliana Llamoja, exp. N.º 728-2008-PHC/TC, el cual no se estableció como precedente vinculante; sin embargo, los criterios para establecer cuando hay debida motivación o no, son utilizados por la comunidad jurídica.

No obstante, ello, analicemos la tercera alternativa, la cual se basa en que la Corte Suprema debió haber hecho un *overruling*, y, por lo tanto, como ya hemos señalado en párrafos anteriores, requeriría un nuevo Pleno Casatorio Civil.

Quizás de una primera lectura parecería ser la opción menos preferida, esto porque implica el llamado a un nuevo pleno, con todo lo que esto conlleva. Por lo tanto, no sería adecuado si lo sopesamos con la opción anterior; sin embargo, creemos que esta inclinación por la segunda opción se da porque precisamente hay un inconveniente en la forma como se están llevando los plenos casatorios o mejor dicho en cómo se entiende la institución del precedente en nuestro ordenamiento en materia civil.

A nuestro parecer, la institución del precedente civil debe ser una práctica común, y dejar de lado la forma como se ha venido haciendo mediante pleno casatorios, puesto que incluso, estos plenos parecen contraponerse muchas veces a lo que se entiende por un precedente, en tanto se usan como una oportunidad para pronunciarse sobre todo aquello que crean conveniente, aún si esto no ha sido materia del caso. Como ya lo habíamos mencionado, en el Tercer Pleno Casatorio, el punto central del caso es sobre la indemnización que se establece en el artículo 345-A en un proceso de divorcio por separación de hecho y, sin embargo, toman la oportunidad, para establecer reglas vinculantes sobre la flexibilidad en otros tipos de procesos como los de alimentos, cuando esto no había sido materia de discusión.

Esto demuestra que el problema no es tanto la institución misma, sino más bien la manera cómo se está llevando a cabo. Aquí es donde se plantea otra discusión, y es que retomando lo dicho en líneas anteriores, el precedente en el *common law* es distinto al precedente en el Perú. Mientras que en las cortes inglesas lo determinante es la *ratio decidendi*, ubicado en los fundamentos de la sentencia; en nuestro país, el precedente esta en la parte resolutive, las reglas precedentes. Como ejemplo, tenemos al Noveno Pleno Casatorio, el cual modifiko uno de los fundamentos llamándolo *ratio decidendi*, por lo que podríamos considerar que de alguna manera reconoce la importancia de las razones para decidir, pero la diferencia de las reglas precedente.

Desde nuestra perspectiva, lo que la Corte Suprema debe hacer en un Pleno Casatorio es tomar un caso, establecer las reglas vinculantes, pero a su vez, señalar que fundamentos apoyan a cada regla y sobre todo ceñirse a los hechos del caso, así como la controversia principal, a pesar de que aceptamos la utilidad que ha tenido el reconocimiento de flexibilizar principios procesales en procesos de familia; sin embargo, creemos que esto ha servido más bien como un apoyo institucional para los demás jueces, pues si la Corte Suprema establece esto como un precedente, los magistrados de las demás instancias tendrán mayor libertad al encontrarse ante un proceso de familia para aplicar flexibilidad.

Otra crítica que puede hacerse a esta alternativa es que finalmente, tendríamos que aplicar *overruling* cada vez que exista controversia una regla precedente, ya que no queda claro que es lo vinculante, debiendo tener una gran cantidad de plenos para ver cómo se debe interpretar o no. La solución a esta problemática se encuentra nuevamente en dejar claro, que no solo las reglas son las vinculantes, sino las razones de decidir que acompañan a esta, pues es de aquí de donde se puede hacer una labor complementaria para lograr finalmente, ese desarrollo orgánico del precedente. Asimismo, la aplicación del *overruling* no puede hacerse de manera intempestiva y sostenido bajo intereses personales, creemos que existen tres supuestos en donde es viable aplicar esta técnica:

- (I) Cuando se detecte en la jurisprudencia controversia respecto a la interpretación del precedente.
- (II) Si se detecta oposición mayoritaria en la comunidad jurídica.
- (III) Si la regla precedente ya no es aplicable a la sociedad actual, debido a los cambios que se han presentado con el pasar del tiempo.

Considerando lo anterior y tomando en cuenta el estado del uso del precedente en nuestro país, la segunda alternativa resulta ser el camino más adecuado, pues la poca claridad de cómo tratar esta institución nos sitúa en una situación bastante caótica, donde recorreremos el extremo de la linealidad o la incertidumbre del caos, en vez de establecernos en un equilibrio entre estos.

Conclusiones y recomendaciones

La Corte Suprema al resolver la controversia materia de casación, ha inaplicado un precedente vinculante del Tercer Pleno Casatorio, utilizando la técnica del *distinguishing* de manera implícita. El inconveniente de hacerlo así es que, por un lado, desaprovecho la oportunidad para hacer un desarrollo jurisprudencial de cómo deben entenderse las reglas precedentes y, por otro lado, abre la puerta para la nulidad de esta resolución si se quisiera recurrir a un amparo por no haber motivado correctamente. Finalmente, esto no es conforme al objetivo de dotar de uniformidad a la jurisprudencia ya que termina dejando la puerta abierta para que las reglas precedentes pierdan su carácter de vinculatoriedad generando incertidumbre en el sistema.

En cuanto a sí la Corte Suprema, como órgano encargado de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, puede aplicar *distinguishing* sobre sus propios pronunciamientos, creemos que sí puede hacerlo sin inconvenientes pues lo que está haciendo aquí no es un pronunciamiento de los hechos para sentenciar en base a estos, sino que hace una revisión de ellos para determinar si le es aplicable o no el derecho discutido; en ese sentido, la aplicación del *distinguishing* por parte de la Corte Suprema debe cuidarse de no ir más allá de sus límites, pero tampoco debe dejar de revisar los hechos materia de controversia si encuentra que una regla precedente no se ajusta al caso materia de casación.

Sobre los caminos alternativos que pudo haber tomado la corte para no hacer uso del *distinguihing*, descartamos que se pueda hablar de *overrulling*, pues en nuestro ordenamiento actual, se requiere de un Pleno Casatorio lo cual puede aumentar el tiempo en resolver la controversia, además de existir inconvenientes en la forma como se están llevando estos; el camino está en mejorar el uso de esta institución.

Otra alternativa, es que se pudo basar la motivación sobre la base de proteger el derecho al debido proceso establecido en el artículo 139.3, en relación con la garantía implícita del derecho a la defensa; de esta forma se inaplicaría una regla precedente porque en este caso era más importante el salvaguardar el derecho a la defensa, que preferir la flexibilidad del principio de congruencia. Sin embargo, resulta gravosa contra la institución del precedente, lo cual no consideramos adecuado.

Finalmente, la alternativa que vemos más razonable para evitar inconvenientes sin que exista conflictos entre los precedentes y las normas, consistía en poner en una balanza las reglas primera y tercera del Tercer Pleno Casatorio, pues pudo desarrollarse de qué manera estas reglas trabajan de manera integral.

De esta manera, creemos que, el contraste de los principios sí hubiese sido útil como parte de la doctrina jurisprudencial, pues un adecuado desarrollo contraponiendo estas dos reglas precedentes contribuirían en la correcta utilización de la flexibilidad en los procesos de familia, así como también la dimensión del derecho a la defensa. Logrando así el fin último, de la casación como lo es uniformizar la jurisprudencia, acercándonos más a un sistema que realmente otorgue seguridad jurídica e igualdad. Manteniéndonos en un equilibrio entre la linealidad y la incertidumbre.

Referencias bibliográficas

- Alfaro, L. (2011). *La indemnización en la separación de hecho*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Angeludis, C. (2017). *El criterio de doble conforme como mecanismo para mejorar el sistema de precedentes civiles y la corte suprema nacional dentro de un estado constitucional*. Lima: PUCP: Tesis para optar por el grado de Magister.
- Cárdenas, K. (2006). La teoría del caos y su aplicabilidad para el análisis y la comprensión de los fenómenos jurídicos. En *Libro homenaje Facultad de Derecho* (págs. 213-238). Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- Cavani, R. (2018). *Teoría impugnatoria: Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cross, R., & Harris, J. (2012). *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- De los Santos, M. (2005). Postulación y flexibilización de la congruencia. *Revista de Derecho Procesal*, 87-106.
- Delgado, C. (18 de julio de 2016). *ARS DISTINGUENDI: Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente. Sobre los grados de vinculación y el virtual apartamiento de precedentes*. Recuperado el 3 de julio de 2021, de Ius 360: <https://ius360.com/ars-distinguendi-jurisprudencia-doctrina-jurisprudencial-y-precedente-sobre-los-grados-de-vinculacion-y-el-virtual-apartamiento-de-precedentes/>
- Hurtado, M. (2011). *El Control de hechos en casación: ataque frontal a los dogmas que rigen en la casación civil*. Lima: Tesis para optar el grado de Magister: Universidad Mayor de San Marcos.
- Hurtado, M. (2016). Análisis del artículo 384 - Fines de la Casación. En R. Cavani, *Código Procesal Civil Comentado. Tomo II* (págs. 333-338). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mancha, P. (2017). *Teoría de la complejidad, caos y Derecho: una lectura jurídica de las dinámicas emergentes y no lineales*. Madrid: Marcial Pons.
- Marinoni, L. (2013). *Precedentes Obligatorios*. Lima: Palestra Editores.
- Poder Judicial. (18 de mayo de 2017). *Poder Judicial*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_salas_supremas/as_sala_civil_permanente/estadisticas?Estad%C3%ADsticas
- Ramírez, J. (2018). *Los hechos en el precedente: fundamentos para una reconstrucción racional del precedente constitucional en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Escuela de Posgrado.

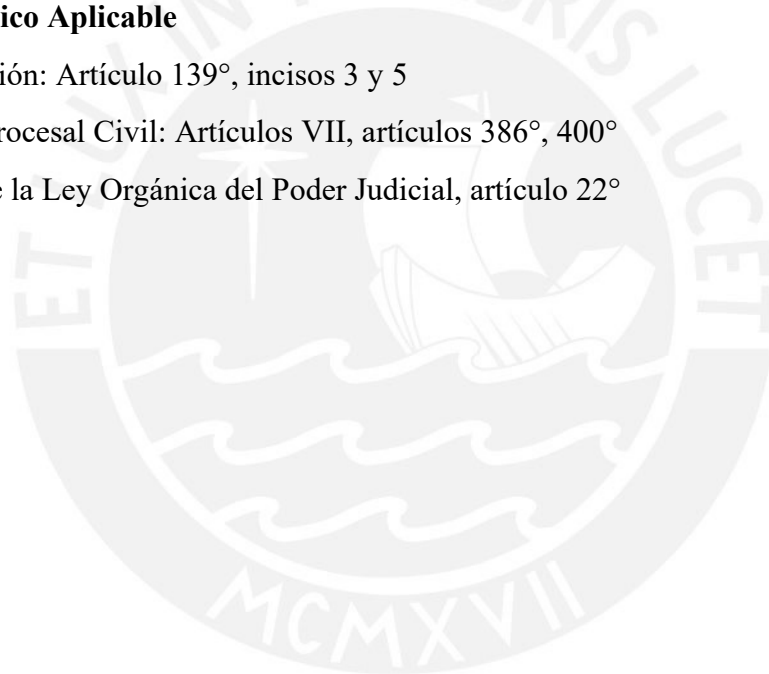
Rubio, M. (2017). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Sentencias

- Exp. N.º 3363-2004-AA/TC
- Exp N.º 3963-2007 (Lima)
- Exp. N.º 3725-2017-0-1601-JR-CI-01 (La Libertad)
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 005-2006-PI/TC
- Casación N.º 4664-2010-Puno [Tercer Pleno Casatorio Civil]
- Casación N.º 4442-2015-Moquegua [Noveno Pleno Casatorio Civil]

Marco Jurídico Aplicable

- Constitución: Artículo 139º, incisos 3 y 5
- Código Procesal Civil: Artículos VII, artículos 386º, 400º
- T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 22º





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

Congruencia Procesal

Si bien el Tercer Pleno Casatorio expresa que en los procesos de familia ha de estarse a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo, en lo que atañe, por ejemplo, al principio de congruencia, no es menos verdad que ello no supone generar indefensión en alguna de las partes resolviendo extremo que no fue objeto de controversia, ni mucho menos que se decida en abierta contradicción a la norma legal. Ello significaría negar el derecho de defensa y vulnerar uno de los principios básicos en los que se sustenta el sistema procesal moderno.

Art 139, inc 3, Const.

Lima, trece de junio de dos mil diecisiete.-

La **SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**: vista la causa número novecientos noventa y uno - dos mil dieciséis, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley; emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso, el demandante **Pedro Daniel Justo Borja** ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas ochocientos veintitrés, contra la sentencia de vista de fecha quince de diciembre de dos mil quince (fojas ochocientos cuatro), que confirma la sentencia de primera instancia del doce de enero de dos mil quince (fojas seiscientos doce), en el extremo que declara fenecida la sociedad de gananciales que existía entre las partes, siendo que los bienes inmuebles adquiridos serán repartidos de la siguiente forma: (i) del bien inmueble ubicado en la manzana H, lote 6, Grupo Residencial 8, sector 1, Villa El Salvador, corresponderá el 50% de las acciones y derechos a Santos Marciana Cáspito Llaure y el 50% de los derechos y acciones que corresponde a Pedro Daniel Justo Borja debe ser adjudicado a la cónyuge Santos Marciana Cáspito Llaure en condición de reparación por daño



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

moral; (ii) el inmueble ubicado en la manzana J, lote 25, de la Parcela II, del Parque Industrial de Villa El Salvador, inscrito en la Partida Registral N° 11163244, corresponde adjudicar 50% de las acciones y derechos a favor de cada parte; (iii) se señala como indemnización por el daño ocasionado a la cónyuge Santos Marciana Cáspito Llaure el 50% de los derechos y acciones que le corresponde a Pedro Daniel Justo Borja sobre el inmueble inscrito en la Partida N° PO3013799, los que son adjudicados a favor de la cónyuge agraviada.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El doce de enero de dos mil quince, Pedro Daniel Justo Borja interpuso demanda de divorcio por causal de separación de hecho contra Santos Marciana Cáspito Llaure, asimismo solicitó la disolución del vínculo matrimonial, el fenecimiento de la sociedad de gananciales y extinción de pensión alimenticia establecida a favor de la demandada, bajo los siguientes argumentos:

- Refiere que contrajo matrimonio civil con la demandada el treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y seis ante la Municipalidad Distrital de Villa El Salvador, provincia y departamento de Lima; producto de la relación procrearon tres hijas: Jessica Marilú, Elizabeth Giovana y Esther Justo Caspito, nacidas el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y uno y trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, todas mayores de edad.
- Que decidió retirarse del domicilio conyugal, de manera voluntaria y consensual el veinte de julio de mil novecientos noventa, ya que su



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

matrimonio se volvió conflictivo e insoportable; quedándose la demandada con sus hijas, aportando una pensión mensual que sigue vigente.

- Solicita el cese de la obligación alimenticia señalada a favor de su cónyuge ya que ella cuenta con ingresos que le permiten sufragar sus gastos de manutención teniendo el apoyo económico de sus hijas; asimismo refiere que adquirieron el bien inmueble ubicado en el Sector 1 Grupo 8 manzana H Lote 6, Villa El Salvador, domicilio donde habitan la demandada y sus hijas cuya repartición deberá ser de manera equitativa, es decir, 50% de los derechos y acciones para cada cónyuge.

2. Contestación de la Demanda.

Con fecha cinco de febrero de dos mil diez, Santos Marciana Cáspito Llaure contesta la demanda, mediante escrito de fojas ochenta y tres, con los siguientes argumentos:

- Señala que fueron convivientes antes de contraer matrimonio desde el mes de marzo de mil novecientos setenta y ocho, de modo que trabajando conjuntamente y habiendo la recurrente aportado con ingresos como comerciante del mercado Primero de Mayo, han adquirido: a) Un motor trifásico de 4.8 HP 3600 RPM 220/400 V., conforme a la factura N° 12890 el 22 de abril de 1985; b) Una sierra Cinta 50 de volante de hierro fundido maquinado con motor monofásico 2 H P 1750 RPM reconstruido y accesorios, conforme a la factura N° 039 de fecha doce de junio de mil novecientos ochenta y cinco; c) Máquina de pedestal torno para trabajar madera con motor trifásico de 0.9 HP, marca Delcrosa, 220 V 60 de 1700 RPM, un aditamento uña



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

$\frac{3}{4}$, un plato de 5" con rosca, un aditamento de esmeril con platos, tuerca, conforme a la factura N°0753 del 21 de diciembre de 1985; d) Un motor trifásico de 4.8 HP de 3600RPM 220/440 60HZ con la factura N°13833 del 21 de abril de 1986; y, e) Dos motores trifásicos NV 100 L2 48HP, conforme a la factura N°43143 del treinta y uno de marzo de 1988. Facturas que se encuentran a nombre de su cónyuge, pero se adquirió de manera conjunta con sus aportes, pues estaban trabajando en una pequeña fábrica de muebles.

- Indica que el demandante no salió voluntariamente de hogar, sino que hizo abandono de hogar, conforme a la denuncia de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y uno, ya que comprobó que estaba llevando una relación extramatrimonial con Lucía Gonzales, quedándose en total abandono con sus menores hijas Jessica, Giovanna y Esther quienes contaban con doce años, once años y un año y tres meses de edad, respectivamente; indica que de manera abrupta comenzó con los maltratos verbales y psicológicos, llegando a interponer una denuncia hace más de 25 años por lo que no figura en la actualidad en los registros policiales, infundiéndole miedo en la recurrente y sus hijas.
- Que el taller de ebanistería ubicado en el Parque Industrial lo adquirieron dentro del matrimonio, además desde el 24 de junio de 1986, solicitaron ser admitidos como socios APIAVES, domicilio donde funciona la fábrica de muebles, por lo que vieron por conveniente comprar otro inmueble para trasladar la maquinaria adquirida.
- Que sufre de reumatismo, requiriendo tratamientos constantes y evaluaciones semanales para mitigar su dolor lo que no le permite tener trabajo.
- Indica que el demandante no le ha hecho llegar el dinero que ha recaudado de la venta de los muebles ni de los ingresos de alquiler.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

- Como dice el demandante les corresponde el 50% de los bienes adquiridos y los que se adquirieron con posterioridad dado que es con dinero de la fábrica que conjuntamente formaron, siendo además que el demandante abandonó el hogar y cometió adulterio, lo que se prueba pues tiene cuatro hijos fuera del matrimonio, de las que se enteró en el año 2007.
- El demandante ha realizado inscripciones de los bienes como soltero, cayendo en el delito de falsedad genérica, ya que en el año 1996 tuvo que realizar una solicitud para que figure como propietaria en calidad de esposa, pues es producto de su esfuerzo y trabajo.

Por resolución número de fojas doscientos se declaró rebelde al Ministerio Público.

3. Puntos Controvertidos

Mediante resoluciones de fojas doscientos uno, doscientos ochenta y seis a doscientos ochenta y siete y seiscientos uno a seiscientos dos, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

- a) Determinar si el demandante se encuentra al día en la pensión alimenticia.
- b) Establecer si es procedente el divorcio por causal de separación de hecho.
- c) Determinar si es procedente la liquidación de la sociedad de gananciales
- d) Establecer si se debe fijar una indemnización al cónyuge agraviado.
- e) Determinar si es procedente pronunciarse respecto a la extinción de la obligación de los cónyuges a prestarse alimentos.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

- f) Determinar si la cónyuge Santos Marciana Caspito Llaure, tiene la condición de cónyuge más perjudicada en la separación de hecho invocada en la demanda y si en su caso procede o no la adjudicación de los bienes sociales por concepto de daño moral.

4. Sentencia de Primera Instancia

El doce de enero de dos mil quince, el Primer Juzgado de Familia Transitorio de Villa El Salvador de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró:

- Fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho.
- Disuelto el vínculo matrimonial.
- Fenecido el régimen de sociedad de gananciales que existía entre las partes.
- Improcedente en cuanto a determinar la obligación de alimentos entre los cónyuges, las que serán resueltas en el expediente de alimentos.

Los fundamentos fueron los siguientes:

- Está acreditado que la demandada ha iniciado un juicio de alimentos al demandante el cual se encuentra en giro en el expediente N° 343-2012, tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Villa El Salvador, donde se ha señalado una asignación alimenticia, la misma que se presume se viene cumpliendo porque de los documentos anexados al proceso no se tiene requerimiento de pago de pensiones alimenticias vencidas, por lo que no es exigible este requisito.
- Respecto a la causal de separación de hecho invocada en la demanda, se tiene que el demandante dejó constancia de su retiro voluntario del hogar el veinte de junio de mil novecientos noventa; por otro lado, la demandada Santos Marciana Cásposito Llaure dejó



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

constancia que en el mes de setiembre de mil novecientos noventa, su esposo hizo abandono de hogar. En tal sentido, se tiene acreditado que el demandante se retiró del hogar conyugal el veinte de junio de mil novecientos noventa, conforme a la constatación policial de fojas siete; asimismo se observa que las partes no tiene intención de reanudar su relación matrimonial, superándose el plazo de los dos años, tanto más si la separación no ha obedecido a razones laborales. Por lo que la demanda debe ser amparada y debe declararse la disolución del vínculo matrimonial celebrado entre las partes por la causa de divorcio referido a la de separación de hecho invocada en la demanda.

- Respecto al punto controvertido relativo al cónyuge perjudicado y si corresponde la adjudicación preferente del bien conyugal, se tiene del contenido del escrito de demanda de fojas diecinueve que el actor admitió que fue él quien dispuso separarse de a demandada en forma voluntaria el veinte de julio de mil novecientos noventa y por ende retirarse del hogar conyugal ubicado en el inmueble de la manzana H, lote 6, sector I, grupo 8. Distrito de Villa E Salvador, siendo además que en la constancia policial de fojas treinta y siete, las declaraciones testimoniales de las hijas de las partes, se evidencia que el actor se alejó del hogar abandonando a la demandada e incumpliendo sus deberes de cónyuge sin causa justificada. Destacando además que inicia concubinato impropio con Lucia Adela Geri Gonzales procreando a su hija Tatiana Justo Geri nacida el tres de junio de mil novecientos noventa y uno.
- Debe tenerse presente que a la fecha del retiro del cónyuge de hogar conyugal, había transcurrido cuatro años de unión matrimonial pero de manera convivencial desde el año setenta y nueve, conforme a la partida de nacimiento de su hija mayor Jessica Marilú Justo Cáspito,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

nacida el dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, del que se desprende que las partes vivían juntos mucho antes del matrimonio, lo que es reconocido por el demandante, conforme a la constancia de fojas seis, debiendo considerarse que el demandante hizo abandono dejando a su hija Esther Justo con solo nueve meses de nacida.

- No existe elemento idóneo que determine que la cónyuge demandada fue quien dio motivos para la separación de hecho invocada en la demanda, por ende resulta ser la cónyuge más perjudicada con la separación, pues el demandante frustró su proyecto de vida, iniciando una relación amorosa en el año noventa, empezando a convivir en el año noventa y cuatro; además no visitó a sus hijas durante diecinueve años (fojas trescientos veintiuno), la demandada se quedó al cuidado de sus hijas que a la fecha del retiro del demandado contaban con once años, nueve años y nueve meses edad, respectivamente, de lo que se colige que Santos Marciana Caspito Llaure quedó en una situación de menoscabo y desventaja material con relación al otro cónyuge, lo que evidentemente causó aflicción a la demandada, frustrándose sus expectativas emergentes de los derechos y obligaciones propias del matrimonio (deber de mutua ayuda y solidaridad entre esposos)
- Habiendo acreditado en autos con el documento de fojas nueve a once, la existencia de un inmueble de propiedad de la sociedad conyugal, inscrito en la Partida Electrónica N° PO3 013799, resulta menester indicar que el 50% de los derechos y acciones que corresponden a Pedro Daniel Justo Borja sean adjudicados a Santos Marciana Cásposito Llaure a título indemnizatorio.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

- En autos no se ha demostrado el estado de necesidad para fijar pensión alimenticia, tanto más si se está discutiendo en otro proceso específico tal materia.
- Respecto a la liquidación de gananciales se tiene que de la búsqueda en el registro de predios ante SUNARP con el nombre del accionante se tuvo como resultado: A) El inmueble ubicado en la manzana J, lote 24, Villa El Salvador inscrita en la Partida N° 111 63244 adquirida mediante escritura pública del quince de febrero de dos mil, presentado a SUNARP el veintiocho de febrero de dos mil, por lo tanto corresponde a la sociedad de gananciales y es factible de liquidación; B) El inmueble ubicado en la avenida Separadora Industrial Mz J1, lote 3, sector Parcela II del Parque Industrial de Cono Sur – Villa El Salvador inscrita en la Partida N° 1 2267796, del que se desprende que dicho bien se le otorgó a Pedro Daniel Justo Borja como dación de pago mediante la escritura pública de fecha trece de mayo de dos mil nueve, se reputa como bien propio, no correspondiendo a la sociedad de gananciales; y, C) El inmueble ubicado en la Mz H lote 6, sector 1, Grupo Residencial 8, Villa El Salvador inscrita en la Partida N° 3013799 (anteriormente la Partida N° 55013690) de fecha once de enero de mil novecientos ochenta y seis, presentado a SUNARP el dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y seis, correspondiendo a la sociedad de gananciales, siendo así se han delimitado los bienes que figuran a nombre del accionante y verificado que han sido adquiridos desde el matrimonio hasta la fecha de separación de los cónyuges, esto es, del treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y seis hasta la fecha.
- Siendo que en caso de autos el bien inmueble descrito en el literal A), ha sido adquirido por las partes, en consecuencia, forma parte del patrimonio conyugal y corresponde adjudicarse el 50% de las



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

acciones y derechos en favor de Santos Marciana Llaure y el otro 50% correspondiente a Pedro Daniel Justo Borja se adjudica a la cónyuge en condición de reparación por el daño moral irrogado por la separación.

5. Recurso de Apelación

Mediante escrito de fojas seiscientos cuarenta y tres, el demandante Pedro Daniel Justo Borja interpone recurso de apelación a fin de que se reputé como bien propio el Lote 3, manzana J1- Sector Parcela II, del Parque Industrial del Cono Sur, Villa El Salvador, inscrito en la partida N° 12267796, de la SUNARP y que no se reputé como cónyuge más perjudicada a la demandada, argumentando lo siguiente:

- La recurrida le causa agravio por no haberse valorado adecuadamente los argumentos esgrimidos en el proceso, pues la demandada no tiene la condición de cónyuge perjudicada debido a que la separación fue consensuada, tal es así que atendió sus obligaciones alimentarias sin que le falte nada, siendo que la causa de la separación se originó por la conducta deshonrosa de la demandada, quien le fue infiel con el padre de su primera hija.
- Debe dejarse sin efecto lo referente a la indemnización con el 50% de sus derechos y acciones del predio ubicado en el sector 1, grupo 8, manzana H, lote 6, del distrito de Villa El Salvador, predio que adquirió antes del matrimonio y constituye bien propio, conforme lo reconoce la demandada al responder a la primera pregunta realizada por el abogado de la defensa.
- Con posterioridad a la separación de hecho ocurrida en el año de 1990 adquirió el Lote 24, de la manzana J, de la parcela II, del Parque Industrial de Villa El Salvador, inscrito en la partida N 11163244. En



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

consecuencia, se infiere que fue con posterioridad a la separación de hecho, es decir el quince de febrero de año dos mil, lo que significa que legalmente ya no es un bien de la sociedad conyugal, pues así lo establece el penúltimo párrafo del artículo 319 del Código Civil.

6. Sentencia de Segunda Instancia

El quince de diciembre de dos mil quince, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur expide la sentencia de vista de fojas ochocientos cuatro, confirmando la de primera instancia.

La Sala Superior señala:

- Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre:
a) los perjuicios que se originan con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda; b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.
- El apelante cuestiona la sentencia de primera instancia que considera cónyuge perjudicada a la demandada, en ese sentido cabe precisar que en el escrito de demanda como de contestación, se refiere que él fue quien se retiró voluntariamente del hogar conyugal dejando a cargo de la demandada a sus hijas, procediendo a pasar alimentos correspondientes; asimismo se tiene la manifestación de las hijas Jessica Marilú, Elizabeth Giovanna y Esther Justo Caspito prestados en la audiencia de pruebas de fecha veintiocho de setiembre de dos mil once, fojas trescientos diecisiete, quienes señalan que desde la separación su madre sufría mucho, pero se hacía la fuerte, y que la hija mayor era quien tenía que ir a pedirle apoyo a su padre, por su



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

parte la segunda hija refiere que su madre lloraba todos los días y a raíz de ello intentó quitarse la vida, pero su hermana lo impidió, que su padre agredió a su mamá, que su madre es quien los ha cuidado y vestido, y que desde los 15 años tuvo que ir a pedirle a su padre para sus alimentos siendo que él les decía que no tenía; en ese sentido, se advierte que el demandante no asumió su deber de cuidar, brindar afecto y apoyo emocional y material suficiente a sus hijas.

- Asimismo, la última de sus hijas tuvo que accionar judicialmente para que el demandante le brinde los alimentos, además el actor luego del retiro del hogar conyugal ha continuado su vida con normalidad formando una nueva familia, y ha procreado cuatro hijos siendo que el mayor de ellos nació al año de haberse retirado de hogar conyugal, como es de verse de las Partida de Nacimiento adjuntadas, habiendo dejado en desamparo moral y material a su cónyuge y a sus hijas.
- En tal sentido, corresponde considerar a la demandada como cónyuge perjudicada, siendo que la sentencia de primera instancia ha considerado que el inmueble adquirido a nombre de los dos como solteros (Sector 1, Grupo 8, Mza H, Lote 6, del distrito de Villa El Salvador, inscrito en la Partida Electrónica N° PO3 013799, en fecha once de enero de mil novecientos ochenta y seis, se adjudique preferentemente a la demandada por ser bien de la sociedad conyugal. Sobre tal punto, la impugnada expresa que las partes convivieron antes de contraer matrimonio, haciendo vida conyugal desde el año mil novecientos setenta y ocho como refiere la demandada en su escrito de contestación, corroborada por la constatación de fecha veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa, por lo que a pesar de haberse adquirido el inmueble antes del matrimonio, habiendo convivido años antes, sin impedimento, y con fines semejantes al matrimonio, en aplicación de lo prescrito en el



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

artículo 326 del Código Civil, le corresponde el 50% a cada uno como gananciales, en concordancia con el numeral 322 del citado Código, por lo que corresponde desestimar el primer y segundo agravio.

- En el caso de autos también se está cuestionando la liquidación de la sociedad de gananciales, respecto el inmueble registrado en la Partida N° 11163244, ya que fue adquirido el quince de febrero de dos mil, es decir, después de la separación de hecho en 1990, correspondiendo aplicar lo regulado en el penúltimo párrafo del artículo 319 del Código Procesal Civil.
- Al respecto es de señalarse que mediante Ley N° 27 495 se modificaron los artículos 319, 333, entre otros del Código Civil, Ley que entró en vigencia el ocho de julio de dos mil uno, y es en dicha fecha en la cual se incorpora que el fenecimiento de las sociedades gananciales se produce desde el momento de la separación de hecho; asimismo la mencionada Ley en su Primera Disposición Complementaria y Transitoria estableció: *“La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dicho caso, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta ley”*, es decir que tal disposición resulta aplicable al presente caso ya que estamos ante una separación de hecho existente a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 27495, por lo que todos los bienes que hubiese adquirido el demandante hasta antes del ocho de julio de dos mil uno corresponde a la sociedad de gananciales, desvirtuándose así lo alegado en el escrito de apelación.

III. RECURSO DE CASACION



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

El uno de febrero de dos mil dieciséis, el demandante Pedro Justo Borja mediante escrito de fojas ochocientos veintitrés, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista, siendo declarado procedente por este Supremo Tribunal mediante la resolución de fecha diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis, por la **infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Estado.**

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si la sentencia de vista ha sido motivada adecuadamente y si ha infringido el debido proceso o el principio de congruencia procesal.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

Primero.- En el presente caso, se denuncia de manera específica que se ha vulnerado el principio de congruencia procesal, pues ningún juez puede otorgar a una de las partes más de lo que ella pidió, atentando al principio *iura novit curia*. Se indica, además, que hubo una interpretación errada del artículo 326 del código civil, pues esta norma no dice que los bienes adquiridos por los convivientes son bienes gananciales. Del mismo modo, se sostiene que lo que la demandada solicitó fue el 50% del 100% del total de los inmuebles ubicados en Manzana H, lote 6, sector I, grupo 8, Villa El Salvador y el inscrito bajo la Partida 11163244, por lo que la Sala Superior no podía exceder esa petición.

Segundo.- Siendo ello así se observa que al momento de disolver la sociedad de gananciales, las instancias procedieron a indicar que existían tres inmuebles: (i) El ubicado en la manzana H, lote 6, grupo 8, sector 1, Villa El Salvador. (ii) El ubicado en la manzana J, lote 24, parcela II,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

Parque Industrial de Villa El Salvador, inscrito en la Partidas 11163244.
(iii) El inmueble inscrito en la Partida PO3013799.

Con respecto al primer inmueble se ha señalado que forma parte del patrimonio conyugal, otorgándose el 50% de los derechos y acciones que corresponden al demandante en vía de adjudicación por concepto de daño moral.

Sobre el segundo bien se ha sostenido que también forma parte de la sociedad de gananciales y se ha ordenado la división del mismo.

Finalmente, en cuanto al tercer inmueble se le adjudica a la demandada el 50% de los derechos y acciones que le corresponden al demandante, por concepto de indemnización.

Tercero.- Así las cosas, se advierte que el inmueble ubicado en la manzana H, lote 6, grupo 8, sector 1, Villa El Salvador, conforme lo expone el décimo sexto considerando de la impugnada, se trata de bien adquirido antes que naciera la sociedad conyugal y en la que las partes tenían la calidad de copropietarios; no obstante ello, se ha indicado: “aún en el caso de haberse adquirido antes del matrimonio a que se refiere la declaración de parte de la demandada, habiendo convivido años antes, sin impedimento, y con fines semejantes al matrimonio, en aplicación de lo prescrito en el artículo 326 del código civil, le corresponde el 50% a cada uno como gananciales, en concordancia con el numeral 323 del código acotado”. Es decir, se aborda el tema como si el bien fuera uno perteneciente a la sociedad de gananciales y no adquirido bajo el régimen de copropiedad y se decide en la práctica sobre una unión de hecho, materia que no fue demandada y que tampoco formó parte de los puntos controvertidos.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

Cuarto.- A ello debe añadirse que se adjudica el 50% de las acciones y derechos que le pertenecen al demandante como copropietario a la demandada, sin reparar que lo que faculta el artículo 345 A del código civil es “**la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal**”, calidad que no tenía el bien del que la sentencia dispone, al extremo que la propia sentencia recurrida establece partición sobre derechos y acciones.

Quinto.- El artículo 345-A del Código Civil prescribe: “*El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder*”. Tal disposición ha sido objeto de análisis en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado el trece de mayo de dos mil once. En dicho pleno se estableció como precedente judicial vinculante que en: “*los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona*”, lo que también es concordante con lo dispuesto en el artículo 351 del Código sustantivo “*Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

Sexto.- El mismo Pleno Casatorio expresa que en los procesos de familia ha de estarse a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo, en lo que atañe, por ejemplo, al principio de congruencia. Siendo esto cierto, no es menos verdad que ello no supone generar indefensión en alguna de las partes resolviendo extremo que no fue objeto de controversia, ni mucho menos que se decida en abierta contradicción a la norma legal. Ello significaría negar el derecho de defensa y vulnerar uno de los principios básicos en los que se sustenta el sistema procesal moderno.

Sétimo.- Habiéndose infringido las normas del debido proceso corresponde emitir nueva resolución, toda vez que la sentencia se ha pronunciado sobre tema no debatido y resuelve fuera del mérito de lo actuado, vulnerando el artículo 122 del código civil y, por consiguiente, el artículo 139.3 de la Constitución del Estado.

VI. DECISIÓN

Por las consideraciones glosadas, esta Sala Suprema, de conformidad con lo que establece el tercer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364:

1. Declara **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante Pedro Daniel Justo Borja (fojas ochocientos veintitrés); en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fecha quince de diciembre de dos mil quince (fojas ochocientos cuatro), **ORDENARON**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N°991 - 2016
LIMA SUR

Divorcio por Causal de Separación de Hecho

que la Sala Superior emita nuevo fallo en atención a lo dispuesto en la presente ejecutoria suprema.

2. **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos con Santos Marciana Caspito Llaure, sobre divorcio por causal de separación de hecho; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas**; por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi, integra esta Sala Suprema la señora Jueza Suprema Céspedes Cabala.-

S.S.

TÁVARA CÓRDOVA

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

CALDERÓN PUERTAS

SÁNCHEZ MELGAREJO

CÉSPEDES CABALA

Ymbs