

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS N° 5033-2009  
CUSCO**

Lima, doce de marzo del dos mil diez.-

**VISTOS**, con los acompañados; y, **CONSIDERANDO**: -----

**PRIMERO**.- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por el demandante Jorge Erwin Bonett Rodríguez, para cuyo efecto se procede a calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 29364.-----

**SEGUNDO**.- Que, para la admisibilidad del recurso de casación debe considerarse lo previsto en el artículo 387 del Código Procesal Civil, que establece su interposición: **1)** Contra las sentencias y autos expedidos por las Salas Superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso; **2)** Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad; **3)** Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda; y, **4)** Adjuntando el recibo de la tasa judicial respectiva; siendo que dichos requisitos deben presentarse copulativamente a fin de admitir el presente recurso.-----

**TERCERO**.- Que, como se constata en autos, el impugnante presenta su recurso ante la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que emitió la resolución impugnada, siendo ésta una resolución que pone fin al proceso, acompañando el pago de la tasa judicial respectiva. Asimismo dicha resolución le fue notificada el catorce de octubre del dos mil nueve, conforme se verifica del cargo de fojas doscientos setenta y seis, presentando el recurso con fecha veintisiete de octubre del mismo año, como se observa del sello de recepción puesto en el mismo; por tanto, cumple con todos los requisitos que precisa la norma procesal acotada.-----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS N° 5033-2009  
CUSCO**

**CUARTO**.- Que, en relación a los requisitos de procedencia, cumple con lo previsto en el numeral 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil, al no haber consentido la decisión que le fue adversa en primera instancia, la misma que ha sido confirmada por la resolución objeto del recurso, por lo que satisface el requisito de procedencia.-----

**QUINTO**.- Que, el recurrente denuncia: **La infracción normativa** por inobservancia e inaplicación de los **artículos 340, 349, 333 inciso 10) del Código Civil; 74 inciso d) y 85 del Código de los Niños y de los Adolescentes, así como la de los artículos I, VII y IX Título Preliminar del Código Procesal Civil**, alegando lo siguiente: i) En aplicación estricta de lo dispuesto por el **artículo 340 del Código Civil**, los hijos se confían a quien obtuvo la separación por causal específica, por ende, siendo el recurrente el cónyuge inocente, le corresponde en observancia de la norma acotada, ejercer la patria potestad de sus menores hijas, además que la sanción de suspensión de la patria potestad en los casos de separación de cuerpos por causal específica obedece a un imperativo mandato de la ley. ii) En cuanto al interés superior del niño y adolescente, en atención a dicho principio, la Sala Superior ha debido observar el **numeral d) del artículo 74 del Código de los Niños**, toda vez que la demandada no cumple con otorgar un buen ejemplo a sus menores hijas, habiéndose reconocido que ha sido condenada por delito doloso, empero al no tratarse de la comisión de un delito contra la familia, sino contra la fe pública, se le otorga la patria potestad de sus hijas, lo que carece de fundamento jurídico, pues la causal que ha propuesto prevista en el **inciso 10) del artículo 333 del Código Civil**, sólo prescribe como tal la condena por delito doloso, debiendo entenderse intrínsecamente cualquier delito, más aún si dicha condena ha sido por la transferencia de un bien de la sociedad conyugal. iii) Agrega que no se ha tomado en cuenta las opiniones de sus hijas, las que han sido prestadas ante el Juez de Paz Letrado, estableciendo al respecto el **artículo 85 del Código de los Niños**, que la opinión se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS N° 5033-2009  
CUSCO**

efectúa ante el Juez Especializado, hecho que no ha ocurrido en el caso de autos; además de omitir que si bien el juez está en la obligación de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, no está limitado a fallar según lo considere el menor sino atender a su interés superior, el que no necesariamente va a concordar a cabalidad con la opinión aludida, por lo que se debió aplicar de manera objetiva dicho artículo. **iv)** Refiere además que la Sala de Vista sostiene que la patria potestad obedece únicamente a un mandato imperativo del artículo 483 del Código Civil, dejando de lado su derecho de accionar; sin embargo, ha puesto en conocimiento la existencia de dos sentencias emitidas en el proceso sobre Pérdida de la Patria Potestad, en las que ya se ha determinado válidamente que sus hijas se queden a su cargo y de lo resuelto en la recurrida, se puede advertir la existencia de sentencias contradictorias, lo que atenta contra el principio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que faculta a cualquier persona a requerir la intervención del órgano jurisdiccional en busca de dilucidar una incertidumbre con relevancia jurídica, lo que en el caso de autos no se ha concretado con la resolución cuestionada; y **v) inaplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, que faculta al juez aplicar la norma que corresponde, aunque no haya sido invocada, lo que no implica ir mas allá del petitorio de las partes; señala que la Sala Suprema debe considerar si se aplicó o no dicho dispositivo legal y si es o no pertinente su observancia en el caso de autos, así como el principio de vinculación y formalidad previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil.-----

**SEXTO.**- Que, si bien del examen del presente recurso propuesto, fluye que el impugnante describe cuáles son las infracciones que acusa, cumpliendo con el requisito previsto en el numeral 2 del artículo 388 del Código Procesal Civil, sin embargo no acredita cual sería la incidencia directa que tendrían sus denuncias en la resolución impugnada, en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS N° 5033-2009  
CUSCO**

virtud a que la misma normatividad que invoca (artículo 340 del Código Civil), le otorga la facultad discrecional al juzgador para confiar la patria potestad de los menores no sólo al cónyuge inocente, sino en atención al bienestar de los mismos, que es precisamente lo que ha expuesto la Sala al tomar la decisión respectiva, teniendo en cuenta incluso la propia declaración de éstos, al evaluar la instrumental de fojas doscientos treinta a que se hace referencia y al interés superior de los menores, razón por la que deben desestimarse los agravios expuestos en los apartados i) ii) y iii); asimismo, respecto a los agravios esgrimidos en los numerales iv) y v), cabe advertir que la Sala de Vista ha tomado en cuenta la no existencia de decisión judicial firme respecto a la privación o limitación del ejercicio de la patria potestad del cónyuge frente a sus hijas, habiéndose resuelto la causa en base a las pretensiones demandadas, no advirtiéndose la infracción de las normas que se alegan en dichos apartados.-----

Por estas consideraciones, y en aplicación del artículo 392 del Código Procesal Civil; declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas trescientos sesenta interpuesto por Jorge Erwin Bonett Rodríguez, contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y nueve, su fecha seis de octubre del dos mil nueve; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jorge Erwin Bonett Rodríguez con Luz Marina Lazarte Díaz, sobre Divorcio por causal; intervino como ponente, el Juez Supremo León Ramírez.-

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**

**LEON RAMIREZ**

**VINATEA MEDINA**

**ALVAREZ LOPEZ**

**VALCARCEL SALDAÑA**

Naj/igp

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS N° 5033-2009  
CUSCO**

Lima, doce de marzo del dos mil diez.-

**VISTOS**, con los acompañados; y, **CONSIDERANDO**:-----

**PRIMERO**.- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la demandada Luz Marina Lazarte Díaz, para cuyo efecto se procede a calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 29364.-----

**SEGUNDO**.- Que, para la admisibilidad del recurso de casación debe considerarse lo previsto en el artículo 387 del Código Procesal Civil, que establece su interposición: **1)** Contra las sentencias y autos expedidos por las Salas Superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso; **2)** Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad; **3)** Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda; y, **4)** Adjuntando el recibo de la tasa judicial respectiva; siendo que dichos requisitos deben presentarse copulativamente a fin de admitir el presente recurso.-----

**TERCERO**.- Que, como se constata en autos, la impugnante presenta su recurso ante la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que emitió la resolución impugnada, siendo ésta una resolución que pone fin al proceso, acompañando el pago de la tasa judicial respectiva. Asimismo dicha resolución le fue notificada el catorce de octubre del dos mil nueve, conforme se verifica del cargo de fojas doscientos setenta y siete, presentando el recurso con fecha veintiocho de octubre del mismo año, como se observa del sello de recepción

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS N° 5033-2009  
CUSCO**

puesto en el mismo; por tanto, cumple con todos los requisitos que precisa la norma procesal acotada.-----

**CUARTO.**- Que, en relación a los requisitos de procedencia, cumple con lo previsto en el numeral 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil, al no haber consentido la decisión que le fue adversa en primera instancia, la misma que ha sido confirmada por la resolución objeto del recurso, por lo que satisface el requisito de procedencia.-----

**QUINTO.**- Que, la recurrente denuncia: ***La Infracción normativa procesal de los artículos 446 inciso 7), 452 y 453 del Código Procesal Civil***, así como el ***apartamiento inmotivado del precedente judicial contenido en el Expediente número mil cincuenta y cuatro – mil novecientos noventa y cinco - Lima***, publicado el primero de mayo de mil novecientos noventa y ocho, argumentando, luego de una amplia exposición lo siguiente: **i)** Se ha generado una grave infracción del primer dispositivo citado, el cual regula el derecho a proponer la Excepción de Litispendencia dentro de su oportunidad legal, precisando que si bien ésta no ha sido formulada como medio de defensa alegando la burla a la notificación cometida por el actor, la Sala Superior debió apreciar la existencia real del proceso judicial sobre divorcio por causal, seguido entre las mismas partes signado con el número mil doscientos treinta y siete – dos mil tres. **ii)** En relación al precedente judicial que cita, afirma que en el mismo se declara fundada la excepción de litis pendencia, al darse en ambos procesos, la triple identidad prevista en el artículo 452 del Código Procesal glosado. Invoca su pedido anulatorio como principal y solicita en forma subordinada se declare la improcedencia de la demanda.-----

**SEXTO.**- Que, al respecto, cabe indicar que los agravios que se exponen en relación al **apartado i)** no pueden acogerse, en virtud a que los mismos están referidos a un medido de defensa -excepción de litis pendencia, que como bien reconoce no ha hecho valer de manera oportuna, razón por la que en aplicación de lo previsto por el artículo 454

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS N° 5033-2009  
CUSCO**

del Código Procesal Civil, tales agravios no pueden ser alegados como causal de nulidad o afectación del derecho al debido proceso, si de manera oportuna no se hizo valer el mismo, tanto más si por los mismos argumentos que hoy esgrime en el presente recurso, efectuó un pedido de suspensión del proceso, que finalmente fue desestimado por el juez, siendo confirmada dicha decisión por la Sala conforme fluye de fojas ciento veintitrés, ciento treinta y siete y ciento cincuenta y seis de autos, a lo que debe agregarse que habiéndose declarado la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, precluyó la oportunidad para dejar sin efecto dicha resolución, como bien lo ha señalado la Sala de Vista; consiguientemente no demuestra la incidencia directa que tendrían los agravios que expone con lo decidido por la Sala; en igual sentido, respecto al agravio expuesto en el **apartado ii)**, debe precisarse que estando a que en la materia que invoca aún no existe pronunciamiento sobre la infracción del precedente judicial que cita en los términos que señala el artículo 400 del Código Procesal Civil, se incumple con la exigencia prevista en los incisos 2 y 3 del artículo 388 del citado Código Procesal.-----

Por las razones expuestas y en aplicación del artículo 392 del Código Procesal Civil: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas trescientos setenta y siete interpuesto por Luz Marina Lazarte Díaz, contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y nueve, de fecha seis de octubre del dos mil nueve; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Jorge Erwin Bonett Rodríguez con Luz Marina Lazarte Díaz, sobre Divorcio por causal; intervino como ponente, el Juez Supremo León Ramírez.-

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**

**LEON RAMIREZ**

**VINATEA MEDINA**

***CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE***

***CAS N° 5033-2009  
CUSCO***

**ALVAREZ LOPEZ**

**VALCARCEL SALDAÑA**

naj/igp