

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE ESTUDIOS DE DERECHO



El adulterio como medio probatorio en el divorcio

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

Torres Curazi, Lincoln Franz

Asesor

Carrillo Cisneros, Félix

Código ORCID 0000-0002-8851-6436

HUACHO – PERU

2019

Palabras Claves: Adulterio, Divorcio, Medio Probatorio.

Tema	El Adulterio Como Medio Probatorio En El Divorcio
Especialidad	Código Civil

Keywords: Adultery, Divorce, Probatory Medium.

Text	Adultery as Probative Means in Divorce
Specialty	Civil Code

Línea de Investigación: Derecho

DEDICATORIA

A mis padres por ser el pilar fundamental en toda mi educación, tanto académica, como el de la vida, por su apoyo incondicional perfectamente mantenido a través del tiempo.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, en especial a mi padre que en vida siempre me brindó apoyo tanto moral y económico, a mi madre y hermana que lo siguen haciendo. A todas las personas que contribuyeron facilitándome la información requerida o manifestándome sus puntos de vistas desde su experiencia profesional, a todos ellos mi agradecimiento por su soporte.

INDICE

PALABRAS CLAVES.....	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	1
DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	2

CAPITULO I

EL ADULETRIO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL DIVORCIO

2.- MARCO TEORICO	3
2.1.- EL MATRIMONIO	3
2.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.....	4
2.3.- EL DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO	5
2.4. ETIMOLOGIA:.....	5
2.5.- DEFINICION:.....	6
2.6.- EL ADULTERIO.....	6
2.7.- PROBANZA.....	7
2.8.- PROCESOS DE SEPARACION Y DE CUERPOS.....	8
2.9.- PRUEBA DEL DIVORCIO POR ADULTERIO Y POR INJURIAS GRAVES. EL CRITERIO JUDICIAL.....	10
2.10.- DEBER DE FIDELIDAD Y ASISTENCIA DE LOS CÓNYUGES.....	12
2.11.- SISTEMAS DEL DIVORCIO EN EL PERÚ.....	13
2.12.- LA CADUCIDAD DEL DIVORCIO POR ADULTERIO	14
2.13.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU.....	15
2.14.- JURISPRUDENCIAS NACIONALES	20
3.- ANALISIS DEL PROBLEMA.....	26
4.- CONCLUSIONES.....	27
5.- RECOMENDACIONES.....	28
6.- BIBLIOGRAFÍA	29
7.- ANEXOS.....	30
1.- CASO PRACTICO EXP. 3562-2013	
2.- PALABRAS CLAVES	

RESUMEN

Esta investigación versa principalmente sobre la posibilidad de solicitar la disolución del matrimonio en común por la falta de débito conyugal, sin tener que recurrir a otras causales establecidas en el artículo 333° del Código Civil, como la separación de hecho o separación convencional. De esta forma, a lo largo de este estudio se desarrollara la institución del matrimonio, la naturaleza jurídica y su regulación en la normativa nacional, recalcando que el matrimonio es una institución natural y que al unirse los cónyuges por voluntad propia, tienen pleno conocimientos de los deberes y obligación que ellos implica, así como también la finalidad del matrimonio.

En este sentido si alguno de los cónyuges infringe los deberes matrimoniales puede solicitar el divorcio, es por ello, que para mayor comprensión se describirá como se encuentra regulado el divorcio en el Perú y el Derecho Comparado y cuáles son los supuestos expresamente establecidas para su disolución. Concluyéndose con la propuesta de la disolución del matrimonio por falta de débito conyugal bajo la causal del adulterio cuando uno de ellos comete al estar con otra persona así como también el derecho a una indemnización a la parte perjudicada.

Por tal motivo nos hemos planteado el siguiente problema, ¿Cómo se puede probar la configuración de adulterio en un proceso de divorcio?, pues hasta donde sabemos, resulta muy difícil acreditar dicha causal cuando nos encontramos ante un proceso de divorcio por causal de adulterio. Asimismo, dada la dificultad para acreditar las relaciones fuera del matrimonio, el medio por excelencia que nos permite probar la configuración del adulterio, es la partida del hijo extramatrimonial.

1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El matrimonio es una institución de gran importancia para la sociedad, ya que garantiza la estabilidad y permanencia de la familia como célula fundamental. Sin embargo, como contraposición al matrimonio existe la figura del divorcio, que persigue destruir el lazo conyugal cuando opera las causales establecidas en la ley. Siendo, ello así, a continuación pretendemos centrarnos en el proceso de divorcio por causal de adulterio para determinar los supuestos de su configuración y su probanza; asimismo, es menester señalar que el tema de la probanza del adulterio es muy difícil de acreditar, pues la manera más fehaciente de probar es cuando se tiene la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de uno de los cónyuges durante la vigencia de su matrimonio.

Razón por la cual hemos planteado el siguiente problema, ¿Cómo se puede probar la configuración de adulterio en un proceso de divorcio?, pues hasta donde sabemos, resulta muy difícil acreditar dicha causal cuando nos encontramos ante un proceso de divorcio por causal de adulterio. Respecto, al tema materia de investigación, la doctrina nacional ha establecido que la figura del adulterio se configura con la realización del acto sexual fuera del matrimonio, sea este ocasional o de manera permanente. El problema al hacer uso de esta causal de divorcio es la manera de probar las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual, en la mayoría de las veces, se torna bastante difícil.

De tal manera, tenemos que el adulterio es la unión sexual de un hombre o una mujer con una persona que no es su cónyuge, es decir, se trata de una relación sexual extramatrimonial que vulnera recíprocamente el deber de fidelidad que se deben los esposos.

CAPITULO I

EL ADULTERIO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL DIVORCIO

2.- MARCO TEORICO

2.1.- EL MATRIMONIO

ORIGEN

El origen etimológico de la palabra matrimonio como denominación de la institución bajo ese nombre, deriva de la expresión "matrimoniũm" proveniente de dos palabras del latín: la primera "matris", que significa "matriz" (sitio en el que se desarrolla el feto) y, la segunda, "monium", que quiere decir "calidad de...", o sea, la aportación de la mujer que contrae nupcias para ser madre. En su aspecto natural implica la procreación, es decir, la multiplicación de la especie humana. En su aspecto legal lleva en si, además del reconocimiento social de esa práctica, una sanción jurídica (matrimonio civil) o religiosa (matrimonio eclesiástico), o ambas, a través de la celebración de uno o varios contratos que incluyen también cuestiones patrimoniales. A título comparativo, habrá que considerar también el concepto de "patrimoniũm", derivado de las palabras latinas "patris", que significa padre y "monium", que quiere decir "calidad de...", o sea, la aportación del hombre como "varón engendrador" o "progenitor" y de proveedor del sustento de la familia. Para efectos de mayor comprensión de la expresión "matrimonio" en su aspecto etimológico es importante tener presente que, en muchas de las lenguas romances, es válido el concepto del contrato de matrimonio considerado por el Derecho Romano, que tiene su fundamento en la idea de la posibilidad de ser madre, que la naturaleza da a la mujer núbil, la llevase a procrear una familia. En contraste con ese concepto occidental podríamos mencionar el caso del idioma árabe, en

el que es entendido como "contrato de coito" o "contrato de penetración", según la traducción de la expresión akd nikah al español.

CONCEPTO

El matrimonio es la unión de dos personas que se realiza voluntariamente ante la ley con el fin de hacer vida común. Ambos cónyuges tienen iguales derechos, deberes, consideraciones, responsabilidades y autoridad en el hogar. Asimismo, si tienen hijos, todos estos tienen iguales derechos y los padres están obligados a darles sostenimiento, protección, educación y formación en igual medida, de acuerdo a su situación y posibilidades. Para contraer Matrimonio Civil debes acudir a la municipalidad distrital o provincial a la que corresponda tu domicilio o el de tu pareja.

2.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

(Hervada, 2007). Enfatiza que el matrimonio se trata de una institución perteneciente a la naturaleza humana y, en concreto, tres cosas: que el matrimonio no tiene origen en la inventiva humana; que es de derecho natural; que es la forma humana del desarrollo completo de la sexualidad, es decir, el matrimonio es y ha sido siempre parte de la naturaleza propia de los hombres.

En esta perspectiva existen dos rasgos subyacentes en esta institución de naturaleza humana: la sexualidad y la sociabilidad. Por la primera, la especie humana está dotada del recíproco complemento de hombre y mujer con fines de propagación. La sexualidad pertenece constitutivamente al propio ser humano. La diversidad biológica de ambos sexos se revela también, por la íntima relación de cuerpo y alma, en la anímica y espiritual.

La sociabilidad consiste radicalmente en la inclinación inherente del ser humano hacia el trato con los otros que reside en la misma naturaleza. El carácter social del matrimonio proviene de la tendencia que siente la persona hacia los otros seres, esto es, el matrimonio como realidad natural, sólo surge por el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, quienes son los que actualizan en ellos lo que la naturaleza a dispuesto para ellos en potencia al crearlos varón y mujer.

2.3.- EL DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

(Peralta, 2002). El divorcio plantea uno de los problemas más graves de la sociedad actual, porque su proliferación en el mundo entero parece convertida en un fenómeno normal, pues hoy en día hombre y mujer se divorcian con la misma naturalidad con que se casan.

La concepción tradicional de divorcio, basada en la culpabilidad de un cónyuge y la inocencia del otro, implica lógicamente la existencia de unas causas legales justificadas de la petición unilateral de divorcio. El divorcio comporta una sanción para el culpable incurso en la causa legal, sanción que repercute en los efectos personales y patrimoniales del divorcio que son diferentes para el inocente y para el culpable.

2.4. ETIMOLOGIA:

(Cabello, 1999). Etimológicamente la voz adulterio deriva del latín *ad alterius thorum ire* que significa andar en lecho ajeno. Este constituye la violación de una obligación esencial del matrimonio: la fidelidad. Sin embargo, no cualquier acto de infidelidad podrá configurarlo. Nuestros Tribunales exigen para su tipificación "el acceso carnal que uno de los cónyuges mantiene con tercera persona.

2.5.- DEFINICION:

(Placido, 2002). El adulterio es la unión sexual de un hombre o una mujer casados, con quien no es su conyugue. Se trata de una unión sexual extramatrimonial en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad reciproco que se deben los esposos.

(Peralta, 2002). Define al matrimonio como la unión de un varón y de una mujer concertada de por vida mediante la observación de ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia.

2.6.- EL ADULTERIO

(Valverde, 2008). Adulterio se presenta como la primera causal de divorcio, sea por el mayor grado de afectación causado por las relaciones matrimoniales o porque es el caso más cometido por las parejas. De tal manera, que se le concibe al adulterio como la unión sexual de un hombre o una mujer con una persona que no es su cónyuge], es decir, se trata de una relación sexual extramatrimonial que vulnera recíprocamente el deber de fidelidad que se deben los esposos. En otras palabras, el adulterio es una falta grave al matrimonio, que es reprochada cuando es cometida por cualquiera de los cónyuges.

La noción de adulterio ha sido elaborada por la jurisprudencia nacional, la cual ha llegado al consenso de reconocer que esta causal operara cuando se produce la unión sexual de un hombre y una mujer casados con quien no es su esposa o marido, respectivamente. Por ello, la doctrina refiere que, es una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente la fidelidad recíproca que se deben los esposos.

Constituye un tema de especial controversia la prueba del adulterio, en principio, estando a las dificultades para acreditar el acto sexual

realizado fuera del matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia aceptan la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes, y, en todo debe considerarse que tales pruebas no tuvieren entidad suficiente para configurar el adulterio, las tendrán que tipificar la causal de injurias graves. En este sentido entre las pruebas indiciarias que se aceptan para acreditar el adulterio están la presentación de la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial o el público conocimiento que pueda tener la vecindad de que uno de los cónyuges mantiene relaciones íntimas con otra persona.

2.7.- PROBANZA

(Gutierrez, 2003). Como ya lo hemos hecho mención al iniciar nuestro trabajo de investigación, el tema de la probanza del adulterio en un proceso de divorcio tiene una especial controversia; así dada la dificultad encontrada para acreditar el acto sexual realizado fuera del matrimonio, tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como por ejemplo: con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de éste. Asimismo, en el caso que tales pruebas no tuvieren entidad suficiente para configurar el adulterio, las tendrán para tipificar otra causal.

Convenimos en que el marco en donde se desarrolla la prueba es el debido proceso y las pautas que se enuncian comprenden las actividades centrales a ser desarrolladas en materia de prueba. De esta manera, todo ciudadano nacional o extranjero que sea parte de un proceso judicial, debe tener el derecho de ofrecer las pruebas en las etapas correspondientes, salvo, las excepciones que el propio texto legal establezca; asimismo, el justiciable tiene derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en su

oportunidad; luego a que se actúen los medios probatorios de las partes que fueron admitidos oportunamente; también tiene el derecho a impugnar , conforme a las disposiciones procesales, las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y , finalmente , se busca que el juez practique el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana critica.

(Peralta, 2002). (2002). Con relación a la probanza del adulterio ha señalado que existen dos criterios: “El de la prueba indirecta, en razón de que el ayuntamiento carnal suele realizarse a escondidas, sin que exista persona que pueda atestiguar tal hecho, de donde resulta que su comisión deberá establecerse de indicios o presunciones; y el de la prueba directa, ya que su probanza será posible a través de los medios probatorios establecidos en la ley procesal”. Sin embargo, la prueba directa es casi imposible, lo que hace que se admita la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable. De allí, que acreditar el adulterio en un proceso de divorcio se requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil.

2.8.- PROCESOS DE SEPARACION Y DE CUERPOS

(Hinostroza, 2008). En el mismo sentido nos señala que en un proceso de divorcio por la causal de adulterio, las pruebas ordinarias y principales que se pueden ofrecer son las siguientes:

1. La confesión en el proceso de divorcio por causal. Pero esta por sí sola no acredita un hecho tiene que ser acompañada de otro elemento así tenemos la confesión judicial que es aquella que se hace con todas las formalidades exigidas por las leyes de forma, es un complemento de pruebas; en la confesión extrajudicial, esta puede ser verbal o escrita y para este último caso, en instrumento particular o público

2. La confesión una como una declaración vinculativa, ya que generalmente contiene un reconocimiento de los hechos de consecuencias jurídicas perjudiciales para el confesante; sin embargo, para que se presente la confesión en el desarrollo de un proceso de divorcio por causal de adulterio es muy difícil, puesto que ello conllevaría a acreditar que si se cometió adulterio, tanto que, la confesión haría prueba plena.
3. La declaración de las partes, que se referirá a los hechos del que la presta tratándose de los procesos de divorcio por causal o separación de cuerpos, la declaración de parte debe ser personal; aquí los interrogatorios se formularan libremente sin más limitación que las preguntas que se refieran a los hechos objetos además del debate , además, las preguntas pueden ser inquisitivas y aun no referirse a hechos propios del confesante bastando que sea de su conocimiento; esta prueba al igual que la testimonial se deja a libre criterio del juzgador.
4. Los documentos públicos y privados, que son los medios que mayor desarrollo han tenido en el proceso civil. Son admisibles en estos procesos toda clase de documentos como los escritos, públicos o privados, los impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos fotografías, videos o una actividad humana y su resultado. Respecto a los primeros - Los documentos públicos- cabe mencionar que ellos nos darán la veracidad en el caso de adulterio ya que siempre serán cotejados con los originales y eso va ayudar para que el juzgador lo tome en cuenta; y respecto a los documentos privados, que a diferencia de los primeros- que hacen plena prueba- solo tienen eficacia cuando son reconocidos legalmente, estos pueden ser impugnados por inexactitud o falsedad.
5. También tenemos, a la declaración de testigos, que en materia de divorcio por causal asumen particular relevancia las declaraciones de

testigos, por cuanto se trata de probar hechos ocurridos en la intimidad del hogar. De manera tal, que en estos procesos pueden declarar los parientes de los cónyuges.

(Cabello, 1999). Establece que “toda vez que los actos adulterinos se realizan clandestinamente, si para demostrarlo solo se admitiera la prueba directa se tendría que exponer al cónyuge ofendido a una carga imposible de realizar y es por esto que estando el escollo de la prueba insuperable se admite la presunción al, aunque en la legislación se diga lo contrario, será el juez el que analice el caso concreto y de su criterio en base a las pruebas presentadas.

2.9.- PRUEBA DEL DIVORCIO POR ADULTERIO Y POR INJURIAS GRAVES. EL CRITERIO JUDICIAL

(Suarez, 2012). Por adulterio se suele entender que es el momento en que cualquiera de los cónyuges tiene una relación sexual extramatrimonial, aunque haya sido única, ocasional e irrepetible, puesto que por sí sola viola el deber de fidelidad.

Ello importa un apartamiento de la exclusividad del trato sexual impuesto a los cónyuges, que a los efectos probatorios, teniendo en cuenta su dificultad, se ha ido coincidiendo en admitir las presunciones, siempre que fueran graves, precisas y lleven razonablemente a la convicción de que se está en presencia de una relación adulterina.

(Herrera, 1997). Los criterios han ido cambiando. Se pasó de tenerlo por probado aún no haberse acreditado el adulterio en forma indubitada, pero reconocido por el propio cónyuge; a que se considere plena y fehacientemente acreditado cuando un testigo que conocía a ambos cónyuges y con los que tenía un gran lazo de amistad, pudo ver a la esposa salir de un hotel junto a un hombre en un auto; y por último, que un detective privado

declarare haber visto a la esposa en un hotel con otro hombre y subir a una habitación, configuran un indicio o presunción grave del adulterio.

(Hinostroza, 2008). Es decir, es el juez quien determina si las probanzas reúnen las características que él considera necesarias de acuerdo a lo que suela entender en un determinado momento, para tener por probado el hecho, pero sin que quede claro cuál es ese momento: acaecimiento, presentación de la demanda o sentencia. Asimismo, en lo que a la ponderación propiamente dicha hace, se observa el tránsito que va desde la confesional, a la testimonial; y en esta primero se toma en cuenta la relación personal del testigo con los cónyuges, para luego pasar a un profesional... pagado por el cónyuge pretendidamente inocente.

Aunque no se llegue a acreditar el adulterio, notas de contenido cariñoso o el cupón de tarjeta de crédito que correspondía a la estadía en un hotel alojamiento, permiten inferir que hay causal de divorcio imputable al cónyuge; pero admitidas las dificultades sexuales como una enfermedad que aqueja al esposo, reconociendo la realización de numerosas consultas médicas durante la convivencia, no puede luego, pretenderse el divorcio, invocando la negativa voluntaria y sistemática a cumplir con el débito conyugal.

La fidelidad ha de mantenerse siempre ya que el adulterio existe o no existe, no siendo susceptible de graduaciones. Lo que por otra parte es conforme con la tradicional postura sobre la perdurabilidad del cumplimiento con tal deber, ya que como la sentencia firme que decreta el divorcio vincular es constitutiva de estado, es hasta ese momento que subsiste el matrimonio. Pero claro, no nos olvidemos que los jueces también son abogados y argumentan.

Ya que no todas las conductas tendrán virtualidad para implicar una violación al deber de fidelidad, sólo aquéllas que impliquen un franco desprecio al debilitado vínculo matrimonial subsistente podrán configurar la

injuria grave. Pretender que el deber de fidelidad subsista luego de producida la separación de hecho con la misma intensidad y modalidades que durante la convivencia contradice pautas morales y sociales asumidas por nuestra realidad cultural. Que la cónyuge, seis meses después de separada de hecho entable una relación afectiva con otro hombre, desarrollada discretamente y sin más exteriorización pública, no es visualizado socialmente como un agravio al honor, y, por tanto, mal puede configurar injuria grave en los términos del Art. 303 Inc. 4 Código Civil. Ello al menos mientras no haya sido invocada y probada una singularidad en la “educación, posición social y demás circunstancias de hecho” (que en el caso particular), permita atribuir entidad injuriante a una conducta que no la tiene para el común de la gente.

2.10.- DEBER DE FIDELIDAD Y ASISTENCIA DE LOS CÓNYUGES

(Díaz, 2009). En el código Civil en su artículo 288 indica; “Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”.

Sostiene que el matrimonio da origen a una serie de deberes y derechos recíprocos que nacen de una comunidad de vida, entre ellos está el deber de fidelidad que consiste en el deber de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva a la dignidad del otro.

Asimismo afirma sobre la fidelidad que «es un valor que debe practicarse, a fin de mantener solida la relación de pareja, siendo un deber que nace de la convivencia misma, de lo que significa vivir juntos y compartir un techo, la mesa y el lecho, una relación conyugal o de hecho se da entre dos personas, que desean hacer vida en común y por tanto, no es permisible que los afectos y las relaciones sexuales se practiquen con un tercero ajeno a la relación de pareja, porque estaría vulnerando la esencia misma del matrimonio.

2.11.- SISTEMAS DEL DIVORCIO EN EL PERÚ

2.11.1. Sistema Divorcio Sanción

(Osterling F & Castillo, 2004). El divorcio sanción también se le denomina subjetivo o de culpa de uno de los cónyuges, el cual se origina por incumplimiento de deberes fundamentales que se dan reiteradamente imputable a cualquiera de los cónyuges, que se traduce en la frustración de la finalidad del matrimonio, por el cual el otro cuenta con interés legítimo para demandar.

(Placido, 2002). Resalta que el divorcio como sanción permite aplicar la teoría según la cual nadie puede invocar hechos propios; por lo que el cónyuge culpable no puede invocar su propia culpa para solicitar el divorcio. Además de esa visión, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la concepción del divorcio como remedio, para lo cual acepta la separación personal o el divorcio absoluto por petición conjunta de los esposos. La doctrina del divorcio-remedio se sustenta en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial.

2.11.2.- Sistema Divorcio Remedio

(Andia, 2015). Enfatiza que el divorcio remedio, «pone fin a un matrimonio que ya estaba roto, aunque subsista y a la vez un divorcio aséptico e inculpable, en el que no haya de entrar en el porqué del fracaso conyugal, ni en a quien es imputable, ya que lo que importa es la ruptura entre los casados»⁶¹.

Enfatiza que «el divorcio remedio se sustenta en la ruptura de la vida matrimonial, que se verifica a través del acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por el cese efectivo de la convivencia durante un lapso de tiempo, o por una causal genérica que impida la convivencia, a la que se le denomina

divorcio quiebre, en el que cualquiera de los cónyuges tiene legítimo interés para demandar.

Asimismo, sostiene que el simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio; de allí que se ha dado a denominarla como la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio.

2.12.- La Caducidad del Divorcio por Adulterio

(Gutierrez, 2003). Respecto de la caducidad, el art. 339 del Código Civil prescribe que la acción de divorcio por la causal de adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y, en todo caso a los cinco años de producida.

Como se aprecia son dos los supuestos establecidos para el plazo de caducidad de la acción de adulterio: por un lado, el lapso de 6 meses desde que fuera conocido por el cónyuge ofendido, en cuyo caso se remite a la prueba; y por otro lado, tenemos el plazo de 5 años de producida la causal. Respecto a este último supuesto la Corte Suprema de Justicia ha adoptado claramente dos criterios: como primer criterio, se ha establecido que el plazo de caducidad empieza a correr a partir de la fecha de nacimiento del hijo adulterino y que consta en la partida de nacimiento asentada por el padre del mismo; y como segundo criterio, se ha comprendido que la causal se produce a la fecha de concepción de ese hijo extramatrimonial.

Sin embargo, con respeto al plazo de caducidad, un sector mayoritario, sostiene que la continuidad en el adulterio, a través de una relación permanente, impide que el término de caducidad transcurra; mientras que el otro considera que esa situación no afecta el término legal, siendo importante tan sólo el momento de conocimiento de la ocurrencia del hecho invocado, limitándose a una aplicación formalista de la ley.

2.13.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU

Artículo 4°. Protección a la familia. Promoción del matrimonio.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

2.13.1.- CODIGO CIVIL

TITULO IV

DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

CAPITULO PRIMERO

"Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.

CAPITULO SEGUNDO

Divorcio

Noción

Artículo 348.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

"Artículo 349.- Causales de divorcio

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.”.

2.13.2.- CODIGO PROCESAL CIVIL

SECCION QUINTA

PROCESOS CONTENCIOSOS

TITULO I

PROCESO DE CONOCIMIENTO

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 475.- Procedencia.-

Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que:

1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo; (*)
2. La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal;
3. Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo;

4. El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y,
5. La ley señale.

Artículo 476.- Requisitos de la actividad procesal.-

El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la sección cuarta de este libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto.

Artículo 477.- Fijación del proceso por el Juez.-

En los casos de los incisos 1. y 3. del Artículo 475, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

Artículo 478.- Plazos.-

Los plazos máximos aplicables a este proceso son:

1. Cinco días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.
2. Cinco días para absolver las tachas u oposiciones.
3. Diez días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención.
4. Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.
5. Treinta días para contestar la demanda y reconvenir.
6. Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvención, conforme al Artículo 440.
7. Treinta días para absolver el traslado de la reconvención.

8. Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal, conforme al Artículo 465.
9. Veinte días para la realización de la audiencia conciliatoria, conforme al Artículo 468.
10. Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del Artículo 471.
11. Diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.
12. Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al Artículo 211.
13. Diez días para apelar la sentencia, conforme al Artículo 373.

Artículo 479.- Plazo especial del emplazamiento.-

Para los casos previstos en el tercer párrafo del Artículo 435, los plazos serán de sesenta y noventa días, respectivamente.

Capítulo II

Disposiciones especiales

Subcapítulo 1

Separación de cuerpos o divorcio por causal

“Artículo 480.- Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del Artículo 333 del Código Civil se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte."

(*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 7 de la Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001.

Artículo 481.- Intervención del Ministerio Público.-

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen.

Artículo 482.- Variación de la pretensión.-

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.

Artículo 483.- Acumulación originaria de pretensiones.-

Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

No es de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1. y 3. del Artículo 85.

Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

Artículo 484.- Acumulación sucesiva.-

Los procesos pendientes de sentencia respecto de las pretensiones accesorias citadas en el

Artículo 483, se acumulan al proceso principal a pedido de parte.

La acumulación se solicitará acreditando la existencia del expediente, debiendo el Juez ordenar se remita éste dentro de tercer día, bajo responsabilidad. El Juez resolverá su procedencia en decisión inimpugnable.

Artículo 485.- Medidas cautelares.-

Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor

o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes.

2.14.- JURISPRUDENCIAS NACIONALES

1.- Revisaremos las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la República en las que analizan fundamentalmente el deber de calificar una demanda y su contenido.

- “(...) Divorcio por Casual de Adulterio y otros Asimismo, se debe tener presente que en la sentencia de vista se señala que "debido a que si bien se acreditó en autos la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, tan bien es cierto que se acreditó que el daño causado en la actora no resulta, a criterio de este Colegiado, proporcional con la indemnización dispuesta; ello considerando que, como precisó la propia actora, los sujetos procesales se encontraban separados de hecho, lo que obviamente pone de manifiesto que la relación se encontraba resquebrajada; sumado a ello, el único medio probatorio que sustenta el daño alegado por la demandante es el dictamen pericial del daño sufrido, el mismo que resulta congruente con lo indicado por sus hijos en las pericias psicológicas de las cuales fueron objeto, pero que no acredita un daño proporcional al pedido indemnizatorio propuesta. **(Casación N° 2204-2017/Puno; de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente publicado el 24 de Julio de 2017))**.
- “(...) El demandante ha venido haciendo uso único y exclusivo de dicho bien, arrendándolo, aprovechando que ella se encontraba en

argentina trabajando con el consentimiento y conocimiento del demandante. reconvención: asimismo la demandada a fojas ochenta y nueve formula reconvención por las causales de adulterio, alimentos e indemnización por daño moral, postulando como agravios: principal: divorcio absoluto por causal de adulterio y conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, pues el demandante ha procreado una hija con persona distinta que no es su cónyuge con quien incluso vive en el hogar conyugal, desarrollando una vida familiar a la vista de todos los vecinos y familiares. **(casación. N° 4021-2014/La Libertad; Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica Publicado el 31 de agosto de 2016).**

- “(...) En la segunda instancia la Sala Superior, revocó el auto que declaraba infundada la excepción. Esto, porque para el colegiado lo esencial fue que el propio esposo haya puesto en conocimiento su culpabilidad (adulterio) a través de la comunicación que le hizo a la demandante en un proceso de alimentos y violencia familiar sobre la existencia de una hija procreada por él fuera del matrimonio. La sala superior se basó, por el contrario, en el primer párrafo del artículo 339 del Código Civil. el cual enuncia que la posibilidad de demandar divorcio por causal de adulterio caduca a los seis meses de haberse conocido el hecho, siendo que el presunto esposo culpable del divorcio admitió la infidelidad el 09 de julio de 2010 y la cónyuge demandó el 29 de agosto de 2011. **(Casación N° 3475-2014/Lima Norte; Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República publicado el 30 de setiembre 2016).**

- “(...) Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año mil novecientos noventa y nueve, en que tomó conocimiento de los actos adulterinos de aquélla, producto de los cuales procreó al menor de iniciales F.F.V.P., nacido el día catorce de julio del año dos mil. Señala también que con la demandante han levantado una casa de material noble ubicada en la manzana S, lote Doce, calle Bellavista, en el asentamiento humano El Carmen - Huaura, la misma que voluntariamente se la cede a sus hijos mayores. **(Casación N° 5060-2011/ Huaura; Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria publicado el 14 de Noviembre de 2012).**

- “(...) El adulterino constituye una causal para el divorcio como sanción porque considera solo a uno de los cónyuges como responsables de la disolución del vínculo matrimonial por el incumplimiento del deber de fidelidad que nace del matrimonio, dando lugar a la existencia de un cónyuge culpable. Por ende y teniendo en cuenta la especial configuración de la causal de adulterio, para el supremo tribunal las pruebas que se presenten para acreditarla deben ser valoradas de manera razonada por el juez de la causa. **(Casación N° 4713-2011/ Cuzco; Corte Suprema de Justicia de la Sala Civil Permanente publicado el 27 de Abril del 2014).**

- “(...) La causal de divorcio por adulterio es una de naturaleza subjetiva o inculpatoria, consistente en la violación deliberada del deber de fidelidad por el hecho de mantener una relación sexual extramatrimonial, esta causal solo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado; se le ha denominado divorcio sanción, ya que las consecuencias del divorcio por esta causa se reflejan en el recorte de ciertos derechos del cónyuge culpable, tales como la perdida al

derecho a heredar, la pérdida de los gananciales, entre otros. **(Casación N° 5079-2007/ Lima; Corte Suprema de justicia publicada el 03 de Setiembre del 2008).**

- “(...) Resulta importante, mencionar que en este caso de divorcio por causal de adulterio, resulto fácil de acreditar su probanza, pues la demandante presento como medio de prueba, la partida de nacimiento de la hija extramatrimonial del demandado. Como lo hemos señalado en el desarrollo del trabajo, que el adulterio supone una contravención al deber de fidelidad conyugal, el cual se lleva a cabo cuando uno de los cónyuges mantiene relaciones con otra persona, y que es muy difícil de acreditar, recordemos que tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado que dicha causal se puede acreditar con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial. Por lo tanto, en la presente controversia, queda acreditado la causal de adulterio. **(Casación N° 4907-2007/ San Martín; Emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema).**
-

2.15.- Plenos Jurisdiccionales

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
UNIDAD ACADÉMICA- COMISIÓN DE CAPACITACIÓN DE MAGISTRADOS
PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL
Tema 01

Tema Problema

Familia ¿es procedente la postulación de demandas donde se acumule una causal de divorcio sanción por adulterio y divorcio remedio?

Exposición de motivos:

PRIMERA PONENCIA: admitir la demanda para no afectar la tutela jurisdiccional efectiva y será el juez quien al momento de sentenciar determinara la existencia de una acumulación subordinada.

SEGUNDA PONENCIA: no es posible invocar en una demanda de divorcio por causal de adulterio de la teoría del divorcio sanción con la del divorcio remedio, pues los efectos legales son parcialmente distintos y el III pleno casatorio civil así lo insinúa. En tal sentido: debe declararse inadmisibile y conceder plazo para adecuar el petitorio de la demanda.

TERCERA PONENCIA: se puede acumular de manera originaria y sucesiva causales de divorcio sanción y divorcio remedio, en cuyo supuesto el juez al emitir sentencia primero debe pronunciarse respecto de las primeras.

VOTACION: en este acto el señor presidente de la comisión de capacitación, invita a los señores jueces superiores a emitir su voto respecto a las tres ponencias.

Primera ponencia 01 voto

Segunda ponencia: 01 voto

Tercera ponencia: 06 votos

Abstención: 00 votos.

CONCLUSIÓN PLENARIA: el pleno adopto por mayoría la tercera ponencia, que enuncia lo siguiente: “Se puede acumular de manera originaria o sucesiva causales de divorcio sanción y divorcio remedio, en cuyo supuesto al juez al emitir sentencia primero debe pronunciarse respecto de las primeras.”19 10 del 2015.

3.- ANALISIS DEL PROBLEMA

Un análisis a la normativa del adulterio como causal de divorcio en el derecho civil peruano, con el objetivo de demostrar lo difícil que es para el cónyuge agraviado invocarla, debido a la naturaleza limitada que lo enviste. Ante ello, una norma jurídica sólo será eficaz si coexiste con las acciones procesales, instrumentos, medios o recursos necesarios para invocarlas a fin de obtener la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Por lo tanto, a partir de un análisis a la norma en el código civil en el artículo 333 inciso 1 se busca evidenciar como se puede invocar esta causal y hacer evitar los fallos de infundabilidad de los jueces, cuando se plantea el adulterio como causal de divorcio en los tribunales. Para ello y buscando alcanzar el objetivo propuesto en el presente trabajo, fue necesario desarrollar que medios de prueba se necesita para la causal de adulterio en el Perú, así como un análisis al contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge perjudicado.

Debe tenerse en cuenta que se ha consagrado en la norma mediante la cual el cónyuge no podrá demandar el divorcio por esta causal en el caso que su persona haya provocado, consentido o perdonado; también cuando ambos cónyuges hayan cohabitado con posterioridad al conocimiento del adulterio. En este caso no se podrá iniciar o proseguir con la acción de divorcio, por sancionarlo el artículo 336 del CC. La mayoría de códigos trata al adulterio como una causal directa que atenta contra la fidelidad, pero es claro que no todo trato infiel implica un adulterio. Debe aclararse que el adulterio tiene dos elementos independientes en los que se estructuran: la infidelidad, es decir mantener una relación coital con una persona que no es su cónyuge; y la paternidad disgregada, esto es la procreación del cónyuge fuera del matrimonio.

4.- CONCLUSIONES

- El adulterio consiste en la relación coital existente entre un hombre o una mujer con persona diferente a la de su cónyuge; esta causal resulta muy complicada de comprobar pues sobre todo porque se debe probar fehacientemente el acto sexual cometido por el cónyuge infractor; se tiene que tener en cuenta que las relaciones adulterinas propiamente dichas se realizan en la intimidad, de un cuarto cerrado, haciendo casi improbable obtener pruebas directas.
- En nuestro país tanto la legislación ,como la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al expresar que dado que resulta muy difícil y tedioso someter al cónyuge ofendido a probar directamente el adulterio se acepta la prueba presunción al claro está teniendo en cuenta el caso en concreto.
- De las pruebas ordinarias y principales que se pueden ofrecer según nuestra legislación, resultan mucho más eficientes: La confesión del cónyuge adulterino aunque este medio a utilizar resulte casi utópico y La presentación de la partida de nacimiento del hijo producto de la infidelidad; ya que las fotografías, las cartas y los testimoniales muchas veces no se aceptan como prueba en los juicios para acreditar esta causal.

5.- RECOMENDACIONES

- Se recomienda que se deba tener mucho cuidado al querer obtener una prueba que demuestre el adulterio del cónyuge ya que podrían ser declaradas ilegales al haber sido obtenidas de manera contraria a la ley. Así, por ejemplo, las pruebas obtenidas mediante robo, hurto o infringiendo algún derecho fundamental de la persona como por ejemplo su derecho a la intimidad o a la inviolabilidad de domicilio serán declaradas inválidas por haber sido obtenidas de manera ilegal y por ende no tendrían validez en ningún proceso.
- Aunque el adulterio no constituye un delito, es sin embargo la primera y la principal de las trece causas de divorcio en nuestra legislación; y de probarse, puede tener consecuencias graves en perjuicio de los intereses del cónyuge que comete el adulterio; de los supuestos que configuran esta causal el principal es el acto sexual consumado, de uno de los cónyuges con otra persona diferente a la de su consorte; quedando al descubierto la infracción al deber de fidelidad existente entre ambos cónyuges.
- Quedando claro que debe existir pleno conocimiento y voluntad de cometer el adulterio, dado que en casos de violación no constituye adulterio sino una causal que va constituir una sanción que procederá posteriormente por la persona perjudicada en invocar esta causal para poder divorciarse lo más pronto posible.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- Andia, A. (2015). *La Separacion de Hecho, como Causal Objetiva del Divorcio*. Re. Huancavelica: Universidad de Huancavelica.
- Cabello, C. (1999). *Divorcio y Jurisprudencia en el Peru*. Lima: Universidad Catolica.
- Diaz, A. (2009). La Obligacion de Fidelidad frente al Deber de la Convivencia. *Revista Electronica del Trabajador Judicial*, 08-11.
- Gutierrez, W. (2003). *Cuadernos Jurisprudenciales*. Lima: Gaceta Juridica.
- Herrera, S. (1997). *El Proceso de Divorcio*. Lima: Marsol Peru.
- Hervada, J. (2007). *Dialogos sobre el Amor y el Matrimonio*. Pamplona: Eunsa.
- Hinostroza, A. (2008). *Procesos de Separacion de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta juridica.
- Osterling F & Castillo, M. (2004). *Responsabilidad Civil Derivada del Divorcio*. Lima: Gaceta.
- Peralta, J. (2002). *Derecho de Familia en elCodigo Civil*. Lima: Idemsa.
- Placido, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica.
- Suarez, C. (25 de Junio de 2012). *Orientacion Legal para todos*. Obtenido de Orientacion Legal para todos: <https://www.orientacionlegalparatodos.com/criterio-judicial-en-la-apreciacion-de-la-prueba-de-las-causales-de-divorcio-por-adulterio-e-injurias-graves/>.
- Valverde, R. (2008). *Exegesis sobre el Plazo de Caducidad de la Causal de Adulterio*. Lima: Grijley.

7.- ANEXOS

1.- CASO PRÁCTICO EX. 3562-2013

2.- PALABRAS CLAVES

1.- CASO PRÁCTICO

CAS. Nº 3562-2013 LIMA NORTE.

Lima, catorce de mayo de dos mil catorce.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Vista la causa número tres mil quinientos sesenta y dos – dos mil trece; y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata en el presente caso del recurso de casación interpuesto por Gloria Luz Galván Marticorena, de fojas cuatrocientos treinta y dos a cuatrocientos treinta y cuatro, contra la sentencia de vista de fecha veintinueve de mayo de dos mil trece, obrante de fojas trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y tres, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que aprueba la sentencia apelada de fojas doscientos cincuenta y nueve a doscientos ochenta y siete, de fecha cuatro de setiembre de dos mil doce, que declara **fundada** la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho e **infundadas** las pretensiones de divorcio por causal de violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y adulterio; y **revoca** la demanda en el extremo que adjudica el cien por ciento (100%) del inmueble de la sociedad de gananciales a favor de la demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios y **reformando** fija la suma de diez mil nuevos soles (S/.10,000.00) por dicho concepto, **integraron** en cuanto a la patria potestad del menor Edison Gregorio Flores Galván declarando que la ejercerán ambos padres.-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Sala mediante resolución de fecha tres de diciembre de dos mil trece, ha estimado procedente el recurso por la causal de infracción normativa de derecho material, al amparo del cual la recurrente sustenta la infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil; señala que para optar por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal la norma en mención no establece como premisa haber realizado una liquidación sin la cual no sea posible adjudicar los derechos y acciones que sirve de sustento para señalar en su lugar una indemnización siendo la premisa únicamente identificar al cónyuge perjudicado con la separación y al haberse identificado la misma ha optado por una premisa no establecida en la ley en este caso el no haberse realizado la liquidación requerido lo cual atenta contra la protección de su derecho de ser la cónyuge perjudicada con la separación.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, sobre el caso que nos ocupa, se aprecia que Gloria Luz Galván Marticorena interpone demanda contra Gregorio Flores Mora y otro, sobre divorcio por la causal de adulterio, violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y de separación de hecho a fin que se declare disuelto el vínculo matrimonial y como pretensión accesoria la tenencia y custodia de sus hijos a favor de su madre Donata Marticorena Llacza en el Expediente número 091-2000, sobre tenencia y custodia; alimentos en el Expediente número 759-1999 en la que se ordena el cuarenta y cinco por ciento (45%) del total de haberes como miembro de la Policía Nacional del Perú a favor de sus hijos; la adjudicación del cincuenta por ciento (50%) de las gananciales que le corresponde al demandado del inmueble ubicado en el Lote 12 Manzana 96, Asentamiento Humano Collique, Tercer Sector o Zona III Lima (hoy con frente al Jirón José Santos Chocano número 592) Distrito de Comas, Provincia y

Departamento de Lima, inscrito en la Partida número P01021430 y la cantidad de veinte mil nuevos soles (S/.20,000.00) como indemnización, alegando que contrajo matrimonio el día catorce de marzo de mil novecientos ochenta y seis y que el día veinte de febrero de dos mil, se ha retirado del hogar conyugal para refugiarse en casa de su madre Donata Marticorena Llacza junto a sus tres hijos, lugar en el que permanece sito en el Jirón Túpac Amaru número 101 Cuarta Zona Collique, Distrito de Comas, Provincia y Departamento de Lima; que el emplazado ha procreado dos hijos de nombre Anderson y Hildebrando de tres (03) y un (01) años de edad, con Norma Chávez Ramírez, por acuerdo conciliatorio se acordó que por su estado de salud y los maltratos del demandado su madre se encarga de los cuidados de sus hijos según el Expediente número 091-2000 en el que se ha fijado régimen de visitas a favor del demandado; en cuanto a los alimentos se ha ordenado una pensión de alimentos a favor de sus tres hijos ascendente al cuarenta y cinco por ciento (45%) del haber mensual del demandado en el Expediente número 759-1999, además han adquirido una vivienda por la cual solicita la adjudicación preferente del cincuenta por ciento (50%) de las ganancias que le corresponde al demandado por ser cónyuge culpable.

Segundo.- Que, al contestar la demanda Gregorio Flores Mora, señala que respecto a la causal de violencia física y psicológica que es cierto que ha sido denunciado indebidamente por la demandante, una de ellas se viene ventilando ante el Poder Judicial y las demás han sido archivadas, que con fecha diecinueve de febrero de dos mil, cuando el demandado se encontraba de servicio en la Policía, aprovecho su ausencia para abandonar el domicilio conyugal para trasladarse al domicilio de sus padres conjuntamente con sus hijos menores, llevándose consigo todas sus pertenencias de su hogar valorizado en ocho mil dólares americanos (US\$8,000.00); alega que asiste con una pensión alimenticia del cuarenta y cinco por ciento (45%) a su hijos según

sentencia; que la demandante incurrió en adulterio y por ello ha sido infectada con VIH (Virus de la Inmunodeficiencia Humana) ya para simular dicho caso se ha valido de diferentes medios y artimañas como abandonar el domicilio conyugal, privándole de sus hijos, violando el régimen de visitas en colusión con su madre, quien tenía la tenencia; que con autorización y conocimiento de la demandante, desde junio del año dos mil, viene alquilando un ambiente de la vivienda de Norma Chávez Ramírez, quien se dedica a un pequeño negocio y con quien tiene un menor hijo, del cual tiene conocimiento la demandante desde el año dos mil uno; que la demandante se encuentra dentro de las causales del artículo 333 del Código Civil, por enfermedad venérea grave VIH (Virus de la Inmunodeficiencia Humana) contraída después de la celebración del matrimonio, además las causales de conducta deshonrosa, adulterio, violencia física y psicológica han caducado a los seis (06) meses de conocida la causa, siendo los hechos de fecha trece de junio de mil novecientos noventa y ocho; asimismo en cuanto a la tenencia, solicita que esta continúe con su abuela biológica, caso contrario se revierta al suscrito y que la pensión alimenticia ascendente al cuarenta y cinco por ciento (45%) sea cobrada por la abuela y asimismo que la demandante abone la misma cantidad por pensión alimenticia en su calidad de miembro de la Policía Nacional del Perú, finalmente agrega que en cuanto a la separación de bienes gananciales, la demandante, tiene en su poder los artefactos eléctricos, joyas, muebles y otros enseres propios del hogar valorizados en más de ocho mil dólares americanos (US\$8,000.00) y que la casa de doscientos metros cuadrados (200m²) lo adquirió cuando era soltero y posteriormente fue extendido a nombre de ambos cónyuges, por lo que no es susceptible de partición.

Tercero.- Que, tramitado el proceso, el Juez declara **infundada** la tacha contra el acta de matrimonio y fundada la demanda de divorcio por la causal de

separación de hecho e **infundadas** la pretensión de divorcio por la causal de violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y adulterio en consecuencia:

1) disuelto el vínculo matrimonial y **2)** fenecida la sociedad de gananciales; continua el régimen acordado sobre tenencia y custodia de los hijos a favor de su madre Donata Marticorena Llacza en el Expediente número 091-2000 sobre tenencia y custodia; y alimentos en el Expediente número 759- 1999 en la que se ordena el cuarenta y cinco por ciento (45%) del total de haberes como miembro de la Policía Nacional del Perú a favor de sus hijos; cese de alimentos entre los cónyuges; y habiéndose acreditado la condición de cónyuge perjudicada de la demandante como consecuencia de la separación de hecho, se dispone la adjudicación del cien por ciento (100%) de las acciones y derechos sobre el inmueble ubicado en el Lote 12 Manzana 96, Asentamiento Humano Collique Tercer Sector o Zona III Lima, Distrito de Comas, Provincia y Departamento de Lima, considerando que los cónyuges se encuentran separados de hecho desde el día veinte de febrero de dos mil y respecto a la tenencia solo emite pronunciamiento respecto al menor hijo E.G.F.G. de quince (15) años de edad, corresponde que continúen la tenencia a favor de la abuela materna Donata Marticorena Llacza y el régimen de visitas a favor del cónyuge demandado, que encontrándose establecidos los alimentos a favor de los hijos deberá tener presente lo resuelto en el proceso de alimentos y si bien Henry Sabino Flores Galván y Azucena Sabina Flores Galván han adquirido la mayoría de edad esta debe continuar para los hijos mayores que siguen estudios con éxito por lo que se encuentra expedido el derecho del obligado de hacerlo valer con arreglo a ley y deviene en amparable la solicitud de la actora respecto a la adjudicación del bien inmueble de la sociedad de gananciales pues tiene por finalidad brindar protección efectiva al cónyuge más perjudicado.

Cuarto.- Que, la Sala Civil aprobó la sentencia que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho e infundada la demanda por la causal de abandono y revoca la demanda en el extremo que adjudica el cien por ciento (100%) del inmueble de la sociedad de gananciales a favor de la demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios y reformando fija la suma de diez mil nuevos soles (S/.10,000.00) por dicho concepto; integraron en cuanto a la patria potestad del menor Edison Gregorio Flores Galván declarando que la ejercerán ambos padres, considerando que no obstan aun cuando por tales hechos debería concederse la adjudicación del cien por ciento (100%) de los derechos y acciones del bien adquirido dentro de la sociedad de gananciales a favor de la demandante, debe repararse que esta decisión no se engarza con la normativa sustantiva que regula la liquidación de los gananciales lo que implica realizar no solo el inventario de los bienes sino que también las deudas y cargas que pudiera tener el patrimonio social, por lo que al no haberse realizado la liquidación requerida por ley no es posible adjudicar algún derecho o acción a favor de la demandante por no haberse determinado de modo fehaciente el saldo liquido final de ese patrimonio por lo que revoca ese extremo de la sentencia, que ello no significa que la demandante quede sin la debida reparación por los daños, principalmente de orden moral sufridos por las acciones del demandado, por lo que recurre al criterio de equidad y fija de manera prudencial el monto de diez mil nuevos soles (S/.10,000.00) que debe ser abonado por el demandado.-

Quinto.- Que, la recurrente sustenta su recurso en la infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil; señala que para optar por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal la norma en mención no establece como premisa haber realizado una liquidación sin la cual no sea posible adjudicar los derechos y acciones que sirve de sustento para señalar en su lugar una indemnización, siendo la premisa únicamente identificar al

cónyuge perjudicado con la separación y al haberse identificado a la misma ha optado por una premisa no establecida en la ley, en este caso el no haberse realizado la liquidación requerido, lo cual atenta contra la protección de su derecho de ser la cónyuge perjudicada con la separación.

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

Sétimo.- Que, conforme se ha señalado precedentemente, si bien el presente recurso casatorio ha sido declarado procedente por la causal de infracción normativa material, debe señalarse que es principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias, tal como dispone el inciso 5 del artículo 139 de la Carta Magna, concordante con el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, principio que además se encuentra contenido en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, según el cual, las resoluciones judiciales deben contener los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, motivación que de acuerdo al inciso 4 de la precitada norma procesal, debe

incidir respecto de todos los puntos controvertidos en el proceso, no pudiendo el juzgador fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes conforme lo prevé el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Octavo.- Que, analizada la sentencia de vista impugnada se advierte que esta no se encuentra debidamente motivada conforme lo prevén las normas citadas, al verificarse que si bien el juez ha determinado que la demandante tiene la condición de cónyuge perjudicado y en consecuencia, ha dispuesto adjudicarle el cien por ciento (100%) de las acciones y derechos sobre el inmueble ubicado en el Lote 12, Manzana 96, Asentamiento Humano Collique, Tercer Sector o Zona III, Provincia y Departamento de Lima, sin embargo, conforme se ha anotado, la Sala Civil revoca dicho extremo y reformándola dispone que el demandado abone a la demandante la suma de diez mil nuevos soles (S/.10,000.00), considerando que al no haberse realizado la liquidación de las gananciales no es posible adjudicar el bien a favor de la demandante, con lo que vulnera lo prescrito en el artículo 345-A del Código Civil, puesto que del texto de dicha norma citada en el sexto considerando de la presente resolución, no se establece la premisa citada por la Sala Civil, esto es, que previamente se realice una liquidación de gananciales.

Noveno.- Que, se debe agregar que el numeral setenta y seis (76) del Tercer Pleno Casatorio Civil, expedido por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación número 4664-2010-PUNO, en el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velazco, señala que con relación a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y en consecuencia el juez al adjudicar un bien al cónyuge

perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y en su caso del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiario, siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, no obstante la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

Décimo.- Que, asimismo, se señala que la adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización, de adjudicarse un bien imputado a las gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos, de otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel se adjudicara. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el juez ordenara si fuese el caso, el retiro del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores; ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia.

Por las consideraciones precedentes, debe ampararse el presente recurso casatorio en forma excepcional y en consecuencia declarar la nulidad de la sentencia impugnada a fin de que se reenvíe los autos a la Sala Civil para que expida nueva resolución y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Gloria Luz Galván Marticorena, de fojas cuatrocientos treinta y dos a cuatrocientos treinta y cuatro; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y

tres, de fecha veintinueve de mayo de dos mil trece, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos cincuenta y nueve a doscientos ochenta y siete, de fecha cuatro de setiembre de dos mil doce, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho e infundadas las pretensiones de divorcio por causal de violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y adulterio; y revoca la demanda en el extremo que adjudica el cien por ciento (100%) del inmueble de la sociedad de gananciales a favor de la demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios y reformando fija la suma de diez mil nuevos soles (S/.10,000.00) por dicho concepto, integraron en cuanto a la patria potestad del menor; **ORDENARON** que la Sala Civil, expida nueva resolución conforme a ley y a lo señalado en la presente resolución; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Gloria Luz Galván Marticorena contra Gregorio Flores Mora y otro, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho y otros; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

SS. TICONA POSTIGO,

VALCÁRCEL SALDAÑA,

DEL CARPIO RODRÍGUEZ,

MIRANDA MOLINA,

CUNYA CELI.

2.- PALABRAS CLAVES

ADULTERIO: El adulterio es la unión sexual ilegítima de varón con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. Siendo así, reiteramos que solamente desde esta perspectiva la infidelidad puede ser considerada como causal de divorcio; ya que el código civil en el artículo 333 -en el cual se regulan las causales de divorcio- señala como causal de disolución del vínculo matrimonial al adulterio y no a la “infidelidad” en general.

DIVORCIO: El divorcio es la disolución o ruptura del matrimonio, en un sentido amplio, se refiere al proceso, que tiene como intención dar término a una unión conyugal o disolución del vínculo respectivo.

MEDIO PROBATORIO: Los medios de prueba son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba. Estos instrumentos pueden consistir en objetos materiales, documentos, fotografías, etc., o en conductas humanas realizada bajo ciertas condiciones, declaraciones de partes, declaraciones de testigos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etc.