

**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS**

**PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO**



**El adulterio como atentado contra el deber de fidelidad  
matrimonial.**

Trabajo Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de Abogada

Autora:

García Escobar, María Del Pilar

Asesor:

Dr. Urcia Quispe Manuel Ulises

ORCID 0000-0003-3965-5904

**PIURA –PERÚ  
2022**

**Palabras clave:**

Tema	Adulterio, atentado, fidelidad matrimonial
Especialidad	Derecho

Theme	Adultery, assault, marital fidelity
Specialty	Law

## Línea de investigación

Español

<b>Líneas de Investigación</b>	<b>ÁREA:</b> Ciencias Sociales <b>SUB-ÁREA:</b> Derecho <b>DISCIPLINA:</b> Derecho
--------------------------------	--

<b>Lines of Investigation</b>	<b>AREA:</b> Social Sciences <b>SUB-ÁREA:</b> Law <b>DISCIPLINE:</b> Law
-------------------------------	--

## **DEDICATORIA**

A Dios por permitirme hacer realidad uno de mis  
anhelados sueños; y, a mi querida hija Pierina, a  
ella le dedico el presente trabajo de investigación.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi alma mater San Pedro, a los docentes que me inculcaron el amor por el Derecho; a ellos, gracias por sus enseñanzas, experiencias y consejos.

## INDICE

Palabras claves.....	ii
Línea de investigación .....	iii
Dedicatoria.....	iv
Agradecimiento.....	v
Índice .....	vi
Resumen .....	vii
Summary.....	viii
Descripción del problema .....	01
MARCO TEÓRICO .....	02
CAPITULO I: CONSIDERACIONES GENERALES.....	02
1.1. ANTECEDENTES .....	02
CAPITULO II: CONSIDERACIONES TEÓRICAS .....	04
2.1. El matrimonio y el deber de fidelidad .....	04
2.2. El deber de fidelidad .....	05
2.3. El Adulterio .....	07
CAPITULO III: LEGISLACIÓN COMPARADA.....	18
3.1. Legislaciones comparadas .....	18
Análisis del problema .....	20
Conclusiones.....	22
Recomendaciones .....	23
Referencias Bibliográficas.....	24
Anexos .....	26

## RESUMEN

El Adulterio se remonta a viejas legislaciones, tales como la hebraica, egipcia, romana, canónica, entre otras. En estas legislaciones el adulterio era duramente castigado, ser adúltero en aquella época se castigaba con la muerte. Las legislaciones contemporáneas conciben al adulterio como un flagrante atentado al deber de fidelidad que impone el matrimonio, y que, los cónyuges están obligados a respetar.

El adulterio como acto fragante contra el deber de fidelidad es castigado duramente por nuestra legislación, tal es el caso, que al probarse el adulterio en proceso judicial de separación de cuerpos o de divorcio, el cónyuge que propició tal acto ilegítimo, o lo que es igual el cónyuge culpable, será pasible de consecuencias legales que incidirán tanto en su ámbito personal y patrimonial. Pero no solo el cónyuge culpable sufrirá estas consecuencias, sino que obligadamente, el cónyuge inocente será alcanzado por las mismas, puesto que por lo general la desintegración familiar es el colofón de un acto adúltero.

En el Perú, el adulterio no ha recibido una definición legal, siendo que se le concibe como una causal para accionar la separación de cuerpos o el divorcio, claro está la instancia del ofendido. Su definición ha sido dejada a la doctrina y la jurisprudencia, quienes la conciben, por un lado, como: “La violación a la fe conyugal. El adulterio es el acceso carnal que una casada tiene con hombre que no es su marido”; y por el otro, como: “la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge-se trata, por ello de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos”. Como se puede apreciar, en ambos casos se le concibe, como una violación o vulneración al deber de fidelidad. El deber de fidelidad entre los cónyuges es uno de los principales deberes en el matrimonio, su importancia es tal, que su inobservancia e irrespeto, conducen a situaciones tan drásticas como el fin del matrimonio, y la desintegración familiar.

## SUMMARY

Adultery goes back to old legislation, such as the Hebrew, Egyptian, Roman, canonical, among others. In these legislations adultery was severely punished, being an adulterer at that time was punishable by death. Contemporary legislation conceives adultery as a flagrant attack on the duty of fidelity imposed by marriage, and which the spouses are obliged to respect.

Adultery as a blatant act against the duty of fidelity is severely punished by our legislation, such is the case, that when adultery is proven in judicial process of separation of bodies or divorce, the spouse who caused such illegitimate act, or what is Likewise, the guilty spouse will be subject to legal consequences that will affect both their personal and patrimonial spheres. But not only the guilty spouse will suffer these consequences, but the innocent spouse will necessarily be affected by them, since family disintegration is usually the culmination of an adulterous act.

In Peru, adultery has not received a legal definition, being that it is conceived as a cause to trigger the separation of bodies or divorce, of course the instance of the offended. Its definition has been left to the doctrine and jurisprudence, who conceive it, on the one hand, as: "The violation of conjugal faith. Adultery is the carnal access that a married woman has with a man who is not her husband"; and on the other, as: "the sexual union of a married man or woman with someone who is not their spouse- is, therefore, an illegitimate sexual union, insofar as it fundamentally violates the duty of reciprocal fidelity that spouses owe each other ". As can be seen, in both cases it is conceived as a violation or violation of the duty of fidelity. The duty of fidelity between the spouses is one of the main duties in marriage, its importance is such that its non-observance and disrespect lead to situations as drastic as the end of the marriage, and family disintegration

## **DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

Se estudió la CAS. N° 3562-2013 LIMA NORTE, en referencia a sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, donde dispone declarar fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho asimismo resuelve declarar infundada la pretensión de divorcio correspondiente a la causal de violencia psicológica y física, asimismo por la conducta de adulterio y deshonorosa, llegándose a casar la sentencia, teniendo su sustento que cuando se adjudica un bien social se realiza en satisfacción de los resultados dañosos, mas no correspondería atribuírsele a los gananciales, mismos que les pertenecen producto de efectuarse una liquidación al cónyuge favorecido que deriva de la naturaleza asistencial de la indemnización, al adjudicarse un bien imputado a las gananciales que le tocan al efectuar la liquidación de la sociedad, traería como consecuencia la no protección a su estabilidad económica, así como a la de sus hijos, asimismo al realizar una adjudicación no es necesario que hayan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel se adjudicara.

El Adulterio es una figura de muy antigua data, es definido como la unión sexual que involucra a una mujer o a un hombre casados, claro está que no es su cónyuge. Su fundamento radica en que el adulterio concierne un alejamiento del vínculo exclusivo del trato sexual atribuido a ambos cónyuges, mismo que deriva del matrimonio monogámico.

En ese sentido se explica pues, como aquella unión sexual ilegítima, dado que trasgrede esencialmente aquel deber de fidelidad con carácter recíproco, mismo que rige a ambos esposos. Siendo, además, un acto que por lo general es clandestino, y que reviste evidente dificultad para su demostración; situación que ha generado que hoy en día, se recurra a la prueba indiciaria, para determinar la evidencia de su configuración.

## MARCO TEÓRICO

### CAPITULO I: CONSIDERACIONES GENERALES

#### 1.1. ANTECEDENTES

Principalmente se puede decir que, en Roma, el matrimonio se caracterizó por ser reconocido por el derecho, con la finalidad de que pueda producir efectos; producto de esa idea primigenia nace la naturaleza del matrimonio como aquella fase de vida en pareja, donde el mismo Estado establecía determinados efectos. Al inicio no era necesaria la realización de ningún tipo de ceremonia para que se pueda constituir el matrimonio: tan solo se requería el hecho mismo que evidencie a la pareja en convivencia.

Se tiene la idea de que la celebración en referencia al acto antes mencionado era habitual, misma que implicaba un carácter religioso y no de carácter jurídico. De esa forma se daba inicio al nuevo estado, sin embargo dicha ceremonia tampoco era indispensable; producto de ello existieron diversas formas de comenzar un matrimonio: partiendo inicialmente por la ceremonia de la *confarreatio* y la *coemptio*, hasta contemplar una simple entrega de una mujer en casa del esposo, así también como la falta absoluta de actos formales en el matrimonio por *usus*.

Para *Bautista P y Herrero J, (2006)*, desde el inicio de las particularidades de esta evolución, *Carlo Jemolo* efectúa una diferencia respecto a matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Él considera, a los matrimonios constituidos como aquellas uniones que integran un género de vida, indistintamente que se hayan realizado o no actos ceremoniales que originen el vínculo, no siendo obligatorio, para la coexistencia de los deberes y derechos resultantes, que la conmemoración continúe en un vínculo carnal en la pareja o una forma de convivencia.

Existen países que acogieron esta diferencia de los dos tipos de matrimonio, tuvieron que preponderar el matrimonio realizado desde el Concilio de Trento, como sistema de legislación civil. Tal como España-y posteriormente sus colonias- en razón del decreto de Felipe II y, así como en diversas naciones, el reconocimiento de efectos

al matrimonio religioso, tal es así como Italia, en el mismo momento de la conmemoración laica.

Producto de la revolución francesa, por primera ocasión se realizó la laicización del matrimonio, lo que implicaba que sería considerado como válido al único matrimonio efectuado en iglesia, así como también los realizados antefuncionarios del estado civil.

Durante épocas actuales han existido intentos de regresar a aquel matrimonio constituido.

Por ello lo reglamentan, como el caso de Cuba, también varios estados dentro de Estados Unidos de América, así en México en el estado de Tamaulipas por el conocido matrimonio de comportamiento. Ello en realidad se basa en dar un reconocimiento al concubinato con igual efectos que en el matrimonio realizado con toda formalidad legal.

## CAPITULO II: CONSIDERACIONES TEÓRICAS

### 2.1. EL MATRIMONIO Y EL DEBER DE FIDELIDAD

#### 2.1.1. Etimología Y Definición

Según el autor Couture, “La expresión matrimonio emana de la voz latina *matrimonium*, que implica estado de madre; así como de voces griegas *matri* (madre) y *munium* (oficio); inicialmente la madre era quien se le encomendaba el cuidado de la familia y los hijos; debido a que la expresión matrimonio se vincula con la labor de aquella madre de brindar cuidado y educación a los hijos”.

Dar solución al problema de la definición del matrimonio, se requiere recordar que dicha terminología amerita básicamente dos significaciones:

1.- *Como acto jurídico*, considerado como aquel acto voluntario realizado y establecido por un tiempo y lugar determinado, todo ello ante alguna autoridad competente que el mismo Estado destina en aras de su ejecución.

2.- *Como estado matrimonial*, contemplado como aquel escenario general y permanente que procede del acto jurídico, produciendo obligaciones y derechos, evidenciándose en un especial género de vida. (Aguilar)

Según el autor Aguilar, “De ser el caso que el acto jurídico proviene el estado matrimonial, conllevándolos a hacer parte integrante e indisoluble de la institución del matrimonio como una sola, en líneas generales éste puede conceptualizarse como aquel acto completo de carácter jurídico, nacional, basándose su finalidad en lograr la creación del estado matrimonial entre una mujer y un varón”.

*Escriche, (2006)* lo define: “una sociedad legítima de un varón y una mujer que realizan una unión con lazos indisolubles con la finalidad de perpetuar su especie brindándose ayuda para cargar el peso de la vida y participación; también lo precisa como un gravamen o carga hacia una madre.

El maestro *Cornejo, (1967)*, habla del matrimonio: “para términos del derecho, el mismo término es empleado para indicar aquel acto creador en una unión conyugal, involucra un compromiso por parte de los interesados para efectuar las obligaciones que abarca un matrimonio como estado. También sostiene: “por un matrimonio, la mujer y el varón asociados por aquella perdurable unidad de vida castigada en la

normativa, es complementada de forma recíproca, dando cumplimiento a los fines de la especie, es perpetuada con traer a la vida una descendencia de forma inmediata”.

En el Código Civil, haciendo referencia al artículo 234° menciona: “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”. También se tiene la Corte Suprema en Casación N°. 3109-98, ha señalado: *“El matrimonio es la forma legal de constituir una familia y consiste en la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ello y formalizada con sujeción a las disposiciones del código civil con la finalidad de hacer vida en común”*.

## **2.2. EL DEBER DE FIDELIDAD**

El Código Civil en su artículo 288, exige a los cónyuges a guardar de forma mutua asistencia y fidelidad. Pero sucede, que no conceptualiza que se debe entender por fidelidad.

Para *Monge L, (2002)* “hablar de la fidelidad como deber involucra al deber de lealtad, de obediencia de la fe que uno guarda al otro. La constancia en los sentimientos y el afecto. Que involucra la exigencia de no ofender, faltar, humillar o deshonar al cónyuge. En síntesis, la obligación de que no exista la traición. Del mismo se puede deducir que la fidelidad como deber abarca la *fidelidad moral y fidelidad física*.”

### **2.2.1. Fidelidad Física**

*Monge L, (2002)* “entiéndase el deber la fidelidad física, donde cada cónyuge debe reservar a su cónyuge sus favores sexuales. Tal es así que la ley señala de forma tácita el derecho que consagra a los cónyuges a esperar del otro intimidad, los obliga sucesivamente el deber de no efectuar alguna práctica sexual con otras personas. La fidelidad física presume algo exclusivo de las relaciones sexuales entre cónyuges”.

La infidelidad física sostiene el tener alguna relación íntima con alguien que no es el cónyuge. Esto se le conoce como adulterio. Comúnmente conocido como

delito, en la actualidad la concepción jurídica del adulterio ha variado. El quebrantamiento al deber de fidelidad no atañe más a la ciudadanía, corresponde únicamente al cónyuge que sufrió el engaño. Tal contexto indica, que el adulterio no conlleva a alguna infracción punitiva.

De manera contraria, dentro del campo civil, el adulterio se considera un hecho contrario a la ley. Sin embargo, aun así, no es más una causa perentoria, por el contrario, tal solo es facultativo del divorcio. Concernirá al magistrado valorar la gravedad de la infidelidad, el carácter insoportable para lograr mantener la vida en común, para anunciar alternativamente una separación de cuerpos o un divorcio (artículos 333 y 349).

### **2.2.2. Fidelidad Moral**

Arias-Schreiber, (1984). “El deber de fidelidad esta evidenciada igualmente dentro del ámbito moral. La doctrina mayormente acreditada contempla como infidelidad moral la que, no necesita concretar una relación sexual, solo consiste en una relación sentimental o alguna intriga amorosa, mencionadas bajo la premisa de adulterio blanco”.

Pertenecerá al magistrado valorar si la infidelidad moral tiende a dañar la honra o la dignidad de la esposa o esposo traicionado, señalándola de injuria grave o también comportamiento deshonroso que forje intolerable la vida en común, misma que podría producir una declaración de divorcio o separación de cuerpos (art. 333,349 y 337).

Como dice *Cornejo M, (2000)* “La fidelidad es una de las características más importantes del matrimonio, tanto que su posibilidad constituye requisito para su celebración: su ausencia, el origen y fundamento de un impedimento para contraerlo; y su incumplimiento, una causa para la separación de cuerpos y aún del divorcio”

Sobre este punto, García G señala: “el deber de fidelidad de los cónyuges es mucho más que un deber jurídico, (...) mediante el matrimonio, el marido y la mujer se hacen reciproca donación de sus personas con vistas a establecer entre ambos el consortium ovis vital o comunidad total de vida; tal entrega ha de ser exclusiva y perpetua”

## **2.3. EL ADULTERIO**

### **2.3.1. ETIMOLOGÍA.**

Etimológicamente, Peralta, (2002) ciertos escritores dicen que procede de las palabras latinas alterius y torus que en buena composición simboliza lecho de otro; sin embargo, existen algunos que señalan que proviene de adulterium procedente del vocablo adulterare que hace referencia a seducción a una mujer casada, viciar o adúlterar alguna cosa. Consiste en una conducta de gran relevancia en la actualidad, catalogada como aquella unión sexual ilegal.

Para Santiago Navarro, N (2002) “hacer referencia al adulterio se emana del latín *AD ALTHERIUS THORUM IRES*, que implica estar en lecho que no es el suyo”.

Dentro del lenguaje jurídico, la palabra adulterio, siempre ha importado un agravio a la fe conyugal desde la ceremonia de la *iustae nuptiae*.

### **2.3.2. DEFINICIÓN**

*Cornejo M*, define al adulterio como: “aquella comercialización carnal efectuado por uno de los esposos con una tercera persona: por ello en cuanto alguno de los cónyuges mantenga una relación íntima con otra persona, así sea simplemente circunstancial, infringe aquel deber de fidelidad como elemento esencial del matrimonio, probando con aquel hecho la acción del divorcio”.

Según *Placido, A* (2002) “decir adulterio implica la unión sexual de una mujer o un hombre ligados por el matrimonio, con alguien que no es el cónyuge. consiste, en aquel vínculo sexual extramatrimonial, con ello viola primordialmente el deber de fidelidad de manera recíproca que deben mantener ambos cónyuges”

### **2.3.3. FUNDAMENTO**

El adulterio implica un aislamiento de aquella exclusividad del tratamiento sexual otorgado a los esposos producto del matrimonio monogámico. significa pues, una relación sexual prohibida, dado que trasgrede básicamente aquel deber de fidelidad mutua que consagran ambos conyuges.

Para *Placido, (2002)*, su fundamento se encuentra en una grave trasgresión al deber de fidelidad que produce la falta de armonía marital conllevando en intolerable la vida en común. Aquel deber que implica ser fiel debe ser mutuo para los cónyuges, en ese sentido visto desde la moral, el adulterio en el hombre es muy reprochable como el efectuado por una mujer; pero visto en otro enfoque los efectos jurídicos del adulterio de la esposa puede tomar más gravedad, por que coloca en duda el principio *pater is est* y, ello quizá, la entrada de alguien desconocido en el vínculo familiar.

*Nogales, (s/f)* lo considera, con una ofensa al matrimonio, toda vez que los cónyuges de alguna manera quedan impedidos de una cohabitación de forma regular por el hecho de un adulterio que ha llevado a la procreación, y la agresión que esta causa a la institución de la familia y al cónyuge afectado.

#### **2.3.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS**

Se consideran elementos constitutivos del adulterio:

**a) *El Objetivo***, compuesto por aquella ejecución del acto sexual de uno de los esposos con alguien distinto de su cónyuge, debido que esta causal se enlaza con el acto sexual de tipo (peneano-vaginal), en razón a ello es que las relaciones mantenidas entre lesbianas o homosexuales no implica actos de adulterio, por el contrario, se consideran conductas deshonrosas.

**b) *El Subjetivo***, con aspecto psicológico, que implica la intención deliberada por uno de los cónyuges para mantener relación sexual con alguien ajeno fuera del matrimonio, en ese sentido un acto sexual realizado por violación o por alguien que tiene algún trastorno de conciencia por un estado hipnótico, a causa de alcohol o alguna otra sustancia, no admite la configuración de una causal, por ese mismo sustento la inseminación no consentida no conllevaría al adulterio; el mero indicio de tentativa no amerita ser causal que ocasione la separación de la unión matrimonial, así como tampoco aquellos actos iniciales al coito (inmisio penis in os, fellatio in ore, coitus inter fémora, cumnis linguis, entre otros.).

### 2.3.5. PROBANZA DE LA EXISTENCIA DEL ADULTERIO

Un problema fundamental sobre el adulterio es referente al comprobar su presencia, es decir como siendo el adulterio un hecho que por lo general es clandestino, existe evidente dificultad para su demostración; situación que ha motivado abonar la prueba indiciaria, pero que en la práctica pocas veces funciona; puesto que nuestros jueces exigen mejores evidencias.

*Placido, A (2002), sostiene: “En mención a la prueba del adulterio concurren dos ideas:* a) El de la prueba indirecta, se dice que el acercamiento carnal casi siempre se realiza de manera oculta, de tal manera que no hay posibilidad de que haya algún sujeto que, de fe del hecho, por ello es necesario que para su realización se debe establecer por medio de *PRESUNCIONES e INDICIOS*. b) Así también la prueba directa, pues para ser probada deberá realizarse por los medios probatorios señalados en la normativa procesal. Por otro lado, serán pruebas idóneas las partidas de nacimiento de hijos producto del adulterio, así como aquellas cartas comprometan lo ilícito, entre otros.

Al respecto *Kielmanovich, (2002)* señala: “El problema probatorio en referencia a demostrar que las relaciones sexuales ha conllevado a darle relevancia decisoria a la prueba indiciaria, conocida como indirecta que nace de indicios precisos, graves y relacionados, sin embargo como se manifestó, un solo indicio podrá ser aducido evidentemente al hecho notable para el juicio de un procedimiento de valoración de la prueba contemplado por el sistema con saludable crítica, dado a su eficacia dependerá antes de la cifra, de la idea coherente del juez” “Inclusive el acta de nacimiento de un menor habido con alguien distinto al matrimonio, tiene relativa importancia, ya que puede promoverse inclusive la caducidad, en caso que el cónyuge ofendido hubiere consentido. No obstante existen situaciones que se presentan en un proceso, donde el operador judicial, en mérito de la prueba aportada-que al parecer no es convincente-, pero que otorgándole el mérito de la sana crítica, deberá decidir una controversia que tiene que ver con la causal de adulterio”.

De otro parte, cabe manifestar que la prueba va estar dirigida a demostrar en el desarrollo del proceso **-sea del divorcio o separación de cuerpos-**, uno de los

esposos haya sostenido alguna relación sexual de manera intencional, con un tercero, fuera de matrimonio, con independencia de si estas relaciones han sido ocasionales o permanentes, violando con ello la obligación de fidelidad impuesta en el art. 288° del Código Civil. En eso consiste el adulterio.

Señalamos también, que **son pruebas admitidas** por los operadores judiciales permitiéndoles establecer la presencia del adulterio:

- Para casos de bigamia, se demuestra con la correspondiente partida de matrimonio de fecha posterior al primigenio.
- En caso de existir hijos extramatrimoniales el acta o partida de nacimiento.
- Denuncias de abandono de hogar
- Denuncias de algún tipo de maltrato,
- Pruebas fehacientes de infidelidad, como fotos, chat, otros.
- Cuando la convivencia ya es violenta e insoportable.

Por otro lado, **no se consideran pruebas suficientes** para hablar de una presencia de adulterio las conductas que se mencionaran:

- Las sospechas de que el cónyuge mantiene otra relación
- Las sospechas que el cónyuge vista otro hogar
- Las enfermedades de transmisión sexual por cualquier esposo.
- El testimonio que hace referencia a un supuesto concubino extramatrimonial
- La confidencia de algún cónyuge.
- El encontrar a la cónyuge en compañía de otro hombre, salvo sea en situación íntima.

### **2.3.6. EL CONSENTIMIENTO**

Cualquier acto ilegal, el adulterio necesita tanto el elemento material integrado por el vínculo sexual fuera del lecho marital, necesita la imputabilidad del cónyuge que establezca la atribución de culpa; Así pues, cabe señalar que a tenor del artículo 336° del Código Civil *“No debe pretenderse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó”* y que *“La cohabitación posterior al*

*conocimiento del adulterio imposibilita comenzar o continuar la acción”. Esta disposición, también es aplicable para el caso en que se intente la acción de divorcio, ello de acuerdo a lo determinado por artículo 355° del texto normativo.*

El consentimiento podrá ser tácito o expreso, depende como se haya efectuado de modo categórico o también se deduzca de actos u omisiones que reflejen tolerancia, satisfacción o incentivo ante la realización del adulterio. Asimismo, el perdón puede ser expreso o tácito: en este último caso se trata del hecho de cohabitar con posterioridad al descubrimiento del adulterio. Generado el perdón, la acción que se comenzó se detiene y concluye. En caso de no efectuarse todavía, ya no podrá serlo salvo que derive algún motivo nuevo.

### **2.3.7. CUESTIONES PROCESALES**

En nuestro código civil, se encuentran establecidos los procesos de invalidez del matrimonio contemplado en el artículo 281 del Código Civil el cual prescribe que toda invalidez al matrimonio será tramitado en vía proceso de conocimientos, así serán de aplicación aquellas normativas determinadas para los procesos de divorcio por causal o separación de cuerpos, más adelante vamos a continuar los aspectos procesales más importantes para el divorcio por causal.

#### **2.3.7.1. Titularidad de la acción**

Es estrictamente personal, sin embargo existen algunos supuestos en los que de manera excepcional cabe la representación los mismos que se encuentran contemplados en art. 334° del código civil que señala que la representación podrá ejercerse por uno de sus ascendientes o por curador especial, solo si existe incapacidad mental, o declaración de ausencia.

Del artículo que precede, podemos decir a manera de conclusión que la titularidad de la acción solo le pertenece a los esposos, porque son los únicos con la capacidad de poder decidir si es posible restaurar su institución conyugal o si en efecto procederán con la separación total del lazo matrimonial que los unía en sociedad

marital, asimismo debemos tener presente que solo existen dos causas excepcional para la representación como es la incapacidad mental y la declaración de ausencia.

### **2.3.7.2. Requisitos**

Al momento de solicitar un divorcio hacia alguna de las causales comprendidas en el artículo 333 del código civil, se debe tener en cuenta los siguientes requisitos

- Que, el vínculo sea formal es decir que hayan contraído matrimonio civil.
- En casos de adulterio, que sea real y consumado se puede demostrar cuando existen hijos extramatrimoniales.
- Que, el adulterio sea consiente y voluntario.
- Cuando se haya causado grave ofensa *“pues es necesario que el ofendido no lo haya provocado, consentido, ni perdonado, de ahí que la cohabitación posterior al adulterio imposibilite comenzar o persistir la acción. Ergo, concurre la prohibición de constituir la acción por causal de adulterio, si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó; empero, la prohibición posterior al conocimiento de dicha causal frena comenzar o progresar la acción”*.
- cuando, la causal invocada no sea por hecho propio, es decir el adultero no puede solicitar divorcio sustentando su pedido por causal de adulterio.

### **2.3.7.3. Supuestos**

Es necesario para configurar el adulterio se tiene que haber completado el acto sexual de algún cónyuge con alguien ajeno al vínculo que no es su consorte (se conoce como elemento objetivo) así fuese la intimidad de carácter ocasional o único, en razón a ello tales enamoramientos o coquetería no amerita ser considerado adulterio; pero se cree que además son variables de agravios de fidelidad. Igualmente, a ese elemento objetivo, se le debe sumar la intencionalidad de dañar al deber de fidelidad, mejor dicho, que se realice en total voluntad y conocimiento (elemento subjetivo), en efecto aquel acto sexual fruto de una violación no señala adulterio.

#### **2.3.7.4. Probanza**

La probanza en proceso de divorcio por adulterio, es muy controvertida esto debido a la dificultad para encontrar la mejor forma de acreditar esta causal, ya que el acto sexual que acometido el adultero fuera del matrimonio de que manero podemos acreditarlo si no existe una prueba fehaciente como se da cuando producto de este adulterio se ha procreado un hijo extramatrimonial, y que se puede demostrar de manera concreta y fehaciente con la correspondiente partida de nacimiento, de otra forma seria casi vano invocar esta causal y tendríamos que sustentar nuestro pedido de divorcio en causal distinta.

Acordamos que el contexto en donde se despliega la prueba es el debido proceso y aquellas orientaciones que se manifiestan abarca tareas centradas que serán realizadas en materia de prueba. De esa forma, cualquier habitante nacional o extranjero que sea parte de un proceso judicial, deberá gozar del derecho de brindar las pruebas en las fases oportunas, salvo, las excepciones que el mismo cuerpo normativo instaure; además, el justiciable posee el derecho a que se acepten aquellas pruebas oportunas dadas en su momento; también que se actúen aquellos medios de prueba de las partes que se admitieron en su momento; asimismo posee el derecho a impugnar, acorde a la actividad procesal, las pruebas de la otra parte, vigilar la actuación normal de estas; y, posteriormente, se buscare que el magistrado efectúe el derecho a una valoración razonada y conjunta de las pruebas actuadas, quiere decir, acorde a las pautas de una saludable crítica.

Confirmar cualquier causal del divorcio conlleva a enfocarnos en campo procesal en el ámbito de la prueba. Por ello se debe destacar que la corte suprema de justicia ha determinado un derrotero en elemento probatorio, al mencionar como los derechos específicos que abarca el derecho a la prueba, de esa forma.

En cuanto a la probanza, también podemos decir que la prueba es un componente esencialísimo en el debido proceso, pues engloba derechos específicos que indicaremos:

- a) El derecho a ofrecimiento de medios probatorios en donde corresponde;
- b) El derecho a admisión de medios probatorios oportunos;

- c) El derecho a utilizar los medios de pruebas oportunamente ofrecidos,
- d) El derecho a poder objetar y/o anular a las pruebas hacia la otra parte, así como a contrarrestar el actuar irregular de la misma;
- e) El derecho a la evaluación en conjunto.

A modo de conclusión podemos decir que solo podemos acreditar de manera objetiva, obvia y cierta el adulterio en aquellos casos solo cuando existe un hijo extramatrimonial procreado durante el vínculo matrimonial, acreditándolo objetivamente con la correspondiente acta de nacimiento; y

Así también, en caso ellas no contarán con elementos suficientes que acredite el adulterio, deberán configurarse la causal por injuria grave, si demuestran conductas o actos incongruentes con el acatamiento a la fidelidad conyugal.

De esa forma, dentro de las pruebas con carácter indiciario que se admiten para confirmar la existencia del adulterio tenemos, la presencia de un acta de nacimiento perteneciente al hijo extramatrimonial, o también el amplio conocimiento que obtenga el vecindario en razón a un cónyuge que tiene alguna relación íntima con un tercero.

Igualmente, haciendo referencia a una prueba jurisprudencial, se reconocen aquellos indicios que al ser valorados en conjunto conllevan a persuadir al juez, que nos encontramos ante un problema del adulterio, radica casi siempre con fundamento en una prueba escrita.

Enfatizando a tema de PROBANZA del adulterio PERALTA, menciono la existencia de dos posiciones: “Aquella prueba indirecta, basándose en que todo vínculo carnal normalmente se efectúa de forma oculta, de tal manera que no hay posibilidad de que haya algún sujeto que, de fe del hecho, por ello es necesario que para ejecución se hará en base a alguna presunción o indicio; así también la prueba directa, para ser probada deberá efectuarse por los medios probatorios señalados en la normativa procesal”. Pero sucede, que una prueba directa es muy difícil, ocasionando que sea aceptada una prueba indirecta para demostrar un acto infiel por uno de los cónyuges culpable ahí radica, que visto el adulterio dentro del proceso de divorcio se necesitara una prueba sobre aquella relación sexual extramatrimonial, siendo muy tedioso.

CABELLO menciona que “cuando los actos de adulterio se ejecutan secretamente, en ese sentido si para demostrar tal acto solo se necesitase una prueba directa se conllevaría a evidenciar al cónyuge ofendido a una carga improbable de efectuar, es por ello que quedando a merced de una prueba complicada se acepta la presunción, así en la normativa este expresado algo distinto, corresponde al legislador analizar concretamente la situación y trasmita el criterio oportuno sobre las pruebas exhibidas”.

HINOSTROSA siguiendo la idea de VILCACHAGUA, menciona que el divorcio en un proceso a causa del adulterio, las pruebas primordiales y ordinales que están a disposición para presentar serán:

“Una confidencialidad durante el divorcio por causal. Por si misma no evidencia dicho acto, debe estar empleada junto a otros elementos así se tiene una confesión judicializada que contempla todos los formalismos exigidos por la normativa en su forma, considerada parte complementaria en la prueba; así también una confesión extrajudicial, puede tener carácter escrito o incluso oral, para el mencionado caso, es un herramienta pública o particular”

Hablar de una confesión como aquella manifestación vinculada, toda vez que contempla una aceptación de actos con resultados jurídicos que perjudican al confesante; pero sucede que su configuración durante el proceso de divorcio a causa del adulterio suele ser complicado, dado que eso evidenciaría la realización de adulterio, por ello, dicha confesión se tronaría en plena prueba.

Toda manifestación por las partes, en referencia a hechos de aquel que presta haciendo mención a aquel proceso de divorcio por separación de cuerpos o causal, una manifestación por una de las partes es personalísimo; donde el interrogatorio se plantearán de forma libre sin más limitaciones de aquellas interrogantes relacionadas a los hechos objetos junto al debate, asimismo, toda interrogante podrá ser inquisitiva y aun no tocando los hechos mismos del confesante bastara que sea conocido por el mismo; dicha prueba siguiendo la línea de una testimonial estará al libre discernimiento del legislador.

Los documentos públicos y privados, considerados medios de gran impulso dentro del proceso civil. Considerados aceptables en estos procesos cualquier documentación

sean escritos, con carácter público o privado, los fotocopias, impresos, cuadros, planos, fotografía, dibujo, videos incluso alguna actividad humana y su resultado. Refiriéndonos a los primeros - aquellos documentos públicos- vale indicar que otorgaran toda verdad durante un proceso de adulterio, con frecuencia podrán ser comparado con los originales ello contribuirá a que el juez lo tenga en consideración; por otro lado, aquella documentación privada, distinguiéndose de aquellos ya en mención- con eficacia de prueba plena- producirán efectos jurídicos cuando tengan reconocimiento legal, sin embargo puede ser materia de impugnación por ser falsos o inexactos. Existe aquella declaración del testigo, pues en tema de divorcios a causa de alguna de las causales tiene gran importancia la manifestación cualquier testigo, toda vez que consiste en demostrar situaciones ocasionadas en intimidad de la vivienda. En razón a ello durante dichos procesos existe la posibilidad que declare algún familiar de alguna de las partes.

Cabe indicar, que alguno de los cónyuges no puede solicitar el divorcio dentro de esa causal en el caso que haya ocasionado, permitido o perdonar; también, cuando los esposos han seguido cohabitando después de tomar conocimiento de aquel engaño, ello indica la imposibilidad a comenzar o continuar con el divorcio.

Existe jurisprudencias, donde existe una sentencia que señala “que una copia fotostática sobre la partida de nacimiento de un menor, no constituye elemento suficientemente pleno en aras de evidenciar la causal materia de litis, dado que la parte demandada no figura como aquel que va a declarar en señal de reconocer a la menor, asimismo los cuatro escritos amorosos presentados como prueba de adulterio no configura suficiente certeza para el juez porque no está acreditada la autoría de las cartas mencionadas, así como que estén dirigidas al demandante...”

Bajo otra línea en la legislación argentina incumbe al actor evidenciar las pretensiones invocadas como carga judicial, contemplan del mismo modo a una confesión como elemento probatorio, por su forma de fabricación por medio de una absolucón de perspectivas, como en la extrajudicial, de reconocimiento o ficta<sup>[35]</sup>. Se considera del mismo modo declaraciones, así como cartas misivas dada la urgencia de tener medios de prueba en alguna causal del adulterio dado que una prueba directa es habitualmente es difícil de obtener.

### **2.3.7.5. Caducidad**

Referirse a la caducidad, el art. 339 del Código Civil establece que toda acción de divorcio en merito a causa del adulterio caducara a los seis meses de tomar conocimiento sobre alguna causa por la esposa o esposo ofendido y, en su defecto a cinco años de efectuada.

Se evidencian dos situaciones establecidas para el vencimiento de caducidad de la acción del adulterio: en primer lugar, tenemos, un tiempo de 6 meses desde su conocimiento por parte del cónyuge que sufrió la ofensa, en tal situación se toma referencia de la prueba; asimismo, está el lapso de 5 años de realizada la causal. En referencia al último caso la Corte Suprema de Justicia contempla evidentemente dos criterios: como primera situación, se ha determinado que el lapso para caducar principia a correr desde el momento del nacimiento de aquel hijo en adulterio verificándose por medio de una partida de nacimiento presentada por el mismo padre; como segunda situación, se contempla que dicha causal es realizada al tiempo de concepción del hijo fuera del matrimonio.

Se debe tener presente, en referencia al lapso que caduca, una sección mayoritaria, argumenta que la continuación del adulterio, por medio de una relación constante, imposibilita que dicho término de caducidad fluya; sin embargo, la otra parte cree que ese contexto no daña el plazo de ley, resultado necesario solamente el instante que tomo conocimiento del hecho producido y solicitado, limitándose a un cumplimiento formal señalado por ley.

## CAPITULO III: LEGISLACIÓN COMPARADA

### 3.1. Legislaciones comparadas

El adulterio es una figura de muy antigua data, así las legislaciones tales como la hebrea, la egipcia, la romana entre otras, contiene penas contra a los adúlteros; veamos por ejemplo:

#### 3.1.1. En Israel

Herrera N, (2005) “En la legislación hebrea solamente realizaba adulterio la esposa que realizaba infidelidad a su marido, en pocas palabras el varón que quebrantada la fe conyugal no recibía castigo. Dicha pena se consideraba severa pues se suponía tan solo porque la mujer estaba a solas con algún hombre durante poco tiempo; el castigo inicial era realizar una lapidación, luego paso a la horca;posteriormente la infidelidad de la mujer y de su cómplice se castigaban en forma bárbara: apretándolas”.

En Israel la conducta de la mujer daba lugar a la separación de cuerpos y de bienes; así por ejemplo podemos citar los siguientes textos bíblicos: “*No cometas adulterio*” (Éxodos XX, vers. 14);” *No cometerás adulterios; prohibido desear a la mujer de tu prójimo*” (Deuteronomio V, vers.18 y 21); “*de sorprender al varón tendido al lado de una mujer casada, ambos deben morir, tanto una adúltera como un adúltero. De esa forma desaparecerá todo mal en Israel*” (Deuteronomio XXII vers. 22).

Herrera N, (2005) Estas antiquísimas formas de castigar a la mujer adúltera, perduraron en algunas comunidades indígenas de América hasta aquel tiempo donde de conquista. Los aztecas usaban como pena la lapidación. En otros pueblos como las que poblaban el interior de las regiones de Colombia y Venezuela, se sancionaba a la adúltera con muerte dado que una india se entendía como objeto propio del marido. En el derecho incaico la mujer adúltera también recibía la pena de muerte, pero al marido uxoricida como represión solamente se le desterraba.

#### 3.1.2. En Roma

La legislación Romana se castigaba a la esposa en adulterio, donde el varón es el dueño de la acción; la infidelidad del hombre no era punible, más bien se le concedió la facultad

para asesinar a la esposa encontrada en fragancia de infidelidad así como a ejecutar alguna venganza contra el tercero involucrado.

Herrera N, (2005)

Con el transcurso del tiempo, la pena de la adúltera en Roma varió. Así tenemos en tiempos iniciales el esposo podría de asesinar; en tiempos republicanos el castigo era sólo la expulsión y con el aumento de actos corrompibles se establecieron castigos muy drásticos. Durante la era de Constantino por la influencia del cristianismo ganador y dejar de lado la época de corrupción de un movimiento pagano los castigos se endurecieron, se impuso la pena de muerte, aquel amante era asesinado a espaldas aquellos bienes los decomisaban; aquella esposa era expulsada, pero si adulteraba con el esclavo, en este caso se aplicaba el asesinato y él era enviado a una hoguera; aquel adúltero se le aplicaba igual castigo que el parricida. Posteriormente, Justiniano modificó dichos castigos; ordenando que la mujer adúltera debía ser golpeada, así como confinarla dentro del Monasterio ahí el marido tenía la opción de casarla a los dos años, si no se quedaría en el monasterio.

### **3.1.3. En España**

En el antiguo derecho Español quedó establecido que el adulterio se trata de un delito solamente perseguido por la acción privada del conyugue; al igual que en el derecho Romano la reconciliación anulaba este delito; así como el abandono de la acusación extinguía la facultad de perseguir a la mujer adúltera. La penalidad del adulterio fue muy dura en le derecho Histórico Español, poniéndose a los adúlteros a disposición del marido ofendido, dejando a su criterio la persona y bienes de los culpables.

## ANÁLISIS DEL PROBLEMA

El presente trabajo ha tenido como base un caso sobre divorcio por causal de separación de hecho, en cuya ejecutoria trae resultado en merito al recurso de casación se estableció como criterio que para hacer efectiva a cabalidad la adjudicación de bienes producto de una sociedad conyugal, corresponderá al legislador ordenar de ser necesario, la salida del cónyuge que originó el quebrantamiento de una vida en armonía, también aquel regreso del cónyuge afectado junto a sus menores hijos.

Asimismo, el presente trabajo pretende explicar que para plantear la de demanda de divorcio por causal de separación de hecho y conducta deshonrosa y adulterio, se debe sustentar en prueba cierta y cumpliendo las exigencias requeridas, esto es, haciendo referencia a aquella causal antes indicada debe estar relacionada junto a la correspondiente denunciade abandono de hogar, y en cuanto a la conducta deshonrosa y adulterio, los principales medios probatorios seria la existencia de un hijo extramatrimonial que se confirma con el acta de nacimiento, asimismo, se exige que el adulterio no debe ser perdonado ni tampoco debe estar basado en hecho propio.

Por otra, parte de la CASACIÓN N° 991 – 2016, se deduce que el legislador debe cuidar aquel equilibrio económico perteneciente al cónyuge quien ha resultado lesionado con el divorcio, así como la de los hijos si lo hubieran, teniendo su sustento legal el art. 345-A de nuestro código civil, por lo corresponde al legislador señalar una indemnización producto de algún daño, y la adjudicación predominante de aquellos bienes que conforman una sociedad conyugal, con independencia al tema de pensión alimenticia en caso existiera.

En cuento al análisis del derecho comparado, tomamos en cuenta lo siguiente:

En Israel, solo se cometía adulterio si era la mujer quien infringía el deber de fidelidad, es decir, el varón quedaba exento de ser castigado por esta causal, asimismo no solo se le castigaba a la mujer adúltera con la separación de cuerpo, sino que además se le privaba de la administración de los bienes conyugales, y como si esto fuera poco habían casos en los que la mujer se le sometía a la lapidación y a la orca. En este

sentido comparativamente, guarda similitud con el derecho incaico donde también se le castigaba a la mujer adúltera con la pena de muerte.

En Roma, se facultaba al marido incluso a matar a su mujer adúltera, si así lo deseaba. Posteriormente este castigo se cambió con el destierro, y la confiscación de sus bienes. Más adelante la mujer adúltera solo era azotada y recluida en un Monasterio dándole la facultad al marido de volver a casarse con ella dentro de los dos años de haber sido recluida, y de no ser así la mujer quedaba en el monasterio como monja.

En España, se estableció al adulterio como delito de acción privada, es decir el cónyuge afectado era quien tenía que demandar esta causal y si el cónyuge afectado perdonada el adulterio ya no había delito.

## CONCLUSIONES

1. El adulterio es aquel acto que se configura con el simple trato carnal o copula sexual que implica a cualquiera de los cónyuges con alguien ajeno al vínculo matrimonial, sea ocasional o permanente pero intencional.
2. Puntualizo dos elementos Integrantes del adulterio son: i) elemento objetivo, compuesto por aquel acto sexual ya consumado por algún cónyuge con alguien diferente a su cónyuge; y, ii) elemento subjetivo, que involucra aquel objetivo premeditado por algún cónyuge con la finalidad de tener algún vínculo sexual con ajeno al vínculo matrimonial.
3. EL deber de fidelidad matrimonial es el principal deber que, por imperio de la ley, los cónyuges están obligados a respetar, es incuestionable que el trato sexual que uno de ellos tenga con persona distinta, constituye el más grave atentado contra este deber, y como tal es sancionado por la ley.
4. Debido a la dificultad que implica probar el adulterio, por ser este un hecho mayormente clandestino, tanto la doctrina como la jurisprudencia permiten recurrir a indicios como a sospechas que permitan alcanzar alguna convicción de su ejecución.
5. La prueba del adulterio, va estar dirigida a demostrar que alguno de los cónyuges haya tenido alguna relación sexual de manera intencional, con un tercero, fuera del matrimonio, con independencia de si estas relaciones han sido ocasionales o permanentes, violando con ello el deber de fidelidad que le impone la ley.

## RECOMENDACIONES

1. Que en nuestro Código Civil, se incorpore un artículo definiendo lo que es el adulterio, para con ello evitar distorsiones facilistas que puedan generar inseguridad jurídica, puesto que puede llegarse a considerar que lo que adulterio para unos es injuria grave para otros.
2. Se Debe Unificar la jurisprudencia, en cuanto a la prueba del adulterio, con la finalidad de que los jueces encargados de resolver la demanda correspondiente a separación de cuerpos divorcio, según sea el caso, puedan sustentar su decisión en pruebas generalmente aprobadas durante la práctica judicial con el objetivo de establecer la presencia del adulterio.
3. Se debe organizar talleres familiares donde se les explique a los cónyuges, las consecuencias que acarrea la inobservancia del deber de fidelidad, y sobre todo el tremendo costo social que ello implica para la familia.
4. Se debe promover el respeto irrestricto de todos los deberes derivados de la unión matrimonial, y sobre todo del deber de fidelidad,

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias, M. (1997)** Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal. Gaceta Jurídica Editores.
- Bautista, P y Herrero, J. (2006)** Manual de Derecho de Familia. Ediciones Jurídicas. Lima
- Cabello, C. (2002)** Tratado de derecho Civil, tomos I – familia, CD1, Gaceta Jurídica, versión.
- Cornejo, H. (1967)** Derecho Familiar Peruano. Tomo I. Lima.
- Cornejo, H. (1999)** Derecho familiar peruano. 1° edición. Gaceta Jurídica editores. Lima, Perú
- Cornejo, M (2000)** Matrimonio y familia, su tratamiento en el derecho. Editora Codigraf. S. A. Lima.
- Escriche, J (2006).** Citado por: MONTOYA CALLE, Mariano Segundo. Matrimonio y Separación de Hecho. Primera Edición, Editorial San Marcos, Lima.
- Herrera, S. (2005)** Proceso de divorcio; Teoría, práctica y jurisprudencia. Segunda Edición. MARSOL Ediciones.
- Kielmanovich, J (2002).** Juicio de Divorcio y Separación Personal. Editorial Rubinzal – Culsoni, Argentina.
- Mesinas, F. (2002)** Tratado de derecho Civil, tomos I – familia, CD1, Gaceta Jurídica, versión.

- Monge, L. (2002).** Tratado de derecho Civil, tomos I – familia, CD1, Gaceta Jurídica, versión.
- Montoya, M. (2006).** “Matrimonio y Separación de Hecho”. Editorial San Marcos. Primera Edición .
- Muro Rojo, M y Rebaza, A. (2002)** Tratado de derecho Civil, tomos I – familia, CD1, Gaceta Jurídica, versión.
- Ledesma, M. (2000)** Jurisprudencia Actual. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Tomo I.
- Placido, A. (2002)** Tratado de derecho Civil, tomos I – familia, CD1, Gaceta Jurídica, versión.
- Peralta, J. (2002).** Derecho de familia en el Código Civil. Tercera Edición. IDEMSA. Lima – Perú.
- Taya, P. (2002).** Tratado de derecho Civil, tomos I – familia, CD1, Gaceta Jurídica.
- Umpire, E. (2005).** El Divorcio y sus causales. Editora Librería y Ediciones Jurídicas. Lima.

## ANEXOS

### CAS. N° 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 ganancias 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 gananciales 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 (200m<sup>2</sup>) 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 tachada 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 los 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 confirmara 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.

**SENTENCIA. NO. 902.- EXP. NO.: 17-2015-0-1706-JR-FC-02.-**

Demandante: ROSMERY YAJAHUANCA RUFINO.-

Demandado: RONAL CHICOMA PAICO.-

Materia: DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO – CONSULTA.-

Juez Superior Ponente: Sr. Pisfil Capuñay.-

**RESOLUCIÓN NÚMERO: DIEZ.-**

Chiclayo, dieciséis de noviembre del año dos mil quince.-

VISTOS;

En Audiencia Pública; por los propios fundamentos de la consultada, a tenor de lo dispuesto por el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y Considerando, además;

PRIMERO.- Es materia de Consulta, la Sentencia contenida en la resolución número SEIS, su fecha diez de agosto del año dos mil quince, folios cincuenta y siete a sesenta y dos, expedida por el Señor Juez del Segundo Juzgado Especializado de Familia, que resuelve declarar Fundada la demanda interpuesta por doña Rosmery Yajahuanca Rufino contra Ronal Chicoma Paico sobre divorcio por causal de adulterio, con las demás que contiene.-

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto por artículo 259 del Código Civil, modificado por Ley número veintiocho trescientos ochenta y cuatro, sino se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.-

TERCERO.- La Consulta no es solo un mecanismo procesal de reexamen de la sentencia objeto de la presente sino también de revisión de los resoluciones expedidas en el decurso del trámite, cuya finalidad es aprobar o desaprobar cuando se ajusten o no, respectivamente, al mérito del proceso y la ley; en todo caso, el Colegiado debe advertir que la consultada sea una consecuencia lógica y necesaria de la secuencia regular del proceso , protegiendo de esa manera los derechos materiales implicantes en el tema.-

CUARTO.- Del estudio y análisis de lo actuado se advierte que la demanda ha sido tramitada conforme a lo previsto para el proceso de divorcio por causal, los que a su responden a lo establecido en los artículos 348 a 360 del Código Civil concordante con las normas adjetivas previstas en los artículos 480 a 485 del Código Procesal Civil; proceso en donde a las partes se les ha garantizado elementalmente las posibilidades que la ley franquea en la defensa de sus derechos sustanciales; sin que las partes hayan formulado su recurso de apelación en forma y tiempo propio a pesar de encontrarse válidamente notificadas con la consultada.-

QUINTO.- De otro lado, debe destacarse que el demandado a pesar de haber sido notificado válidamente con la demanda, no ha contestado la misma dentro del plazo legal, por lo que fue declarada rebelde como es de verse de la resolución número tres, folios treinta y cuatro a treinta y cinco; siendo que en lo posterior ha sido también notificado válidamente en su domicilio real con las resoluciones a las que se contrae lo dispuesto por el artículo 459 del Código Procesal Civil y notificada con la sentencia en el mismo domicilio real señalado, sin que haya impugnada la sentencia subexamen.-

SEXTO.- Siendo así, se advierte que la sentencia subexamen es una consecuencia lógica y necesaria del análisis de sus premisas, es decir, ha sido expedida en mérito al proceso y la ley, con arreglo a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil; pues, el Señor Juez en el presente caso no ha estimado positivamente señalar una indemnización por concepto de daños a ninguna de las partes, a tenor de lo dispuesto por el artículo 351 del Código Civil, ya que no ha formado parte del petitorio deducido con la demanda y no ha sido alegado por la parte demandada; siendo menester aprobar la consultada.- Por estas consideraciones;

RESOLVIERON: APROBAR la Sentencia consultada contenida en la resolución número SEIS, su fecha diez de agosto del año dos mil quince, folios cincuenta y siete a sesenta y dos, expedida por el Señor Juez del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, que resuelve declarar FUNDADA la demanda interpuesta por doña ROSMERY YAJAHUANCA RUFINO contra don RONAL CHICOMA PAICO sobre DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO, con las demás que contiene; y

los devolvieron. Intervinieron los señores: Lara Contreras, Carrillo Mendoza y Pisfil Capuñay por haber participado en la fecha de vista de la causa, y, el segundo de los nombrados por la nueva conformación de Sala, notifíquese conforme a ley.- Srs. Lara Contreras.- Carrillo Mendoza.- Pisfil Capuñay.-

**CAS. N° 228-2004 – HUAURA**

Lima, siete de setiembre del dos mil cinco.-

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

vista la causa en la audiencia pública en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Dionisio Valencia Agurto, contra la resolución de vista de fojas ciento ochentitrés, su fecha treintiuno de octubre del dos mil tres, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que confirmando la sentencia apelada, del cuatro de julio del dos mil tres, declara infundada la demanda en cuanto a la causal de abandono injustificado del hogar conyugal e improcedente con respecto a la causal de adulterio; con lo demás que contiene:

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución expedida por ésta Suprema Sala, de fecha diez de marzo del dos mil cuatro, se declaró **PROCEDENTE** dicho recurso, por la causal prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil, esto es, la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, indicando la contravención de los artículos cuatrocientos sesentiuno, doscientos veintiuno y trescientos setenticuatro del Código Procesal Civil, indicando que no se ha tomado en cuenta la condición de rebelde de la emplazada, contraviniéndose el artículo cuatrocientos sesentiuno del citado Código Procesal, por lo que debió de aplicarse la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, a favor del recurrente; siendo esto así, debió ampararse su demanda; por otro lado, conforme al artículo doscientos veintiuno del Código Adjetivo, en su alegato de defensa, la emplazada no ha negado la maternidad del menor, lo cual no se ha tenido en cuenta; asimismo, se ha contravenido el artículo trescientos setenticuatro del Código Adjetivo, porque, junto a su recurso de apelación, adjuntó nuevos medios probatorios que acreditaban su posición, los mismos que no han sido merituados;

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:**. Que, la presente causa versa sobre divorcio por causal, tramitada en la vía de conocimiento;

**SEGUNDO:**

Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal, en el que se le de oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo establecido en la ley procesal;

**TERCERO:** Que, la contravención del derecho al debido proceso es sancionada por el juzgador con la nulidad procesal, y se entiende por ésta a aquel estado de anormalidad de acto procesal, originado por la carencia de alguno de los elementos constitutivos o vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser judicialmente declarado inválido;

**CUARTO:** Que, el artículo trescientos setenticuatro del Código Procesal Civil estipula que sólo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de apelación o en el de absolución de agravios, señalando los casos pertinentes;

**QUINTO:** Que, el recurrente en el numeral cuarto de su escrito de apelación de sentencia -obrante a fojas ciento cincuenticinco presenta nuevas pruebas, tales como: fotocopias certificadas de las partidas de nacimiento de dos menores de edad, con lo que supuestamente se encontraría acreditada la causal de adulterio de su esposa doña Fiviana Garay Malvaceda;

**SEXTO:** Que, a pesar de ello, el Ad quem no ha admitido ni rechazado dichas pruebas;

**SÉPTIMO:** Que, en consecuencia, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo ciento setentiuno del Código Adjetivo;

**SENTENCIA:**

Estando a las consideraciones expuestas; y, de conformidad con lo establecido en el apartado dos punto uno del inciso segundo del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil; declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Dionisio Valencia Agurto, a fojas ciento noventicuatro; **CASARON** la resolución de vista de fojas ciento ochentitrés, su fecha treintiuno de octubre del dos mil tres, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en consecuencia

la declararon NULA; ORDENARON que la citada Sala emita nuevo fallo previo pronunciamiento sobre la prueba presentada por el demandante en su recurso de apelación; en la causa seguida por Dionisio Valencia Agurto contra Fiviana Garay Malvaceda, sobre divorcio por causal; DISPUSIERON se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.-  
SS. ECHEVARRIA ADRIANZEN, TICONA POSTIGO, LOZA ZEA, SANTOS PENA, PALOMINO GARCIA.