

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO



El divorcio por causal: El adulterio en el Código Civil Peruano

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

Caballero Cabrel, Rosamaria de Guadalupe.

Asesor

Mg. Félix Carrillo Cisneros

HUACHO – PERU

2018

DEDICATORIA:

El presente trabajo lo dedico a mis padres por su apoyo incondicional siempre; y a mis hermanos y demás familiares quienes me apoyaron en este largo camino, y docentes por su enseñanza y sabios consejos en el derecho.

PRESENTACION

La infidelidad solo tiene consecuencias legales en el matrimonio de derecho, porque en el matrimonio de hecho no existe la obligación de fidelidad, es por este motivo que este trabajo trata de demostrar que la infidelidad es una causal que toma el nombre de adulterio en nuestro ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, la infidelidad o el adulterio deberá probarse sin que haya dudas sobre su ocurrencia, pero está prohibido conseguir pruebas ilícitas tales como interceptar llamadas, hacer seguimientos, tomar fotografías clandestinas o violar archivos personales; pero si a base de pruebas lícitas esto con el fin de poder demostrar que la persona este cometiendo adulterio.

El adulterio o la infidelidad es causa de separación de cuerpos, separación de bienes y de divorcio, salvo que el ofendido la haya consentido, facilitado o perdonado.

La infidelidad o el adulterio solo puede alegarla el cónyuge inocente dentro de los seis meses siguientes contado desde cuando tuvo conocimiento de su ocurrencia y en ningún caso podrá alegar relaciones que hayan sucedido dos o más años antes de la presentación de la demanda. Si esos plazos han vencido, se entiende que la infidelidad se ha perdonado u olvidado.

El adulterio causa perjuicio moral al cónyuge inocente el cual solo puede invocar por la causal mencionada como problema de investigación de adulterio, pero que tenga conocimiento del perjuicio de una relación extramatrimonial dentro de los seis meses siguientes en lo que ocurrieron los hechos de infidelidad.

El culpable de la infidelidad pierde el derecho a los alimentos, pero en ningún caso pierde el derecho a tener a sus hijos, ni a visitarlos. Tampoco perderá el derecho a su cuota de gananciales que es igual a la mitad de los bienes sociales adquiridos dentro de la vigencia de la sociedad conyugal.

Palabras Claves:

Tema	El divorcio por causal: El adulterio en el Código Civil Peruano
Especialidad	Derecho Civil

Keywords:

Text	The divorce by causal: The adultery in the Peruvian Civil Code
Specialty	Civil law

Línea de Investigación: Derecho

INDICE

DEDICTORIA	i
PRESENTACION.....	ii
PALABRAS CLAVES.....	iii
INDICE	iv
INTRODUCCIÓN	1

El Divorcio por Causal: El Adulterio en el Código Civil Peruano

CAPITULO I

El Adulterio

1 .Antecedentes.....	3
1.1.- El Adulterio en la Historia	
a).- ¿el incumplimiento recíproco de los deberes conyugales podría enervar la culpa del infractor?	

CAPITULO II

Divorcio por Causal:

El Adulterio

2.- Marco Teórico.....	9
2.1. Etimología	
2.2.-Definicion	
2.3.- Causal de Divorcio - El Adulterio	10
2.3.1. El adulterio	
2.3.2. Efectos disonantes	

2.3.3. La prueba

2.3.4. La relación homosexual

2.3.5. El divorcio por adulterio o divorcio por infidelidad en el Perú

- a) el divorcio por causal de adulterio y las pruebas, art. 333 inc. 1
- b) ¿cuándo vence el plazo para poder interponer la demanda de divorcio por adulterio? es decir cuándo caduca la acción?
- c) ¿en el divorcio por adulterio se puede indemnizar al cónyuge inocente o afectado?

2.4.- Clases De Divorcio 16

2.4.1.- Divorcio Sanción

2.4.2.- Divorcio remedio

CAPITULO III

3.- Legislación Nacional..... 21

3.1.- La Constitución Política del Perú

3.2.- Código Civil

"Artículo 333.- causales

Son causas de separación de cuerpos:

- 1. el adulterio.

3.3.- Código Procesal Civil

4.- Jurisprudencias Nacionales 25

4.1.- Plenos Jurisdiccionales

CAPITULO IV

5.- Derecho Comparado	30
1. En la Legislación Española	
2. Legislación en Colombia	
3. Legislación Chilena	
Conclusiones	41
Recomendaciones	42
Resumen.....	43
Referencias Bibliográfica	44
1.- Anexos.....	47
1. Caso práctico ex. N° 895-2016	
2. Proyecto de sentencia 209-2013	
3. Análisis del caso	

INTRODUCCION

El divorcio por la causal de adulterio provoca la disolución del vínculo matrimonial lo que está establecido en nuestro código civil que es nuestro ordenamiento jurídico nacional; y a través de nuestro código procesal civil que nos hace conocer el procedimiento o proceso a través del proceso de conocimiento en una demanda por la causal invocada; poder divorciar a las partes, con la realización de estudios rigurosos y sistemáticos que pongan en evidencia las múltiples aristas que presenta esta institución en particular y las demás contenidas en el referido cuerpo normativo.

Frente a la nueva realidad toca a la comunidad jurídica un papel fundamental en la interpretación, análisis y evaluación de las normas, sin perjuicio de los aportes que otras ciencias sociales puedan realizar desde su propia perspectiva, a fin de presentar un panorama claro que se ajuste a las necesidades de la familia y comunidad en general con respecto al divorcio por la causal de adulterio.

En este marco de ideas, este trabajo pretende presentar una visión y exposición del divorcio por culpa como es del caso de adulterio como uno de los tipos de divorcio que reconoce la ley en nuestro ordenamiento jurídico, como nuestro código civil, teniendo en cuenta que se trata de una materia que a pesar de esperarse no tenga el mismo grado de aplicación práctica que el divorcio por cese de la convivencia la otra clase reconocida por las referidas normas conlleva una serie de particularidades en cuanto a su fisonomía jurídica que la diferencian de ésta en su tratamiento y efectos. Se pretende a su vez con ello entregar un pequeño aporte a la comunidad en general y en especial a la comunidad jurídica nacional, cuestión insoslayable para quienes pretendemos desarrollarnos profesionalmente en esta área del saber humano.

Así, a continuación nos adentramos en el estudio y análisis del divorcio por la causal de adulterio por culpa, su concepto, efectos, problemas que suscita su consagración, vacíos que se aprecian en las normas citadas, críticas formuladas por la doctrina en general y por las ciencias sociales que por su ámbito de conocimiento tienen posiciones

al respecto, historia de las normas y, en general, aciertos y desaciertos desde una perspectiva jurídica moderna.

Sostenemos que las particularidades a que se hizo alusión merecen detenerse en el comentario de las mismas desde que estamos ante una institución de reciente y plena vigencia y susceptible de generar dudas no poco importantes para los destinatarios de las normas. Para lo anterior, se emplea principalmente un método de análisis descriptivo, pero sin dejar de recurrir a elementos críticos, históricos y comparados, en el entendido que cada uno de ellos agrega y no quita riqueza al debate que pueda suscitarse en torno a la figura a cuyo estudio nos dedicamos.

**EL DIVORCIO POR CAUSAL: EL ADULTERIO EN EL
CODIGO CIVIL PERUANO
CAPITULO I
EL ADULTERIO**

1.- ANTECEDENTES:

Cayo, Suetonio. (1540).El adulterio fue también una de las preocupaciones del emperador Augusto, que en el año 17 a. C., a través de la Ley Julia de adulteriis coercendis, procuró sancionar severamente a quienes realizaran esto. El adulterio pasó a ser un crimen público, que hasta entonces se resolvía en familia. El marido era obligado a pedir el divorcio (de lo contrario sería acusado de violación, Proxenetismo), disponiendo de 60 días para presentar una queja en contra de la esposa adúltera. Cualquier ciudadano podía presentar pruebas del adulterio dentro de un período de cuatro meses. En caso de que ninguna persona denunciara algo durante ese período, la mujer no podría ser juzgada.

En términos de ley, el marido podía matar al amante de la esposa en caso de sorprenderlos en «flagrante delito» y si era miembro de sociedad baja esta acción era considerada decente (o sea, si era un esclavo, un gladiador, un actor, un bailarín o un prostituto). El marido podría ser arrestado durante veinte horas, con el objetivo de poder llamar a testigos. El padre de la adúltera podía matar a la hija y al amante en caso de que lo encontrara haciendo el «acto» en su casa o en la casa de su yerno, ya que se consideraba que era de mala educación el que el amante entrara en una de estas casas. Sin embargo, si mataba al amante, podía ser acusado de homicidio.

Sarmiento, Juliana y Carbo, Eusebio. (1991). El adulterio se constituye con el yacimiento carnal que sostiene uno de los cónyuges con tercera persona, la causal por este sólo hecho se configura, independientemente de la fidelidad o infidelidad del otro cónyuge, en todo caso se trataría a decir de Planiol de adulterios recíprocos.

1.1.- EL ADULTERIO EN LA HISTORIA

En algunas legislaciones contemporáneas, el adulterio constituye un delito y se halla penado por la ley, bajo el fundamento de que va contra la unidad del hogar, contra los deberes conyugales y contra la base de la familia, porque fractura uno de los deberes del matrimonio que es la fidelidad que el hombre y la mujer se deben, obligación igual para uno y otro cónyuge; en la actualidad existe una tendencia a su proscripción como delito como sucede en otras legislaciones modernas. En Bolivia, la penalidad fue suprimida hace mucho tiempo, tomándose únicamente en causal de divorcio; empero, en el curso de la historia universal, se caracterizó por la crueldad de las penas hacia la mujer adúltera y no así del hombre, en algunas regiones fue sancionada con la muerte por lapidación o la horca entre los hebreos, la castración, azote al adúltero y cortar la nariz a la adúltera, entre los antiguos egipcios; los sajones quemaban a la adúltera y sobre sus cenizas formaban el patíbulo donde expiraba su amante; entre los romanos el destierro, la relegación de la lex julia de adulteriis era practicada con pérdida hasta una mitad de la dote, la adúltera era confinada en una isla, no podía contraer nuevas nupcias, sólo el concubinato, y los azotes durante Justiniano. En el Siglo pasado a través del primer Código penal francés y los Códigos penales españoles de 1870 y 1944 reconocieron al marido ofendido la facultad de matar a través del instituto de la excusa absolutoria. En fin, las penalidades eran distintas y crueles en todas las sociedades antiguas cualquiera que haya sido el régimen social - familiar.

Sin embargo, esas costumbres crueles han logrado subsistir entre los pueblos orientales, que influenciados profundamente por pensamientos filosóficos religiosos fueron sosteniendo la pena de muerte por lapidación, como sucedía entre los iraníes, que a fines del año 2002 recién optaron por pedir que sus jueces se abstengan de imponer sentencias de muerte por lapidación. Estos cambios fueron introducidos gracias a la influencia de convenios

y tratados con países extranjeros que prestan cooperación económica.

Las sanciones para una mujer culpable de adulterio eran la confiscación de la mitad de su dote y de la tercera parte de sus bienes y el exilio en alguna isla desierta, como a la isla de Pandataria (actual Ventotene). También era obligada a usar un vestido y no podía volver a casarse, asumiendo la condición de Probosa (infame), y se le colocaba en el mismo estatus que las prostitutas. En el caso del hombre, se le confiscaba la mitad de sus bienes y el exilio en alguna isla (obviamente que no sería la misma isla hacia donde había sido enviada la mujer que había practicado el adulterio); podía ser condenado a trabajos forzados en las minas.

Augusto aplicó las disposiciones de ésta ley sobre su propia familia, particularmente sobre su hija y su nieta, ambas llamadas Julia. Denunció a los muchos amantes de la primera a través de una carta que dirigió al Senado Romano (lo cual generó un escándalo en todo el Imperio) y mandó a matar a uno de ellos, Julio Antonio, hijo de Marco Antonio, haciendo que su hija fuera desterrada a la Isla de Pandataria. En cuanto a su nieta, también fue enviada a una isla inhóspita por la práctica de adulterio.

a).- ¿El incumplimiento recíproco de los deberes conyugales podría enervar la culpa del infractor?

Como planteara la resolución presentada, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado sosteniendo "que en materia de separación de cuerpos no tiene cabida la compensación de culpa, cuando ninguno de los cónyuges sea inocente y que por consiguiente cada uno está legitimado para demandar la separación fundado en la culpa del otro o contrademandar:

"Puede ocurrir que ambos cónyuges con un obrar sin relación alguna uno con otro, hayan dado lugar a la situación inarmónica, hipótesis en la que los dos son culpables y, en consecuencia, responsables de la medida, cualquiera que sea el demandante o los dos solicitan la separación de cuerpos en la demanda principal y de reconvenición, pues ninguno puede justificar su comportamiento con el del otro.

Pero puede suceder también que los dos hayan originado el conflicto por conductas recíprocamente provocadas, con la pretensión de justificar cada uno su comportamiento en el del otro, caso en el que, destruida la armonía doméstica, reclama la imposición de la medida por la culpa de los dos esposos, sino puede determinarse cuál de las faltas acaeció primero, pues si esto se logra establecer y no se trata de violación de obligaciones que se cumplen con conductas omisivas, quién faltó primero será responsable de la separación de cuerpos, pues el otro habrá demostrado que su actitud se justifica".

En el caso de los tribunales nacionales, si bien se observa esta consideración, principalmente en la causal de adulterio, también puede apreciarse que ello no es tan absoluto al evaluarse otras causales de divorcio, en las que se considera el efecto de la falta conyugal en el cónyuge inocente y su observancia o no de los deberes conyugales para disminuir o eximir la responsabilidad del culpable.

En la doctrina nacional tenemos: Hinojosa Mínguez, Alberto. (2016). "El proceso de conocimiento de separación de cuerpos puede promoverse en base a las causales señaladas en los incisos 1) al 12) del artículo 333 del código civil art. 480- Primer Párrafo- del C.P.C, Cornejo Chávez, Héctor. (1999). "En cuanto a la causal de adulterio, podría plantearse la objeción de que, si bien su comisión es siempre vituperable y puede romper en todo caso a la armonía que exige la convivencia conyugal, no siempre parece justificar un efecto tan trascendente como la ruptura del vínculo". Placido Vilacachagua, Alex. (2008). " En términos generales se entiende por adulterio la unión de un hombre y una mujer casados con quien no es su cónyuge; se trata, por ello, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos". Mallqui Reynoso, Max- Momethiano Zumaeta, Eloy. (2001). "El divorcio se disuelve por dos causas principales; por la muerte de uno de los cónyuges, y, por el divorcio por una de las causales como el adulterio; como también algunas legislaciones agregan otra causa como la presunción de muerte por desaparecimiento". Schreiber Pezet, Max Arias. (2002). "Esta fuera de duda que el adulterio es una causal perfectamente justificada,

en la medida que atenta contra el principio de fidelidad, que es una de las piezas fundamentales de lo que hemos denominado matrimonio abierto”. Gallegos Canales, Yolanda- Jara Quispe, Rebeca. (2012). “El adulterio, la acción de divorcio basada en la causal de adulterio, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida”. Retamozo, Alberto y Ponce, Ana María. (1994). “Que el apoderado del demandado refiere expresamente en la diligencia que éste ante supuesta conducta de su cónyuge, no esclarecida en forma alguna, optó también por formar un hogar de hecho con doña, procreando una menor; que de lo anotado se infiere, sin prueba en contrario, que las relaciones adulterinas que se atribuyen al demandado continúan y en tal caso no ha podido operar la caducidad”.

En la doctrina extranjera tenemos: Borda, Guillermo A. (1984). “Desde el momento en que cualquiera de los cónyuges tiene relaciones íntimas con otro, aunque sean meramente circunstanciales, viola el deber de fidelidad, que es de la esencia del matrimonio, justificando por ese solo hecho la acción de divorcio o de separación de cuerpos”. Gallardo, Ricardo. (1957). “La legislación siguiendo la opinión optado mayoritariamente por la doctrina, no establece diferencia entre el adulterio de la mujer y el del hombre; exige en cambio que este haya sido cometido conscientemente y que se trate de relaciones sexuales consumadas entre dos personas de sexo opuesto”. Gatti, Hugo. (1957). Las causales de divorcio o por adulterio de la mujer y que tradicionalmente la legislación de este país hace una discriminación entre el adulterio de la mujer y del hombre”. Honorio y Belarmino, Alonso. (1958). “Se simplifica el procedimiento y se condenó al esposo condenado por adulterio a casarse con su cómplice, pero que posteriormente se suprimió todo vestigio de indisolubilidad en su afán de evitar la expansión del divorcio y se implanto varias reformas”. Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. (2015). “Si uno de sus dos progenitores o ambos estaban casados con otras personas, el hijo extramatrimonial se denominaba adulterino y no podía ser reconocido ni legitimado, ni siquiera si después sus padres quedaban en libertad de estado y contraían matrimonio. Las leyes establecían también otras denominaciones para los hijos extramatrimoniales, que eran llamados espurios si la madre era concubina del padre; si eran adulterinos; mánceres, si la madre era

prostituta; incestuosos si la madre era religiosa o ascendiente, descendiente o hermana del padre”. Jordán de Asso y del río y Manuel y Rodríguez. (1984). “El matrimonio tenía carácter de sacramento y no había divorcio vincular, con excepción de los pocos casos previstos en el Derecho Canónico. Además de las normas de este, diversas leyes civiles, sobre todo de las Partidas, regulaban aspectos del matrimonio relacionados con los impedimentos, el adulterio, el parentesco y otros asuntos”. Cabello, Carmen Julia. (1999). “No incurriría en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible o en el singular caso de que tuviera relaciones con quien cree que es su marido sin serlo; es solo en la concurrencia de ambos elementos, de naturaleza objetiva una copula sexual, y subjetiva el otro intencionalidad, que puede configurarse el adulterio”.

CAPITULO II

DIVORCIO POR CAUSAL: EL ADULTERIO

2.- MARCO TEORICO

2.1. ETIMOLOGIA:

Adulterio cache:MHJhxuzwJwEJ:etimologias.dechile.net/%3Fadulterio+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe. (2017). La palabra adulterio proviene del latín *adulterium*. sus componentes léxicos son: el prefijo *ad-* (cerca de, aproximación), la raíz de *alter* (otro), alterada en *ulter* al recibir un prefijo, más el sufijo *io* (efecto o resultado). En un sentido amplio se refiere al quebranto del deber marital de fidelidad, generalmente por una unión sexual con tercera persona.

2.2.-DEFINICION:

Melanie Romero Cornejo. (2011). El adulterio ha de referirse al incumplimiento de uno de los deberes más importantes de la relación conyugal que es la fidelidad; como concuerda con la definición de la Real Academia Española sobre adulterio, la cual se refiere a la “relación sexual voluntaria entre una persona casada y otra que no sea su cónyuge”, con esta definición implicaría la existencia de acceso carnal para la configuración del adulterio; siguiendo esa misma línea de pensamiento, al existir contacto físico entre personas, se podría determinar la existencia de una infidelidad propiamente dicha.

PERALTA ANDÍA (1996), 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.

2.3.- CAUSAL DE DIVORCIO - EL ADULTERIO

Causal de divorcio el adulterio <http://auladerecho.blogspot.com/2013/10/el-adulterio.html>. (2013). El adulterio importa siempre una ofensa a la fe conyugal comprometida a partir de la celebración del matrimonio, significa la violación al deber de fidelidad material y moral que se deben los esposos, estrictamente, se refiere a la fidelidad sexual. El adulterio es tipificado como una relación sexual extramatrimonial de uno de los cónyuges con otra persona de distinto sexo que no es su cónyuge, es una unión corporal o carnal de un hombre con una mujer estando uno de ellos o ambos casados con otra tercera persona, de donde la unión sexual resulta siendo ilegítima.

2.3.1. EL ADULTERIO

Nuestro Código Civil establece que es causa de separación de cuerpos y divorcio, la causal de adulterio. El adulterio se configura con el simple acto sexual de una mujer y un varón fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente pero intencional; consecuentemente, no constituye adulterio las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo -lo que en todo caso constituyen conductas deshonorosas-, las injurias graves u homosexualidad como lo tipifica nuestra legislación sustantiva. Definida así la causal en comento y dado que para probarlo se requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, existe consenso en considerar que resulta difícil su probanza, pues no todo trato infiel se considera adulterio, por ello se recurre a indicios como a presunciones que permitirán al juez llegar a la certeza de su consumación, el ejemplo típico de ello, lo constituye la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido fuera del matrimonio de éste. Por lo general, ante la imputación del adulterio le sigue como correlato de la contraparte, la excepción de caducidad; o aun cuando ésta no se invoque el juez está facultado a aplicarla de oficio, con lo que la pretensión será desestimada, aun cuando el cónyuge ofendido tenga como acreditar el adulterio (por ejemplo, la partida de nacimiento en la que se consigne como padre el nombre de uno de los cónyuges)Es decir que, probar

esta causal no sólo resulta complicado sino que también requiere accionarse oportunamente -sino se considera que se consintió o perdonó, lo que no dará lugar a la disolución del vínculo (divorcio)-, dado que el plazo de caducidad que fija la ley es dentro de seis meses de conocido el adulterio por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producido. Pero, ¿Por qué fluctúa la norma entre un plazo corto y un plazo largo?, ¿Bajo qué sustento se aplica? En todo caso, ¿No sería mejor que la norma estableciera un solo plazo de caducidad? Respeto a la primera interrogante, se distinguen porque constituye el primero un plazo restringido y el segundo un plazo dado de caducidad, justifican dos este último en el hecho de establecer un límite temporal mayor para demandar el divorcio por esta causal; correspondiendo a la parte que invoca el adulterio probar dentro de que plazo de caducidad tomó conocimiento de los hechos.

2.3.2. EFECTOS DISONANTES

Los actos de infidelidad moral o material, en el conjunto de las relaciones matrimoniales pueden causar diversos efectos disonantes y todos negativos para la subsistencia de la unión conyugal, aparte de la desvinculación jurídica; esos efectos tienen un trascendido distinto según se trate del esposo o la esposa.

Si es el marido el que ha incurrido en el acto de infidelidad, no existirá mayores consecuencias respecto a la generación de descendencia con su cónyuge, el efecto será la creación de un estado anímico de frustración e insatisfacción en la esposa, que si no logra sobrellevar, puede ocasionar la ruptura matrimonial. En cambio si es la esposa la autora del adulterio, en la procreación de la prole puede darse el caso de la confusión de paternidad (Turbado sanguinis), cuyo hecho puede generar un trato discriminatorio para los hijos y aún el rechazo psicológico de ellos, se produzca o no el rompimiento matrimonial.

Entre otros efectos, está la situación del ejercicio de la patria potestad de los hijos producto del matrimonio, es decir, la guarda y custodia, que implica toda una serie de consecuencias materiales, sociales, morales y psicológicas; de igual modo, el impacto personal que causa a los ex - esposos, tener que emprender una nueva forma de vida

individual distinta a la que habían actuado por muchos años, lo que significa enfrentar nuevas vicisitudes, nuevas perspectivas con consecuencias impredecibles.

2.3.3 LA PRUEBA

Cuando se interpone la acción de divorcio invocando la causal del adulterio, de comienzo se presenta la dificultad de probarla, como uno de sus aspectos principales, de ahí que, existieron los criterios de admitir la idea cuestionada de que si podía exigirse la prueba inequívoca de acreditar la existencia del contacto corporal de los autores que hiciera surgir la certeza moral de su existencia; ante los inconvenientes naturales surgidos en la praxis forense con la prueba directa del adulterio, la jurisprudencia terminó por admitir la prueba basada en las presunciones que fuesen graves, precisas y suficientes, que de manera lógica permitan conducir razonablemente a la convicción de que se está ante la presencia de una relación adulterina.

No obstante la dificultad de probar la causal, según el criterio generalizado en el ámbito judicial, para probar el adulterio no es necesaria la prueba presencial, sino que basta la prueba indirecta que conduzca al juzgador al convencimiento de la existencia de tales relaciones. Así lo ha establecido la jurisprudencia nacional, al decir: “El adulterio no se demuestra precisamente con la prueba directa de las relaciones sexuales ilícitas, sino generalmente con la evidencia de determinados actos que lo presuponen dentro de la lógica concatenación de los hechos, cuya valoración es potestativa de los jueces de instancia”

2.3.4 LA RELACIÓN HOMOSEXUAL

Por relación homosexual debe entenderse como la unión sexual entre personas del mismo sexo, en el caso del matrimonio, como la relación sexual de uno de los esposos con otra persona del mismo sexo (distinto a su cónyuge). Propiamente, se caracteriza por la desnaturalización de las relaciones sexuales hombre - mujer, para onvertirse en relaciones degenerativas y aberrantes rechazadas por las sociedades en todos los tiempos. El homosexualismo entre los hombres y el lesbianismo entre las mujeres, afectan fundamentalmente la esencia y fin del matrimonio, entendido como la

institución que autoriza la legalidad de las relaciones intersexuales del hombre y la mujer y porque debilita la fidelidad conyugal, conduce al incumplimiento y la insatisfacción de los deberes conyugales en las relaciones íntimas de la pareja. Causa la frustración de las necesidades naturales del esposo o la esposa que presenta normalidad biológica y psicológica y quebranta la armonía conyugal.

La palabra homosexual proviene del griego «hornos» que significa semejante o igual y, del latín «sexus» igual a sexo o condición orgánica que diferencia al macho y la hembra. Es considerada como aquella persona que tiene afinidad sexual por las personas de su mismo sexo; en la materia, debemos hablar de homosexualidad que es la manifestación de la atracción erótica experimentada por un individuo por otro de su mismo sexo, sea hombre o mujer.

2.3.5. EL DIVORCIO POR ADULTERIO O DIVORCIO POR INFIDELIDAD EN EL PERÚ

Dávila, Wendy. (2015). El adulterio se constituye cuando se falta a una obligación fundamental del matrimonio, la fidelidad.

Para que se configure el adulterio uno de los cónyuges debe haber tenido acceso carnal, es decir, relaciones sexuales con un tercero.

Téngase en cuenta que si la cónyuge sale embarazada de otra persona que no es el cónyuge, ante la ley, este hijo se presumirá del esposo, art. 362 del Código Civil. A esto se llama Presunción Legal (o presunción legal de filiación).

Por ejemplo el marido puede invocar la infidelidad como causal de divorcio y no cuestionar la filiación del menor ya que quiere al menor como si fuera su hijo. El accionar del cónyuge es facultativo por lo tanto el hijo que nació durante el matrimonio continuará amparado por la presunción legal.

En consecuencia, hay que distinguir entre lo que sería la falta a los deberes de fidelidad que puede dar lugar a demandar el divorcio por la causal de adulterio y por otro lado lo referente a los alcances de la presunción de paternidad.

a) El divorcio por causal de adulterio y las pruebas, art. 333 inc. 1

En este caso se deben usar los medios probatorios permitidos por la ley. De igual modo, también se admiten los medios probatorios auxiliares como son los indicios (arts. 275, 276 del Código Procesal Civil del Perú).

La ley impide al cónyuge que fue adúltero o infiel, que perdonó o consintió la infidelidad, que haya cohabitado con el cónyuge culpable luego del acto infiel, e incluso luego de iniciado el proceso, que pueda interponer una demanda de divorcio por adulterio. Por otro lado, tampoco hay adulterio si uno de los cónyuges que quiere divorciarse a toda costa contrata a alguien para que seduzca a su cónyuge.

Ejemplo. Si los cónyuges tienen un hijo después de que la esposa ha cometido una infidelidad. El esposo no puede demandar el divorcio por adulterio ya que en este caso ha perdonado la infidelidad. Por lo tanto, la reconciliación borra toda falta hecha.

b) ¿Cuándo vence el plazo para poder interponer la demanda de divorcio por adulterio? Es decir cuándo caduca la acción?

El plazo vence a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y en todo caso cinco años de conocida ésta, art. 339 del Código Civil Peruano.

CADUCA A LOS SEIS MESES: cuando el ofendido conoce de la infidelidad de su cónyuge dentro del plazo determinado por la ley y al conocer del adulterio este ofendido decide perdonarlo y así ya no podrá demandar por ese plazo señalado, pero si no o perdona podrá accionar con su demanda por adulterio.

CADUCA POR CINCO AÑOS: Si es producida dentro de los cinco años y el cónyuge ofendido no conoce de la infidelidad podrá demandar por adulterio aun superando el plazo previsto de seis meses, pero si supera este plazo ya no podrá demandar.

En este caso el cónyuge ofendido tiene sólo seis meses para interponer la demanda de divorcio por adulterio o infidelidad. Después de este plazo prescribe la acción.

Sin embargo, aquí hay que tener en cuenta algo muy importante, si se trata de un adulterio continuado, por ejemplo, si la cónyuge culpable comete infidelidad en distintos períodos y con diferentes hombres. En este caso la acción caduca cuando se termina la última relación (Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1993).

Con referencia a los cinco años de conocida ésta, ponemos un ejemplo de caducidad de la acción o plazo para interponer la demanda de divorcio por adulterio

La demandante apareja a la demanda cuatro partidas de nacimiento de los hijos extramatrimoniales de su esposo, 2005, 2013, 2014 y 2015. En este caso no se produciría la caducidad a los cinco años de haber nacido el primer hijo, sino producido el nacimiento del último hijo, art. 339 del Código Civil Peruano. Mientras que no se compruebe que se ha puesto fin a las relaciones adúlteras no cesa la prescripción.

La causal de adulterio no es en sí la inscripción de los menores en el Registro Civil sino las relaciones extramatrimoniales del cónyuge infiel.

c) ¿En el divorcio por adulterio se puede indemnizar al cónyuge inocente o afectado?

Sí, en este caso se trata de un daño moral causado al cónyuge inocente.

Por ejemplo: se está casado hace 15 años, el padre o la madre se ha quedado al cuidado de los hijos, ha tenido que postergar su vida profesional por el cuidado de la familia, y ahora el esposo o la esposa lo deja por estar con otra persona.

En mi opinión, tanto la falta del hombre o de la mujer a los deberes de fidelidad en el matrimonio, debería ser sancionada por igual, salvo que haya perdón, lo que es una decisión muy personal. Todos podemos equivocarnos o confundirnos, sin embargo, tendremos que hacernos cargo de las consecuencias de nuestros actos.

Alarcón Flores Luís Alfredo. (2017). Las excepciones en los procesos: Conocimiento, Abreviado, Sumarísimo, Ejecutivo.

1.- CONOCIMIENTO

1. Plazo para contestar la demanda: 30 días.
2. Reconvención: si hay.
3. Plazo para contestar la reconvención: 30 días.
4. Excepciones: 10 días.
5. Plazo para contestar excepciones: 10 días.
6. Tachas u oposiciones a las pruebas: 05 días.
7. Plazo para absolver tachas u oposiciones: 05 días.

8. Plazos especiales del emplazamiento: 60 o 90 días.
9. Saneamiento: 10 días.
10. Audiencia conciliatoria: 20 días.
11. Audiencia de pruebas: 50 días.
12. Alegatos: 05 días.
13. Sentencias: 50 días
14. Plazos para apelar la sentencia: 10 días.

2.4- CLASES DE DIVORCIO

Hinostriza Minguez Alberto (2004), la doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

2.4.1. DIVORCIO SANCIÓN

Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges o a ambos como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

Según, “la causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”.

También respecto de esta causal, han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal.

En el llamado divorcio sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”.

2.4.2. DIVORCIO REMEDIO

Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó.

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. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar al divorcio remedio en:

a) DIVORCIO REMEDIO RESTRINGIDO: Cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

b) DIVORCIO REMEDIO EXTENSIVO: Que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*).

Respecto de esta sub clasificación: “Si se adopta esta premisa divorcio remedio pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”.

A diferencia del divorcio sanción, el divorcio remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatória alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos

casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Cuando se señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges. La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos.

En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares

se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges”.

CAPITULO III

3.- LEGISLACION NACIONAL

3.1.- 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.

3.2.- CODIGO CIVIL

TITULO IV

DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

CAPITULO PRIMERO

"Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

2. 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.”.

3.3.- 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.

(*) Inciso vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 3 de la Ley N° 27155, publicada el 11-07-99.

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.

4.- 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.

- “(...) Respecto a la reconvenición propuesta, indica que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvenición, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio”. **(CAS. 895-2016/ Lima Sala Civil Permanente de Corte Suprema de Justicia, publicado en el diario oficial el peruano el 6 de Octubre de 2016).**

- “(...) Los jueces supremos confirmaron la sentencia de la Sala Superior, y entendieron que lo esencial fue que la esposa demandante había tomado conocimiento del adulterio en la fase de la notificación de la contestación de la demanda por alimentos y violencia familiar, toda vez que se adjuntaron actas de nacimiento de la hija extramatrimonial. Y, pese a conocer que los cónyuges han permanecido separados por más de diez años, los jueces supremos decidieron declarar infundado el recurso de casación y no casar la sentencia de vista. **(Cas. N° 3475-2014/Lima Norte, la sala civil transitoria de la corte suprema de justicia de la república, publicado en el diario oficial el peruano 30 de setiembre de 2016).**

- “(...) Por su parte, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación y fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho. Sustentó que, de las pruebas presentadas por las partes, no se puede determinar al cónyuge más perjudicado, ya que ambos habrían tenido conductas que hacían imposible la vida en común. Señaló que la Sala Superior se equivocó al argumentar que la demandada habría sido perjudicada por el abandono de hogar injustificado y el adulterio de su esposo, cuando de los hechos se apreció que aquella conocía de aquellos hechos. **(CAS. N° 2127-2015/Lima Sur, la sala civil transitoria de la corte suprema de justicia de la república, publicada en el diario El Peruano el 01 agosto del 2016).**

-

- “(...) 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. **(CAS. N° 3562-2013/Lima Norte. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República,**

Lima, publicado en el diario oficial el peruano 14 de mayo de dos mil catorce).

- “(...) El recurrente en el numeral cuarto de su escrito de apelación de sentencia -obstante 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”, “Que, a pesar de ello, el Ad quem no ha admitido ni rechazado dichas pruebas. **(CAS. N° 228-2004 /Huaura, La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima publicado en el diario oficial el peruano el 15 de diciembre del 2015).**

- “(...) Afirma que la causal de adulterio ha caducado, puesto que la actora tenía pleno conocimiento de estos hechos seis meses antes de interponer la demanda; además, en cuanto a la causal de violencia física y psicológica, manifiesta la actora no ha probado dicha causal ni que se le haya causado daño moral. **(CAS. 322-2007/Tumbes Sala Civil de Corte Suprema de Justicia de la Republica de Lima, publicado en el diario oficial el peruano el 14 de Enero de 2008).**

- “(...) La reconvencción tiene como petitorio principal el "divorcio por causal de adulterio y abandono injustificado del domicilio conyugal y la consecuente indemnización por daño moral"; es decir, la pretensión de indemnización por daño moral es una pretensión accesorio, que está sujeta a la suerte del principal. Agrega que en la sentencia de vista se ha desestimado la pretensión reconvenccional por abandono injustificado del hogar conyugal!, por tanto, la pretensión de indemnización por daño moral (sustentada en el artículo 351 del Código Civil) al ser subordinada a la principal y por ende accesorio, debió correr la misma suerte y por consiguiente, habiéndose estimado el divorcio por causal de separación de

hecho y reconocido al recurrente como cónyuge perjudicado, la Sala estaba obligada a aplicar la norma de derecho material contenida en el artículo 345-A del Código Civil y como tal "señalar una indemnización por daños incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal". (CAS. 002165-2010/Lima, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia publicado en el diario oficial el peruano el 29 de Septiembre de 2010).

4.1.- Plenos Jurisdiccionales

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
UNIDAD ACADEMICA- 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.

CAPITULO IV

5.- DERECHO COMPARADO

1.- EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CUANDO EL ADULTERIO ERA DELITO

Patricio Romera, Sara. (2008). Engañar a tu pareja era hasta 1978 un delito que podía llevarte a prisión. Se cumplen treinta años desde que esta conducta fue despenalizada en España.

Dicen las encuestas que uno de cada tres españoles ha sido infiel a su pareja en alguna ocasión, y que el verano es la época del año más proclive para el flirteo. Seguramente muy pocos saben que su conducta era hasta hace relativamente poco un delito que les podía llevar a la cárcel. Hablamos de 1978, año en que se despenalizó el adulterio, siendo Adolfo Suárez presidente del Gobierno y Landelino Lavilla su ministro de Justicia. Hasta entonces, engañar a tu pareja no era sólo motivo de condena moral, sino causa suficiente para ingresar en prisión y tener que hacer frente a fuertes sanciones económicas. Sobre todo si quien engañaba era la mujer porque para el hombre existía cierta dispensa, producto del machismo imperante. Y hay que estar agradecidos, porque en otras culturas la unión sexual de dos personas cuando uno o ambos están casados es castigada con la confiscación de los bienes de los delincuentes

que, incluso, pueden ser condenados a la pena de muerte. Ocurre en Sudán, Iraq, Irán, Nigeria o Afganistán, donde las mujeres, que no los hombres, son lapidadas. México, sin llegar a esos extremos, también castigaba el adulterio, hasta su despenalización en mayo de este mismo año. Asociaciones como Amnistía Internacional trabajan cada día para conseguir el fin de estas condenas y evitar que millones de mujeres sigan siendo discriminadas por este motivo.

1. Los intensos setenta

En España hubo que esperar hasta el 26 de mayo de 1978 para que se derogaran los artículos 449 y 452 del Código Penal relativos al adulterio y al amancebamiento. Hoy ambas conductas continúan contempladas en el Código Civil como causa legal de separación, aunque sólo un 10% de las demandas de divorcio se interponen alegando el adulterio del cónyuge. Hasta ese momento, el artículo 449 del Código Penal decía lo siguiente: “El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio (...) No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud del marido agraviado”. Y finalizaba: “El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte”. Yolanda Besteiro de la Fuente, presidenta de la Federación Nacional de Mujeres Progresistas, asegura que la derogación del delito de adulterio en nuestro país supuso un gran avance en la lucha por la igualdad de las mujeres y los hombres. “Supuso la superación de una discriminación histórica de las mujeres, que podían ser castigadas con seis años de prisión si cometían adulterio, frente a la impunidad de esta misma conducta si era cometida por un hombre. Consagró la libertad de las mujeres en sus relaciones sexuales y produjo una auténtica transformación social cambiando el concepto tradicional del matrimonio y, por ende, de la familia”. La jurisprudencia española ha dejado un ramillete de sentencias. En 1976 se llevó a cabo el juicio contra una mujer casada de Zaragoza. La acusada fue demandada a raíz de un viaje que hizo a Canarias en compañía de otro hombre. Asociaciones de mujeres de toda España reaccionaron ante este caso, que se resolvió con la absolución de la presunta adúltera por falta de pruebas. Días después se juzgó en Madrid a una mujer, madre de dos hijos,

y a un hombre para los que el fiscal solicitó seis años de prisión menor y cinco millones de pesetas. Con motivo de este juicio, más de mil mujeres y un número considerable de hombres se manifestaron ante el Palacio de Justicia pidiendo la abolición del artículo 449 del Código Penal y la admisión del divorcio. Ya en diciembre de ese mismo año dos mujeres y dos hombres fueron juzgados en Lugo y Pontevedra. Mientras la pareja de Lugo fue absuelta, la de Pontevedra fue condenada a seis meses y un día de prisión menor y a una indemnización de 100.000 pesetas.

2. Sentencias recurridas

El Tribunal Supremo recibió en estos años una gran cantidad de recursos que reclamaban la anulación de condenas. M.D.L. fue condenado el 15 de octubre de 1976. Año y medio después, el afectado apeló la sentencia y el Tribunal Supremo falló a su favor. El fallo argumentaba que “nada se dice en la sentencia recurrida respecto a que el procesado tuviese conocimiento del estado civil de casada de la mujer”. Nadie podía ser condenado en caso de no conocer que la mujer estuviese casada. Menos fortuna tuvo I.G.A., quien vio cómo el Supremo desestimaba su recurso de casación. Para esquivar su condena, I.G.A. alegó consentimiento por parte del marido de la mujer, lo que hubiera sido motivo suficiente para eximirle de sus cargos. Sin embargo, el fallo concluyó que “no hubo consentimiento, pues aunque el marido conocía la conducta de su mujer, no pudo ejercitar la acción en tanto los culpables vivían en el extranjero”. En mayo de 1978, M.A.F.P. recurrió, sin suerte, su sentencia condenatoria. Alegó en su descargo el perdón de su esposo. Según el fallo, “no hay un solo momento en que pueda hablarse de perdón, de pasividad o de resignación aceptada por su marido”, ya que “la querellada encuentra el domicilio conyugal cerrado, la cerradura cambiada y negación a recibirla”. El 14 de septiembre de 1973, A.L.N. y J.R.S.G. fueron declarados culpables en una sentencia que consideraba probado “que a las 17 horas cohabitaron ambos, con lo que exteriorizan los hechos que el delito llegó a consumarse (...) Los procesados fueron sorprendidos aproximadamente a esa hora, cuando estaban los dos completamente desnudos en la cama”. La pareja recurrió alegando la distinción entre “mujer casada y mujer separada”. Finalmente, la Sala no encontró admisible dicha diferenciación, ya que “mientras el matrimonio no se anule o la legalidad actual

sea modifi - cada, el vínculo matrimonial subsiste y sus deberes éticos y de fi delidad permanecen”. A lo largo de esos últimos años de la década de los 70, una época agitada y convulsa en la sociedad española, se sucedieron innumerables manifestaciones contra las penas por adulterio. La campaña fue llevada a cabo durante meses por asociaciones feministas y otros movimientos ciudadanos. El papel de la mujer ya había empezado a cambiar. Ofi cios como magistrados, jueces o fi scales eran ya desempeñados por mujeres. La sociedad de 1978 era mucho más avanzada que la de años anteriores.

3. Lucha por la igualdad

Finalmente, su lucha obtuvo resultados al aprobarse en el Parlamento el proyecto de ley de despenalización de la citada conducta. No obstante, no fue tarea fácil. El Senado aprobó un proyecto de ley de despenalización del adulterio diferente del aprobado en su día por el Congreso. Este hecho llevó por primera vez a la necesidad de crear la Comisión Mixta Congreso-Senado. En concreto, la desavenencia entre un proyecto y otro radicó en que mientras en el texto del Congreso se mantuvo el adulterio como causa de indignidad para heredar, aunque podía ser alegada por terceros en un proceso civil, en el del Senado se suprimió esta causa y se mantuvo el adulterio sólo como causa de desheredación, en caso de que así lo determinase expresamente el testador. Yolanda Besteiro sostiene que en los últimos años se ha progresado mucho, ya que “en la pasada legislatura se promulgaron tres leyes que van a contribuir significativamente en la lucha por la igualdad: la ley integral contra la violencia de género, la ley de la dependencia y, sobre todo, la ley de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Esta ley va a suponer una auténtica revolución y va a marcar un antes y un después en esta lucha”.

LEGISLACION EN COLOMBIA

INFIDELIDAD: 365 DÍAS PARA DEMANDAR

Torres, Edgar. (1991). Si usted se da cuenta que su cónyuge le es infiel y deja pasar 365 días antes de decidirse a solicitar el divorcio o la separación de cuerpos con fundamento en esa causal...usted ha perdido su oportunidad legal de alegar. Por determinación de la Ley, si en un año usted no ha acudido a la Justicia a solicitar la separación, usted ha consentido y con su conducta ha facilitado y perdonado esas relaciones.

En castellano: ha aceptado el nuevo amor de su pareja y, de paso, ha perdido el derecho a demandar con fundamento en esa traición. En el otro caso, si apenas ahora usted se entera de pasadas infidelidades de su pareja, solo podrá alegarlas como causal de separación si no han transcurrido más de dos años desde cuando estas tuvieron lugar. Ambos pronunciamientos se originaron en la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que en una reciente sentencia acaba de desempolvar los efectos de la Ley Primera de 1976.

A través de esta Ley, Colombia fijó las causales y condiciones en que procede el divorcio (en el caso de matrimonios civiles) y la separación indefinida de cuerpos (en el caso de matrimonios católicos). La Corte se ocupó en concreto de las circunstancias en que a efecto de divorcio o separación es viable alegar la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales por parte de uno de los cónyuges (causal primera). La historia que dio lugar al pronunciamiento se inició con fundamento en una demanda presentada por el abogado Carlos Fradique, experto en derecho de familia. El caso puede sintetizarse así: en 1982, Rosa percibió que su esposo había iniciado una relación sentimental con otra mujer.

Juan y Rosa cumplían para entonces 20 años de matrimonio católico pero él se había enamorado de Tulia, una mujer que había contratado en 1981 como dependiente de la floristería de su propiedad y con quien desde 1982 mantenía una relación sexual extramatrimonial.

En 1984, Rosa se enteró de que su esposo y Tulia visitaban a los familiares de éste como marido y mujer y que Tulia esperaba un hijo de Juan.

Con todo, Rosa y Juan continuaron viviendo juntos hasta 1986, cuando ella optó por demandar a su esposo y solicitó la separación indefinida de cuerpos argumentando las relaciones sexuales extramatrimoniales de su cónyuge.

Además, Rosa exigió la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y la condena de Juan al pago de una pensión alimenticia. Sin embargo, al entrar a estudiar el caso, el Tribunal Superior de Bogotá y ahora la Corte Suprema de Justicia concluyeron que había caducado el derecho de Rosa a alegar tal causal. El conjunto probatorio señala la sentencia de la Corte demuestra la efectiva conducta sexual extramatrimonial del demandando Don Juan con Tulia desde 1982.

Empero, particularmente en razón de lo admitido por la propia demandante, Rosa, está demostrado con certeza que ésta tuvo conocimiento del comportamiento de su marido por lo menos desde 1982 (...) sin darle efecto a la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales hasta el 24 de abril de 1986 cuando se presentó la demanda.

Así, en concepto de la Corte, si bien es cierto que el marido cometió la falta que se le endilga, la pretensión no puede prosperar por cuanto caducó el período para ejercer el derecho sobre la causal alegada. Es decir, el lapso de un año.

Con la expedición de la Ley Primera de 1976 indica la sentencia se entronizó una innovación importante, consistente en que si el cónyuge inocente no alega determinadas causales dentro del tiempo que la Ley señala, no puede luego invocarlas, pues esta conducta omisiva la consideró el legislador como desmotivativa de perdón u olvido por parte de la víctima.

La institución de la caducidad quedó consagrada en el artículo sexto de la Ley al disponer que el divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no ha dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año contado a partir del momento en que tuvo conocimiento de ello respecto de las causales Primera y Séptima (relaciones sexuales extramatrimoniales y conductas tendientes a pervertir a miembros de la familia), o desde cuando se sucedieron si se trata de las causales 2a., 3a., 4a. y 5a

(malos tratos, inasistencia económica, etc). En todo caso, las causales Primera y Séptima, sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia.

Es decir, que en el otro lado de la línea, si apenas ahora un cónyuge se entera de la infidelidad pasada de otro, esas relaciones solo pueden servir como argumento a la separación si no han transcurrido dos años desde cuando tuvieron lugar.

LEGISLACION CHILENA

LA DESINCRIMINACION DEL ADULTERIO

Precht Pizarra, Jorge. (1994). Primeramente no se trata sólo de la supresión de la pena a un delito que permanece como tal, Se trata, en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, de hacer desaparecer el tipo penal "adulterio"; esto es, no de despenalizar sino de desincriminar. Que el adulterio es un mal, queda fuera de toda duda. En efecto, el adulterio destruye el matrimonio, faltando a la palabra pronunciada y que es traicionada. La entrega mutua de los cónyuges pierde, entonces, el sentido de la donación y de la exclusividad y el matrimonio que debe ser indisoluble y por toda la vida cede al capricho del momento. El adulterio hace daño a ambos cónyuges y es un perjuicio muy difícil de reparar. Por otra parte, entre sus víctimas principales e inocentes están los hijos. Finalmente, el quiebre de una familia significa el debilitamiento de la misma sociedad, compuesta de familias.

Si el adulterio es un mal tan grave, es importante y justo que la sociedad establezca un límite a la actuación personal en la esfera de lo sexual, afirmando claramente que esta falta a la fe conyugal es un ilícito civil y un ilícito penal. Otra cosa es discutir el tipo de pena que debería aplicarse al adúltero y -como lo establecía el primitivo proyecto del Ejecutivo- establecer igualdad en el tratamiento de los cónyuges frente al ilícito. Pero todo ello supone la existencia del ilícito, el que desaparece en el proyecto que hoy informamos. El hecho de mantener penalizada la conducta adúltera sirve, al menos, para que exista un signo claro que la sociedad jurídicamente organizada no considera el adulterio como algo neutro, ni menos normal. Esto no deja de ser

importante en atención a la categoría social del bien jurídico protegido; esto es, la fortaleza de la institución matrimonial.

Sirve, además, para indicar que no toda especie de relación entre individuos de la especie humana por el solo hecho que incluya un uso sexual de sus cuerpos. Debe ser considerada como aceptable, moral y jurídicamente. En tercer lugar, la existencia del ilícito penal sirve para indicar que la libertad sexual no puede ser absoluta. Una libertad que no se asiente en el reconocimiento de la naturaleza física y espiritual de la persona humana no es más que una trampa en la cual se esconde la destrucción de lo humano de nuestro ser. Ciertamente, para ello no somos libres ni puede la sociedad asistir impasible a tal tipo de libertinajes. En cuarto lugar, debe tenerse en consideración que las limitaciones a la libertad sexual sirven de fundamento a otros ilícitos como los abusos deshonestos, la sodomía simple, el incesto, etc., los que verían debilitada su base jurídica de sustentación si desapareciera el delito de adulterio, en beneficio de la libre expansión individual.

La sociedad tiene el derecho y el deber de establecer que la libertad es un poder orientado al desarrollo del ser humano y no a su envilecimiento. En efecto, caída esta premisa fundamental, la sociedad iría al individualismo más corrosivo, pues estaría obligada a tener que tolerar que toda conducta ejercida con libertad de opción. En la esfera privada, fuere jurídicamente intangible. Ello nos conduce al despeñadero de la legalización del consumo privado de drogas y a la aceptación del culto privado de todo tipo de aberraciones bajo cobertura de la libertad de culto, entre otras funestas consecuencias. El conjunto de estas observaciones me lleva a rechazar con energía la desaparición del tipo penal "adulterio", como una iniciativa que atenta contra la familia, basada en el matrimonio, pues la familia precisamente está constituida en ese vínculo indisoluble, libremente contraído y públicamente afirmado. Esta familia, como una comunidad de amor y de solidaridad, abierta a la transmisión de la vida, es destruida por el adulterio.

Por último, deseo hacer presente que la indicación aprobada en la Cámara de Diputados adolece de graves vicios de técnica legislativa. Al margen de su dudosa constitucionalidad, en atención al artículo primero de nuestra Carta Fundamental, la desincriminación del adulterio es por entero ajena a las ideas matrices de un proyecto de ley que se refiere al régimen patrimonial del matrimonio. No puede alegarse que aquí se busca velar por el principio de igualdad ante la ley referida a la mujer, como justamente lo expresó el Mensaje del Ejecutivo. En efecto, al 'abolir el término de comparación (el tipo penal adulterio), no es ya posible hablar de igualdad entre hombre y mujer ante la ley y no es jurídica ni éticamente admisible que exista igualdad para ser adúlteros. Por todo lo expuesto, sugiero rechazar la derogación propuesta del vigente artículo 375 del Código Penal y presentar indicación para reemplazar dicho artículo por el siguiente, que los sustituye en todas sus partes, al tenor del Mensaje primitivo del Ejecutivo (Boletín N° 432-07 de 22/07/91): "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada". "Asimismo, cometen adulterio el marido que yace con mujer que no sea su cónyuge y la que yace con él, sabiendo que es casado". "El adulterio será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, aunque después se declare nulo el matrimonio".

EL MATRIMONIO MONOGAMICO y EL PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCION. FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

El inciso segundo del artículo 4° del Proyecto (Boletín N° 514-01), como asimismo los artículos 14 Y 17, buscaron introducir una figura jurídica implícita; esto es, dar reconocimiento legal a las prácticas poligámicas como parte de la cultura mapuche. Tal pretensión es jurídica y éticamente insostenible. En efecto, el Código Civil en su artículo 102 define el matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente". De esta definición capital se desprende que son propiedades esenciales del matrimonio la unidad y la indisolubilidad. Las normas propuestas atentan contra la unidad del matrimonio, ya

que esta institución supone la unión de un solo varón con una sola mujer. A ella se opone la poligamia, es decir, la pluralidad simultánea de nupcias. Poligamia es un término genérico que comprende la poliandria (unión de una mujer con varios varones), y la poliginia (unión de un ' varón con varias mujeres).

La poliandria es contraria al Derecho Natural, pues impide la educación adecuada de los hijos desde el momento en que hace incierta la paternidad . Tanto la poliandria como la poliginia destruyen la paz y el orden de la familia y son, por tanto, contrarias -bajo este aspecto- al Derecho Natural. Por otra parte, nuestro sistema jurídico reconoce efectos jurídicos al concubinato, esto es, a "la unión de un hombre y de una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común". Así, por ejemplo, al permitir que el hijo ilegítimo que no tenga la calidad de natural tiene derecho a pedir alimentos al padre o madre, o de ambos, cuando, hallándose comprobada la filiación del hijo respecto de la madre, se acreditare que ella y el presunto padre han vivido en concubinato notorio y durante él ha podido producirse legalmente la concepción (art. 280 N° 3 del Código Civil).

Pero al dar efectos jurídicos al concubinato, nuestro legislador es sumamente cuidadoso de no equiparar a la legítima cónyuge con la concubina, pues de otra manera la unidad del matrimonio se esfumaría y la fe debida entre cónyuges y solemnemente prometida dejaría de tener sentido. Por lo tanto, este proyecto de ley, al equiparar a la concubina con la cónyuge, contraviene una piedra angular del Derecho Civil chileno, con gravísimas consecuencias para todo el ordenamiento chileno. En efecto, primero, "la leyes obligatoria para todos los habitantes de la República" (artículo 14).

Al establecer que, para ciertos chilenos es válida la poligamia y para otros es obligatoria la monogamia, a pretexto de su origen étnico, nada impedirá en lo sucesivo que, por ejemplo, ciertos chilenos, a pretexto de su credo religioso, exijan idéntica norma del legislador para respaldar sus prácticas poligámicas. Así, entonces, la ley dejará de ser obligatoria para todos y esta norma del artículo 14 del Código Civil, que es un elemento esencial del Estado de Derecho, afectará el artículo tercero de la

Constitución que prescribe que el Estado de Chile es unitario , siendo la unicidad del ordenamiento jurídico elemento insuperable de la unicidad del Estado. En segundo lugar, si examinamos el artículo 19 N° 2 de la Constitución se viola la igualdad ante la ley, pues se establece una diferencia arbitraria entre dos sujetos de derecho, ambos chilenos, por el solo hecho de su origen étnico , no en un punto adjetivo, sino nada menos que en la institución matrimonial misma. En tercer lugar, el Constituyente, al decir en el artículo primero que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" (inciso segundo) y que es deber del Estado "dar protección a la población y a la familia y propender al fortalecimiento de ésta", se refiere a la familia tal como está establecida en el Código Civil, para todos los chilenos por igual, esto es, a la familia basada en el matrimonio monogámico.

De ello se desprende, asimismo, la inconstitucionalidad de una norma que establece idénticos derechos a todas las mujeres que tienen relaciones sexuales estables con un varón de una determinada etnia, pues tal norma no da protección a la familia ni la fortalece. Esta norma es grave y no debe examinarse con ánimo liviano o jocoso. En efecto, bien dice Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco que "un pequeño error en el principio es a la postre diez mil veces mayor". Contribuir a erosionar para miles y miles de chilenos los valores del matrimonio monogámico producirá nefastos males sociales, no sólo para todo el país sino para los mismos a quienes se busca favorecer, pues debe favorecerse a los sujetos para el bien y no para el mal.

CONCLUSIONES

- El adulterio se encuentra ubicado dentro del rubro del divorcio necesario, ya que es una de las causas que lo llevan a efecto, es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio por parte del cónyuge culpable que ha cometido el acto de infidelidad; si bien uno de los cónyuge implica la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del otro cónyuge
- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio debe admitirse la prueba indirecta, habida cuenta de que el medio directo para la comprobación de esa causal es casi imposible, no menos cierto es que ese medio de convicción indirecto debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta infiel del cónyuge demandado, así como la mecánica del adulterio, y por tanto el actor tiene la carga de probar en el juicio las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los hechos, de los cuales se pretende deducir que el culpable tuvo relaciones sexuales con personas distintas de su cónyuge
- Las principales consecuencias del adulterio; como ya se mencionó en el trabajo realizado son los efectos psicológicos que repercuten en primer lugar en los hijos ya que, al observar el tipo de problema que el adulterio representa tienden a hacer a un lado al responsable de esta, manifestándolo con rechazo, odio e incluso la negación del parentesco.
- No importa cuánto se legisle sobre el adulterio como causal de divorcio, ni cuanto se legisle sobre adulterio como delito o sobre el adulterio o el divorcio en sí, sino que como seres humanos debemos ver nuestras limitaciones y nuestras virtudes y que debemos pensar que si hay un ser supremo que nos ha concedido el honor de tener una persona especial para compartir nuestras vidas y que como se establece legalmente, perpetuar la especie debemos cuidar ese núcleo, esa célula que las leyes tanto divinas como terrenales protegen.

RECOMENDACIONES

La demanda de divorcio por causal de adulterio va dirigida contra el cónyuge quien es el culpable, con la finalidad de que se declare la disolución del vínculo matrimonial y, como consecuencia de ello, y que se debe ratificar la tenencia que viene ejerciendo respecto de su menor hija, quien es el cónyuge perjudicado y además debe solicitar que se le asista con una pensión alimenticia para la menor.

También es de saber que la persona o cónyuge que comete este perjuicio contra su cónyuge con quien ha celebrado su matrimonio; debe afirmar en su interposición de la demanda que llego a conocer de esta situación cuando el tiempo era el plazo de 6 meses, previsto en el artículo 339 del Código Civil, para que la cónyuge ofendida pueda interponer una demanda de divorcio por adulterio. Para demostrar ello, presentó declaraciones testimoniales de personas que conocían a la pareja.

El adulterio en el derecho peruano no es un delito; sin embargo, es la primera de las trece causales de divorcio en nuestro ordenamiento jurídico. De probarse, puede tener consecuencias graves en perjuicio de los intereses del cónyuge que comete el adulterio, ya que, por ejemplo, puede perder la patria potestad de los hijos menores, derechos de visitación a los hijos, se le puede exigir pagos por daños y perjuicios al cónyuge afectado, y hasta puede perder su participación en los bienes gananciales.

Se puede recomendar que en la interposición de una demanda de divorcio por separación de cuerpos, se puede proceder a reconvenir la causal de adulterio, si de las pruebas se deduce que la cónyuge engañada no sabía de la infidelidad de su pareja y por ello no es de afirmar que pudo haber consentido y además seguir y continuar con el matrimonio. Estableció que no procede la adjudicación total del bien social a favor de la cónyuge perjudicada, y que, al contrario, corresponde la repartición en partes iguales en atención a que ambos esposos causaron su separación.

RESUMEN

Dentro de la cultura social y la doctrina jurídica peruana se ha definido el adulterio como aquel acto por el cual una persona tiene acceso carnal o sexual con persona distinta a su cónyuge. Sin embargo la problemática social y la experiencia jurídica nos han demostrado que el adulterio no sólo es difícil de probar fehacientemente, sino que además, existe una infidelidad subjetiva que siempre ha estado vigente y que la doctrina moderna la denomina adulterio sentimental.

Si bien es cierto, en un primer momento el cónyuge tenía como causal de separación de cuerpos y divorcio al adulterio un seguro para que el otro cónyuge cumpla de manera coercitiva el deber de fidelidad, consagrado en el código civil peruano, posteriormente, se acentúa la dificultad de probarlo de manera fehaciente surgiendo entonces un gran problema, sumándose a ello las posiciones de las corrientes doctrinarias que entendieron únicamente a la infidelidad como infidelidad sexual, quedando desprotegido el cónyuge inocente dentro de un proceso judicial de separación de cuerpos o divorcio, dado que es muy difícil de acreditar el trato carnal. El adulterio es regulado en el código civil peruano como una solución como la separación de cuerpos o divorcio en la causal de adulterio que, generalmente, en nada reparan o solucionan el conflicto; peor aún, trae como consecuencia una violencia moral y a veces física recíproca (injurias, malos tratos) una animadversión que hace imposible la vida en común.

Cabe advertir que en muchos casos el cónyuge culpable no está dispuesto a separarse o divorciarse ya que no acepta su culpa, y el cónyuge inocente no encuentra dentro de la causal de adulterio una solución efectiva; es decir, que si se presente una demanda por adulterio se tendría que probar en trato carnal o sexual, ya que es prueba indubitable de incumplir el deber de fidelidad, siendo los medios probatorios presentados (como fotos entrando el cónyuge infiel a un hospedaje con persona distinta de su cónyuge) insuficientes conllevando a que sea declarado la demanda improcedente; y en el mejor de los casos, podrá lograr separarse o divorciarse demandando por causal de conducta deshonrosa cuando en esta causal se quebranta el deber de respeto mutuo siendo ésta solución jurídica, que algunos abogados formulan, muy genérica.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA

Borda, Guillermo A. (1984). Manual de Derecho de Familia. Novena Edición. Argentina- Buenos Aires: Editorial Perrot.

Cayo, Suetonio. (1540). Vida de los doce Césares, Augusto. Crisis 68-69. Italia-Roma: Edición eBooket.

Cornejo Chávez, Héctor. (1999). Derecho Familiar Peruano. Décima Edición. Perú-Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L. pág. 337.

Dávila, Wendy. (2015). El divorcio por adulterio o divorcio por infidelidad en el Perú. abogada de Derecho de Familia. Perú- Lima: S/E.

Gallardo, Ricardo. (1957). Divorcio, separación de cuerpos y nulidad de matrimonio en las naciones latino-americanas. Brasil- Sao Paulo: S/E. pág. 100 y 101.

Gallegos Canales, Yolanda- Jara Quispe, Rebeca. (2012). Manual de Derecho de Familia. Perú- Lima: Editorial Jurista Editores E.I.R.L. pág. 247.

Gatti, Hugo. (1957). Disolución del vínculo matrimonial. Uruguay- Montevideo: edición Martin Bianchi.

Hinostroza Mínguez, Alberto. (2016). Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio. Perú- Lima: Edición Juristas Editores E. I. R. L.

Hinostroza Mínguez, A. (2010). Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio. Lima: Perú. Gaceta Jurídica.

Honorio y Belarmino, Alonso. (1958). Separación matrimonial, sus causas, legislación y proceso de la acción. España- Madrid: S/E.

Jordán de Asso y del río y Manuel y rodríguez. (1984). Instituciones del Derecho Civil de Castilla. Primera Edición. España- Madrid Valladolid: Editorial Lex Nova S. A.

Mallqui Reynoso, Max- Momethiano Zumaeta, Eloy. (2001). Derecho de Familia. Perú- Lima: editorial San Marcos.

Peralta Andía, Javier (1996). Derecho de Familia. Perú- Lima: S/E.

Placido Vilcachagua, Alex. (2008). Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil. Primera Edición. Perú- Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 33.

Precht Pizarra, Jorge. (1994). Descriminación del adulterio y protección del matrimonio en los pueblos indígenas informe sobre dos proyectos de ley. Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 N° 2. pp. 405-408.

Retamozo, Alberto y Ponce, Ana María. (1994). Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema. Perú- Lima: Editorial IDEMSA. pág. 95.

Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. (2015). Historia del derecho hondureño: libro primero, los sistemas normativos indígenas y el derecho indiano. Primera Edición. Honduras- Tegucigalpa: Edición Charles S. Hernández Viale. Pág. 201.

Sarmiento, Juliana y Carbo, Eusebio. (1991). Las Relaciones Sexuales Extramatrimoniales y sus efectos en la legislación civil. Colombia-Bogotá: Pontificia Universidad Javenana; Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas. pág. 60.

Schreiber Pezet, Max Arias. (2002). Derecho de Familia, Sociedad Conyugal. El matrimonio como Acto. Tomo VII. Tercera Edición. Perú- Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

PAGINA WEB

Adulterio:cache:MHJhxuzwJwEJ:etimologias.dechile.net/%3Fadulterio+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe. (Revisado el 24 de Julio del 2017).

Patricio Romera, Sara. (2008). <http://www.tiempodehoy.com/espana/cuando-el-adulterio-era-delito>. (Revisado el 16 Ago. 2017).

Torres, Edgar. (1991). Infidelidad: 365 días para demandar <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-53824>. (Revisado el 17 Agosto 2017).

Causal de divorcio el adulterio. (2013). <http://auladerecho.blogspot.com/2013/10/el-adulterio.html>. (Revisado el 17 Agosto 2017).

Melanie Romero Cornejo. (2011). http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedetec/art_rptinv/adulterio.pdf. (Revisado el 15 de Julio del 2017).

1.- ANEXOS

CASO PRÁCTICO EX. 895-2016

PROYECTO DE SENTENCIA 209-2013

ANALISIS DEL CASO

CASO PRÁCTICO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN 895-2016 LIMA

Divorcio por Causal de Separación de Hecho Lima, seis de octubre de dos mil dieciséis.-

VISTOS;

con los acompañados, con la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema a folios cuarenta y ocho del cuaderno de casación de fecha 22 de agosto de 2016 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por **la demandada Ana Cecilia Renteros Abad de Granados** a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2014, obrante a folios cuatrocientos cuarenta, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, fija a favor de la recurrente la suma de diez mil soles (S/ 10,000) por concepto de indemnización; con los demás que contiene. Por lo que corresponde verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

SEGUNDO.- Que, se verifica que el recurso cumple con los requisitos para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, toda vez que ha sido interpuesto: **i)** contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso;

ii) ante el referido órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada;

iii) dentro del plazo que establece la norma, ya que la recurrente fue notificada el 12 de enero de 2016, conforme se corrobora del cargo obrante a folios quinientos cincuenta, e interpuso su escrito de casación el 26 del mismo mes y año;

iv) adjunta el reintegro del arancel judicial a folios cuarenta y cinco del cuaderno de casación, dentro del término de ley, cumple con subsanar la omisión precisada por resolución del 22 de julio de 2016, conforme a la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema.

TERCERO.- Que, el recurso de casación cumple con lo exigido en el inciso 1) del artículo 388 del Código Procesal Civil, porque la recurrente no consintió la sentencia de primera instancia que le fue adversa, conforme se aprecia del escrito de apelación a folios cuatrocientos cincuenta y ocho.

CUARTO.- Que, debe considerarse que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que tiene como fin esencial la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, debe fundamentarse de manera clara, precisa y concreta indicando en qué consiste la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, de conformidad con lo establecido por los numerales 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil y su modificatoria.

QUINTO.- Que, la demandada denuncia como causales lo siguiente:

a) Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil. Señala que, la pretensión requerida no reúne las condiciones establecidas por ley para su procedencia, por cuanto el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, requerimiento de admisibilidad establecido por el citado artículo.

b) Infracción normativa de los artículos 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y 197 del Código Procesal Civil. Manifiesta que, la sentencia recurrida omite pronunciarse respecto a vicios denunciados por su parte e incurridos desde el momento de la calificación de la demanda, como es, que el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, lo cual demuestra con los documentos que recaen en el expediente número 3326-1999 seguido entre las mismas partes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho alimentos, donde obra el Informe Pericial N° 531-20 14-VBCL-PJ (documento que ofreció como prueba de su recurso de apelación, mediante escrito del 22 de enero de 2015). Respecto a la reconvencción propuesta, indica que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvencción, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio, causales contempladas en el artículo 333 incisos 1) y 5) del Código Civil; fruto de aquello es el nacimiento de su menor hija de 9 años de edad, por lo que, se le debió condenar a la pérdida de los gananciales, acorde a lo prescrito por el artículo 352 del acotado Código. Manifiesta que al fijarse una indemnización a su favor como cónyuge perjudicada, los Jueces Superiores debieron establecer los criterios para determinar la suma otorgada; asimismo, no valoraron la conducta del actor, quien se sustrajo de sus deberes de fidelidad y asistencia, y dejó la responsabilidad del hogar y la carga del trabajo a la recurrente. Agrega, que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme lo faculta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

c) Aplicación de la procedencia excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil. Indica que debido a la relevancia jurídica del presente caso, solicita la causal excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, en el caso de no cumplirse algún requisito del artículo 388 del acotado Código Procesal. Finalmente, precisa su pedido casatorio como anulatorio y/o revocatorio.

SEXTO.- Que, las causales denunciadas en los acápites **a)** y **b)** deben ser desestimadas. Ello es así, porque los fundamentos que sostienen la normas Divorcio por Causal de Separación de Hecho supuestamente transgredidas son los mismos en que basó los agravios de su escrito de apelación, y que ahora nuevamente invoca; por tanto, fueron materia de pronunciamiento por la instancia de mérito que determinó que el actor acredita encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333 del Código Civil, conforme se desprende de sus Boletas de Pago, donde se consigna un descuento por retención judicial de sus ingresos; situación que contrasta con lo vertido por la demandada en la audiencia llevada a cabo en autos, quien manifestó que: "Sí recibo una pensión y no siempre recibo esa suma de dinero [la cantidad de S/ 169.38] a veces es menos, al demandante le retienen de la empresa Movistar Perú y se deposita en una cuenta en el Scotiabank"; debiendo acotarse que la impugnante no acreditó objetiva ni documentalmente su afirmación, respecto a que el actor le adeuda por concepto de pensiones alimenticias devengadas, pese a aseverar demostrar con documento el Informe Pericial recaído en el expediente número 3326-1999, cuya copia no anexa.

SÉTIMO.- Que, en cuanto a la causal precisada en el literal **c)**, referida a la casación excepcional propuesta por la recurrente, que tiene amparo legal en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, también debe ser rechazada. Ello es así, porque esta fórmula procesal debe ser entendida en el sentido que este Tribunal Supremo, oficiosamente, podría admitir el recurso si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines de la casación, esto es, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional. Por tanto, esta norma sólo debe ser aplicada para alcanzar esa finalidad, pero no para amparar recursos mal formulados, pues una posición de esta naturaleza transgrediría la propia esencia del recurso de casación y sustituirá la voluntad e interés de las partes, lo que conllevaría a Divorcio por Causal de Separación de Hecho afectar principios como el dispositivo - de iniciativa de parte -, de congruencia procesal, al habilitar un pronunciamiento más allá del petitorio - pretensión impugnatoria -, y de igualdad de las partes en el proceso.

Siendo así, la denuncia alegada no satisface el criterio de necesidad casacional prevista en la norma analizada.

OCTAVO.- De otro lado, se advierte que la recurrente en su escrito de reconvención no demandó ninguna causal de divorcio, tan solo peticionó una indemnización por daños y perjuicios, pues argumentó que el actor incumplió con sus deberes de fidelidad y asistencia, así como la obligación de educar a sus hijos; lo cual fue valorado por las instancias de mérito a fin de amparar la reconvención propuesta, en su condición de cónyuge más perjudicada con la separación, conforme a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.

NOVENO.- De lo mencionado, se concluye que lo realmente cuestionado por la impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuada por los Jueces de mérito, pretendiendo forzar a esta Sala Suprema a emitir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto; lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, esto es, la interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios de la Corte Suprema.

DÉCIMO.- Finalmente, cabe precisar que el hecho que se haya expedido un fallo adverso a los intereses de los actores, no configura la negativa del derecho constitucional invocado como pretende sostener, toda vez que este garantiza que todo justiciable tenga el derecho a que se le haga justicia, acudiendo al órgano jurisdiccional, a través de un proceso donde se le brinden un conjunto de derechos y garantías mínimas en su desarrollo, y que lo resuelto sea efectivo; sin embargo, ello no implica que se dé la razón Divorcio por Causal de Separación de Hecho necesariamente a la peticionante, sino que esta pueda ejercer sus derechos en el proceso con libertad y en un plano de igualdad, formando un "escudo" ante las posibles arbitrariedades, dando lugar al "debido proceso"; lo cual ha sido respetado de forma amplia.

UNDÉCIMO.- En consecuencia, no habiéndose incurrido en vulneración de derecho o garantía alguna, es de estimar como no cumplidos los requisitos exigidos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, para hacer operante este medio impugnatorio.

Por estos fundamentos, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Ana Cecilia Renteros Abad de Granados a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres;

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Mario Granados Aguilar contra Ana Cecilia Renteros Abad de Granados, sobre divorcio por la causal de separación de hecho; y los devolvieron.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema

**SS. TELLO GILARDI
DEL CARPIO RODRÍGUEZ
RODRÍGUEZ CHÁVEZ.**

CASO PRÁCTICO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN 895-2016 LIMA

Divorcio por Causal de Separación de Hecho Lima, seis de octubre de dos mil dieciséis.-

VISTOS;

con los acompañados, con la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema a folios cuarenta y ocho del cuaderno de casación de fecha 22 de agosto de 2016 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por **la demandada Ana Cecilia Renteros Abad de Granados** a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2014, obrante a folios cuatrocientos cuarenta, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, fija a favor de la recurrente la suma de diez mil soles (S/ 10,000) por concepto de indemnización; con los demás que contiene. Por lo que corresponde verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

SEGUNDO.- Que, se verifica que el recurso cumple con los requisitos para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, toda vez que ha sido interpuesto: **i)** contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso;

ii) ante el referido órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada;

iii) dentro del plazo que establece la norma, ya que la recurrente fue notificada el 12 de enero de 2016, conforme se corrobora del cargo obrante a folios quinientos cincuenta, e interpuso su escrito de casación el 26 del mismo mes y año;

iv) adjunta el reintegro del arancel judicial a folios cuarenta y cinco del cuaderno de casación, dentro del término de ley, cumple con subsanar la omisión precisada por resolución del 22 de julio de 2016, conforme a la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema.

TERCERO.- Que, el recurso de casación cumple con lo exigido en el inciso 1) del artículo 388 del Código Procesal Civil, porque la recurrente no consintió la sentencia de primera instancia que le fue adversa, conforme se aprecia del escrito de apelación a folios cuatrocientos cincuenta y ocho.

CUARTO.- Que, debe considerarse que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que tiene como fin esencial la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, debe fundamentarse de manera clara, precisa y concreta indicando en qué consiste la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, de conformidad con lo establecido por los numerales 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil y su modificatoria.

QUINTO.- Que, la demandada denuncia como causales lo siguiente:

a) Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil. Señala que, la pretensión requerida no reúne las condiciones establecidas por ley para su procedencia, por cuanto el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, requerimiento de admisibilidad establecido por el citado artículo.

b) Infracción normativa de los artículos 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y 197 del Código Procesal Civil. Manifiesta que, la sentencia recurrida omite pronunciarse respecto a vicios denunciados por su parte e incurridos desde el momento de la calificación de la demanda, como es, que el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, lo cual demuestra con los documentos que recaen en el expediente número 3326-1999 seguido entre las mismas partes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho alimentos, donde obra el Informe Pericial N° 531-20 14-VBCL-PJ (documento que ofreció como prueba de su recurso de apelación, mediante escrito del 22 de enero de 2015). Respecto a la reconvencción propuesta, indica que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvencción, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio, causales contempladas en el artículo 333 incisos 1) y 5) del Código Civil; fruto de aquello es el nacimiento de su menor hija de 9 años de edad, por lo que, se le debió condenar a la pérdida de los gananciales, acorde a lo prescrito por el artículo 352 del acotado Código. Manifiesta que al fijarse una indemnización a su favor como cónyuge perjudicada, los Jueces Superiores debieron establecer los criterios para determinar la suma otorgada; asimismo, no valoraron la conducta del actor, quien se sustrajo de sus deberes de fidelidad y asistencia, y dejó la responsabilidad del hogar y la carga del trabajo a la recurrente. Agrega, que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme lo faculta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

c) Aplicación de la procedencia excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil. Indica que debido a la relevancia jurídica del presente caso, solicita la causal excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, en el caso de no cumplirse algún requisito del artículo 388 del acotado Código Procesal. Finalmente, precisa su pedido casatorio como anulatorio y/o revocatorio.

SEXTO.- Que, las causales denunciadas en los acápites **a)** y **b)** deben ser desestimadas. Ello es así, porque los fundamentos que sostienen la normas Divorcio por Causal de Separación de Hecho supuestamente transgredidas son los mismos en que basó los agravios de su escrito de apelación, y que ahora nuevamente invoca; por tanto, fueron materia de pronunciamiento por la instancia de mérito que determinó que el actor acredita encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333 del Código Civil, conforme se desprende de sus Boletas de Pago, donde se consigna un descuento por retención judicial de sus ingresos; situación que contrasta con lo vertido por la demandada en la audiencia llevada a cabo en autos, quien manifestó que: "Sí recibo una pensión y no siempre recibo esa suma de dinero [la cantidad de S/ 169.38] a veces es menos, al demandante le retienen de la empresa Movistar Perú y se deposita en una cuenta en el Scotiabank";

debiendo acotarse que la impugnante no acreditó objetiva ni documentalmente su afirmación, respecto a que el actor le adeuda por concepto de pensiones alimenticias devengadas, pese a aseverar demostrar con documento el Informe Pericial recaído en el expediente número 3326-1999, cuya copia no anexa.

SÉTIMO.- Que, en cuanto a la causal precisada en el literal **c)**, referida a la casación excepcional propuesta por la recurrente, que tiene amparo legal en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, también debe ser rechazada. Ello es así, porque esta fórmula procesal debe ser entendida en el sentido que este Tribunal Supremo, oficiosamente, podría admitir el recurso si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines de la casación, esto es, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional. Por tanto, esta norma sólo debe ser aplicada para alcanzar esa finalidad, pero no para amparar recursos mal formulados, pues una posición de esta naturaleza transgrediría la propia esencia del recurso de casación y sustituirá la voluntad e interés de las partes, lo que conllevaría a Divorcio por Causal de Separación de Hecho afectar principios como el dispositivo - de iniciativa de parte -, de congruencia procesal, al habilitar un pronunciamiento más allá del petitorio - pretensión impugnatoria -, y de igualdad de las partes en el proceso.

Siendo así, la denuncia alegada no satisface el criterio de necesidad casacional prevista en la norma analizada.

OCTAVO.- De otro lado, se advierte que la recurrente en su escrito de reconvención no demandó ninguna causal de divorcio, tan solo peticionó una indemnización por daños y perjuicios, pues argumentó que el actor incumplió con sus deberes de fidelidad y asistencia, así como la obligación de educar a sus hijos; lo cual fue valorado por las instancias de mérito a fin de amparar la reconvención propuesta, en su condición de cónyuge más perjudicada con la separación, conforme a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.

NOVENO.- De lo mencionado, se concluye que lo realmente cuestionado por la impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuada por los Jueces de mérito, pretendiendo forzar a esta Sala Suprema a emitir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto; lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, esto es, la interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios de la Corte Suprema.

DÉCIMO.- Finalmente, cabe precisar que el hecho que se haya expedido un fallo adverso a los intereses de los actores, no configura la negativa del derecho constitucional invocado como pretende sostener, toda vez que este garantiza que todo justiciable tenga el derecho a que se le haga justicia, acudiendo al órgano jurisdiccional, a través de un proceso donde se le brinden un conjunto de derechos y garantías mínimas en su desarrollo, y que lo resuelto sea efectivo; sin embargo, ello no implica que se dé la razón Divorcio por Causal de Separación de Hecho necesariamente a la peticionante, sino que esta pueda ejercer sus derechos en el proceso con libertad y en un plano de igualdad, formando un "escudo" ante las posibles arbitrariedades, dando lugar al "debido proceso"; lo cual ha sido respetado de forma amplia.

UNDÉCIMO.- En consecuencia, no habiéndose incurrido en vulneración de derecho o garantía alguna, es de estimar como no cumplidos los requisitos exigidos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, para hacer operante este medio impugnatorio.

Por estos fundamentos, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Ana Cecilia Renteros Abad de Granados a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres;

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Mario Granados Aguilar contra Ana Cecilia Renteros Abad de Granados, sobre divorcio por la causal de separación de hecho; y los devolvieron.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema

SS TRUJILLO ALVARADO

ESPINOZA CASTRO

RIOJAS PARIACHI

ANALISIS DEL CASO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Renteros Abad de Granados a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2014, obrante a folios cuatrocientos cuarenta, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, fija a favor de la recurrente la suma de diez mil soles (S/ 10,000) por concepto de indemnización; con los demás que contiene. Por lo que corresponde verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

Que, la demandada denuncia como causales lo siguiente: Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil. Señala que, la pretensión requerida no reúne las condiciones establecidas por ley para su procedencia, por cuanto el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, requerimiento de admisibilidad establecido por el citado artículo.

b) Infracción normativa de los artículos 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y 197 del Código Procesal Civil. Manifiesta que, la sentencia recurrida omite pronunciarse respecto a vicios denunciados por su parte e incurridos desde el momento de la calificación de la demanda, como es, que el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, lo cual demuestra con los documentos que recaen en el expediente número 3326-1999 seguido entre las mismas partes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho alimentos, donde obra el Informe Pericial N° 531-20 14-VBCL-PJ (documento que ofreció como prueba de su recurso de apelación, mediante escrito del 22 de enero de 2015). Respecto a la reconvenición propuesta, indica que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene

que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvención, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio, causales contempladas en el artículo 333 incisos 1) y 5) del Código Civil; fruto de aquello es el nacimiento de su menor hija de 9 años de edad, por lo que, se le debió condenar a la pérdida de los gananciales, acorde a lo prescrito por el artículo 352 del acotado Código. Manifiesta que al fijarse una indemnización a su favor como cónyuge perjudicada, los Jueces Superiores debieron establecer los criterios para determinar la suma otorgada; asimismo, no valoraron la conducta del actor, quien se sustrajo de sus deberes de fidelidad y asistencia, y dejó la responsabilidad del hogar y la carga del trabajo a la recurrente. Agrega, que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme lo faculta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

De lo mencionado, se concluye que lo realmente cuestionado por la impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuada por los Jueces de mérito, pretendiendo forzar a esta Sala Suprema a emitir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto; lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, esto es, la interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios de la Corte Suprema.

Finalmente, cabe precisar que el hecho que se haya expedido un fallo adverso a los intereses de los actores, no configura la negativa del derecho constitucional invocado como pretende sostener, toda vez que este garantiza que todo justiciable tenga el derecho a que se le haga justicia, acudiendo al órgano jurisdiccional, a través de un proceso donde se le brinden un conjunto de derechos y garantías mínimas en su desarrollo, y que lo resuelto sea efectivo; sin embargo, ello no implica que se dé la razón Divorcio por Causal de Separación de Hecho necesariamente a la peticionante, sino que esta pueda ejercer sus derechos en el proceso con libertad y en un plano de igualdad, formando un "escudo" ante las posibles arbitrariedades, dando lugar al "debido proceso"; lo cual ha sido respetado de forma amplia.