

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA

ESCUELA DE POST GRADO

“José Torres Vázquez”



**Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho
con Mención en Civil y Comercial.**

**“LA IMPOSIBILIDAD DE PROBAR EL ADULTERIO COMO
CAUSAL DE DIVORCIO JUSTIFICA SU DEROGACION POR
SER UNA NORMA INEFICAZ”**

Autores:

**HENRY PÁUL PÉREZ LOPEZ
MARCO ANTONIO PINEDO ROJAS**

Asesor:

RAUL RUBEN BOLIVAR CALLATA.

Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil
Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.

Iquitos -Perú
2016



UNAP

Escuela de Post Grado
Oficina de Asuntos Académicos

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Con Resolución Directoral N° 0561-2013-EPG-UNAP de fecha 12 de Noviembre de 2013, la Escuela de Postgrado designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de Sustentación de Proyecto de Tesis a los señores que a continuación se indica:

Dr. Antonio Padilla Yopez	Presidente
Mgr. Maria Esther Chirinos Maruri	Miembro
Mgr. Rony del Aguila Gonzales	Miembro

Y, en el distrito de San Juan Bautista a los veinticinco días del mes de Enero de 2014 a horas 10:00 a.m., en el Auditorio de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, se constituyó el Jurado, para escuchar la sustentación de la tesis titulada: **"LA IMPOSIBILIDAD DE PROBAR EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO QUE JUSTIFICA SU DEROGACIÓN POR SER UNA NORMA INEFICAZ"**, presentado por los egresados **HENRY PAUL PÉREZ LÓPEZ y MARCO ANTONIO PINEDO ROJAS**, como requisito para optar el grado de **MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**, que otorga la UNAP de acuerdo a la Ley Universitaria y el Estatuto General de la UNAP.

Después de haber escuchado con atención la sustentación y luego de formuladas las preguntas las que,

fueron contestadas satisfactoriamente

El Jurado, después de la deliberación correspondiente en privado, llegó a las siguientes conclusiones:

1. La Sustentación es: *Aprobada por unanimidad*
2. Observaciones :

En fe de lo actuado los miembros del Jurado suscriben la presente acta por cuádruplicado. Seguidamente, el Presidente de Jurado dio por concluida la sustentación, siendo las *11:30* a.m.

Con lo cual, se les declara a los sustentantes *APTOS* para recibir el Grado Académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial.

[Signature]
Dr. Antonio Padilla Yopez
Presidente

[Signature]
Mgr. Maria Esther Chirinos Maruri
Miembro

[Signature]
Mgr. Rony del Aguila Gonzales
Miembro

LEGALIZACIÓN A LA VUELTA

JURADO:

Dr. PADILLA YEPES, Antonio (Presidente).....

Mgr. CHIRINOS MARURI, Esther (Miembro).....

Mgr. DEL AGUILA GONZALES, Rony (Miembro)... ..

ASESOR:

BOLIVAR CALLATA, Rubén Raúl.....

Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil – Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.

Dedicatoria.

*A nuestras Familias, razón de
nuestras vidas.*

Agradecimiento.

*A todas las personas que colaboraron
con este proyecto.*

INDICE.

Pág.

Capítulo I.- INTRODUCCION

1.1.- Planteamiento del Problema.....	08
1.2.- Formulación del Problema.....	10
1.3.- Antecedentes.....	10
1.4.- Objetivos.....	10
1.4.1.- Objetivos General.....	10
1.4.2.- Objetivos Específicos.....	10
1.5.- Hipótesis.....	11
1.6.- Variables.....	11
1.7.- Evaluación del Problema.....	12
1.8.- Justificación e Importancia de la Investigación.....	12
1.9.- Delimitación de la Investigación.....	13

Capítulo II.- MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.

Subcapítulo I.- La Familia y el Matrimonio.

1.1.- Historia de la Familia.....	13
1.2.- El Matrimonio: Evolución Histórica.....	15
El Matrimonio Romano.....	15
El Matrimonio Germánico.....	17
Formación de la Familia-Matrimonio.....	18
1.3. El Matrimonio: Concepto y Fines.	
Concepto.....	20
Fines.....	21
1.4.- Sistemas Matrimoniales.....	22
1.5.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio.....	24
Teoría del matrimonio-contrato.....	24
Teoría del Matrimonio como Institución.....	25
Teoría del Matrimonio como Contrato-institución.....	27
Toma de Posición.....	28
1.6.- Obligación que Nacen del Matrimonio: El Deber de Fidelidad.....	28

Subcapítulo II.- El Divorcio.

2.1.- Decaimiento y Disolución del Vínculo Matrimonial.....	30
2.2.- Divorcio: Definición y Clases.....	31
a) Definición.....	31
b) Clases de Divorcio.	
Divorcio Sanción.....	34
Divorcio remedio.....	34
2.3.- Causales de Divorcio.....	35

Subcapítulo III.- El Adulterio.

3.1.- Definición del Adulterio y el Adulterio como Causal de Divorcio....	68
3.2.- Teoría de la Prueba Civil y la Prueba en el Adulterio.....	72
3.3.- El Adulterio como causal de Divorcio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	78
3.4.- El Adulterio como causal de divorcio en el Derecho Comparado.....	86

Subcapítulo IV.- Ineficacia de la Norma Jurídica 100

Capítulo III.- MARCO METODOLOGICO

3.1.- Tipología y Metodología de la Investigación.....	103
3.2.- Población y Muestra.....	104
3.3.- Técnicas e Instrumento de recolección de datos.....	104

Capítulo IV: RESULTADOS.

4.1. Encuestas y Entrevistas a Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público Del Distrito Judicial de Loreto.....	106
4.2. Análisis y Resultados de los Expedientes y Sentencias Judiciales.....	115
4.3. Comprobación de las Hipótesis.....	119

Capítulo V.- DISCUSION..... 121

Capítulo VI.- CONCLUSIONES.....	122
Capítulo VII.- RECOMENDACIONES.....	125
Capítulo VIII.- REFERENCIAS BLIOGRAFICAS.....	126
Capítulo IX.- ANEXOS.....	129

Capítulo I.- INTRODUCCION.

1.1.- Planteamiento del Problema.

El matrimonio es una de las principales instituciones jurídicas que regula el Derecho Civil, al mismo tiempo y consustancial a su tratamiento como institución jurídica, lo es el Divorcio.

El divorcio ha existido desde las organizaciones más antiguas, por ello no es raro que el legislador, cada vez vaya tratando de regular los mejores conductos, para que allí donde el matrimonio ha fracasado, es el mejor de los entendimientos (divorcio por mutuo acuerdo), o en todo caso la forma más eficiente y rápida para lograr el divorcio (divorcio por voluntad de una de las partes).

En ese entendido el legislador peruano, dando respuesta a esta realidad, ha optado por trece formas de poder lograr el divorcio, considerándoles como causales de divorcio; sin embargo en la práctica jurídica, estas causales no resultan siendo del todo viables, o por decirlo de otra manera, no se logra su comprobación a nivel judicial, pese a que en el mundo fáctico, los supuestos se puedan dar, pero su probanza – dentro de la teoría de la prueba – no logre alcanzar tal propósito.

Las trece causales que regula el código civil Peruano, para lograr el divorcio son: 1) El adulterio. 2) La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias. 3) El atentado contra la vida del cónyuge. 4) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo. 6) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. 7). El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. 8) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9) La homosexualidad sobreviniente

al matrimonio. 10) La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. 11) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. 13) Separación Convencional.

Como se puede advertir el primer nivel de importancia que ha recogido el código civil como causal de divorcio: es el adulterio; y es quizás uno de las causales más invocadas en los procesos judiciales; pero que sin embargo, muchos de ellos o ninguno, no logran prosperar, y ello se deba quizás, en principio por una falta de definición en el misma norma civil, de lo que se debe entender por adulterio; y, simplemente la dificultad de acreditar – probar, esta causal.

Por ello, la intención de investigación a partir del cual se planificará el proyecto, girará en torno a analizar por qué resulta difícil el nivel probatorio del adulterio como causal de divorcio, y si como consecuencia de ello resulta justificable que se plantee su derogación, al ser la norma ineficaz.

Este planteamiento de derogación pasará por establecer, si el hecho fáctico del adulterio, deba desaparecer definitivamente como una causal de divorcio, ya que el momento histórico no lo justifica, o por determinar, si dicho hecho fáctico deba ser reconducido por otra de las causales del divorcio, donde su nivel probatorio, no sea tan exigente.

Para este propósito de investigación, se tomará en cuenta la doctrina especializada, la jurisprudencia de la Corte Suprema, la legislación comparada y los procesos judiciales sobre divorcio por causal de adulterio que se han tramitado en el Distrito Judicial de Loreto en el Periodo 2009 y 2010, a efectos de verificar y contrastar nuestra hipótesis.

1.2.- Formulación del Problema.

¿LA IMPOSIBILIDAD DE PROBAR EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO, JUSTIFICA SU DEROGACION POR SER UNA NORMA INEFICAZ?

1.3.- Antecedentes.

En la Escuela de Post – Grado de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, no se ha encontrado antecedentes, respecto al tema del Adulterio como Causal de Divorcio.

De igual forma luego de la búsqueda, en el Internet, en las Universidades y Escuelas de Post – Grado del Perú, no se han encontrado trabajos de investigaciones que guardan directa relación con el tema.

1.4.- Objetivos.

1.4.1.- Objetivos General.

- Analizar el adulterio como causal de divorcio en el Código Civil Peruano.

1.4.2.- Objetivos Específicos.

- Analizar la naturaleza jurídica del adulterio como causal de divorcio.
- Determinar qué criterios observan los operadores jurídicos frente al adulterio como causal de divorcio.
- Determinar cuáles son los motivos que imposibilitan la probanza del adulterio como causal de divorcio, en los procesos judiciales.

- Determinar, si la imposibilidad probatoria del adulterio como causal de divorcio, justifica su derogación.
- Determinar si el adulterio como causal de divorcio es una norma ineficaz.
- Determinar si el adulterio como causal de divorcio, puede ser reconducido a través de otra causal.

1.5.- **Hipótesis.**

Teniendo en cuenta el problema de investigación planteada, se han considerado la siguiente hipótesis de trabajo:

LA IMPOSIBILIDAD DE PROBAR EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO SI JUSTIFICA SU DEROGACION POR SER UNA NORMA INEFICAZ

1.6.- **VARIABLES.**

a) Variable Independiente:

Imposibilidad de probar el adulterio como causal de divorcio.

a.1. Indicador:

- *Procesos judiciales que declaran improcedente o concluyen por una causal diferente.*
- *Falta de Definición del Adulterio como causal de divorcio.*

a.1.1. Instrumentos:

Estudios de Casos.

Entrevistas.

b) Variable Dependiente:

Derogar del ordenamiento jurídico civil por ser una norma ineficaz.

b.1. Indicador:

Tipificación.

b.1.1. Instrumento:

Análisis Lógico y Razonamiento Jurídico.

1.7.- Evaluación del Problema.

El presente trabajo de investigación es **viable** porque cuenta con elementos necesarios y contamos con el tiempo necesario, para su análisis.

Por otro lado el presente trabajo de investigación es **factible**, porque tenemos acceso de recolección de datos en el Poder Judicial y el Ministerio Público.

1.8.- Justificación.

1.8.1. Legal.

El presente proyecto de investigación se justifica por que permitirá enriquecer las ciencias del Derecho Civil respecto al tema del Adulterio como Causal de Divorcio, por cuanto se establecerán los criterios para poder viabilizar, el hecho fáctico del adulterio, con mayor éxito en los procesos judiciales.

1.8.2. Práctica.

El presente proyecto de investigación se justifica por la implicancia práctica que tendrá en las personas al momento de querer postular una demanda civil por causal de divorcio y la posibilidad de éxitos que tendrá en la misma.

1.9- Delimitación de la Investigación.

a) Temporal.

El proyecto de investigación se analizará todas las jurisprudencias emitidas por la Corte Suprema, sobre el tema de investigación y asimismo se realizará un análisis de los procesos judiciales sobre divorcio por causal de adulterio que se han tramitado en el Distrito Judicial de Loreto en el Periodo 2009 y 2010.

b) Espacial.

El proyecto de investigación se circunscribirá en el Distrito Judicial de Loreto, en los Juzgados Civiles.

c) Social.

Este proyecto de investigación, tendrá como objetivo de estudio a los operadores procesales: Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Publico de los Juzgados Civiles y de las Fiscalías Civiles y Familia.

d) Física.

Se estudiaran la doctrina especializada, la jurisprudencia de la Corte Suprema, la legislación comparada y los procesos judiciales sobre divorcio por causal de adulterio que se han tramitado en el Distrito Judicial de Loreto en el Periodo 2009 y 2010, a efectos de verificar y contrastar nuestra hipótesis.

Capítulo II.- MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.

Sub Capítulo I. La Familia y el Matrimonio.

1.1.- Historia de la Familia.

Rodríguez Iturri, nos dice que “los estudiosos de la materia han sostenido que hasta 1860 no era fácil encontrar un texto sistemático sobre la historia de la familia. El antiguo testamento marcó el carácter patriarcal de la familia. Más, en tales orígenes de la familia, ha quedado admitida la vigencia de la promiscuidad sexual, así como la presencia de signos poligámicos, poliándricos y monogámicos. También en tales orígenes – se advierte la actuación del matriarcalismo, y de otro lado las uniones matrimoniales por grupos. Pero estas formas familiares no podían entonces ser ordenadas históricamente de modo sucesivo, y Tailor en **Investigaciones de la historia primitiva de la humanidad las llamó “costumbres raras”**¹.

En rigor, parece que el estudio organizado de la historia de la familia comienza con Bachofen y su Derecho Materno, escrito en 1861. El juez Suizo sostuvo que los hombres primitivos habían vivido en promiscuidad sexual y con ello imposibilitaba la certeza de la paternidad, por lo que las madres progenitoras gozaban del aprecio y el respeto general. Sólo después – dice Bachofen -, habría aparecido la monogamia que encerró la transgresión de una antiquísima ley religiosa, transgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros durante determinado periodo. Bachofen penetró de religiosidad su concepto de mutación familiar².

Sucesores a estas investigaciones es el trabajo de Mac Lennan, **Estudios de Historia Antigua**, del año 1886. Mac Lennan encuentra en muchos pueblos antiguos y modernos una forma de matrimonio por la que el novio, sólo o con amigos, rapta con violencia simulada a la futura esposa. Pero igualmente halla

¹ RODRIGUEZ ITURRI, Roger. Familia, Derecho e Historia. La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición Agosto de 1990. Pág. 47- 48.

² *Idem.*

pueblos no civilizados dentro de los cuales el matrimonio se encuentra prohibido, obligándose a los varones a buscar esposas y a las mujeres esposos, fuera del grupo, contrastando éstas con otras realidades en que la costumbre imponía a los hombres el deber de tomar mujeres de su propia unidad. Las primeras son para Mac Lennan “tribus exógamas” y las segundas “tribus endógamas”³.

Empero mientras Mac Lennan sólo reconocía tres formas matrimoniales, la poligamia, la poliandria y la monogamia, se hallan pruebas cada vez más numerosas en el sentido de que en otras tribus existían matrimonios en los que varios hombres tenían en común varias mujeres. Lúbbok en **El Origen de la Civilización**, en 1870, denominó a esta relación “matrimonio por grupos” concepto enriquecido por el misionero inglés Lorimer Fison⁴.

1.2.- El Matrimonio: Evolución Histórica.

El Matrimonio Romano.

Nos dice **Rojas Donat**⁵ que “en su gran variedad de formas y tamaños, la familia romana era un hogar, que entre los ricos y poderosos podía incluir centenares de personas y de cosas: hijos, sirvientes, esclavos, ganado y otras propiedades. Todo pertenecía al *paterfamilias*, incluyendo a su esposa y sus hijos. Jurídicamente el *pater* no era parte de la familia, puesto que era su propietario. Pero entre los pobres, la familia de un *pater* modesto era considerablemente más pequeña, probablemente integrada apenas por la madre y los hijos, sin sirvientes, sin esclavos y pocas propiedades. La definición clásica del matrimonio romano la formuló Modestino: *El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, para toda la vida, según la ley divina y humana*. Se pone aquí el acento en el mutuo consentimiento de las partes, como un contrato bilateral desarrollado en otras partes de la ley romana. Entendido el matrimonio como una unión permanente, no pretendía significar la

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ Rojas Donat, Luis. PARA UNA HISTORIA DEL MATRIMONIO OCCIDENTAL. LA SOCIEDAD ROMANO-GERMÁNICA. SIGLOS VI-XI
Disponible en: <http://www.ubiobio.cl/theoria/v/v14/a5.pdf>
Fecha de Consulta: 01.02.2013.

posterior noción cristiana de matrimonio indisoluble, de por vida y haciendo nulo cualquier otro matrimonio. Lo que se debía entender es tanto una voluntad de constituir una sola unidad social, como también la noción de que la pareja podía tener propiedades para su uso y goce común. Indudablemente, fue completada dicha definición con la intención de tener hijos, que fue un rasgo básico, y hasta el fin último según otros juristas, que la ley matrimonial de la Roma clásica amparó. A ello, finalmente, se le unieron los sentimientos y las actitudes de las partes contrayentes: *el honor matrimonii*, que es el decoro y la dignidad social con que un marido debe tratar a su mujer, y que distingue al matrimonio verdadero del concubinato u otros tipos de cohabitaciones. Además, el *affectio maritalis*, que se convertía en la manifestación externa del anterior honor mediante el cariño y el amor que ambos cónyuges debían prodigarse mutuamente”.

“Se iniciaba con el acuerdo entre los jefes de las dos familias, pero el consentimiento del novio y de la novia era requisito esencial y absolutamente necesario para que el matrimonio tuviera validez legal. Los demás ritos eran también importantes, el compromiso, el acuerdo de la dote, la procesión ceremonial de la novia y de sus acompañantes hasta la casa del novio, el banquete de bodas, etc.; constituían manifestaciones externas muy importantes porque eran una prueba demostrativa del consentimiento”⁶

“El efecto producido por el cristianismo y sus variaciones en la sociedad de la última época del Imperio romano (siglos IV y V) se vieron reflejados en una serie de cambios que la autoridad pública efectuó en el derecho civil en lo tocante al matrimonio. Motivados por la decisión del propio emperador Constantino o por la influencia cada vez mayor de los obispos en la sociedad, dichos cambios dan cuenta de la evolución que han provocado los valores religiosos cristianos en una sociedad que transita desde el paganismo al cristianismo. Las enseñanzas cristianas sobre la sexualidad iniciaron su gradual proceso de penetración así en la sociedad como en el ámbito de la

⁶ *Idem.*

normativa del derecho público. El primer efecto directo de la influencia cristiana sobre la ley conyugal, fue declarar que la **bigamia constituía un delito**. Si un romano podía contraer matrimonio consensuado habiendo afecto marital y voluntad de permanecer unidos, era muy difícil que esta realidad así pensada, fuera posible hacerla compatible con otra vinculación carnal. El único procedimiento para dar fin a un matrimonio legalmente constituido fue, desde ahora, el divorcio, acompañado de una restricción de las causales para acudir a este recurso. Fue Constantino el que prohibió mantener simultáneamente una esposa y una concubina, por lo cual la bigamia, aceptada antaño, se transformó en un problema jurídico para el varón romano”⁷.

El Matrimonio Germánico.

El matrimonio germánico se constituye con la cohabitación de la pareja unida, y no por un acto formal, de tal manera que, más que legal, era un acto social. **La poligamia estaba aceptada en la medida de las posibilidades económicas de cada familia**. De tres maneras se creaba el matrimonio: por compra, por raptó y por consentimiento mutuo⁸

a) Compra (*Kaufehe*): La compra de la novia era parte de un acuerdo entre dos familias, por lo que un intercambio de propiedad era esencial. Este proceso de compra contenía tres etapas: 1) Se iniciaba con un acuerdo (*Muntvertrag*) entre el pretendiente o su padre y el padre o tutor de la novia, referido a la compensación que la familia del novio debía pagar a la familia de la novia. 2) Le seguía una transferencia pública (*anvertraung*) de la novia al jefe de la familia del novio. 3) Venían, a continuación, unos esponsales (*rng*), consistentes en que los miembros del clan de la novia se colocaban a su alrededor para testimoniar la transferencia e indicar que consentían en ella. La transferencia no implicaba solamente la entrega física de la mujer, sino también de un poder legal (*Munt, mundium*) sobre ella al marido y a su grupo familiar. La mujer abandonaba su familia y quedaba integrada en otra. Este tipo de matrimonio era el más escogido.

⁷ *Idem.*
⁸ *Idem.*

b) *Rapto o captura (Raubehe)*: Se efectuaba por medio de un secuestro forzado, sin el consentimiento de la mujer y de su familia. A veces se le ha llamado matrimonio por violación. Este tipo de compromisos violentos fueron combatidos por las leyes en los códigos germánicos, incluyendo grandes multas.

c) *Consentimiento mutuo (Friedelehe)*: El consentimiento de ambos generaba un matrimonio válido. Este contrato fue, al parecer, una derivación del rapto pero con la aquiescencia de la mujer, pero no de su familia. Entonces, se diferenciaba de la compra porque faltaba, en primer lugar, el acuerdo de noviazgo o llamado también de dote y, en segundo lugar, faltaba al marido la transmisión del *Munt* sobre la novia. Faltando éste, la mujer seguía perteneciendo a su familia de origen, aunque viviera con su marido, miembro de otra familia”⁹.

“En la sociedad germánica el matrimonio y el concubinato tuvieron escasas diferencia. Este último era una unión más o menos permanente de dos personas desiguales socialmente. Muy común en épocas arcaicas, estas uniones no eran exclusivas, sino que un hombre podía disponer de una o varias concubinas. Solían ser sirvientas o esclavas, con las cuales se tenían hijos que quedaban fuera de la herencia. Tanto el matrimonio como el concubinato requerían simplemente de la consumación, esto es, de la unión sexual. Ninguna formalidad o ceremonia era necesaria para crear un matrimonio. Por eso, la diferencia de éste entre los germanos fue la relación sexual acompañada de la intención de vivir en unión permanente y tener hijos. He aquí la diferencia con el concubinato, que no llevaba implícita la intención de formar esa unión permanente. A medida que los germanos fueron lentamente cristianizados, algunas de estas costumbres fueron perdiendo vigencia muy lentamente también. Se regularon los grados de parentesco con

⁹

Idem.

el fin de evitar el incesto; también la poligamia quedó sujeta a limitaciones legales”¹⁰.

Formación de la Familia-Matrimonio

“En general, las comunidades germánicas cristianizadas ya a fines del siglo VI no aceptaron de buena gana la disciplina que en materia sexual intentaba imponer la Iglesia. En parte porque la evangelización era epidérmica como también porque se oponían a sus viejas tradiciones, la moral sexual del cristianismo penetró con muchas dificultades, y puede deducirse que en muchos lugares no llegó a imponerse. Un nuevo tipo de estructura familiar comienza a formarse entre los siglos VI y IX, no sin agudas tensiones entre el horizonte consuetudinario germánico y los ideales ascéticos de las autoridades eclesiásticas. La tendencia histórica en este sentido fue que la familia comenzó, lentamente, a transformarse en un grupo unitario corresidencial formado por una pareja y sus descendientes directos. Difícil es saber en qué momento se inicia este cambio, pues no disponemos de registros que nos permitan comprobarlo, salvo si tomamos dos puntos de referencia: a fines del siglo VI y comienzos del VII, es decir, en la época del papa Gregorio Magno (590-604) y la del obispo Isidoro de Sevilla (ca. 560-636), momento en el cual la estructura familiar del Occidente medieval mantenía los rasgos que caracterizaban a la Antigüedad mediterránea. Entre esta época y la generación de Carlomagno (771-814) es notorio el cambio. Los administradores carolingios decidieron confeccionar registros de la población con la finalidad de perfeccionar la recaudación fiscal. Estos son los documentos que hoy utiliza el historiador para percibir el modo como estaba conformada la sociedad de la Europa occidental sometida a Carlomagno. El catastro registra unidades familiares compuestas por un grupo corresidente, de descendencia básica, patrón que se impone tanto a familias ricas como también a las pobres, diferenciándose tan sólo por su tamaño y, obviamente, por los recursos”¹¹.

¹⁰ *Idem.*
¹¹ *Idem*

La familia no estaba integrada solamente por el grupo nuclear consanguíneamente cercano, sino que integraba a otros miembros colaterales. La continuidad de su existencia, la permanencia e incremento de su prosperidad, como asimismo sus prerrogativas, se hallaban por sobre cualesquiera de sus integrantes y de cualquier segmento de edad contenido en ella. Toda opción sexual de cada uno de sus miembros se veía reflejada en toda la familia, motivo por el cual el matrimonio no era un asunto privado perteneciente a una elección individual, sino que entraba en el ámbito de la política familiar. El linaje paterno comenzó a tomar preeminencia con respecto al materno, identificándose las familias –especialmente las grandes familias por la vía masculina. Además, una importante novedad se hace presente entonces: la conciencia de que el grupo familiar se halla unido por nexos emocionales. Según David Herlihy, tres fueron las características que darán forma a la familia occidental: 1. La simetría, esto es, que su centro es la unidad de la familia nuclear (padre-madre-hijos); 2. Su misma estructura, que ahora se identificará con el linaje paterno; 3. El factor emocional (amor) que une a todos sus miembros Este tipo de familia, aparecida alrededor del siglo IX, será la que perdure hasta nuestros días”¹².

1.3. El Matrimonio: Concepto y Fines.

Concepto:

Dice **Varsi Rospigliosi** que “el matrimonio es tan antiguo como el propio hombre Sociológicamente, es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley¹³. Para el Derecho el matrimonio es un hecho jurídico familiar básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos”¹⁴.

¹² *Idem.*

¹³ Hablar, hoy en día de matrimonio como “ la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley” ha perdido, virtualidad, por cuanto legislaciones de los países como España, Holanda, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina y Dinamarca, así como en seis estados de EEUU y en la capital de México, además de el estado mexicano de Quintana Roo y en el estado brasileño de Alagoas, han permitido el matrimonio o uniones civiles reconocidas por la ley, entre personas del mismo sexo.

¹⁴ Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Editorial Grijley, Primera Edición. 2008. Lima – Perú. Pág. 6.

La palabra matrimonio, atendiendo a su significación etimológica, significa carga o cuidado de la madre más que del padre, porque si así no fuera, se hubiera llamado *patrimonio*; (...) el matrimonio quiere decir tanto, en romance, como *oficio de madre*¹⁵

La familia como fenómeno natural, dice **D' Aguanno**, citado por Cornejo Chávez¹⁶, tiene su origen en la unión de los sexos; y como institución jurídica, en el matrimonio, que es la unión sancionada por la ley. Empero decir que el matrimonio “es la unión de los sexos sancionada por la ley” es aludir a un hecho y a una forma, pero sin penetrar, como es forzoso para configurar el concepto, en la esencia del fenómeno matrimonial, a cuya comprensión es posible llegar a través de un estudio teológico del mismo.

Ludwig Ennecerus citado por Aguilar Llanos¹⁷, define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigidas al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges.

Por su parte Luis Diez Picaso y Antonio Gullon¹⁸, entienden el casamiento como “la unión de un varón y una mujer concertada de por vida, mediante la observancia de ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia”.

Nuestro Código Civil de 1984 define al matrimonio una institución fundamental del Derecho de Familia, que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con

¹⁵ Yolanda Gallegos Canales, Yolanda / Jara Quispe, Rebeca S. Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica. Editorial Jurista Editores. Primera Edición. Enero 2008. Lima - Perú. Pág. 25.

¹⁶ Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Editorial Gaceta Jurídica. Décima Edición Actualizada. Lima - Perú. Pág. 43.

¹⁷ Aguilar Llanos, Benjamín. La Familia en el Código Civil Peruano. Ediciones Legales - EDILEGSA. Primera Edición. Febrero 2008. Lima - Perú. Pág. 31.

¹⁸ Citado por Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano. Ídem.*

sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común (Artículo 234)¹⁹.

Fines:

Nos enseña el maestro **Cornejo Chávez**, que “los fines del matrimonio pueden ser considerados tanto desde el punto de vista de la Sociología como desde el ángulo del Derecho.

a) Sociológicamente, la teoría Kantiana enfatiza como finalidad del matrimonio la satisfacción del instinto sexual. El apetito amoroso queda elevado así a la categoría del fundamento principal de la unión conyugal; y esta resulta en cuanto a su finalidad, colocada al nivel del concubinato, de la unión sexual esporádica y aun del libre comercio carnal, fenómenos todos que persiguen también la satisfacción del instinto sexual.

Las teorías de Aristóteles y Santo Tomas de Aquino, por último, atribuyen al matrimonio un doble propósito: de un lado la procreación y subsiguiente educación de la prole, y de otro el mutuo auxilio entre los cónyuges.

b) Paralelamente a la Sociología, el Derecho expresa ideas semejantes; así, mientras un sector de la doctrina llama la atención hacia el fin sexual del matrimonio, otro recalca como finalidad del mismo la mutua ayuda de los casados a través de una plena comunidad de vida.

En el fondo, no existe discrepancia entre ambos sectores de la doctrina jurídica, pues expresa o implícitamente todo los autores aluden a los dos grandes fines del matrimonio: uno específico, que es la procreación y educación de la prole; y otro individual, o sea el mutuo auxilio de una plena comunidad de vida”²⁰.

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ *Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Op. Cit. Pág. 43-44.*

1.4.- Sistemas Matrimoniales.

En el derecho comparado existen diversos sistemas matrimoniales, tales como el indeterminado y el determinado²¹.

De acuerdo con el sistema indeterminado, llamado también confesional, no se exige formalidad única y específica para la celebración del matrimonio, pues se trata de un régimen propio de los pueblos antiguos que reconocían efectos jurídicos a todas las formas matrimoniales, así por ejemplo, a los católicos se les aplicaba las disposiciones del Concilio de Trento, a los Luteranos las suyas, a los Judíos las de su religión. Este sistema rigió en Bulgaria hasta antes de la Segunda Guerra Mundial²².

El sistema determinado o único asume, a su vez, los siguientes subsistemas:

- El exclusivamente religioso, que sólo reconoce el matrimonio contraído según la religión oficial del Estado, como ocurre en Grecia.
- El Exclusivamente civil, que reconoce a efectos sólo al matrimonio celebrado por un funcionario público o autoridad competente, con exclusión de la idea religiosa. Tal como acontece en Francia, Alemania, Italia y en la mayoría de los países latinoamericanos.
- El sistema Mixto tiene a su vez dos modalidades: La Facultativa, que permite elegir entre la forma religiosa y la civil, pero ambas producen mismos efectos jurídicos, tal como ocurre en Inglaterra. Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Nueva Zelanda, entre otros. La subsidiaria, que considera una forma principal y otra accesoria, ya sea sólo para ciertos grupos de personas (matrimonio civil de judíos o disidentes), ya para matrimonios mixtos u otros casos donde los contrayentes no

²¹ Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano. Op. Cit. 30-31.*

²² *Ídem.*

pueden obtener una bendición eclesiástica, como ocurrió en el sistema del Derecho español hasta antes de 1981²³.

En lo que atañe al Perú, el Código Civil de 1852 adoptó el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento. El 23 de diciembre de 1897 se reconocieron dos formas matrimoniales, la canónica para los católicos y la civil para los no católicos. Mediante Decreto Ley 6889 se secularizó el matrimonio de tal forma que los Códigos Civiles de 1936 y 1984 adoptaron el sistema exclusivamente civil²⁴.

Este dato resulta siendo importante, porque no olvidemos que la idea del matrimonio monogámico y por ende el deber de fidelidad, surge como una idea impuesta por la religión católica, conforme nos enseña la historia, por cuanto nuestros antepasados, mantenían relaciones incluso polígamas, es decir no existía un deber de fidelidad.

Decimos que este dato es importante, porque si el adulterio como causal de divorcio, tiene como fundamento la falta al deber de fidelidad del matrimonio, y el deber de fidelidad nace por una imposición histórica religiosa para el matrimonio monogámico; sin embargo el código civil de 1984 incluso el código civil de 1936, adopta un sistema exclusivamente civil, es decir con exclusión de la idea religiosa; en consecuencia, ¿es válido, mantener al adulterio como causal de divorcio, si tenemos un sistema civil, sin ideas religiosas?. Esta inquietud lo desarrollaremos en el proyecto de la presente investigación.

1.5.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Tres Tesis tratan de responder a la naturaleza jurídica del matrimonio: Matrimonio contrato, matrimonio institución y matrimonio contrato-institución.

Teoría del matrimonio-contrato.

²³ *Ídem.*

²⁴ *Ídem.*

Esta concepción sin dejar de reconocer la importancia mucho mayor del casamiento respecto de los contratos en general, establece sin embargo que participa de todos los elementos esenciales de estos, y que le es por tanto aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento²⁵.

Al respecto **BOSSERT y ZANNONI**, señalan que “La estructura del acto de celebración de matrimonio muestra, pues, un nexo concurrente de consentimiento y actuación constitutiva del oficial público: la existencia del acto importa reconocer constitutivamente –y de ahí su complejidad-, no sólo el consentimiento de los contrayentes, sino, simultáneamente, el acto administrativo que importa el control de legalidad”²⁶.

La postura contractual-canónica consideraba que *“Aunque la naturaleza jurídica del matrimonio no aparece muy claramente expuesta en los textos romanos, de ellos la dedujeron los glosadores, quienes por fundarse el matrimonio en el consentimiento de los contrayentes, lo concibieron como uno de los contratos consensuales del derecho romano. Tal era la tradición jurídica antigua según la cual era natural llamar contrato a cualquier intercambio de con-sentimientos”* *“pero a la vez, a este elemento contractual, se agrega automática e independientemente de la voluntad de los cónyuges el carácter sacramental”*²⁷.

La concepción del matrimonio-contrato tiene vieja raigambre. Se la descubre ya en la arquitectura jurídica romana, germana y canónica (sí bien en esta última, íntimamente vinculada a la idea fundamental del matrimonio-sacramento) y persiste casi ininterrumpidamente, a través del Derecho napoleónico, hasta principios del siglo pasado. Fue sólo en esa fecha que la concepción tradicional comenzó a ser objeto de severas críticas y que se

²⁵ Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Op. Oc. Pág. 52.*

²⁶ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Sexta Edición. Argentina, 2004. Pág. 82.

²⁷ MENDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia.* Tomo I. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe, Pág. 86.

esbozó el intento de sustituirlas con otras ideas, especialmente la del matrimonio-institución.

En opinión de Vidal Ramírez, el matrimonio en el Código Civil de 1984, es tratado como un acto jurídico – lo que fue siempre- , y con ello dirime toda discusión en cuanto si es una institución o un contrato²⁸

Teoría del Matrimonio como Institución.

Se quiere expresar con este nombre que el matrimonio se gobierna por un conjunto orgánico e indivisible de normas que determinan las condiciones y requisitos, los deberes y derechos, las relaciones internas y exteriores de la sociedad conyugal, a las cuales deben someterse llanamente quienes deseen casarse. Los pretendientes son enteramente libres para consentir en el matrimonio y otorgar su adhesión a dichas normas, pero una vez celebrado el casamiento, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente²⁹.

Julien Bonnecase³⁰ consideró que el matrimonio era una institución jurídica con reglas de derechos fundamentalmente imperativos y de la que derivaba una situación jurídica compleja, cual es el estado de cónyuges. Señaló que el término matrimonio implica tanto a la institución jurídica, que comprende las reglas que presiden la organización social de la unión de los sexos y de la familia natural, como el acto jurídico propio de la unión de los sexos y de la familia natural, como al acto jurídico propio de la celebración de esta unión ante un oficial del estado civil y que no hay más objeto que la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio, cuyas reglas son prioritarias.

Rojina Villegas sostiene que “el matrimonio constituye una verdadera institución por cuando los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su

28 Vidal Ramírez, Fernando. El Derecho Civil, en sus conceptos fundamentales. Gaceta Jurídica. Edición Económica. Segunda Edición. 2000. Lima – Perú. Pág. 118.

29 *Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Op. Cit. 52.*

30 Citado por Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Código Civil. Op. Cit. Pág. 35.*

celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas”³¹.

Por su parte Gutiérrez Camacho³², señala que “en tanto institución, el matrimonio es entendida como un conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a los que deben someterse los cónyuges”. Consideran GALLEGOS y JARA³³, que “la corriente más acorde con la naturaleza jurídica del matrimonio es la que lo considera como una institución. Así, pues, el matrimonio representará una institución por los efectos jurídicos que genera, los mismos que no guardan dependencia con el deseo o voluntad de los contrayentes, quienes, por lo general, desconocen o no saben con exactitud tales consecuencias al tiempo del acto del matrimonio. También consideran al matrimonio como una institución debido a su duración, pues a pesar de que el matrimonio puede extinguirse por el fallecimiento de uno o de ambos cónyuges, por el divorcio y aun por su nulidad o anulabilidad, los efectos del referido matrimonio se perpetúan en los hijos habidos dentro de él”.

Teoría del Matrimonio como Contrato-institución.

Señala **Rodríguez Iturri**³⁴ que fue Rousat en Francia, quien intenta conciliar las dos doctrinas antes expresadas en el trabajo que colaboró con Planiol y Rupert. A propósito del tema Rousat establece que el matrimonio como institución constituye un todo jurídico compacto (reglamento o estatuto) al que las partes tienen la facultad de adherirse, pero una vez sometidas a éste el régimen resulta inalterable. Tal teoría explica fundamentalmente la intervención del representante del Estado, la imposibilidad de los cónyuges para modificar los efectos del matrimonio y el alejamiento de las teorías de las nulidades propias del Derecho común.

³¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición México, 1984, pag.210.

³² Gutiérrez Camacho, Waltery Rebeza Gonzales, Alfonso. “Definición del matrimonio e igual de los cónyuges”. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo II - Derecho de Familia. 1º Parte. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima - Perú. 2003. Pág. 27.

³³ Gallegos Canales, Yolanda / Jara Quispe, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia. Op. Cit. Pág. 32.*

³⁴ Citado por Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Derecho Civil Peruano. Op. Cit. Pág. 35.*

El maestro **Cornejo Chávez**³⁵, señala que “en suma, el matrimonio es al mismo tiempo un contrato y una institución, y sólo considerándolo así aparecen luminosamente explicadas todas sus características. Porque en un contrato se explica la importancia preponderante que se da al consentimiento inicial - “No hay matrimonio cuando no hay consentimiento”, sentencia enfáticamente el artículo 146 del código civil francés-; la aplicabilidad al menos parcial, de la teoría de los vicios del consentimiento; la circunstancia de que no todas las nulidades son absolutas; y el hecho medular en todo contrato de existir una convención dirigida a crear obligaciones. Y por el matrimonio es una institución se explica que se obra del Estado al mismo tiempo que de la voluntad de los contrayentes; que la teoría de la invalidez se casamiento se aparte, siquiera parcialmente, de la de los contratos en general; que en la casi totalidad de las legislaciones no puedan las partes modificar los efectos personales del matrimonio ni en muchas de ellas ponerle fin *ad libitum*; y que se apliquen inmediatamente leyes nuevas a los casamientos ya celebrados. Se podría decir, en síntesis, de acuerdo con esta concepción, que mientras el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución”.

Toma de Posición.

Podemos señalar el matrimonio tiene una doble naturaleza o una naturaleza dual, porque cuando se inicia (el momento que se inicia y contrae nupcias) como un contrato, porque hay un acuerdo para regular una relación patrimonial (para mantener a partir de esa fecha bienes en común-sociedad de gananciales), pero el matrimonio durante su ejercicio obliga a los cónyuges a cumplir deberes y derechos, que no pueden dejar de ser cumplidos y por ello, se comporta como una institución, que son figuras que se caracterizan por tener ciertos requisitos que la ley y la sociedad considera obligatorios. Podemos decir que se trata de un régimen jurídico, y se diferencia del contrato porque sus condiciones no pueden dejar de ser cumplidas por el simple acuerdo de los intervinientes.

³⁵ Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Op. Cit.* Pág. 54

1.6.- Obligación que Nacen del Matrimonio: El Deber de Fidelidad.

El maestro **Cornejo Chávez** señala que “consagrada la monogamia como sistema matrimonial de los pueblos civilizados, el primer deber que recíprocamente tienen los cónyuges es el de fidelidad. En consecuencia, el adulterio, que transgrede el riguroso límite puesto a la libertad sexual por el principio monogámico, está vedado con la misma estrictez al varón y a la mujer”³⁶

Aguilar Llanos³⁷, refiere que “se dice – de la fidelidad – de la exactitud en el cumplir con el compromiso asumido; también se alude a la constancia en el cariño. Llevado a sede matrimonial diremos que el respeto hacia el consorte implica no ofenderlo ni con palabras ni con hechos, respeto hacia la persona como compañero de esta vida en común su buen nombre, nos lleva a la fidelidad que debe existir entre los consortes; la cual no se refiere sólo a las relaciones íntimas que deben ser exclusivas y excluyentes, sino que también es fidelidad en el plano social y económico, demostrando identificación con el cónyuge, pues los intereses deben ser comunes en tanto que se trata de una comunión de vida.

Para Aguilar Llanos, “La fidelidad en el plano sexual descansa en el sistema monogámico que exige una relación exclusiva de pareja, sin intervención de terceros, pues de lo contrario se atacaría directamente al matrimonio” , constituyendo una grave ofensa que mella la estima personal de ofendido, le hace perder la confianza de su consorte; y si esta infidelidad se traduce en el adulterio hace nacer en la agraviada, víctima un derecho a solicitar legal o lo que es peor el divorcio, sin embargo, a la luz, de nuestra legislación la infidelidad que no se traduce en relaciones íntimas, pero que no por ello deja de ser una falta a la fidelidad, **no está configurada como causal de separación ni de divorcio**, empero es de observar que tales actos impropios que revelan faltamiento al otro cónyuge constituyen falta que pueden dar lugar a que se resquebraje esa armonía conyugal de la que mencionamos, por ende,

³⁶ Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Op. Cit. Pág. 236.*

³⁷ Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Derecho Civil Peruano. Op. Cit. Pág. 35. Pág. 122.*

ingrese el matrimonio a una etapa de crisis que puede desembocar en una separación, pues aun cuando se considere que son faltas pequeñas, no por ello dejan de constituir faltamiento al compromiso asumido al casarse, esto es, la del respeto mutuo³⁸.

Nuestro Código Civil, recoge el deber de fidelidad en el artículo 288° al señalar que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad.

Subcapítulo II.- EL DIVORCIO.

2.1.- Decaimiento y Disolución del Vínculo Matrimonial.

El matrimonio como comunidad de vida que asocia a dos personas que proyectan un destino común debe aspirar a ser permanente, que sólo debería concluir con la muerte de uno de los cónyuges, sin embargo en el desarrollo del mismo, puede acontecer diferencias que a criterio de los consortes se vuelven insalvables, optando ellos por una separación o quizás el rompimiento del vínculo matrimonial. Estas diferencias traducidas en desinteligencias y desencuentros llevan a veces a enfrentar a los cónyuges, lo que trae como consecuencia perjuicio no sólo para la pareja y lo que es más dañino graves efectos negativos para la prole, que termina recibiendo las consecuencias de esa atmósfera negativa que van formando los padres. En esta situación, la ley que no puede estar ajena a estas realidades ha diseñado el camino para darles a los cónyuges la posibilidad de que suspenda o ponga fin a esa comunidad de vida³⁹.

A pesar del concepto de matrimonio expresado por el canon 1055 como “consorcio para toda la vida” entre el varón y la mujer, la realidad es que esa expresión es sólo de una buena intención y deseo de la iglesia católica de que ello suceda, porque así sería más eficaz el sacramento, no sólo por razones espirituales, sino también sociales y de felicidad para los cónyuges y, especialmente, para sus hijos. Es cierto, el divorcio es un mal, pero, como se expresa frecuentemente, es mal necesario. Por supuesto, lo ideal sería que el

38

Idem

39

Aguilar Llanos, Benjamin. La Familia en el Derecho Civil Peruano. Op. Cit. Pag. 195.

matrimonio efectivamente fuese para toda la vida, pero, a veces, esto es imposible. Pero la naturaleza humana es falible esencialmente, y a veces los errores de convivencia de los consortes frustran aquella buena intención; por lo que siendo preferible una separación entre ellos, el derecho laico ha puesto el remedio por medio del divorcio o la anulación del vínculo conyugal⁴⁰

2.2.- Divorcio: Definición y Clases.

a) Definición.

Define **Planes Moreno** al divorcio “como la acción por la que se disuelve el matrimonio válidamente contraído, quedando extinguido el vínculo matrimonial. Se diferencia de la separación, en que en aquella se mantiene el vínculo matrimonial, por lo que los esposos separados pueden dejar sin efecto la separación por la reconciliación posterior, es decir, tras la separación, los esposos mantienen su condición de tales, siguen casados entre sí, mientras que una vez disuelto el vínculo, la reconciliación carece de efectos legales”⁴¹

Para Aguilar Llanos, significa, el rompimiento del vínculo matrimonial, concluye el matrimonio. Los ex cónyuges se convierten en extraños ante sí y por lo tanto cada uno de ellos queda en aptitud de contraer nuevo matrimonio, cesan todas las obligaciones⁴².

El concepto de divorcio se encuentra íntimamente ligado al de matrimonio laico o civil, pues la Iglesia Católica no acepta ni reconoce la posibilidad de disolver el matrimonio canónico⁴³.

40 Gregorio RODRÍGUEZ M EJÍA. MATRIMONIO. ASPECTOS GENERALES EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL CANÓNICO. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr5.pdf>

Fecha de Consulta: 07.07.2013

41 Planes Moreno, María Dolores. Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial. Aspecto Sustantivos. Los Procesos de Familia: Una Visión Judicial. Compendio Práctico de Doctrina y Jurisprudencia sobre los procesos de Familia y Menores. Editorial Collex. Segunda Edición, 2009. Madrid - España. Pág. 65.

42 Aguilar Llanos, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano. Op. Cit. Pág. 221.*

43 Quiroga Leon, Anibal. Matrimonio y Divorcio en el Perú: Una Aproximación Histórica. La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición Agosto de 1990. Pág. 83.

Cornejo Chávez, sostiene que “el divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtiene la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro”⁴⁴.

El divorcio es una creación del Derecho. Surge por el cuestionamiento enraizado de que sólo la muerte disuelve el vínculo matrimonial, lo que resulta antagónico dado que el matrimonio, al surgir de la voluntad, debería terminar de la misma forma, es decir, de manera deliberada⁴⁵.

Por su parte **Puig Peña**⁴⁶, considera que las notas fundamentales del divorcio son:

1. “Es una institución jurídica comprensiva de una serie de relaciones que se abren en el Derecho a virtud de un *pronunciamiento judicial*. No hay divorcio sin que se declare tal por las autoridades del Estado.
2. Este recurso rompe unas nupcias legal y válidamente contraídas. En esto se diferencia el divorcio de la nulidad del matrimonio, que supone un estado de derecho viciosamente establecido. En el divorcio, el matrimonio no adolece de ningún vicio; se ha celebrado con todo los requisitos de forma y fondo que las leyes exige, y es después de su vida plenamente jurídica cuando las partes provocan la ruptura de este vínculo perfectamente establecido.
3. El vínculo de referencia queda deshecho mediante el mismo, de tal forma, que los cónyuges quedan en libertad de pasar a contraer nuevo matrimonio. En esto se diferencia de la simple separación personal, ya que en ésta sólo desaparecen algunas obligaciones particulares, como el de cohabitación, pero el vínculo queda en pie, conservándose en su consecuencia el deber de fidelidad y no pudiendo los cónyuges pasar nuevas nupcias”

⁴⁴ Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Op. Cit. Pág. 323.*

⁴⁵ Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Op. Cit. Pág. 10.*

⁴⁶ Citado por Gallegos Canales, Yolanda / Jara Quispe, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia. Op. Cit. Pág. 221.*

El curso histórico y la realidad normativa de divorcio como institución jurídica del Derecho Familiar Peruano se configura en forma sugestiva y contradictoria, pues sucede que en su forma vincular fue negada expresamente en el Código Civil de 1852, y habiendo sido admitida en los Códigos Civiles de 1936 – ahora derogado – y de 1984 – en la actualidad Vigente, sus legisladores que regularon su modalidad y alcances fueron expresos y convictos antidivorcistas⁴⁷

Finalmente **Miranda Canales**⁴⁸, señala que “el matrimonio según el artículo 234 del Código Civil, “es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código a fin de hacer vida común. Sin embargo, como todo en la vida es una aventura, muchas veces el matrimonio fracasa y entonces viene la ruptura de la pareja y su separación definitiva.

Para esta separación hay dos caminos:

1. La separación legal por convención, que es el acuerdo de los cónyuges para separarse de cuerpos legalmente, dando por fenecido la sociedad de gananciales, por terminado los deberes de lecho y la habitación, pero dejando subsistente el vínculo matrimonial; para lo que se requiere que haya transcurrido más de 2 años después de la celebración del matrimonio.(inc.13).

Una vez transcurrido 6 meses después de la notificación de la sentencia de separación de cuerpos convencional, conforme a lo dispuesto por el artículo 354 del Código Civil, cualquiera de los cónyuges, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

⁴⁷ Quiroga Leon, Anibal. *Matrimonio y Divorcio en el Perú. Op. Cit Pág. 83.*

⁴⁸ Miranda Canales, Manuel. NUEVAS CAUSALES DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DEL DIVORCIO INCORPORADOS POR LA LEY 27495. Disponible en: <http://www.pj.gob.pe>
Fecha de Consulta: 12.Nov.2013

📄👉 La separación legal por las causales establecidas en el Código Civil, en su artículo 333. (Inciso 1 al 12).

3.El divorcio. Igualmente los cónyuges pueden optar por demandar directamente el divorcio por las mismas causales establecidas en el mismo art. 333, excepto por la causal de separación convencional.

En el Código Civil de 1852 sólo existía la separación mas no el divorcio, pues como sabemos este código reguló el matrimonio canónico como único con efectos jurídicos, y en el derecho canónico no se admite el divorcio.

b) Clases de Divorcio.

Corrientes que tratan de explicar, o quizás darle un sentido a la existencia del divorcio:

Divorcio Sanción: Ante el fracaso matrimonial se busca el responsable de este fracaso, quien es sancionado por la ley. Se establecen causales específicas y taxativas, todas ellas describiendo conducta. Quienes critican esta corriente señalan lo peligroso del enfrentamiento entre los cónyuges y el riesgo de la colusión entre aquellos. Según esta concepción se entiende que la ruptura matrimonial se da solo por causales específicamente enumeradas por la ley, en lo que presupone la comisión por parte de uno o de ambos cónyuges de hechos o actos culpables cuya atribución deviene incompatible con la continuación de la vida en común.

Divorcio remedio: No se busca un culpable, sino enfrentar una solución conflictiva ya existente, en la que se incumple los deberes conyugales. Aquí no interesa buscar al que provocó la situación. El divorcio es considerado como remedio, en el sentido que es una salida del conflicto conyugal en el que no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencia de efectuar la vida en común, de naturaleza ética que la unión matrimonial propone. Así el

divorcio remedio no indaga el porqué del fracaso conyugal, ni a quien es imputable tal o cual hecho⁴⁹.

De la lectura de los artículos que regula las causales del divorcio podemos ver que se han regulado de manera paralela el divorcio sanción (en los incisos 1° al 7° y el inciso 10° del artículo 333 del c.c.] y el divorcio remedio [los incisos 8°, 9° 11° y 12° del artículo 333 del c.c.].

2.3.- Causales de Divorcio.

La norma que regula las Causales de divorcio, es una norma remisiva que nos remite a las mismas causales de la separación de cuerpo y estos son estos son:

1. EL ADULTERIO

Esta Causal será estudiada de manera detallada en un subcapítulo.

2. LA VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA, QUE EL JUEZ APRECIARÁ SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS.

2.1.- Definición

Esta causal tradicionalmente se definió: "La sevicia como causal de divorcio, importa el trato cruel, la comisión de actos vejatorios que realiza un cónyuge en perjuicio **del otro; con el propósito de causar un sufrimiento que exceda el mutuo respeto que debe existir entre marido y mujer**" (*Ejecutoria Suprema del 25 de mayo de 1984 - Exp. 1112-83 / Lima*)⁵⁰

El Decreto Legislativo 768 incorporó algunas modificaciones al Código Civil, en lo relativo a las causales de divorcio, reemplazó la causal de sevicia prevista en el inciso 2 del art. 333 por la de violencia, física o psicológica.

2.2- Concepto de crueldad en la causal

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999. Lima - Perú. Pág. 105.

Crueldad física

Esta causal supone "crueldad" en el tratamiento, manifestada mediante maltratos físicos, que inflija uno de los cónyuges al otro para hacerlo sufrir, se trata de actos que importan en especial un daño material, visible; a diferencia de lo que ocurre en la injuria, en donde la acción se orienta fundamentalmente a causar un perjuicio de orden moral. Son actos propios de esta causal los maltratos de orden físico, que en la mayoría de los casos son infligidos por el marido a su cónyuge⁵¹.

*Comúnmente se trata de actos de violencia en los que, son golpes o heridas las que procuran el sufrimiento, más existe otro tipo de situaciones que importan también crueldad, a decir de **Colin y Capitant**: "De la misma manera, el uso brutal que el marido haga de sus derechos, imponiendo a su mujer tratos conyugales excesivos susceptibles de comprometer su salud, puede considerarse sevicia"*⁵².

Crueldad psicológica

Nuestra jurisprudencia, desde años atrás, ha considerado actos vejatorios, constitutivos de esta causal, no sólo aquella conducta que persigue hacer sufrir corporalmente a través del maltrato físico, sino que teniendo en cuenta elementos de carácter subjetivo, calificó como tal al sufrimiento moral, psicológico, siendo dicha interpretación el antecedente de la modificación legislativa operada en esta materia, la que se aleja del tradicional patrón doctrinario para este tipo de falta conyugal⁵³.

Cabe anotar que el concepto de maltrato físico y psicológico había sido ya asimilado dentro de los términos de violencia familiar, en un ámbito más amplio de aplicación, en la Ley 26260 sobre Política del Estado y de la sociedad frente a la Violencia Familiar del 24 de Diciembre de 1993, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el D.S. 006-97 JUS, dado el 25 de Junio de 1997.

51 Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 105.

52 COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henry, Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I. Instituto Editorial Reus. 1941 Pág. 442.

53 *Idem*

2.3.- La intencionalidad en la violencia, física y psicológica

En estos actos de crueldad, han de concurrir dos elementos de carácter subjetivo:

- **La intención del agresor de hacer sufrir a través del maltrato al otro cónyuge**
- **El sufrimiento que han de provocar estos actos en el cónyuge inocente.**

Respecto al primero el Dr. **Héctor Cornejo Chávez**, nos dirá: "No importa tanto en ella la intención de ofender, cuanto el propósito de hacer sufrir físicamente"⁵⁴

La jurisprudencia peruana ha considerado que las manifestaciones frecuentes de celos, no constituyen una forma de sevicia, en tanto no son actos vejatorios realizados con el propósito de hacer sufrir. Así lo han establecido la Ejecutoria Suprema del 29 de mayo de 1953 y posteriormente la Resolución de fecha 17 de marzo de 1980 65. Caso de semejante apreciación fue el de los insultos que un cónyuge profería al otro, los que no fueron considerados maltratos psicológicos (Ejecutoria Suprema del 1° de setiembre de 1992).

El factor intencional resulta importante, por cuanto el deseo de provocar un sufrimiento rompe la armonía y el mutuo respeto que se deben los consortes entre sí, y el peligro que éste entraña en el inocente, hacen justificable la disolución del vínculo⁵⁵.

2.4.- Caducidad de la acción

A diferencia del art. 252 del C.C. de 1936, que estipulaba dos plazos de prescripción en relación a esta causal, 6 meses de conocida y 5 años de producida, el actual Código preceptúa que la acción por violencia física o psicológica caduca a los 6 meses de producida la causa.

⁵⁴ Héctor Cornejo Chávez. Derecho familiar peruano. Lima Gaceta Jurídica Editores. 1998. Tomo I, Pág. 353.

⁵⁵ Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 110

Modificación necesaria, que excluye el último plazo, en virtud de la propia naturaleza de esta causal, en que la ocurrencia de los actos de crueldad y su cognición por parte del agraviado suceden simultáneamente, no habiendo oportunidad a que tenga lugar el plazo lato.

3. EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE.

3.1. Definición

Esta causal consiste en la tentativa de homicidio cometida por un cónyuge en perjuicio del otro⁵⁶.

3.2. Fundamento de la causal

Radica en la protección de uno de los derechos fundamentales y primeros de toda persona "La vida". **Hernán Larraín** refiere: "Lo más probable, lo casi seguro, es que persistirá en su propósito criminal y, de serle posible, lo llevará a cabo. En estas circunstancias la ley no puede obligar al cónyuge agraviado a continuar la vida en común con su ofensor, sin poner en grave peligro la vida de aquél"⁵⁷.

3.3.- Ilegitimidad en la agresión.

La causal supone la agresión ilegítima de uno de los cónyuges que ponga en peligro la vida del otro. En ese aspecto **Enneccerus** nos manifiesta lo siguiente: "Se requiere que un cónyuge atente (contra derecho y siéndole imputable) contra la vida del otro; y es indiferente que se haya llegado o no a un intento adecuado o que se trate sólo de un acto preparatorio"⁵⁸.

⁵⁶ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 137*

⁵⁷ LARRAIN RIOS, Hernán, Divorcio. (Estudio de Derecho Civil Comparado). Santiago de Chile, Jurídica, 1966. p. 191

⁵⁸ Citado por *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 140*

Algunos autores consideran inclusive que ciertos actos no punibles en la vía penal, como es el caso de los actos preparatorios, en un procedimiento civil sí pueden constituir asidero de esta causal de divorcio, **Lafaille** afirmará: "Un delito de esta especie, aunque no llegue a ser consumado, o permanezca en la vía de la preparación, implica evidentemente la ruptura de todos los deberes inherentes al matrimonio"⁵⁹

3.4. Caducidad de la acción

El art. **339** del C.C. dispone que la acción basada en este inciso caduca a los 6 meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los 5 años de producida. Remitiéndonos a la ejecutoria suprema del 22 de octubre de 1980, concerniente a la causal de sevicia, estableció que el término de caducidad (antes prescripción) empieza a computarse a partir de la fecha desde que queda ejecutoriada o consentida la resolución penal, que ponga fin al proceso instaurado. En la causal de atentado contra la vida del cónyuge, por revestir caracteres de notable gravedad; en donde las posibilidades de una acción penal son mayores, sería posible la aplicación de un criterio semejante.

4. LA INJURIA GRAVE, QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN.

4.1. Definición

"Para dar lugar al divorcio por injuria, ésta debe importar una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que imposibilite la vida en común". (Ejecutoria Suprema del 18 de enero de 1983 - **Exp. 477-82 / Junín.**)⁶⁰.

59

Citado por Arnaldo Estrada Cruz. El divorcio en la legislación peruana. Trujillo, Bolivariano, 1974. Pág. 91.

60

Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 145

La injuria grave consiste en toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor haciendo insoportable la vida en común (Ejecutoria Suprema del 07 de agosto de 1992 - Exp. 2151-91 / Ica)⁶¹.

4.2. Formas en que se expresa la injuria.

La ofensa inferida al cónyuge es susceptible de estar contenida en palabras, pronunciadas en forma verbal o escrita, gestos, conductas, e incluso actitud, que denote un ultraje, representando para el consorte un profundo vejamen hacia su personalidad y dignidad⁶².

4.3. La intencionalidad en la injuria

Debe ser consciente y voluntaria, el ofensor ha de tener la intención de maltratar moralmente a su cónyuge, siendo sus palabras o actos, reflejos del profundo desprecio que sienta al inferirlas a aquél. Por lo que se dirá: "El actor, en suma, debe "querer" el efecto dañoso"⁶³

4.4. Criterios jurisprudenciales para evaluar la gravedad de la ofensa

El elemento gravedad en la causal de injuria es sustancial, por ser el que legitima la imposibilidad del cónyuge agraviado de reanudar su vida conyugal.

A los tribunales de justicia les corresponde apreciarla, ameritando si se hace justificable o no la disolución del vínculo. Este factor es considerado en casi todas las legislaciones que preveen la causal, así la jurisprudencia española ameritándolo, ha sostenido: "Si la jurisprudencia anterior había declarado que no basta, para poder afirmar que existe una conducta injuriosa y vejatoria, alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro, sin que tenga entidad un simple acto de maltratamiento de obra no reiterado, y

61 *Ídem*

62 *Ídem*

63 *Hernán Larraín Ríos. Op. Cit., Pág. 205.*

tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal, no cabe desconocer que la vigente normativa, aún sin poner su acento en la intencionalidad del cónyuge infractor sino en el resultado injurioso o vejatorio del comportamiento para la dignidad del consorte, requiere la nota de gravedad o, si se trata de un ilícito leve, la reiteración, modalidades ambos cuyos elementos de definidores no concurren en el caso presente" (S. de 10 de febrero de 1963. R. Jur. 959)⁶⁴.

4.5. Tipo de actos que dan lugar a la injuria grave en nuestra jurisprudencia.

Delimitar los alcances de una causal como injuria grave resulta una tarea muy difícil, distinguidos maestros lo han expresado: "La injuria es una noción moral de contornos inciertos"⁶⁵

Como concepto puede calificarse de denominador común en todas las causales de divorcio, en tanto constituyen una grave ofensa al inocente, su mención legal las distinguirá, pero aun así esta causal consentirá una variedad de supuestos, por lo que con razón Josserand afirmó: "He ahí una causa que tiene poca apariencia, que se presenta en términos discretos y que constituye en realidad la causa genérica del divorcio"⁶⁶

Dentro del concepto amplio de injurias graves, caben, p. ej., las amenazas de muerte de un cónyuge contra el otro, los insultos, los silencios constantes, respuestas ofensivas, las actitudes que muestran desconsideración y desprecio; provocando incidentes y humillaciones ante miembros de la familia o frente a extraños y amigos, las reacciones violentas. La jurisprudencia mayoritaria (se refiere a la jurisprudencia argentina) considera que el incumplimiento de los deberes de asistencia que impone el matrimonio configura injurias graves; así, p. ej., el descuido del trabajo por parte del marido, y como consecuencia de ello, el incumplimiento de sus obligaciones

⁶⁴ *Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 148*

⁶⁵ PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II. La Habana, Cultural, 1939. Pág. 387.

⁶⁶ Louis Josserand. Derecho Civil. Buenos Aires, Editorial Bosch y Cia. 1952, Tomo I, VII, Pág. 149.

conyugales, la desatención de un cónyuge ante la enfermedad del otro. En relación a este último supuesto se ha resuelto, p. ej., que constituye injuria grave hacia la esposa la actitud del marido que se ausenta del hogar sin justificación alguna y no se preocupa por su cónyuge internada por una enfermedad”⁶⁷.

4.6. Caducidad de la acción

La ley señala en el art. 339 del C.C. que la acción por injuria grave caduca a los seis meses de producida la causa.

5. EL ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL POR MÁS DE DOS AÑOS CONTINUOS O CUANDO LA DURACIÓN SUMADA DE LOS PERÍODOS DE ABANDONO EXCEDA A ESTE PLAZO.

5.1. Definición

El art. 289 del C.C. consagra que es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal, estableciendo la ley que es causal de divorcio que cualquiera de ellos, negándose a cumplirlo, lo abandone injustificadamente por un término mayor de dos años continuos o cuando la suma de periodos de abandono supere el plazo⁶⁸.

Para que el abandono sufrido por uno de los cónyuges sea causa de divorcio deben concurrir tres elementos:

- La separación material del hogar conyugal.
- La intención deliberada de poner fin a la comunidad de vida matrimonial.
- El cumplimiento de un plazo legal mínimo de abandono⁶⁹.

5.2. La separación material del hogar conyugal por el cónyuge culpable

Esta supone el apartamiento físico del domicilio común y por lo tanto también del consorte. Enneccerus, manifiesta que es necesario "Que el culpable viva

⁶⁷ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI Eduardo. Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 1989. Pág. 279.

⁶⁸ *Carmen Julia Cabella. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 183*

⁶⁹ *Ídem.*

separado del otro cónyuge, esto es, que no viva en comunidad doméstica con él, ya por haberse marchado del domicilio conyugal o ya por haber expulsado a su consorte"⁷⁰.

5.3. La intención deliberada del cónyuge infractor de poner fin a la comunidad de vida conyugal

En el abandono como causal de divorcio, no es suficiente la sola ausencia física del cónyuge culpable, sino que además es requerible que esta conducta haya sido determinada intencionalmente, y con el objeto de poner fin a la comunidad de vida conyugal. El Código Civil de 1936 aludía al abandono malicioso del hogar conyugal, de ahí que las ejecutorias que a continuación examinaremos se referirán a este elemento definiéndolo y calificando ciertas circunstancias como incursas o no dentro de dicho concepto⁷¹.

El Código Civil emplea a diferencia del derogado el término injustificado, no obstante podremos apreciar que gran parte de los conceptos vertidos de acuerdo al anterior régimen continúan aplicándose pese a la modificación, cuyos efectos en particular se destacaran posteriormente⁷².

5.4. Requerimiento legal de un plazo mínimo de abandono

Respecto al elemento temporal, nuestra ley señala taxativamente que son dos años de abandono por parte de uno de los cónyuges, los que han de transcurrir para que el inocente pueda demandar el divorcio por esta causal. El requerimiento de continuidad del anterior régimen, se ve aminorado al admitirse también la posibilidad de que pueda configurarse en períodos interrumpidos, siempre que sumados excedan el mínimo de dos años, y ello

70 *Ídem.*

71 *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 200*

72 *Ídem.*

con el fin de evitar conductas maliciosas que impidan con retornos temporales el cumplimiento del término legal⁷³.

La exposición de motivos del Anteproyecto del Libro de Familia, comentando las limitaciones del anterior dispositivo expresaba: El art. 247, al normar la causal de abandono malicioso del hogar por más de dos años continuos, abre camino al fraude del cónyuge malicioso, quien renueva indefinidamente el abandono sin otra precaución que la de reincorporarse al hogar cada vez que el plazo legal está por cumplirse. La ley debiera entregar al Juez la decisión cuando, sumados los sucesivos períodos de abandono malicioso, exceden de los dos años mencionados⁷⁴

La exigencia de un tiempo mínimo de abandono, como elemento constitutivo de la causal, ha de conducir a que se determine con la mayor precisión posible la oportunidad desde la cual ocurre, a fin de evitar seguras declaraciones de improcedencia por no haberlo cumplido, o demandas infundadas por no haberse acreditado certeramente el momento desde que operó el abandono.

5.6. Caducidad de la acción

La acción de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, está expedita en todo momento mientras subsistan los hechos que la motivan; así lo establece el art. 339 del C.C.

6. LA CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN.

6.1. Definición

"La conducta deshonrosa como causal de divorcio importa la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto mutuos que deben existir entre marido y mujer para la armonía del hogar

⁷³ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 243*

⁷⁴ Proyecto y Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980, Tomo I, Pág. 553.

conyugal". (Ejecutoria Suprema del 23 de enero de 1984 - Exp. 935-83 / Cuzco)⁷⁵.

"La conducta deshonrosa, entendida como la actitud o actitudes de uno de los cónyuges impropias o escandalosas que trascienden el ámbito de las relaciones domésticas originando rechazo de terceras personas contra tal comportamiento". (Ejecutoria Suprema del 12 de agosto de 1993 - Exp. 1556-92 / Arequipa)⁷⁶.

6.2. La conducta del culpable debe tomar insoportable la vida matrimonial

Este elemento es de suma importancia, porque no basta la incorrección de la conducta de un cónyuge, sino que aquella debe producir sus nocivos efectos en el otro consorte, generando una afrenta permanente que vuelva intolerable el continuar viviendo juntos⁷⁷.

6.3. Enfoque comparativo entre las causales de conducta deshonrosa y adulterio.

Distinguir lo que constituye conducta deshonrosa de adulterio, resulta en algunas ocasiones cuestión de difícil resolución. En principio, diremos que el adulterio es susceptible de configurarse en un solo acto inclusive, siempre que culmine en el acceso carnal efectivo, lo que no ocurre con la conducta deshonrosa. En sentido opuesto, si el cónyuge se muestra públicamente con persona distinta a su consorte, poniendo en evidencia relaciones románticas, de manera continua, no llegando a una relación sexual adulterina, o al menos ésta no es del todo manifiesta o demostrable, daría lugar a la conducta deshonrosa y no al adulterio⁷⁸.

1. En la Ejecutoria Suprema del 30 de julio de 1982 - Exp. 599-82 / Lima, la Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró

⁷⁵ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 250*

⁷⁶ *Ídem*

⁷⁷ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 253*

⁷⁸ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 265*

No Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda por la causal de conducta deshonrosa, e infundada por adulterio e injuria grave.

*“Considerando que no existe evidencia que acredite la existencia de las causales de adulterio e injuria grave [...], **la conducta deshonrosa de la demandada se hace nítida cuando se atribuye un apellido que no corresponde al de su cónyuge sino a un tercero**, precisamente a... con quien sale constantemente, declara fundada la demanda de fs. ...por la causal de conducta deshonrosa...”⁷⁹.*

2. En la Ejecutoria Suprema del 20 de Enero de 1986 - Exp. 1486-85 / Lima, también se declaró fundada la acción de divorcio, por conducta deshonrosa mas no por la de adulterio.

“Del análisis y valoración de lo actuado, se desprende que el actor ha acreditado los fundamentos de su demanda respecto de la causal de conducta deshonrosa, la misma que es entendida como la realización de actos repetidos, que atentan contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges, actos que de por sí, y dada la trascendencia de los mismos, llegan a afectar la armonía y unidad conyugal.

*Conforme a este orden de ideas, las testimoniales de fs. ..., prestadas en forma coherente y con explicación de sus dichos, así como las instrumentales de fs. ...y siguientes..., y peritaje de fs. ... contra las que no se ha formulado observación alguna, **revelan de manera inequívoca que entre la demandada y ..., existió más que una simple amistad; que no obstante su estado de casada y por ende debe conservar el principio de fidelidad hacia su esposo, tomó actitudes diferentes y contrarias**, actitudes que por otro lado son permanentes y continuas y*

79

Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 265

que precisamente tipifican la conducta deshonrosa, con el agregado que por este comportamiento de la demandada, le resulta imposible al actor hacer vida en común. No existe de otro lado prueba conducente a acreditar la causal de adulterio...”⁸⁰.

3. En la Ejecutoria Suprema del 02 de junio de 1992 - Exp. 2273-90 / Lima la Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró:

“Las fotografías de fs. 35 a 39, donde se advierte la reiterancia en exhibirse públicamente y sin reparos, con otra mujer, demostrando una relación sentimental no compatible con la condición social de su familia, configuran una conducta al margen de la tolerancia humana que no puede ser sobrellevada con dignidad. Siendo esto así, tiene que concluirse que está probada la causal de conducta deshonrosa materia de la demanda.

En cuanto a la causal de adulterio, para que sea procedente declararla, es menester entre otros de la existencia de un elemento material, siendo insuficiente la prueba aportada para demostrar la unión sexual del demandado con la Sra. ..., no bastando la presunción de que ella se dé, dada la relación sentimental, para calificar el hecho”⁸¹

7 que en todo caso pueden determinar la comisión de otra causal, como la conducta deshonrosa, más no el adulterio”⁸².

5. Así también se tiene la Ejecutoria Suprema del 30 de junio de 1982 - Exp. 1098-82 / Lima, la Corte Suprema señaló que se configura la conducta deshonrosa y no el adulterio:

⁸⁰ *Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 265*

⁸¹ *Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 265*

⁸² *Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 267*

“El hecho en controversia consiste en que mediante la constancia policial y la confesión de la cónyuge, se establece que la demandada había sido encontrada en el interior del cuarto No 5 del motel "Cinco y Medio", en compañía de un tercero distinto a su cónyuge”⁸³

A continuación veremos cómo la relación extramatrimonial permanente de uno de los cónyuges con tercera persona, es considerada conducta deshonrosa, siendo ésta también admitida por la propia Corte Suprema como causal de adulterio continuado.

1. Así por ejemplo tenemos la Ejecutoria Suprema del 24 de agosto de 1982 - Exp. 615-82 / La Libertad, la Corte Suprema, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró Haber Nulidad en la de vista, que revocando la apelada, declaraba infundada la demanda por la causal de conducta deshonrosa, reformándola confirmaron la de Primera Instancia que declaró fundada la demanda por la referida causal:

“Atendiendo a que lo actuado ante el juez de Paz ..., acredita que el actor fue lesionado por la demandada conjuntamente con ...:en el interior de su domicilio, afirmando la demandada que ... es su conviviente, como consta en su instructiva corriente a fs. ..., hecho corroborado por el referido... al manifestar que vive en la casa de aquélla; que la testimonial aportada por el actor acredita el comportamiento deshonesto e inmoral de la demandada; declara infundada la demanda de fs. ... en cuanto a las causales de adulterio e injuria grave, y fundada la misma demanda por la causal de conducta deshonrosa...”⁸⁴

2. De igual forma se tiene la Ejecutoria Suprema del 23 de Enero de 1984 - Exp. 935-83 / Cuzco, la Corte Suprema señaló:

⁸³ *Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 268*

⁸⁴ *Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 271*

“Los partes policiales corrientes a fs. ...y que en cierta forma se ratifica con la confesión de fs. ... (21 respuesta) acreditan que estando vigente el vínculo matrimonial que une al actor y a la demandada, ésta hizo abandono del hogar conyugal para viajar a la ciudad de Puerto Maldonado, realizando una vida convivencial con..., persona distinta de su marido, incurriendo así en conducta deshonrosa que revela una manifiesta infidelidad...”

3. De igual forma en la Ejecutoria Suprema del 7 de Junio DE 1984 - Exp. 1513-82 / Cajamarca, la Corte Suprema estableció en oposición a lo dictaminado por el Señor Fiscal que:

*“Considerando: **que de autos resulta acreditada la ilegal permanencia de la demandada con un hombre distinto a su legítimo esposo, como surge de la partida de nacimiento de fs. ... del acompañado sobre divorcio por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal, todo cuanto se halla corroborado con las declaraciones de fs. ..., por lo que es del caso atender el extremo demandado referente a la conducta deshonrosa que no hace posible la vida en común...**”⁸⁵*

4. Así también tenemos la Ejecutoria Suprema del 03 de Julio de 1992 - Exp. 1976-90 / Piura, en la cual señaló:

“Dictamen Fiscal:

Del examen de lo actuado a fs. 17 aparece una certificación de la Junta Vecinal de Asentamientos Humanos ..., que acredita que la demandada y ..., se encuentran empadronados, como moradores de la ... del mencionado asentamiento humano, documento que tiene fecha 12 de julio de 1989. A fs. 20 obra una certificación del Teniente Gobernador del Asentamiento Humano..., en la que consta que la demandada y..., conviven permanentemente en... del asentamiento humano..., documento fechado 1 de julio de 1989. A fs. 53, aparece el

acta de la diligencia de exhibición, que confirma que la demandada y ..., aparecen empadronados como ocupantes del ..., donde figuran las firmas de ambos".

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, consideró además:

*Que en la diligencia de confesión de fojas treinta y siete al responder la segunda repregunta, la demandada admite haber firmado la instrumental de fojas catorce, fechada el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y nueve en el que se consigna que su domicilio está ubicado en... del Asentamiento Humano..., **el cual según las pruebas actuadas en el juicio es el que habitan... Declara fundada la demanda... por la causal de conducta deshonrosa**⁸⁶.*

6.4. Caducidad de la acción

La acción por esta causal no caduca, puede interponerse en cualquier momento por el cónyuge ofendido, mientras subsistan los hechos que la motivan, así lo preceptúa el art. 339 del C.C.

7. EL USO HABITUAL E INJUSTIFICADO DE DROGAS ALUCINÓGENAS O DE SUSTANCIAS QUE PUEDAN GENERAR TOXICOMANÍA, SALVO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 347.

7.1. Definición

La toxicomanía es definida como el hábito patológico de intoxicarse, mediante la absorción de determinadas sustancias, sin motivos terapéuticos, convirtiéndose en una necesidad irresistible, caracterizada por reacciones de acostumbamiento, de dependencia psíquica y fisiológica, que generan en el individuo lesiones físico-mentales de carácter irreversible⁸⁷.

El consumo de drogas conocido a nivel clínico terapéutico como el consumo de sustancias psicoactivas, entiéndase como tales de acuerdo al Plan Nacional de

⁸⁶ *Jurisprudencia Extraída de Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 272*

⁸⁷ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 276*

Prevención y Control de Drogas aprobado por D.S. 82-94-PCM, del 3 de Octubre de 1994, a aquellas sustancias que ejercen su acción sobre el sistema nervioso central y que tienen la capacidad de producir transformaciones psíquicas⁸⁸.

Se pueden considerar cuatro categorías del uso de drogas de acuerdo a su condición legal y al contexto cultural en que se consumen:

Drogas de tipo social: alcohol y tabaco, drogas de tipo ilegal: marihuana, pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína, consideradas drogas peligrosas, cuyo uso conlleva sanciones legales y/ o sociales y que representan las drogas "modernas" preferidas no sólo en el Perú, sino a nivel internacional; drogas industriales: medicamentos (sedantes, analgésicos, estimulantes e hipnóticos, que constituyen medicinas legales que pueden ser usadas para efectos no terapéuticos) e inhalantes y drogas folklóricas: hoja de coca, alucinógenos (ayahuasca, San Pedro, asociados a las tradiciones culturales y costumbres del Perú)⁸⁹.

7.2. Fundamento de la causal

Los caracteres de este singular mal son los que justifican por sí solos la existencia de dicha causal, debido al grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas en forma habitual, generándose consecuencias muy dramáticas, tanto en relación a la prole enferma que pudiera concebirse, como en cuanto al cónyuge inocente. Si bien es cierto que esta "enfermedad" no es contagiosa, sí puede influir induciendo a su uso tanto al consorte sano como al resto de la familia⁹⁰.

7.3. Caracteres

⁸⁸ *Ídem*

⁸⁹ Joel M. Jutkowitz y otros. Uso y abuso de drogas en el Perú. Lima, CEDRO, 1987, p.110.

⁹⁰ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 276*

Es requerimiento en esta causal que el uso de drogas sea habitual, de modo tal que si el cónyuge las ingiere en forma eventual, dicha conducta no la haría procedente⁹¹.

Al respecto, cabe diferenciar los patrones de uso que según la Comisión Nacional sobre Marihuana y Abuso de Drogas de los Estados Unidos, se señalan:

Uso Experimental.- Es el que se realiza por curiosidad. **Uso Recreacional.-** Se refiere al consumo de una sustancia para gozar de sus efectos placenteros, sobre todo en contextos sociales.

Uso Circunstancial.- Hace alusión al consumo de drogas por alguna razón específica vinculada a una situación personal, sin embargo, algunos de estos usuarios pueden derivar a una dependencia psicológica.

Uso Intenso.- Se define como el uso cotidiano, que empieza a interferir con la habilidad funcional de la persona tanto en el trabajo, como en los estudios o en las relaciones con los padres, la familia, etc.; aunque sus consecuencias adversas no sean muy evidentes, la cronicidad que le es propia implicaría un intento de automedicarse debido a un problema psicológico fundamental.

Uso Compulsivo.- El patrón de consumo domina la vida del usuario con detrimento del funcionamiento social, vocacional y psicológico, de manera tal que obtener la droga, usarla y experimentar sus efectos se convierte en un ciclo que se repite, excluyendo de la vida del usuario la mayor parte de las demás actividades.

7.4. Caducidad de la acción

El art. 339 del C.C., establece que la acción por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que le den lugar.

⁹¹

Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 277

8. LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

8.1. Fundamento de la causal

La enfermedad venérea sufrida por uno de los cónyuges implica una grave amenaza para la familia, en cuanto a la salud del consorte sano y en relación a los problemas congénitos que usualmente produce en la prole. Es por ello que la ley a través de esta causal pretende proteger la salud física e incluso mental del grupo, más que sancionar la infidelidad del cónyuge con persona que le hubiera transmitido el mal, ya que para ese fin existe otra causal que es el adulterio, *ratio legis* que se evidencia cuando la legislación no distingue entre enfermedad venérea contraída mediante trato sexual (que es lo usual) o por medio extra sexual (que excepcionalmente también puede darse)⁹².

8.2. Caracteres

El mal venéreo debe ser grave a efecto de constituir un peligro significativo para el otro cónyuge y su descendencia. La dolencia ha de contraerse después de la celebración del matrimonio, ya que si hubiera sido antes lo procedente sería su anulación, según el Código Civil derogado, invocando defecto sustancial en la persona, de acuerdo a lo señalado por el art. 147 (C.C. 1936). La actual legislación admite su invalidación pero por una causa distinta, que es la de haber incurrido en el impedimento de sanidad como lo prescribe el art. 277 inc. 2°, concordado con el art. 241 inc 2" del C.C. Sin embargo, al respecto existe una ejecutoria en la que se admite el divorcio, en caso de que el cónyuge haya adquirido el mal antes de celebrado el matrimonio, atendiendo a una serie de circunstancias que rodean el problema; fundándose en el peligro que significa para la cónyuge como para la prole que subsista el vínculo⁹³.

8.3. Caducidad de la acción

La acción de divorcio invocando la causal de enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio, está expedita mientras subsista la dolencia que la motiva, de tal forma lo prescribe el art. 339 del C.C.

⁹² *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 281*

⁹³ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 281*

9. LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO.

9.1. Definición

El Dr. **Josef Rattner** en su obra "Psicología y psicopatología de la vida amorosa" nos dice al respecto: Llamamos homosexual a un individuo que busca una pareja del mismo sexo y trata de lograr una satisfacción sexual con él⁹⁴

9.2. Efectos de su inclusión en nuestro ordenamiento

El art. 333 en su inc. 9° distingue expresamente a la homosexualidad como causa de divorcio, antes era incorporada en otra causal, la conducta deshonrosa. De ahí que su inclusión no represente un cambio significativo, en cuanto a una efectiva apertura a nuevas causales que pudieran revelar, en este aspecto, una mayor tendencia divorcista en nuestra legislación⁹⁵.

9.3. Caracteres de la causal

La homosexualidad es un problema de graves implicancias a nivel familiar, por frustrar la convivencia normal de los cónyuges e imposibilitar la realización del matrimonio y de sus fines. Su aparición tras la celebración de éste, es motivo suficiente para demandar la disolución del vínculo, por cuanto sus efectos no sólo perjudican la vida íntima de los cónyuges como pareja, sino que trascendiendo a su ámbito social, inciden también en la imagen del cónyuge agraviado, a través de comportamientos encubiertos e inclusive manifiestos que evidencian sus inclinaciones⁹⁶.

Desde el punto de vista legal, la homosexualidad es considerada como causa de divorcio si es sobreviniente a la celebración del matrimonio, en tanto que si es de origen anterior y desconocida por el cónyuge perjudicado, lo procedente

94 Joseff Rattner. *Psicología y psicopatología de la vida amorosa*. México, Siglo XXI, 1966. Pág. 163

95 *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 288*

96 *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 288*

es accionar por su invalidez, fundándose en la ignorancia de un defecto sustancial en el consorte (art. 277 inc. 5° del C.C.)⁹⁷.

La distinción legal en la oportunidad en que ha de surgir el problema, a nivel práctico, presenta algunos inconvenientes, ello en razón de los caracteres singulares de estas desviaciones, dificultándose una determinación certera de la ocasión en su aparición. Ya que por lo general se proyectan en forma latente o manifiesta a lo largo de la historia vital del individuo, siendo además susceptibles de ser reprimidas o encubiertas maliciosamente por quien las sufre. Contraído el matrimonio, el cónyuge agraviado puede ser conducido a algún tipo de error en ese aspecto, llegándose en su momento a interponer equivocadamente cualquiera de las dos referidas acciones, sometiéndose a una posible declaración de improcedencia, a una demanda cuya causa es notoriamente justificada⁹⁸.

9.4. Caducidad de la acción

El art. 339 señala que la acción de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la anomalía sexual, y, en todo caso, a los cinco años de producida. Mientras que la acción de anulabilidad de matrimonio puede ser sólo interpuesta por el cónyuge perjudicado, dentro de los dos años de celebrado el matrimonio. Así lo prescribe el art. 277 inc 5°.

10. LA CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS, IMPUESTA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

10.1. Cambios introducidos en la causal por el Código Civil de 1984

El Código Civil introduce respecto a esta causal algunas modificaciones en relación al régimen anterior. Su redacción ha sido variada en tanto señala expresamente que sólo la condena por delito doloso es la que da lugar al divorcio, mientras que el texto anterior se refería genéricamente a "la condena

⁹⁷ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 289*

⁹⁸ *Ídem*

por delito..." posibilitándose de su lectura literal la inclusión también de la acción culposa, lo que resultaba a toda vista injusto. De otro lado, nuestra ley actualmente prevé el caso en que uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio tenga conocimiento de la comisión de un delito por parte del otro, pero luego durante la vigencia de éste su autor es recién condenado, antes se abría la posibilidad de que el supuesto cónyuge agraviado pudiera invocar dicho hecho como causal de divorcio, en tanto hoy el art. 338 C.C. lo priva de esta facultad⁹⁹.

Al respecto la exposición de motivos del anteproyecto del Libro de Familia señala: La causal a que se contrae el inciso 9 del mismo artículo 247 puede originar una demanda abusiva de separación cuando el otro cónyuge fue informado por el autor del delito o conoció por su propia cuenta la comisión del acto delictuoso antes de casarse y no obstante contrajo matrimonio. En tal hipótesis, la ley no debería franquear la acción de separación¹⁰⁰.

10.2. Fundamentos de la causal

¿Qué es lo que trata de sancionar la causal? ¿Es, efectivamente, el hecho de estar privado de la libertad que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones conyugales, o es el delito que motivó la pena, el que causa la ofensa y desprestigio social de la pareja, lo que toma insoportable su vida en común?

Refiriéndose a ello el **Dr. Cornejo Chávez** opina lo siguiente: "Así pues, es la injuria grave que el delito de uno de los cónyuges infiere al otro y a la familia lo que puede imposibilitar la convivencia normal"¹⁰¹.

⁹⁹ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 291*

¹⁰⁰ *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Tomo I. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980. Pág. 553.*

¹⁰¹ *CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano. Novena edición. Lima, Gaceta Jurídica Editores. 1998. Pág. 360.*

10.3. Caracteres

El hecho delictuoso ha de ser grave, por ello la ley es exigente en cuanto al requerimiento de un tiempo mínimo de condena (son dos años), el que hace ameritable su invocación para obtener el divorcio¹⁰².

Es, además, necesaria la concurrencia de otros elementos para que la causal pueda configurarse:

- Que la condena sea firme, es decir, no basta la comisión certera del delito, sino que éste haya sido sancionado por el órgano jurisdiccional; estableciéndose su responsabilidad a través de una resolución que por ser inamovible, no es susceptible de recurso impugnatorio alguno.

"Si la ley se ha referido a la condena, es porque ella declara la existencia del delito y lo sanciona. Antes de la sentencia no se sabe si existe o no el delito y puede haber habido privación de libertad. Antes de la sentencia además, no se sabe quién fue el responsable"¹⁰³

- La condena no debe de haberse borrado. En este aspecto hay que examinar qué sucede en los casos de indulto, amnistía y rehabilitación.

En el primer caso, funciona la causal ya que el indulto sólo deja sin efecto la represión más no la condena ni el hecho punible.

En la amnistía resultaría improcedente accionar por ello, ya que ésta suprime legalmente el delito y la pena. Los efectos de la rehabilitación respecto a la causal serían similares a la amnistía, en tanto aquella suprime el hecho punible, borra la condena, produciendo un silencio absoluto respecto del delito (art. 361 y sgtes. del C.P.P.).

- Es durante el matrimonio que debe ser pronunciada la condena. Por lo que si el delito se cometió antes del matrimonio, y se cumplió la pena antes de casarse, y dicho hecho es ignorado por el otro cónyuge, la acción de divorcio

¹⁰² *Carmen Julia Cabello, Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 294*

¹⁰³ LARRAIN RIOS, Hernán, Divorcio. (Estudio de Derecho Civil Comparado), Santiago de Chile, Jurídica, 1966. Pág. 194

es improcedente, ya que es la invalidación del matrimonio el proceso que ha de seguirse. De otro lado, si el delito es cometido en fecha anterior al matrimonio pero es sancionado durante su vigencia, dicha situación sí estaría contemplada por la causal, siempre y cuando dichos acontecimientos hayan sido ignorados por el cónyuge inocente, porque en caso contrario ha de operar la disposición que señala el art. 338 del C.C.¹⁰⁴.

En cambio, la causal operará plenamente si el delito fue cometido durante el matrimonio, así como también si durante él es pronunciada la sentencia condenatoria.

10.4. Caducidad de la acción

Al respecto operan dos plazos, seis meses de conocida la condena a pena privativa de la libertad o en todo caso, cinco años de ejecutoriada la sentencia en la que se imponga aquella.

11. LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN, DEBIDAMENTE PROBADA EN PROCESO JUDICIAL.

Mediante la ley N° 27495 del 7 de julio de 2001 se incorporan modificaciones importantes en la regulación del Código Civil sobre la materia, precisándose algunos cambios en las causales ya existentes, pero particularmente se introduce dos nuevas causales de divorcio, las previstas en el numeral 11° y 12° del Art. 333° del C.C., esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Se trata en principio de dos causales que en términos teóricos y legislativos generales son propias del sistema divorcio remedio, en su modalidad de causal objetiva la primera y de causal genérica de divorcio quiebre la segunda.

¹⁰⁴

Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 295

11.1.- Naturaleza jurídica:

Intentar aproximarnos a calificar la naturaleza jurídica de esta causal resulta desde ya un desafío. Para iniciar esta tarea, resulta pertinente hacer referencia a los antecedentes de la gestación de su promulgación. En los últimos debates parlamentarios que precedieron la promulgación de la ley 27495, se introdujo la discusión respecto a esta causal bajo la denominación de incompatibilidad de caracteres, finalmente la propuesta fue incorporada, sin mayor debate público como la causal de imposibilidad de hacer vida en común¹⁰⁵.

Dicha referencia resulta pertinente al tratar de definir la causal en cuestión, a efectos de conceptualizarla como una causal genérica de divorcio quiebre, matrimonio desquiciado, u otras denominaciones similares, dentro del enfoque de divorcio remedio como lo sugiere su propuesta original, supuesto en el que no se distingue responsables porque no se explora culpabilidad o de otro lado como causal inculpatoria genérica para lo cual resulta necesario la invocación por el cónyuge agraviado de un hecho o conducta no cometidos por él y que afectando los deberes conyugales, imposibilitan la vida en común, distinguiendo en esta última posición si los hechos imputables al consorte deben serlo con o también sin culpa, nota que lo distinguiría de una causal estrictamente sancionadora¹⁰⁶.

Pareciera que el sistema mixto que presenta nuestra legislación, a través de las modificaciones operadas en el régimen, conducen a calificarla más próxima a la segunda perspectiva, más aún si como se señalara la ley no le ha dado un tratamiento distinto al de causal inculpatoria, para efectos de la solicitud de conversión, no habiéndola exonerado de la invocación del hecho propio exigido para todas las causales por el numeral 335 del Código Civil, como si se ha hecho expresamente con la causal de separación de hecho¹⁰⁷.

¹⁰⁵ CABELLO Matamala, Carmen Julia. *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* En: Derecho PUCP. Número 54. 2001. Lima. Pág. 32.

¹⁰⁶ CABELLO Matamala, Carmen Julia. *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* Op. Cit.

¹⁰⁷ *Ídem*

11.2.- Criterios para su evaluación¹⁰⁸.

Para la calificación de esta causal resulta pertinente considerar:

- **La no invocación de hecho propio.**- Al respecto, el inc. 12 del Art. 333 del C.C. establece a modo de excepción que sólo en la causal de separación de hecho no resulta aplicable lo dispuesto por el Art. 335 del acotado, esto es la prohibición de la invocación del hecho propio por el cónyuge a quien se le atribuye la falta conyugal, por lo tanto no pudiéndose interpretar extensivamente las normas de carácter restrictivo, dicha condición se encuentra vigente para la causal de imposibilidad de hacer vida en común.

- **Que los hechos alegados verifiquen en el proceso la afectación de la vida personal y/o conyugal del peticionante.**- Corresponde al juzgador de acuerdo a lo actuado en el proceso estar en condiciones de verificar el estado de infelicidad de los cónyuges, por efecto del hecho imputable al otro consorte, debiendo ser ello argumentado en la decisión judicial, al representar el sustento de la perturbación social que amerita legalmente la disolución del vínculo matrimonial.

- **La causal puede sustentarse en hechos objetivos** que evidencian la imposibilidad de hacer vida en común con el cónyuge emplazado, de tratarse de afectaciones morales éstas deben razonarse conjuntamente con la prueba pericial pertinente.

- **Razonabilidad de los hechos alegados.**- Los hechos demostrados deben revestir la gravedad y magnitud suficiente que ameriten el divorcio. Ello supone de acuerdo a la naturaleza de los hechos que se evalúe la reiterancia en su ocurrencia o su permanencia.

- **Los hechos invocados no deben incorporarse dentro de las otras causales.**- Al haber mantenido el sistema las causales tradicionales de decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, encontrándose legalmente distinguidas deben incorporarse en esta causal supuestos no

asimilables a las causales precedentes. Delimitación particularmente fronteriza si consideramos la cobertura que brinda la causal de injuria grave y la violencia psicológica.

- **Plazo mínimo de vida en común.-** El juzgador merituará al considerar la razonabilidad del pedido la duración del matrimonio cuya disolución se solicita, por cuanto una semana o un mes de su celebración no resultan suficientes para merituar que el hecho invocado imposibilite la vida en común. Su trascendencia reflejará su eventualidad, o correspondencia a un proceso de adaptación marital.
- **Imposibilidad de hacer vida en común o reanudar la vida en común.-** Consideramos que al igual que en la causal de conducta deshonrosa, la jurisprudencia no debe requerir como elemento configurativo de la misma que al demandarse la causal los cónyuges vivan juntos, ameritándose la imposibilidad de hacer vida en común también ante la imposibilidad de reanudarla. Sea el caso del cónyuge que demanda el divorcio por el estado de esquizofrenia paranoide que padece su consorte, que incluso puede estar internado en un centro de salud.
- **Actualidad de la falta conyugal invocada.-** No habiéndose establecido plazo de caducidad respecto a la ocurrencia de los hechos que imposibilitan la vida en común debe tratarse de hechos vigentes que subsisten a la interposición de la demanda, no pudiéndose invocar aquellos que han concluido en un pasado aceptado por el afectado.

11.3 Caducidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 339 del Código Civil, la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

12. LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES DURANTE UN PERÍODO ININTERRUMPIDO DE DOS AÑOS. DICHO PLAZO

SERÁ DE CUATRO AÑOS SI LOS CÓNYUGES TUVIESEN HIJOS MENORES DE EDAD. EN ESTOS CASOS NO SERÁ DE APLICACIÓN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 335.

12.1.- Definición.

En el inc. 12 del Art. 333 del C.C., se introduce la tan discutida causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen.

La causal de **separación de hecho** en nuestro régimen ha merecido un tratamiento sui generis, las expectativas en las que se generó así como la difusión que incluso en algunos sectores se le viene dando aún, la avizoraban e incluso intentan presentarla como una causal objetiva del sistema divorcio remedio; no obstante como observamos su reglamentación para efectos de la configuración de la causal así como para las consecuencias de la declaración de divorcio, le imprimen un tratamiento de sesgo inculpatario¹⁰⁹.

La fijación de un monto indemnizatorio, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger, hecho que tiene que objetivarse legalmente en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere invocación, debate probatorio, contradictorio, congruencia, que determinen al perjudicado ¿inocente?, el perjuicio y la reparación en su quantum y forma¹¹⁰.

12.2.- Elementos de la causal¹¹¹:

Elemento objetivo: Cese efectivo de la vida conyugal, Alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación.

¹⁰⁹ CABELLO Matamala, Carmen Julia. *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* En: Derecho PUCP. Número 54. 2001. Lima. Pág. 32.

¹¹⁰ *Ídem.*

¹¹¹ *Ídem.*

Elemento subjetivo: Aunque resulte discutible que se contemple en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; nuestra legislación al acotar en su tercera disposición complementaria un supuesto ¿extensible a otros supuestos? de improcedencia, permite la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose por tanto a contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación

Elemento temporal: Se requiere que la separación de hecho se prolongue de modo ininterrumpido por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

12.3. ¿Requisito de admisibilidad de la demanda?

Para invocar la causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si es comprendida tal exigencia como requisito de admisibilidad, las pruebas del cumplimiento de dicha obligación deberán recaudarse a la demanda, tales como consignaciones, retenciones, documentos privados como recibos, gastos diversos a favor de los acreedores alimentarios, etc.¹¹².

La expresión acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras, supone que se verifique el cumplimiento de ésta durante todo el periodo de separación invocado para efectos de la demanda o la probanza del periodo correspondiente al plazo legal mínimo aplicable o el periodo próximo a la demanda¹¹³.

Establecer ello en la práctica judicial será importante, más aún si consideramos otras posibilidades que hay que calificar, como que el demandante no cuente con pruebas del cumplimiento de la prestación, porque no ha requerido ser emplazado judicialmente y no ha tenido la precaución de acopiar los

¹¹² CABELLO Matamala, Carmen Julia. *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* En: Derecho PUCP. Número 54. 2001. Lima. Pág. 32

¹¹³ *Ídem*

comprobantes de la satisfacción de la obligación y pretenda cumplir el requisito de admisibilidad con su sola afirmación, corroborada con la declaración de parte del emplazado o el testimonio de los otros acreedores alimentarios o incluso no tenga que cumplir prestación alimentaria alguna por ser la condición económica de su cónyuge más favorable y no tener estado de necesidad¹¹⁴.

Exigir que el cumplimiento de la obligación alimentaria sea contemplado como requisito de admisibilidad al momento de calificar la demanda, en casos como los descritos simplemente constituiría un limitante al ejercicio del derecho de acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, por ello resulta más razonable su comprensión como requisito de procedencia que posibilite la declaración de divorcio por esta causal¹¹⁵.

Por lo mismo, si durante el proceso se verifica que el peticionante del divorcio adeuda pensiones alimenticias devengadas o ha incumplido con acuerdos convencionales, carecería del derecho para que se le ampare la demanda.

12.4.- Caducidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el Art. 339 del C.C. en atención a la naturaleza de la causal ésta se encuentra vigente, en tanto subsista la separación de hecho entre los cónyuges. Por lo que resulta importante al considerar la causal, no sólo acreditar la separación por dos o cuatro años en su caso, sino verificar que continúa a la fecha de la interposición de la demanda.

13. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL, DESPUÉS DE TRANSCURRIDOS DOS AÑOS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

13.1.- Introducción

El Código Civil considera a la Separación Convencional como causal para poder demandar la Separación de Cuerpos (inciso 13º del artículo 333º), pero

¹¹⁴ *Ídem*

¹¹⁵ CABELLO Matamala, Carmen Julia. *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* En: Derecho PUCP. Número 54. 2001. Lima. Pág. 32

existe un condicionamiento dentro de éste precitado articulado, pues se requiere que hayan transcurrido dos años de celebrado el matrimonio.

El legislador ha considerado que éstos dos años resulta ser un tiempo necesario para que los cónyuges tomen conciencia y mediten sobre una decisión que podrían incluso, tomarla precipitadamente, lo que ello traería como consecuencia que la relación conyugal se desquebraje¹¹⁶.

13.2 Separación de Cuerpos y Separación Convencional.

Antes de poder abarcar a que se refiere la Separación Convencional, es necesario tener claro el concepto de la Separación de Cuerpos o también conocida como la Separación Personal. La Separación de Cuerpos es considerada como una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial que suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.

La Separación de Cuerpos o también conocida por la doctrina como Separación Personal sólo puede ser decretada judicialmente ante alegación o prueba de hechos culpables de uno o ambos cónyuges¹¹⁷.

La Separación Convencional, se podría entender como aquella referida a una de las causales previstas en el artículo 333º del Código Civil que permite a los cónyuges, de manera conjunta, solicitar la Separación de Cuerpos debido a que existe mutuo consentimiento, lo que evitaría la inculpación recíproca de los cónyuges para obtener la sentencia final, pero para solicitarla la ley prevé un plazo mínimo de duración del matrimonio, es decir, que exista entre los cónyuges la Separación Convencional después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

¹¹⁶ Ávila Hinostraza, Karla Guadalupe. SEPARACIÓN CONVENCIONAL.
Disponible en: http://www.teleley.com/articulos/art_avila.pdf
Fecha de Consulta: 01. 12. 2013

¹¹⁷ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. "La Separación personal y el divorcio vincular como sanción (por culpa) y como remedio (objetivo)". (Comentario al artículo 333º del Código Civil), en *Código Civil Comentado*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2007. Pág. 347.

13.3.- Requisitos que la Ley prevé para demandar la Separación Convencional ante el Órgano Jurisdiccional¹¹⁸.

A) Código Civil

- Transcurso de dos años de la fecha de celebrado el matrimonio (inciso 13 del artículo 333º):

El legislador ha considerado necesario este lapso de tiempo para que los cónyuges puedan recapacitar de decisiones apresuradas que puedan tomar ante conflictos y problemas que puedan surgir con el fin de evitar que éstos den por terminado la relación conyugal.

- Consentimiento de ambos cónyuges (artículo 344º):

La demanda de Separación Convencional debe ser interpuesta necesariamente de manera conjunta, es decir, por ambos cónyuges.

B) Código Procesal Civil

- Demanda debe presentarse con la propuesta de convenio donde se regula los regímenes familiares de los cónyuges (artículo 575º):

Es exigida como requisito especial para que la demanda. Dicho convenio contendrá todo lo referente al régimen de la patria potestad, de alimentos y liquidación de sociedad de gananciales.

- Consentimiento de ambos cónyuges (artículo 578º):

Único requisito que es concordante con el artículo 344º del Código Civil.

- Aprobación judicial de Separación Convencional (artículo 579º):

La sentencia judicial va a acoger el contenido del convenio propuesto por los cónyuges de manera conjunta, siempre que dicho convenio asegure los derechos de los hijos menores o incapaces, la obligación alimentaria y patria potestad.

- La demanda se tramita vía proceso sumarísimo (artículo 573º):

La separación Convencional se sujeta a este tipo de trámite.

118

Ávila Hinostraza, Karla Guadalupe. *SEPARACIÓN CONVENCIONAL. Op. Cit*

13.4. La Separación Convencional en el Procedimiento No Contencioso

El 16 de mayo de 2008 fue publicada la Ley N° 29227 que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior, siendo que a partir de la vigencia de la citada Ley, van a poder tramitarse estos procedimientos en las municipalidades y notarias.

Asimismo el 13 de junio del mismo año se publicó su Reglamento (Decreto Supremo N° 009- 2008-JUS).

Tanto la Ley N° 29227 y su Reglamento sólo permiten que la Separación Convencional sea solicitada por los cónyuges después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, además deben de cumplir con una serie de requisitos que se encuentran establecidos en el artículo 4° de la precitada Ley 7 y en el artículo 5° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS

“Lo que se busca con la Ley N° 29227 y su Reglamento es que disminuya la carga procesal en el Poder Judicial por estos tipos de conflictos, pues como se sabe no generan mayor controversia por el simple hecho de que los cónyuges están de acuerdo. Cuando la Ley fue presentada como proyecto ante el Congreso, se sostuvo que para contraer matrimonio civil, es necesaria la declaración de voluntad en forma oral o escrita ante el Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de los solicitantes. En tal sentido, la misma autoridad que celebró el matrimonio debe encontrarse legítimamente facultada para disolverlo”¹¹⁹.

119 LEDESMA NARVAEZ, Marianella. (Comentario al artículo 574º del Código Procesal Civil), en *Código Procesal Civil Comentado*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2008. Pág. 928

Subcapítulo III.- EL ADULTERIO.

3.1.- Definición del Adulterio y el Adulterio como Causal de Divorcio.

Refiere Placido Vilcachahua, que “en términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o 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 esposos¹²⁰.

El adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio sea ocasional o permanente. Esta causal requiere la prueba de las relaciones extramatrimoniales, lo cual es difícil de probar¹²¹

3.1.1. El adulterio como acto consumado

“Se trata de la realización del acto sexual con persona distinta al cónyuge, soltera o casada, pero siempre del sexo opuesto, en razón de que la ley nacional sanciona como causal distinta al homosexualismo. De la misma manera, quedarán excluidos otros tratos sexuales de carácter patológico como la necrofilia, la zoofilia o bestialismo, etc. En otros sistemas, es el caso del francés, este tipo de comportamiento ha sido considerado dentro de la causal de injuria grave, mas nuestra doctrina lo incorpora a otra, la conducta deshonrosa”¹²².

“La necesidad del elemento objetivo que representa la cópula sexual entre el cónyuge culpable y el otro sujeto, hace que no pueda calificarse como adulterio su tentativa, los contactos sexuales que no hayan llegado a ello, u otro tipo de intimidades; tampoco lo serán los actos de ligereza o mala conducta

¹²⁰ Placido Vilcachahua, Alex. Las Causales del Divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil. Editorial Gaceta Judaica. Dialogo con la Jurisprudencia. Primera Edición 2008. Lima - Perú. Pág. 33

¹²¹ *Ídem.*

¹²² Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial 1993. Segunda Edición. Perú - Lima. Pág. 57.

exteriorizados socialmente, que no revelen la existencia de una relación sexual”¹²³.

3.1.2.- La intencionalidad en el adulterio.

En el agente debe existir la voluntad consciente y deliberada de violar el deber de fidelidad, de tal manera que el acto cometido por un demente o por alguien que sufre profundos trastornos de su conciencia, por un estado hipnótico, por efectos de drogas o del alcohol, no permite que tenga lugar. La voluntad no puede estar viciada al tiempo de la consumación del acto, por lo que la violación que pueda sufrir la cónyuge no podrá ser considerada adulterio, tampoco si ha existido coacción por parte del otro cónyuge. Es sólo en la concurrencia de ambos elementos, de naturaleza objetiva uno (cópula sexual) y subjetiva el otro (intencionalidad), que puede configurarse el adulterio¹²⁴.

3.1.3.- El Adulterio Consentido

Nuestra Ley impide expresamente al cónyuge que provocó o consintió o perdonó el adulterio, iniciar la acción por esta causal; lo que también ocurre cuando el ofendido cohabita con el infractor luego de haber conocido de la infidelidad que había sufrido¹²⁵.

La falta conyugal puede ser dispensada en cualquier momento, incluso luego de interpuesta la demanda, en tal caso el actor se encuentra imposibilitado de continuar el proceso¹²⁶.

Interesante comentario es el formulado por los autores **Juliana Sarmiento y Eusebio Carbo**¹²⁷ en relación al adulterio provocado, señalando: "No puede

¹²³ *Ídem.*

¹²⁴ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 59*

¹²⁵ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 77*

¹²⁶ *Ídem*

¹²⁷ *Citado por Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Ídem*

solicitar el divorcio con base en esta causal, el cónyuge que haya facilitado la realización de los hechos que la constituyen...”

Se provoca el adulterio si uno de los cónyuges, de manera consciente, coloca al otro en circunstancias propicias para su comisión.

No hay derecho a solicitar el divorcio, si cualquiera de los cónyuges, por ejemplo, contrata a un tercero con el propósito de que seduzca al otro, haciéndolo caer en la infidelidad para pedir el divorcio, o cuando uno de los esposos induce al otro al comercio carnal, con el fin de lograr algún beneficio de carácter económico, social o político” .

Razones de orden ético, hacen que la ley prohíba a los cónyuges invocar un hecho propio como causal de divorcio, similar preocupación se revela cuando al cónyuge que consintió, provocó o perdonó el adulterio de su consorte se le impide fundar su acción en esos hechos. Así, se comprende que es el agravio generado en el inocente por la comisión de la falta conyugal, el que torna insoportable la vida en común, siendo ello lo que subjetivamente amerita el divorcio o la separación; sin cuyo elemento la demanda resulta improcedente¹²⁸.

Es necesario distinguir los conceptos de consentimiento y perdón del adulterio.

El artículo 336 del C.C. prevé ambos pero como dos supuestos distintos, que si bien tienen el efecto común de impedir iniciar o proseguir la acción, poseen a su vez, al menos a nivel teórico, caracteres propios. El consentimiento supone la aquiescencia del cónyuge en la ilicitud de la conducta del otro, en esa medida es coetáneo al desarrollo de la falta conyugal. En tanto que el perdón se constituye por un acto de declaración de voluntad posterior, que retroactivamente dispensa las faltas conocidas hasta ese momento¹²⁹.

¹²⁸ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 80*

¹²⁹ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 84*

El perdón supone un acto unilateral, por el cual el cónyuge, agraviado renuncia al derecho de invocar culpas que ha dispensado. La reconciliación en cambio implica una concurrencia de voluntades, la del inocente que perdona, y la del culpable que acepta ese perdón, con el fin de reanudar la vida en común, en ese sentido es bilateral. De ahí que la reconciliación incorpore siempre al perdón, mientras que éste no necesariamente está seguido del primero¹³⁰.

En cuanto a los efectos, el perdón sólo dispensa aquellos hechos que fueron materia de él, mientras que la reconciliación borra toda falta producida y conocida hasta ese momento, en tanto es la expresión de una voluntad común que desea reanudar la vida conyugal, por lo que, habrán de entenderse superadas las dificultades que existieron.

3.1.4.- Caducidad de la acción

El actual Código, a diferencia del anterior, no establece términos de prescripción sino de caducidad de la acción por divorcio.

El artículo 339 señala para el caso de adulterio dos plazos: 1) Seis meses de conocida la causa por el ofendido. 2) En todo caso, cinco años de producida ésta

3.2.- Teoría de la Prueba Civil y la Prueba en el Adulterio.

Acreditar una causal de divorcio, nos lleva necesariamente a situarnos en materia procesal, en concreto en el campo de la prueba es decir al Derecho Probatorio.

“El Derecho Probatorio es aquel que estudia a la prueba en su más variados aspectos, no sólo en lo atinente a la prueba judicial enmarcada dentro del sistema legal procesal sino también en lo que concierne al área extraprocesal, pero, dentro de la ciencia jurídica, claro está. Sin embargo, el Derecho Probatorio se desprende del Derecho Procesal. La prueba de que tratan ciertas

¹³⁰

Ídem

normas sustanciales por su innegable vinculación a esta última rama del Derecho es prácticamente asimilada a él”¹³¹.

La prueba en sentido amplio puede ser entendida como aquel medio útil para dar a conocer algún hecho o circunstancia. A través de ella adquiere el Juez conocimiento de la realidad y no de las afirmaciones de las partes que bien pueden ser expresadas sin que estén acompañadas de prueba alguna que las sustente. Subjetivamente la prueba puede ser definida atendiendo a consideraciones sobre su resultado como el convencimiento o certeza generada con ella en el magistrado de la verdad de los hechos que se exponen en juicio. Se asegura que un hecho está probado al haber quedado demostrado con suficiencia como veraz. Se advierte que permanecen ligados los conceptos de prueba y los medios empleados para su aporte al proceso, así como el objetivo o propósito de ella¹³².

Al respecto es necesario señalar que el Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Son medios de prueba típicos: 1. La declaración de parte; 2. La declaración de testigos; 3. Los documentos; 4. La pericia; y 5. La inspección judicial.

a. Declaración de Parte.

a.1. Definición

“Consiste en la declaración jurada de parte y no de un tercero al juicio, como es el caso de los testigos; que versa sobre hechos propios del declarante, solicitado por quien es su contraparte en el proceso u ordenada por el juez de oficio”¹³³.

¹³¹ Hinostraza Minguez, Alberto. *La Prueba en el Proceso Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Pág. 13

¹³² Hinostraza Minguez, Alberto. *La Prueba en el Proceso Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Op. Cit. Pág. 14*

¹³³ Carmen Julia Cabella. *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 305*

a.2. Valor Probatorio

Respecto a su valor probatorio, como lo establece el artículo 197 del C.P.C. será valorada con los otros medios probatorios en forma conjunta por el Juez.

a.3. Alcances de esta prueba en los procesos de divorcio

En los procedimientos de divorcio, la declaración de parte es el medio probatorio que suele acompañar a todas las causales. Cuando se presenta sola, por lo general, se deniega la demanda. Ello, porque admitir la sola declaración de parte importaría reconocer el divorcio convencional, no previsto en nuestro régimen legal; esta causal debe sujetarse a un tratamiento especial, el consignado en los artículos 573 al 580 del Código Procesal Civil, por el que únicamente ha de obtenerse la separación de cuerpos con la posibilidad posterior de convertirse en un divorcio absoluto. (Caso semejante se apreciará en el allanamiento)¹³⁴.

Acompañada la declaración de otras pruebas, es apreciada integralmente por el juez, testigos o documentos, y según la calidad de éstos, puede ser fundamento suficiente de alguna causal, especialmente en los casos de adulterio, conducta deshonrosa, injuria y abandono de la casa conyugal. En esta última, por ser frecuente las veces que se sigue la causa en rebeldía, era tenida en cuenta incluso bajo su forma ficta. Siendo en algunas oportunidades valuada, no sólo por el contenido de sus afirmaciones, sino que, según las circunstancias, la negación de comparecer en juicio era entendida como un elemento más, que denotaba en el cónyuge infractor el afán de sustraerse de sus obligaciones matrimoniales.

En ese sentido, la legislación actual permite al Juez requerir al interrogado que se niega a declarar o responde evasivamente, conducta del obligado que se apreciará al momento de resolver.

134

Ídem

b. Declaración de Testigos.

b1. Definición

"Está constituida por la declaración jurada de la persona que no es parte en el juicio y que declara a petición de uno de los litigantes sobre los hechos que ha presenciado u oído y que son materia de la controversia"¹³⁵

b.2. Personas que pueden declarar.

En principio toda persona es hábil para declarar, siempre que no esté comprendida en alguna de las tachas establecidas por la ley. Por lo que para ser testigo no basta ser capaz civilmente, sino que procesalmente se requiere no estar prohibido.

b3. Prohibiciones para declarar

Estarán prohibidos de declarar, las personas incursoas en las causales señaladas en el artículo 229 del C.P.C., que taxativamente dispone: Se prohíbe que declare como testigo: El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222; El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad; El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria; El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y, El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.

c. Documentos.

c.1. Definición

Los documentos son un medio probatorio típico, constituido por todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho. Los documentos probatorios pueden ser públicos o privados, según que en su otorgamiento hayan intervenido o no funcionarios del Estado¹³⁶.

¹³⁵ PERLA VELAOCHAGA, Ernesto, Juicio Ordinario. Lima, Editorial Eddili, 1987. Pág. 291

¹³⁶ Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 316

c.2. Documentos privados

Se suelen presentar en los procesos de divorcio:

c.2.1. Cartas

Misivas enviadas entre uno de los cónyuges y un tercero, o de éstos entre sí. Al respecto **Planiol** manifiesta: "En principio la correspondencia privada es confidencial y su secreto inviolable, ya que una carta no puede exhibirse judicialmente más que con el consentimiento de aquel que la haya recibido"¹³⁷

c.2.2. Otros documentos privados

Son también útiles en este tipo de procedimientos aquellos documentos en que aparecen como parte uno de los cónyuges, y que según las circunstancias ponen de manifiesto su reprochable conducta, es el caso de un contrato de locación conducción de un apartamento por el cónyuge adúltero, o facturas en las que uno de ellos se identifica como casado pero con persona distinta a su consorte.

c.2.3. Apreciación judicial de las fotografías y las publicaciones

La ejecutoria Suprema del 4 de junio de 1980, señaló que "la prueba de reproducción fotográfica no está considerada como tal en nuestro ordenamiento jurídico y en el presente caso no han sido autenticados en forma alguna". En concordancia con las otras pruebas actuadas resultaron insuficientes para acreditar las causales de adulterio y conducta deshonrosa.

Las fotografías, en su calidad de documentos, son apreciados en relación a las demás pruebas aportadas, a fin de otorgarles cierta credibilidad, ya que pueden ser muy relativas por las facilidades que brindan de poder desvirtuar la realidad.

Asunto interesante a presentar nos plantean las publicaciones que se hacen con motivo de seguirse el juicio en ausencia de una de las partes, lo que se da

137

Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit. Pág. 444.

especialmente en la causal de abandono de la casa conyugal. Estableciéndose en algunos casos que no pueden apreciarse como pruebas, mientras que en otros se les ha tenido en cuenta como un elemento más que acredita lo injustificado o malicioso del alejamiento del cónyuge¹³⁸.

d. PERICIA

d.1. Definición

Es el medio probatorio que consiste en la opinión calificada que recibe el juez de persona experta, y que versa sobre la materia controvertida.

d.2. Alcances de la prueba pericial en los procesos de divorcio

En el juicio de divorcio esta prueba no sufre mayores variantes con respecto a otros litigios. El régimen vigente para la apreciación de la prueba hace que sea ameritado con el conjunto de las pruebas aportadas.

En la exposición de motivos del código procesal derogado, se comentaba respecto a su tratamiento que: En buena doctrina, el dictamen pericial no debe tener nunca fuerza decisiva, sino ilustrativa: los profesionales son llamados a guiar el criterio de la justicia, no a imponerle ciegamente sus opiniones.

El Juez debe estar facultado para separarse de la opinión de los peritos, si la juzga errónea y, como consecuencia, de este régimen de libre apreciación subjetiva, los recursos que ahora se conceden a las partes contra el dictamen, deben reservarse para cuando se expida el fallo mismo, empleándolos contra la manera como el Juez aprecie la opinión pericial.

La participación de los peritos será importante para acreditar causales como sevicia, y, en especial, las de toxicomanía y enfermedad venérea grave en las que la pericia médico legal resulta una prueba decisiva, a fin de determinar con certeza los alcances del problema o gravedad de la dolencia. Es menos significativo su empleo en las demás causales.

¹³⁸

Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 316

e. Inspección Judicial.

e.1. Definición

La inspección judicial es el medio probatorio por el que el propio juez constata de *visu* los hechos materiales que fundamentan el litigio¹³⁹.

e.2. Alcances de la prueba de inspección judicial en los procesos de divorcio.

El carácter probatorio de la inspección judicial es significativo, en la medida que el juez ha podido apreciar personalmente el estado de la situación durante la diligencia. En la misma actuación judicial esta prueba puede complementarse con declaraciones de testigos u opiniones periciales¹⁴⁰.

Es un medio probatorio muy importante, especialmente en los procesos en los que ha de determinarse derechos sobre cosas o por razón de ellas, resultando preeminentemente decisiva. Por el contrario, es de menos aplicabilidad en aquellas causas referidas al estado de las personas u otra clase de derechos¹⁴¹.

De ahí que en los procedimientos de divorcio resulta poco empleada, aunque eventualmente puede solicitarse para efectos de acreditar causales como el adulterio, conducta deshonrosa y abandono del hogar conyugal.

Medios probatorios atípicos.-

Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos como medio probatorios típicos, y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga.

139 *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 345*

140 *Ídem*

141 *Ídem*

Zannoni¹⁴² señala que constituye un tema de especial controversia la prueba del adulterio, en principio, estando a las dificultades para acreditar el acto sexual realizado fuera del matrimonio, la doctrina y jurisprudencia aceptaron la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes, y en todo caso, si se considerase que tales pruebas no tuvieran entidad suficiente para configurar el adulterio, las tendrán para tipificar causal de injurias graves.

3.3.- La Prueba del Adulterio como causal de Divorcio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

La Corte Suprema ha tenido pronunciamientos contradictorios en cuanto a la probanza del adulterio como causal de divorcio, veamos:

Consideraciones judiciales sobre la presunción legal de paternidad al apreciar la causal de adulterio

Los Tribunales han invocado con frecuencia la presunción de legalidad de paternidad al apreciar la causal de adulterio y declarar infundadas algunas de las demandas de adulterio basadas en la existencia de un menor procreado por la cónyuge con un tercero, en donde la vinculación sexual no se encuentra suficientemente acreditada¹⁴³.

EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE AGOSTO DE 1981 - EXP. 887-81-/LIMA.¹⁴⁴

...que el actor ampara su demanda de divorcio por la causal de adulterio en el hecho de que su cónyuge ha procreado un hijo de sus relaciones extramatrimoniales con tercera persona; que, al respecto, la

¹⁴² ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Editorial Astrea. Tercera Edición. Buenos Aires - Argentina, 1998. Tomo II. Pág. 77.

¹⁴³ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 61.*

¹⁴⁴ *Ídem*

solicitud de hospitalización de fs. ..., donde aparece que la emplezada fue atendida de parto y que la autorización para la respectiva intervención quirúrgica no fue proporcionada por el accionante, no acredita que el hijo que dio a luz no sea suyo [...] que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido....

EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE AGOSTO DE 1984 - Exp. 1321-83 / Ica.¹⁴⁵

“La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen fiscal que expresaba: ... legalmente la menor ... nació durante el matrimonio es decir estando vigente el vínculo matrimonial y dentro de los 300 días de la segunda separación efectuada el 26 de enero de 1980, fecha que coincide con la concepción; en la partida de nacimiento de la menor antes mencionada, si bien es cierto no consta el nombre del actor esto no es suficiente para acreditar el adulterio alegado como fundamento de divorcio; siendo en todo caso un instrumento ineficaz y mientras no se declare lo contrario en el juicio negatorio de la paternidad el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la separación o su disolución tiene por padre al marido, asimismo dicha partida estaría sujeta a trámite de rectificación al darle filiación paterna distinta a la que en forma expresa le reconoce el art. 299 y 300 del C.C.; es de notar que dicha partida no aparece firmada ni declarada por los verdaderos padres sino por tercera persona”

EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE FEBRERO DE 1984 - Exp. 1257-83 / La Libertad

"Existiendo juicios recíprocos lógicamente el marido conoció el estado de gestación de su cónyuge, las aseveraciones en contrario, sin que se haya probado que doña... hubiera incurrido en adulterio, con... u otra persona distinta, sólo obedecen a situaciones de defensa dentro

¹⁴⁵

Ídem

del proceso. La menor... ha nacido durante la vigencia matrimonial [...] No se ha probado el adulterio invocado por el actor, la hija se encuentra amparada por la presunción legal...”¹⁴⁶

EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE DICIEMBRE DE 1981 - Exp. 3298-80 / Junín.

“El Señor Fiscal se pronunció porque: "La demandada en el escrito de fs. ...pretende negar los hechos al sostener que la partida de nacimiento con que se recauda la acción corresponde a la hija procreada con el demandante, lo que no está probado..." opinando se declare fundada la demanda por adulterio.

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando "que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido..." Declaró Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda por adulterio, la que reformaron declarándola infundada”.

EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE ABRIL DE 1993 - Exp. 922-92 / Lima.

El adulterio como tal, significa el yacimiento carnal de uno de los cónyuges con persona diferente del marido o mujer. La sola partida de nacimiento de fs. 06 resulta insuficiente para acreditar la causal y para destruir la presunción "pater is" consagrada en el art. 361 del Código Civil, la que es ratificada por la otra partida de nacimiento de fs. 71 y certificado de nacimiento de fs. 76 que ha servido de recaudo para la inscripción del nacimiento de la menor en el Registro Civil y donde aparecen el marido demandante como padre. Ante la presunción pater is y el mérito de los instrumentos antes citados, era imprescindible que el marido aportara prueba con mérito suficiente para destruir la presunción, lo que no ha sucedido.

Estas ejecutorias establecieron así que, al amparo de la presunción legal, no corresponde a la mujer probar la paternidad matrimonial de su hijo, sino al cónyuge su no paternidad.

Por otro lado la Corte Suprema ha señalado con respecto a la prueba de las fotografías y Cartas lo siguiente:

EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE SETIEMBRE DE 1982 " - Exp. 721-82 / Lima.

"La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró No Haber Nulidad.

En la Primera Instancia se consideró entre otras pruebas una carta señalándose: "Que asimismo está demostrado el adulterio cometido por el demandado con la carta de fs. ... enviada a la actora".

Mientras que la Corte Superior estableció:

*"Que se conceptúa como adulterio la relación sexual con persona distinta del cónyuge con los requisitos de ser real y consumado, que en tal situación **la fotografía de fs. ..., la confesión ficta..., ni la carta de fs. ... son suficientes para acreditar dicha causal de adulterio**"; por lo que, desaprobando la consultada **declararon infundada la demanda**"¹⁴⁷.*

EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE JUNIO DE 1985 - Exp. 710-84 / Lima

"La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió: ... del estudio y evaluación de los medios probatorios aportados por el actor, se desprende que no ha llegado a acreditar las

¹⁴⁷

Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 334

causales de adulterio, injuria grave y conducta deshonrosa que le atribuye a la demandada y en que fundamenta su acción.

El libro Diario correspondiente a la demandada y que el actor ofrece en parte de prueba así como las fotografías que corren a fs. ... a fs. ..., por mandato expreso de lo que señala el inc. 8° del art. 2° de la Constitución Política no tienen efecto legal alguno, por lo que ellas no pueden tomarse en consideración”¹⁴⁸.

EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE JUNIO DE 1980 - Exp. 3469-79 / Lambayeque

"Que la prueba de reproducción fotográfica no está considerada como tal en nuestro ordenamiento jurídico y en el presente caso no han sido autenticados en forma alguna". En concordancia con las otras pruebas actuadas resultaron insuficientes para acreditar las causales de adulterio y conducta deshonrosa”¹⁴⁹

Sin embargo la propia Corte Suprema ha tenido pronunciamiento distinto a los ya establecidos:

EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE MARZO DE 1991 - Exp. 1625-90 / Huancavelica"

Que la causal de adulterio se ha acreditado con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial que obra a fs. 7 y con las testimoniales actuadas que guardan estricta relación con los documentos de fs. 43 y 44 emanadas de la Gobernación del Distrito de ...y del Presidente de la Comunidad Campesina de ..., de los que se desprende, que la demandada estuvo conviviendo con don ... en el Distrito de ... haciéndolo pasar a este como su esposo ante los miembros de esa Comunidad Campesina; que por otro lado la emplazada ha pretendido sostener que el hijo extramatrimonial en

¹⁴⁸ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 334*

¹⁴⁹ *Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Op. Cit. Pág. 335*

todo caso tiene como padre al demandante por haber nacido dentro del matrimonio, como resultado de relaciones sexuales que tuvieron en la época de la concepción del menor cuestionado, que en la diligencia de comparendo sostuvo que doña ... incurrió en error al inscribir el nacimiento del menor ...; que no obstante esta afirmación y habiendo ella hecho abandono del hogar conyugal en el año mil novecientos ochentisiete, no ha probado con posterioridad a esta fecha que hubieran reanudado las relaciones sexuales con su cónyuge; luego al interponer el recurso de nulidad en el escrito que corre a fs. 67, ella admite haber mandado inscribir la partida de nacimiento a la nombrada doña...

El Ministerio Público de similar opinión señaló:

De las diligencias y pruebas actuadas aparece que la causal de adulterio se encuentra acreditada en autos, pues si bien es cierto el demandante señala que la emplazada dejó el hogar conyugal el año 1987, ésta no niega tal afirmación, admitiendo en su confesión a fs. 37 que estuvo en la casa de sus padres, asimismo, manifiesta en la diligencia de comparendo de fs. 16 que estuvo laborando en la Comunidad de..., lo cual se corrobora con las certificaciones de fs. 43 y 44, en las cuales además se señala que ésta mantenía una relación convivencial con ..., no habiendo sido impugnadas dichas certificaciones, y estando a la fecha de nacimiento del menor ... 14 de mayo de 1989, éste fue concebido cuando los cónyuges ya no vivían juntos y en todo caso la demandada no ha acreditado haber sostenido relaciones sexuales con su cónyuge durante la época de la concepción. Ahora bien, en la partida de nacimiento del menor antes mencionado y que obra a fs. 7, se les ha consignado como padres a la emplazada y a..., y a pesar que el nacimiento de dicho menor ha sido inscrito por una tercera persona llamada..., esta resulta ser tía de la demandada, de lo que se deduce que lo hizo por indicación de ésta, más aún si consideramos que la propia emplazada manifiesta en su

recurso de nulidad de fs. 67, que "...espero alcanzar haber nulidad de dicha resolución, ya que no es posible que por el simple hecho de haber mandado inscribir la partida de nacimiento de mi menor hijito por una tercera persona extraña, me hayan determinado como que habría incurrido en la causal de adulterio ...".

EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JUNIO DE 1993 - Exp. 740-92 / Lambayeque.

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal, falló declarando fundada la demanda de divorcio por adulterio. El Ministerio Público argumentó:

Del expediente acompañado sobre divorcio, que ha concluido con sentencia desestimativa de la demanda por idéntica causal, junto con otras también improbadas, se desprende que el juzgador a aplicado con idoneidad la presunción de paternidad prevista en art. 361 del Código Civil, vigente que reproduce el art. 299 del derogado, que determina que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, agregando su artículo siguiente que el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. Sin embargo, la propia ley civil, en sus artículos 363 y 364 establece las formas que se reserva al marido para negar o contestar la paternidad del hijo de su mujer. Ante el hecho nuevo del nacimiento de..., titular de la partida de nacimiento de fs. 41, se esgrime idéntico fundamento legal, al aparecer nacida dentro de la vigencia del matrimonio celebrado por las partes, no contar con sentencia favorable de impugnación de paternidad matrimonial, ni haberse comprobado con prueba eficaz que su engendramiento haya sido originado por relaciones sexuales con diferente persona que el marido, resultando insuficiente las testimoniales actuadas a fs. 21 y 32, la confesión ficta declarada a fs. 34, conforme al pliego interrogatorio de fs. 33, ni el informe asistencial de fs. 69 que data de noviembre de 1978. En cuanto al criterio expuesto por el Juzgado de

Primera Instancia, en cuanto que basta haber sido notificados la cónyuge y un tal... al mismo domicilio para hacer lugar a la demanda por adulterio, no resiste el más mínimo análisis, por lo que es innecesario extenderse al respecto.

EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE AGOSTO DE 1991 - Exp. 2357-90 / Callao.

La Corte Suprema de conformidad al dictamen fiscal declaró: Que la causal de adulterio se ha acreditado con la confesión ficta de fs. 65 con arreglo al pliego interrogatorio de fs. 62; así como con las cartas que se cursaban los amantes que corren de fs. 10 a 21, dados por reconocidos por resolución de fs. 65, especialmente con la partida de nacimiento de la hija extramatrimonial de fs. 71, en la que la propia demandada declara que es hija habida en sus relaciones con don ... ; que por otro lado, el art. 362 del Código Civil no es aplicable al divorcio por la causal de adulterio. El Ministerio Público opinó: Cabe manifestar al respecto que una cosa es la presunción de filiación establecida por el art. 362 del Código Civil en virtud de la cual el hijo nacido dentro del matrimonio se presume hijo del padre, aunque la madre declare lo contrario o sea condenada por adulterio y otra muy distinta es la prueba del adulterio constituida por la declaración de la madre de que el hijo que declara no es hijo de su marido sino de un tercero. Sin duda alguna, la declaración de la madre casada imputando la paternidad del hijo que declara a un tercero no modifica la filiación matrimonial del mismo pero si constituye prueba del adulterio. Quien ha presentado como prueba la partida de fs. 71 es el demandante y quien hizo la declaración en la misma no es el demandante sino la demandada. No existe pues, violación del art. 335 del Código Civil, que establece que ningún cónyuge puede fundar la demanda en hecho propio.

La prueba actuada en autos, corrobora el reconocimiento de adulterio formulada en la partida de fs. 71. Las instrumentales de fs. 10 a 21

son misivas intercambiadas por la demandada y su amante ..., y otras dirigidas por él último a su hermana durante el tiempo que estuvo internado en el Penal de San Pedro, que acreditan las relaciones adúlteras aducidas en la demanda y reconocidas también en la confesión ficta de la demandada de fs. 65.

Esta ambigüedad y contradicciones del máximo órgano jurisdiccional, como es la Corte Suprema, contribuye a que no exista certeza al momento de interponer una demanda por de divorcio por causal de adulterio.

3.4.- El Adulterio como causal de divorcio en el Derecho Comparado.

En cuanto al adulterio como causal de divorcio, es importante para la presente investigación, identificar aquellas legislaciones más importantes del derecho comparado que han recogido esta causal.

3.4.1.- En la Unión Europea¹⁵⁰

Respecto del divorcio por mutuo acuerdo, cabe decir que algunos Estados miembros consideran el mutuo acuerdo como una causa de divorcio suficiente, mientras que para otros es una causa válida pero no suficiente a la que se deben añadir otras circunstancias.

Respecto del divorcio por o ruptura irremediable del matrimonio, ésta causa se admite generalmente en todos los Estados miembros, aunque dicha circunstancia tiene que ser probada por distintos hechos, por ejemplo, un periodo de separación de hecho, la duración mínima del matrimonio o la edad mínima de los cónyuges entre otros.

En lo que se refiere al divorcio basado en la culpa, son varios los Estados miembros que lo permiten. Esta causa de divorcio exige que se hayan producido graves o repetidas violaciones de los deberes y obligaciones

¹⁵⁰ Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. La Nueva Ley del Divorcio – Análisis Teórico de la Reforma. Pág. 117.
Disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro028/lib028-4.pdf>
Fecha de Consulta: 01 Diciembre 2013.

maritales, haciendo que la convivencia entre los esposos sea de todo punto intolerable.

Por otro lado, en lo que respecta al divorcio por causa de separación de hecho previa, algunos Estados miembros la admiten como una causa autónoma y suficiente para el divorcio, mientras que otros Estados consideran el periodo de separación de hecho como prueba que justifica el divorcio por causa de quiebra irreparable del matrimonio.

Por último, respecto del divorcio sin causa, cabe referirse a las legislaciones de Suecia y Finlandia, pues junto con España, son los únicos Estados miembros que admiten el divorcio sin causa. Tanto en el caso sueco como en el finlandés no se exige causa de divorcio, sino únicamente un periodo de consideración o reflexión de 6 meses. La legislación finlandesa exige en todo caso este periodo de consideración, mientras que la legislación sueca sólo lo exige cuando uno de los cónyuges no consiente o cuando los cónyuges tienen la custodia de un hijo menor de 16 años. Pero, consecuentemente, bajo la legislación sueca, si el divorcio es de mutuo acuerdo y los cónyuges no tienen bajo su tutela a un hijo menor de 16 años, no se reclamará ningún periodo de consideración para proceder al divorcio.

En otro orden de cosas conviene hacer una breve referencia a los Estados miembros de la UE que contemplan en sus legislaciones nacionales la separación legal como institución jurídica autónoma y la posibilidad de convertir dicha separación legal en divorcio. Así, los Estados que admiten la separación legal son Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y Reino Unido. De estos Estados sólo un pequeño grupo permiten la conversión de la separación legal en divorcio, a saber: Bélgica, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo (después de tres años), Portugal (después de dos años) y Dinamarca (después de un año).

A continuación se analizarán con mayor detenimiento las legislaciones de Francia, Alemania, Reino Unido e Italia

a) Francia¹⁵¹

El divorcio, que fue introducido en Francia por Ley N° 75-617 de 11 de julio de 1975, ha sido objeto de una reciente reforma por Ley N° 2004-439 de 26 de mayo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005. Esta nueva ley modifica varios artículos del Código Civil francés relativos al divorcio. De conformidad con la nueva ley, el artículo 229 del Código Civil francés enuncia los tipos de divorcio:

- (1) por consentimiento mutuo;
- (2) por aceptación del principio de la ruptura del matrimonio;
- (3) por alteración definitiva del vínculo conyugal;
- (4) por culpa.

El divorcio por consentimiento mutuo o mutuo acuerdo está regulado en los artículos 230 y 232 del Código Civil.

Así, el divorcio puede ser solicitado conjuntamente por los esposos cuando éstos estén de acuerdo en la ruptura del matrimonio y sus efectos, mediante el sometimiento de un convenio regulador de las consecuencias del divorcio a la aprobación de un juez. El juez homologará el convenio y pronunciará el divorcio si ha adquirido la convicción de que la voluntad de cada uno de los esposos es real y que su consentimiento es libre y claro. No obstante, el juez puede rechazar la homologación y negarse a pronunciar el divorcio si constata que el convenio preserva los intereses de los hijos o de uno de los cónyuges de forma insuficiente.

En lo que respecta al **divorcio por aceptación del principio de la ruptura del matrimonio**, está regulado en los artículos 233 y 234 del Código civil francés. Así, se establece que el divorcio puede solicitarse por uno u otro cónyuge o por ambos cónyuges cuando éstos acepten el principio de la ruptura del matrimonio sin considerar los hechos que han originado tal ruptura.

¹⁵¹ Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. *La Nueva Ley del Divorcio*. Op. Cit. Pág. 121

Si está convencido de que cada uno de los esposos ha prestado su acuerdo al divorcio libremente, el juez pronunciará el divorcio y determinará sus efectos.

De la lectura de estos preceptos se observa que ambos tipos de divorcio (consentimiento mutuo y aceptación del principio de ruptura del vínculo conyugal) suponen el acuerdo de los cónyuges para proceder al divorcio. Sin embargo, existe una diferencia entre ellos.

Así, en el divorcio por consentimiento mutuo los cónyuges no tienen que expresar la causa de divorcio y sólo deben someter al juez un proyecto de convenio regulador en el que se precisan los términos de su acuerdo. Son los propios cónyuges los que han determinado de común acuerdo las consecuencias de su divorcio y la intervención judicial consiste en una homologación de tal acuerdo.

En cambio, en el divorcio por aceptación del principio de ruptura del vínculo conyugal, los cónyuges reconocen hechos que han impedido el mantenimiento de la vida en común, pero las consecuencias del divorcio son dictadas por el juez. En este segundo caso no hay acuerdo previo de los cónyuges sobre los efectos del divorcio.

En tercer lugar, cabe referirse al **divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal**, regulado en los artículos 237 y 238 del Código civil francés⁵⁰. Así, el divorcio podrá ser solicitado por uno de los cónyuges cuando el vínculo conyugal esté definitivamente alterado. La alteración definitiva del vínculo conyugal resulta de la cesación de la comunidad de vida entre los esposos, cuando estos vivan separados desde hace dos años en el momento del emplazamiento o requerimiento para el divorcio. Es decir, en la fecha del emplazamiento, los cónyuges deben vivir separados y la comunidad de vida debió haber cesado dos años atrás.

En último lugar, cabe hacer **referencia al divorcio por culpa (o culpable)**. Este tipo de divorcio representa aproximadamente el 40% de todos los casos

de divorcio presentados en Francia. El legislador francés consideró su supresión pero finalmente creyó que ésta era una medida prematura y que resultaba más adecuado mantener esta causa de divorcio.

El Código civil francés regula el divorcio por culpa en sus artículos 242 a 246. Así, el artículo 242 **señala que el divorcio puede ser solicitado por uno de los esposos cuando ciertos hechos constitutivos de una violación grave o repetida de los deberes y obligaciones del matrimonio sean imputables a su cónyuge y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común.**

b) Alemania¹⁵²

La ley alemana de 14 de junio de 1976 que modificó el Código civil alemán abolió el divorcio por culpa o culposo. Desde entonces, el código civil alemán prevé una única causa de divorcio: el fracaso del matrimonio (o dicho de otra manera, la ruptura irremediable del matrimonio).

Según el artículo 1565, apartado 1º del Código civil alemán: *“Un matrimonio puede ser disuelto cuando ha fracasado”*. Existe tal fracaso cuando ya no existe la comunidad de vida y es improbable que ésta pueda ser restaurada.

De conformidad con el artículo 1566 del Código civil alemán, el fracaso del matrimonio se constata de oficio:

a) cuando los esposos viven separados desde hace más de un año y están de acuerdo en divorciarse, pudiendo resultar tal acuerdo de una demanda conjunta o de la aceptación por un cónyuge (el demandado) de la demanda introducida por el otro cónyuge;

b) o cuando los esposos viven separados desde hace tres años.

En este caso no se exige el acuerdo de los esposos y la iniciativa de divorcio puede ser unilateral.

¹⁵² Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. *La Nueva Ley del Divorcio*. Op. Cit. Pág. 123

Así, en principio los esposos deben haber vivido separados durante un año antes de poder solicitar el divorcio. Este plazo puede acortarse si el demandante establece que el hecho de mantener el matrimonio representaría de una dureza extrema para sí mismo. En este caso, los motivos invocados por el demandante reposan en el comportamiento del demandado.

Sin embargo, una vez se constata de oficio la ruptura del matrimonio, el juez no debe ejercer ningún control sobre los motivos alegados.

En los demás casos, el juez debe verificar que en efecto existe una **ruptura irremediable del matrimonio**, es decir, una ausencia de comunidad de vida. La separación puede constatarse aunque los esposos vivan bajo el mismo techo si resulta probado que llevan una vida independiente el uno del otro. La carga de la prueba corresponde al cónyuge demandante. Según el artículo 1568 del Código civil alemán, el juez puede denegar el divorcio si el mantenimiento del matrimonio, por razones particulares, se revela excepcionalmente indispensable en interés de los hijos menores o del demandado. Sin embargo, el juez no recurre a esta posibilidad salvo en muy contadas ocasiones.

c) Reino Unido¹⁵³

En el Reino Unido existen tres jurisdicciones diferentes que manejan también legislaciones diferentes, a saber Inglaterra y Gales, Escocia y por último, Irlanda del Norte. En este apartado se va a examinar la legislación sobre divorcio (Matrimonial Causes Act) de 1973.

Así, en primer lugar, para obtener el divorcio en Inglaterra y Gales uno de los cónyuges debe presentar una demanda escrita al tribunal de condado (county court). El demandante debe probar que la ruptura matrimonial es irremediable y aportar pruebas de al menos uno de los cinco hechos que se indican más adelante.

¹⁵³

Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. La Nueva Ley del Divorcio. Op. Cit. Pág. 124

La demanda de divorcio no se puede interponer hasta un año después de la celebración del matrimonio, como mínimo. No obstante, las pruebas de la ruptura irremediable pueden corresponder al primer año.

Respecto de las causas del divorcio, la “Matrimonial Causes Act” de 1973 recoge como única causa admisible de divorcio la ruptura irremediable del matrimonio. Para demostrar que el matrimonio ha fracasado de manera irremediable, es necesario aportar pruebas de una o más faltas conyugales.

Existen cinco tipos de faltas conyugales:

(Sin el consentimiento del otro cónyuge). Se deben presentar pruebas de que se ha cometido al menos una de estas faltas y de la imposibilidad del demandante de seguir conviviendo con su cónyuge.

El tribunal, por su parte, deberá investigar en la medida de lo posible los hechos alegados por el demandante y los alegados por su cónyuge (demandado). Si el tribunal considera satisfactorias las pruebas de que la ruptura matrimonial es irremediable, el juez de distrito dictará la sentencia de divorcio.

El tribunal puede suspender los procedimientos en cualquier momento para que los cónyuges traten de reconciliarse y salvar su matrimonio. Sin embargo, si el tribunal está convencido del carácter irremediable de la ruptura matrimonial, dictará en primer lugar una sentencia condicional. La sentencia firme de divorcio se podrá solicitar transcurridas seis semanas. No existe límite de tiempo para solicitarla.

Pero, si la solicitud de sentencia firme se presenta transcurridos más de doce meses desde la adopción de la sentencia condicional, el solicitante deberá adjuntar una explicación por escrito, indicando: a) los motivos del retraso; b) si ha convivido con su cónyuge desde la fecha en que se dictó la sentencia condicional y, si es así, las fechas de inicio y fin de dicha convivencia; c) en el caso de que sea la esposa quien ha interpuesto la demanda, si ha tenido descendencia tras la obtención de la sentencia condicional y, si es así, los

hechos pertinentes y si alega o no la paternidad o posible paternidad de su esposo.

Por último, en lo que respecta a la separación, las condiciones necesarias para obtener la separación legal son las mismas que se aplican al divorcio. El demandante debe aportar pruebas de la ruptura irremediable del matrimonio y demostrar la existencia de al menos una de las causas de ruptura del matrimonio.

d) Italia¹⁵⁴

El divorcio se introdujo en la legislación italiana por la ley N° 898 de 1 de diciembre de 1970 sobre la disolución del matrimonio, que fue posteriormente modificada por la ley N° 151 de 1975 sobre la reforma del derecho de familia, y también por la Ley N° 74 de 6 de marzo de 1987. En abril 2005 el Parlamento italiano empezó a discutir una propuesta de ley para reformar el divorcio (“divorzio veloce”) que, esencialmente, pretende reducir de tres años a uno el periodo de separación requerido para poder solicitar el divorcio. Asimismo, en el curso de este año, se prevé la elaboración de una ley de medidas urgentes en materia de derecho de familia y de los menores. Sin embargo, a la espera de estas nuevas normas en la materia, es necesario remitirse a la legislación vigente de 1970, 1975 y 1987.

Así, de conformidad con el artículo 1 de la ley de 1970, el matrimonio puede disolverse cuando el juez establezca que la unión espiritual y material entre los cónyuges no puede ser mantenida o reconstituida.

La legislación italiana admite dos tipos de divorcio: el divorcio inmediato (que se aplica en situaciones excepcionales) y el divorcio diferido (que se aplica generalmente a todos los casos de divorcio).

¹⁵⁴

Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. La Nueva Ley del Divorcio. Op. Cit. Pág. 126

El divorcio inmediato:

Se puede pedir el divorcio inmediato por el cónyuge que sea “víctima” en tres supuestos: a) condena del cónyuge por delitos graves cometidos antes o durante el matrimonio; **b) obtención del divorcio o nuevas nupcias en el extranjero por parte del cónyuge extranjero;** y c) no consumación del matrimonio. No se exige ningún plazo previo para solicitar el divorcio inmediato en estos casos.

El divorcio diferido:

Se puede conceder el divorcio a los cónyuges que hayan vivido separados de forma continua durante un cierto periodo de tiempo. La separación puede ser consensual o judicial.

En ambos casos, se requiere que haya sido declarada en comparecencia ante el juez. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el juez no acordará el divorcio automáticamente tras el transcurso del plazo de separación, sino que los cónyuges deberán introducir una demanda de divorcio, alegando como causa del mismo la separación.

Desde la aprobación de la ley de 6 de marzo de 1987 el plazo de separación previo a la introducción de la demanda de divorcio es de tres años en todos los casos, si bien anteriormente se exigían cinco o siete años. El plazo empieza a contar desde el pronunciamiento judicial acordando la separación. Una vez introducida la demanda de divorcio, el juez debe comprobar la realidad de la separación, teniendo en cuenta que la separación no implica necesariamente una residencia separada, pero sí implica que ya no existan lazos afectivos entre los esposos.

3.4.2.- América Latina.

Dada la imposibilidad de examinar en detalle la legislación sobre divorcio de todos los países latinoamericanos se examinarán algunos casos particulares. La selección de los países cuya legislación sobre divorcio se comenta (...) se

ha regido tanto por criterios jurídicos como por criterios de importancia política, sociológica y cultural del país en cuestión en relación con España. De este modo, se tratará, en primer lugar, el ámbito latinoamericano y en segundo lugar el continente asiático.

Examinaremos las legislaciones sobre divorcio de los siguientes países: México, Chile y Brasil.

a) México¹⁵⁵

El Código civil federal mexicano de 1928 cuya última reforma data de diciembre de 2004, regula los aspectos básicos del divorcio. En lo que respecta a las causas de divorcio, cabe destacar un amplio elenco de veinte motivos diferentes que justifican la petición del divorcio.

Junto a las causas clásicas de adulterio, violencia doméstica, enfermedad incurable, ludopatía, embriaguez o drogadicción, se incluyen los supuestos de separación. También se recoge el divorcio de mutuo acuerdo (“por mutuo consentimiento”), que no podrá pedirse hasta que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Las causales de divorcio son:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;**
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

¹⁵⁵

Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. La Nueva Ley del Divorcio. Op. Cit. Pág. 131

VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; Cabe tener en cuenta que el Código civil federal mexicano acoge claramente la noción de culpa en el divorcio.

Así, si bien el divorcio de mutuo acuerdo no exige alegar una causa, no ocurre lo mismo cuando no existe acuerdo entre los cónyuges. En este segundo caso, el demandante en el proceso de divorcio deberá fundamentar su demanda en una de las causas tipificadas en el artículo 267 del Cc. El plazo para que el cónyuge “inocente” solicite el divorcio es de seis meses desde que tuvo conocimiento de los hechos que fundamentan su demanda.

b) Chile¹⁵⁶

El divorcio se incorpora a la legislación chilena con la promulgación de la nueva Ley de Matrimonio Civil de 7 de mayo de 2004, que sustituye a la anterior ley en la materia promulgada en 1884. De esta manera, Chile deja de ser el único país sudamericano que no permitía el divorcio. Esta situación planteaba numerosos problemas en el ámbito del Derecho internacional privado español, pues una sentencia de divorcio pronunciada en España en la que alguno de los cónyuges tuviera nacionalidad chilena no era reconocida en Chile. La nueva ley de matrimonio civil de 2004 ha venido a remediar esta

¹⁵⁶

Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. La Nueva Ley del Divorcio. Op. Cit. Pág. 131

situación y ha adecuado la legislación a las demandas sociales a favor de la admisión del divorcio.

La nueva ley regula las causas de divorcio y diferencia claramente los supuestos de mutuo acuerdo, de aquellos en los que no existe acuerdo y el cónyuge “inocente” está facultado para pedir el divorcio siempre que alegue una de las causas tipificadas en la ley.

Los cónyuges que soliciten el divorcio de mutuo acuerdo deberán acreditar que su convivencia ha cesado durante más de un año y deberán presentar un convenio en el que se regulen sus relaciones mutuas y con respecto a los hijos en los términos exigidos por la ley.

En caso de que no exista acuerdo entre los cónyuges, el cónyuge culpable no tiene derecho a entablar la acción de divorcio, sino que sólo podrá ejercitarla el cónyuge inocente. La ley también regula algunos efectos de la sentencia de divorcio, como todo lo referente a la liquidación del régimen económico matrimonial, la pensión compensatoria y el régimen de guarda y custodia de los hijos.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º.- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º.- Transgresión **grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio**. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio;

3º.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4º.- Conducta homosexual;

5º.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

6º.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

c) Brasil¹⁵⁷

En Brasil, el divorcio y la separación judicial están regulados por la Ley N° 6515 de 1977 (Ley de divorcio) y por el nuevo Código civil brasileño de 2002, que sustituye al anterior Código de 1916. Ambas normas distinguen entre la terminación de la sociedad conyugal y la del matrimonio.

La primera termina por muerte de uno de los cónyuges nulidad o anulación del matrimonio, separación judicial o divorcio. El matrimonio sólo concluye con la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio.

Para obtener el divorcio se puede optar por la conversión de una separación judicial en divorcio o por probar una separación de hecho durante más de dos años. En el primer caso, es necesario que haya transcurrido un año tras la sentencia definitiva de separación judicial para poder convertirse en divorcio.

En lo que respecta a la separación judicial, ésta puede ser solicitada por ambos cónyuges de común acuerdo siempre y cuando el matrimonio haya durado por lo menos un año.

También puede solicitarla uno de los cónyuges cuando se le impute al otro la comisión de actos que impliquen una grave violación de los deberes del matrimonio y vuelvan insoportable la vida en común y cuando hayan estado separados de hecho durante más de un año y la reconciliación sea imposible. La enfermedad mental grave de uno de los cónyuges también faculta al otro para pedir el divorcio.

En concreto, el artículo 1573 del Código Civil brasileño, menciona: el adulterio, el intento de asesinato, malos tratos, abandono voluntario del domicilio conyugal durante un año ininterrumpido, condena por un delito grave y conducta deshonrosa.

¹⁵⁷

Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. La Nueva Ley del Divorcio. Op. Cit. Pág. 135

Subcapítulo IV.- INEFICACIA DE LA NORMA JURIDICA.

Estando a lo que se plantea con el presente trabajo de investigación es la derogación del adulterio como causal de divorcio, por ser una norma ineficaz, resulta necesario, adentramos a conocer cuáles son los criterios o parámetros para considerar una norma jurídica ineficaz.

Como una aproximación, podemos señalar lo referido por **Calvo Soler**¹⁵⁸ que “la comprensión del argumento kelseniano del problema de la eliminación de normas en la *Teoría Pura del Derecho* gira en torno a dos premisas fundamentales que están íntimamente ligadas entre sí. **La primera de estas premisas es que Kelsen, cuando en 1960 escribe la *Teoría Pura del Derecho*, no dispone de una idea clara y precisa de lo que quiere decir derogar normas, y no será hasta 1962 cuando desarrolle de forma más completa este aspecto de su teoría. Una consecuencia primordial de esta premisa es que alguna de las aseveraciones presentadas por el autor vienés en dicha obra, así como en otras anteriores, serán obviadas e incluso contradichas dos años después. La segunda de las premisas, que viene claramente condicionada por la primera, es la noción que Kelsen presenta del concepto de derogación. En este sentido, cabe destacar a su vez dos ideas fundamentales que están implícitas en su teoría: por un lado, el autor utiliza indistintamente los términos de eliminación y de derogación de normas jurídicas para referirse a todo supuesto que signifique el egreso de una norma del sistema. Por lo tanto, derogar y eliminar son términos sinónimos. Y, por el otro lado, la derogación en la *Teoría Pura del Derecho* y, por ende, la eliminación de una norma jurídica requiere necesariamente de la concurrencia de otra norma. Cualquier procedimiento de eliminación de normas viene precedido por un acto de creación de una segunda norma, con lo que a todo egreso de una norma del sistema le corresponde el ingreso de otra”.**

¹⁵⁸

Calvo Soler, Raúl. LA INEFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.
Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141196.pdf>
Fecha de Consulta: 05 de Julio 2013.

Esta reconstrucción del pensamiento kelseniano constituye la clave para comprender su argumentación sobre la institución objeto de estudio; la desuetudo o costumbre negativa. La desuetudo es un procedimiento de eliminación de normas jurídicas, es decir, un procedimiento derogatorio (1ª premisa) que se caracteriza por producir una norma (2ª premisa) a través de la costumbre, en virtud de la cual se elimina otra norma del sistema al producirse una contradicción entre ambas. En lo que sigue analizaré la costumbre negativa desde esta doble perspectiva: desde el análisis del acto consuetudinario creador de normas y desde el proceso de eliminación de una norma del sistema jurídico. A los efectos de evitar sucesivas reiteraciones denominaré *norma en desuso* a la norma que egresa del sistema y *norma en uso* a la norma que ingresa.

La norma en desuso; la relación entre validez y eficacia¹⁵⁹.

La desuetudo es la manifestación más importante, en el contexto de la *Teoría Pura del Derecho*, de la relación entre la validez, como forma de existencia de las normas, y la eficacia, como forma de mantenimiento de la existencia. Kelsen a lo largo de su extensa obra reitera la necesidad de distinguir entre el ámbito del “deber ser” y el ámbito del “ser”. Ahora bien, esta dualidad se trunca en dos puntos concretos: en primer lugar, las propias normas, cuya forma de existencia específica es el “deber ser”, son el resultado de un acto, esto es, de un elemento perteneciente al ámbito del “ser”.³ Y, en segundo lugar, si bien la existencia específica de una norma es su validez, la posibilidad de que la norma siga existiendo pasa necesariamente por un segundo requisito: que la norma devenga eficaz y que mantenga dicha eficacia. Dicho requisito se define a partir de un hecho o conjunto de hechos, que como tales pertenecen al ámbito del “ser”. Precisamente, los supuestos en los que cabe predicar la eliminación de una norma del sistema por desuetudo son aquellos en los que se produce una falta de eficacia de la norma. Esta situación puede generarse en dos casos: en primer lugar, cuando siendo válida una norma nunca deviene eficaz y en segundo lugar, cuando habiéndolo sido deviene ineficaz.

¹⁵⁹

Ídem

En resumen, la desuetudo o costumbre negativa es la manifestación, en la obra del autor vienés, de la exigencia de la eficacia para el mantenimiento de la existencia de las normas. Ahora bien, si esto es así, entonces la comprensión de esta institución pasa necesariamente por el análisis del concepto de eficacia.

La eficacia de una norma, según Kelsen, se concreta en una doble y disyunta condición: una norma es eficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma, o bien es acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico o bien los órganos jurídicos aplican la sanción que es parte de dicha norma. En términos lógicos, la eficacia vendría definida por una disyunción; 'p v q' en donde 'p' significa acatamiento y 'q' aplicación de la sanción. Esta disyunción tiene carácter incluyente, esto es, el caso en que las normas fuesen acatadas por la generalidad de individuos y aplicadas en los supuestos en que se de la condición de aplicación de la sanción también sería un supuesto de eficacia de las normas.

La norma en desuso se caracteriza precisamente por ser una norma no eficaz y dado que, como hemos visto en el párrafo anterior, la eficacia se define por la conexión disyuntiva entre dos condiciones, la negación de la eficacia equivale lógicamente a la conjunción de sus elementos negados, esto es, una norma es ineficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma esta no es acatada y tampoco es aplicada la sanción prescrita; 'p \wedge q'.

En este sentido, la norma en desuso es una norma respecto a la cual los sujetos sometidos no realizan los comportamientos mediante los cuales se evita la sanción, es decir, no es acatada, y tampoco genera dicho incumplimiento la aplicación de una sanción por parte de los órganos jurídicos. La concurrencia de cualquiera de estos dos elementos de forma individual no permitiría considerar a la norma como ineficaz.

Capítulo III.- MARCO METODOLOGICO.

3.1.- Tipología y Metodología de la Investigación.

3.1.1. Tipo de Investigación: La presente investigación será *básica*, ya que se va a tratar de aclarar los conceptos y dogmas con respecto a la figura del Adulterio como Causal de Divorcio. Asimismo será *aplicada*, en la medida en que sus alcances sean útiles al mayor número de operadores judiciales y miembros de la sociedad.

3.1.2. Nivel de Investigación: Sera *explorativa* en una primera etapa, por cuanto describiremos el problema de la dificultad de probar el adulterio como causal de divorcio; luego pasaremos a hacer un tipo de investigación *descriptiva*, cuando encontremos los orígenes y efectos del problema y finalmente terminaremos haciendo una investigación *analítica*, cuando contrastemos con la realidad a nuestra hipótesis en investigación.

3.1.3. Métodos de la Investigación: En la presente investigación vamos a utilizar el método *Histórico- Causal*, pues será a partir de los hechos ya producidos que se va a fundamentar la investigación y serán estos mismos hechos los que producirán efectos.

3.2.- Población y Muestra.

La **población**, es *homogénea y estática*, las cuales estarán conformadas por las sentencias judiciales que tengan la calidad de cosa juzgada, expedida por los juzgados Civiles del Distrito Judicial de Loreto durante los años 2009 y 2010. Asimismo todas la sentencias emitidas por la Corte Suprema, sobre el tema.

La **muestra**, en la presente investigación propusimos que la muestra está conformada por diez (10) sentencias, sin embargo debido a la

dificultad del acceso y falta de sistematización en la información se tuvo que hacer un ajustes, ya que solo se pudo obtener 10 sentencias, el cual representa la muestra, el mismo que está definida en forma *probalística*, y que tiene la calidad de cosa juzgada, expedida por los juzgados civiles del Distrito Judicial de Loreto durante los años 2009 y 2010.

3.3.- Técnicas e Instrumento de recolección de datos.

3.3.1. Técnicas: Para recabar la información que enriquezca la presente investigación recurriremos a:

- **Entrevistas:** Que a través de Guías de Preguntas se recabaran las “opiniones” de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público de los Juzgados Civiles y de las Fiscalías Civiles y Familia, respecto del tema del Adulterio como Causal de Divorcio.
- **Encuestas:** Que a través del Cuestionario se recabará “información” de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, Juzgados Civiles y de las Fiscalías Civiles y Familia respecto del tema del Adulterio como Causal de Divorcio.
- **Estadísticas:** Se utilizarán Cuadros estadísticos, lo que nos proporcionarán “características”.
- **Análisis de Datos, Bibliográfico y de Casos:** Para lo que se utilizaran los libros, páginas virtuales, expedientes, los cuales nos proporcionarán las diferentes “posiciones” sobre el tema, gracias a la lógica (estructura del pensamiento) y al razonamiento (fundamentación).

3.3.1. Instrumentos: Los principales instrumentos que utilizaremos en la investigación son:

- Guía de Preguntas.
- Cuestionario.
- Cuadros Estadísticos.
- Libros, Páginas virtuales y casos.

Capítulo IV: RESULTADOS.

En el presente capítulo se pasará a analizar la información obtenida, tanto en la encuesta, entrevista y la información extraída de los expedientes y sentencias judiciales así como de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema.

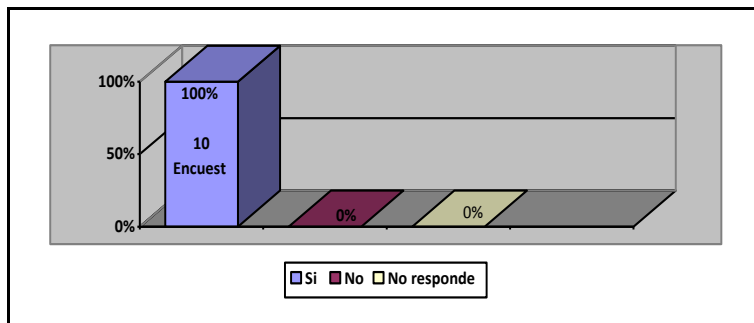
4.1 ENCUESTAS Y ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO.

1.- ¿Tiene conocimiento del Adulterio como causal de Divorcio?

Tabla N° 1

CATEGORIA	MAGISTRADO	(%)
SI	15	100%
NO	0	0
No responde	0	0
TOTAL	15	100

Figura N° 1



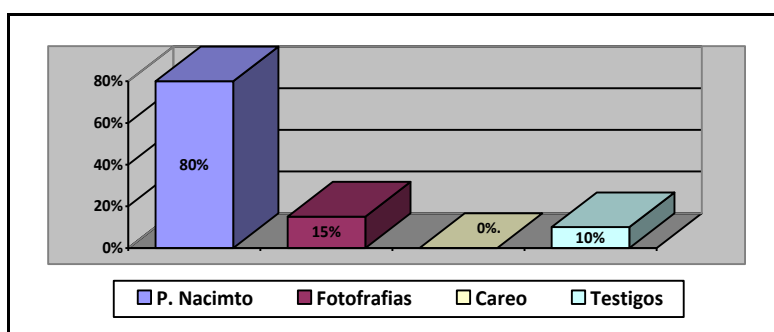
INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro se puede ver, que el 100% de la muestra representativa de la población encuestada de Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público del Distrito Judicial de Loreto, que representan 15 encuestados, conocen sobre el Adulterio como causal de Divorcio. Esta pregunta resultó necesaria, para poder determinar si los encuestados tenían un conocimiento suficientes o deficientes, sobre el tema, lo cual se podrá contrastar con las demás respuestas.

2.- ¿Tiene conocimiento como se establece probatoriamente el adulterio como causal de Divorcio?. Marque con una “X” la respuesta CORRECTA.

Tabla N° 2

CATEGORIA	MAGISTRADO	(%)
Mediante la Partida de Nacimiento	12	80%
Mediante Fotografías	2	13.00%
Mediante el Careo	0	0%
Mediante Testigos	1	7.00%
TOTAL	15	100 %

Figura N° 2



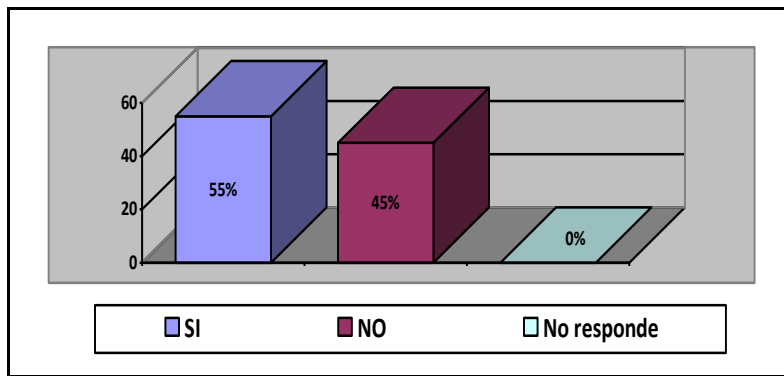
INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro se puede ver, que el 80% que representa 12 encuestados, consideraron que se podría acreditar probatoriamente el adulterio como causal de divorcio mediante la partida de nacimiento, mientras que un 13% que representa 2 encuestados, señalaron que ello era posible mediante fotografías, y solo 1 de los encuestados consideró que se podría acreditar probatoriamente mediante testigos.

3.- ¿Considera Usted que es difícil probar el adulterio como causal de divorcio? Marque con una “X” la respuesta correcta.

Tabla N° 3

CATEGORIA	MAGISTRADO	(%)
SI	8	55%
NO	7	45%
No responde	0	0
TOTAL	15	100 %

Figura N° 3



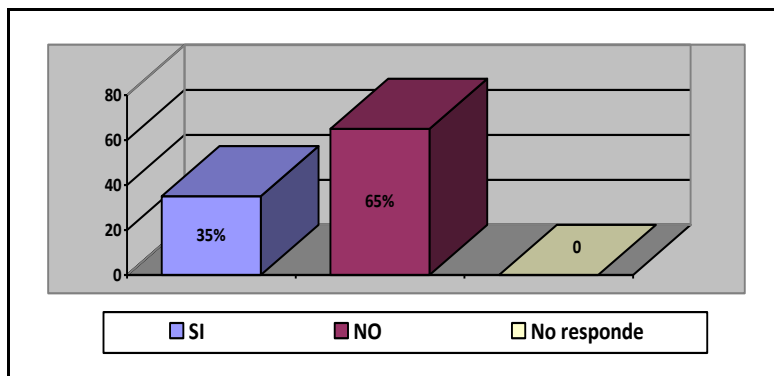
INTERPRETACION: El presente cuadro resulta siendo revelador sobre la hipótesis que planteamos, ya que comparativamente con el cuadro anterior en donde los encuestados señalaban en un 80% es decir 12 encuestados, que el adulterio se prueba con la partida de nacimiento y los otros 3 encuestados señalaron que se prueba mediante fotografías y testigos; sin embargo a la presente pregunta el 55% que representa 8 encuestados, señalaron que era difícil probar el adulterio como causal de divorcio, es justamente esta ambigüedad lo que nos permite ir aproximado a nuestra hipótesis planteada, ya que de las respuestas dadas se puede determinar que exista opiniones discrepantes y contradictorias de los propios operadores jurídicos, ya que de este grupo de encuestados en un primer momento señalaron que si era posible de alguna manera probar el adulterio y a esta pregunta señalaron que era difícil.

4.- ¿Considera Usted que el adulterio como causal de divorcio es una norma ineficaz que justifica su derogación? Marque con una “X” la respuesta CORRECTA.

Tabla N° 4

CATEGORIA	MAGISTRADO	(%)
SI	5	35%
NO	10	65%
No responde	0	0%
TOTAL	10	100 %

Figura N° 4



INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro, resulta también revelador las respuestas obtenidas, debida a que el 35% que representa 5 encuestados respondieron, que sí se justifica la derogación del adulterio como causal de divorcio.

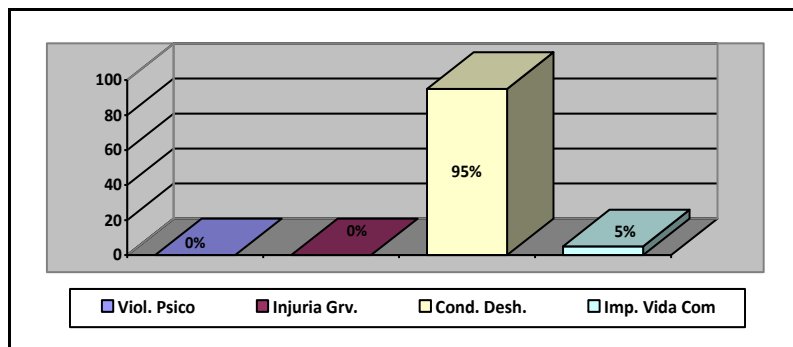
Este dato resulta interesante, por cuanto comparativamente con los anteriores resultados, en su mayoría consideraron que sí era posible probar el adulterio y la prueba privilegia sería la partida de nacimiento; sin embargo ante esta pregunta 5 de los encuestados, señalaron que era una norma ineficaz y que si justificar su derogación, justamente en estas imprecisiones y falta unificación de criterios que nos lleva a pensar y plantear la hipótesis de derogar el adulterio como causal de divorcio y reconducirlo el supuesto fáctico a través de otra causal.

5.- ¿En cuál de las causales de divorcio, cree Ud. que debe reconducirse el adulterio? Marque con una “X” la respuesta correcta.

Tabla Nº 5

CATEGORIA	MAGISTRADO	(%)
La violencia sicológica que el juez apreciara	0	0%
La injuria grave, insoportable la vida en común	0	0%
La conducta deshonrosa, insoportable la vida	12	95%
La imposibilidad de hacer vida en común	3	5%
TOTAL	15	100%

Figura Nº 5



INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro se puede ver que el 95% que representa 12 encuestados respondieron que el supuesto fáctico de adulterio debería ser reconducido a través de la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común y un 5% que representa 3 encuestados señalaron que debería reconducirse a través de la causal de imposibilidad de hacer vida en común.

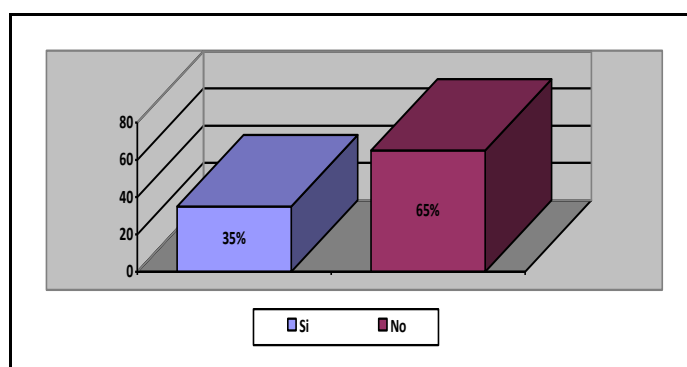
Lo importante de este resultado, es que los encuestados en su mayoría coinciden en señalar al igual que un sector de la jurisprudencia de la Corte Suprema que por ejemplo las fotografías, las partidas de nacimiento, las exhibiciones pública, lo que demuestran es una conducta deshonrosa que falta al cumplimiento de deber de fidelidad, pero no el acto sexual propiamente que sirve para acreditar el adulterio.

4.1.2. Análisis y Resultado de la Entrevista a Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

1. ¿El adulterio está en orden de preeminencia como el primero como causal de divorcio, cree Usted, que es posible su comprobación, o le resulta imposible y por tanto dicha norma es ineficaz, por tanto justificaría su derogación?

Tabla y Figura N° 1

CATEGORIA	MAGISTRADO	(%)
SI	5	35%
NO	10	65%
TOTAL	15	100%



INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro, podemos observar coincidencia con el cuadro cuatro (4) de las encuestas, en la cual arroja que el 35% que representa 5 encuestados respondieron, que sí se justifica la derogación del adulterio como causal de divorcio.

Este dato resulta interesante, ya que este grupo de encuestados, señalaron que era una norma ineficaz y que si justifica su derogación,

Los comentarios que obtuvimos fueron diversos, desde que:

- *“resulta a veces imposible comprobar la causal de adulterio, considero que es una norma ineficaz ello justificaría su derogación,*

porque no es todo los casos de adulterio se procrean hijos, siendo conducta reiteradas que pueden encuadrar en la causal de conducta deshonrosa”.

– *“Resulta difícil comprobar si bien con la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial se puede, pero esta prueba resulta insuficiente porque incluso se puede dar la inseminación in vitro”.*

– *“Considero que es un poco imposible su comprobación por cuanto se tendría que conseguir la partida de nacimiento del hijo que el adultero procreó con otra mujer que no es su esposo, solo se debería probar el adulterio con medios probatorios como fotos, videos, y otros.*

Los comentarios que obtuvimos fueron diversos, desde que *“Es Fácil su comprobación con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial”*

Por otro lado, el 65% que representa 10 encuestados respondieron, que no se justifica la derogación del adulterio como causal de divorcio.

Los comentarios que obtuvimos fueron que

– *“Se necesita de la sanción al adulterio en el matrimonio, se debe insistir en el matrimonio como la cuna formadora de nuevos y buenos ciudadanos. Permitir la convivencia propia o impropia, desalentar, desanima y causa malestar a los hijos”.*

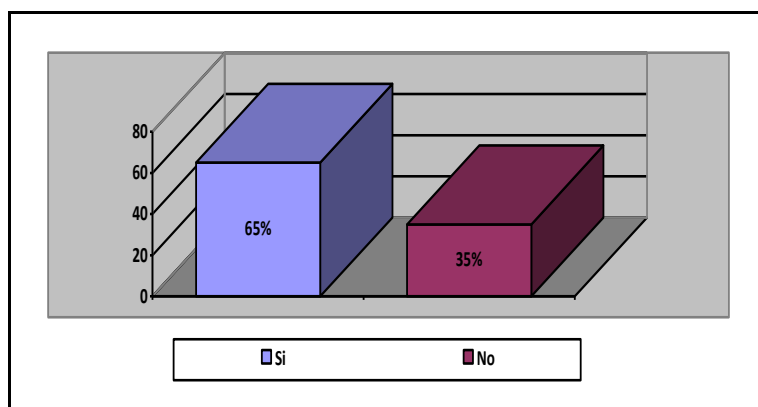
– *“Si es posible su comprobación, por ende no se justifica su derogación”.* Así también señalaron que *“Considero que el adulterio como causal de divorcio es una norma de difícil probanza; sin embargo, no imposible, por cuanto mediante el uso de la tecnología se puede o es posible comprobar la infidelidad de uno de los cónyuges, por tanto dicha causal se debe mantener”.*

- “No se justifica su derogación, habida cuenta que probar la causal de adulterio es posible, consecuentemente no deviene en ineficaz”.
- “El adulterio como causal de divorcio debe seguir vigente a fin de proteger la institución del matrimonio”.

2. ¿Cree Usted que se podría reconducir al adulterio por otra causal y cuál cree usted que sería la más viable?

Tabla y Figura Nº 2

CATEGORIA	MAGISTRADO	(%)
SI	10	65%
NO	5	35%
TOTAL	15	100%



INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro se tiene que el 65% que representa 10 encuestados señalaron que sí, podría reconducirse el adulterio en otra causal.

Los comentarios que obtuvimos fueron que:

- “podría encuadrarse en la causal de conducta deshonrosa que haya insoportable la vida en común”; “Se podría encuadrar a la conducta deshonrosa”.

- *“En la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, por el simple hecho de presentarse una infidelidad en la pareja”.*
- *“Una posibilidad de reconducir se podría contemplar en la causal de conducta deshonrosa de uno de los cónyuges que haga insoportable la vida en común, por cuanto es obvio que el adulterio afecta el estado afectivo y emocional de quien lo sufre”*

De los magistrados que señalaron que no se debería reconducir, señalaron que *“no creo que se deba reconducir el adulterio por otra causal, la figura del adulterio tiene sus propias características”.*

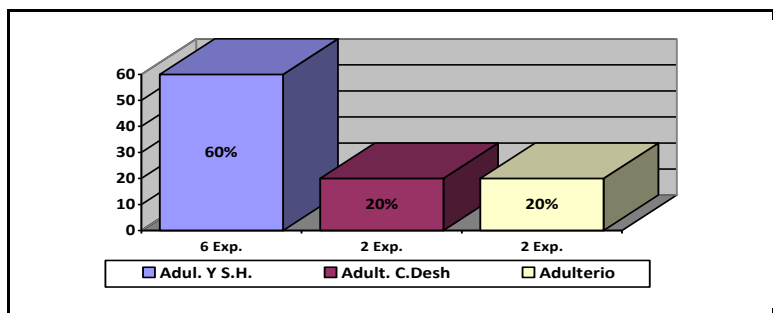
- *“No porque la causal exige una conducta específica permitiendo claridad y precisión”.*
- *“No porque el adulterio, es la traición a la confianza que se prometen los novios, derogar el adulterio incentivara esta forma de vida. El adulterio produce vidas desordenadas, procesos judiciales de pensiones, distorsiones en la herencia, resentimientos entre medios hermanos”.*

4.2. ANALISIS Y RESULTADOS DE LOS EXPEDIENTES Y SENTENCIAS JUDICIALES.

1. Expedientes que solicitaron la causal de divorcio y otros.

Tabla y Figura N° 1

Delito	Exp	(%)
Adulterio y Separación de Hecho	6	60%
Adulterio y Conducta Dishonrosa	2	20%
Solo Adulterio	2	20%
TOTAL	10	100%



INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro, podemos ver de qué de los 10 expedientes judiciales, 6 demandaron por la causal de adulterio y separación de hecho el cual representa el 60%; 2 demandaron adulterio y conducta deshonrosa el cual representa 20% y finalmente 2 demandas que representa el 20% demandaron solo por la causal de adulterio.

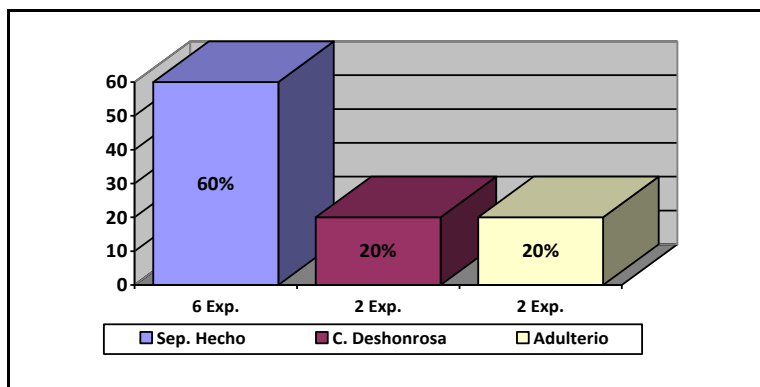
Este primer dato es importante, porque nos permite aproximarnos cuales son las pretensiones que tiene los litigantes y las reales posibilidades que ello mismo tiene de tener éxito y que sus demandas sea declaradas fundada.

Es por ello que vemos que en la mayoría de las demandas analizadas, no solo invocan únicamente la causal de adulterio, sino que además invocaban al mismo tiempo otras causales como son separación de hecho y conducta deshonrosa, como una pretensión residual si no tuvieran la posibilidad de probar el adulterio.

2. Expedientes que declararon fundada por las causal de divorcio.

Tabla y Figura Nº 2

Delito	Exp	(%)
Separación de Hecho	6	60%
Conducta Deshonrosa	2	20%
Adulterio	2	20 %
TOTAL	10	100.00%



INTERPRETACION: Analizando el presente cuadro podemos comprobar nuestra hipótesis, ya que del 60% de las demandas que representa el 60%, declararon fundadas pero por la causal de separación de hecho, pese a que también se invocó la causal de adulterio, pero al no haberse comprobado el mismo se declaró infundado.

Por otro lado 2 expedientes que representa el 20% se declaró fundada por la causal de conducta deshonrosa, porque la causal de divorcio habría caducado.

Y finalmente en un menor número de 20% que representa 2 expedientes declararon fundada la demanda por la causal de adulterio, sin embargo veamos y analicemos si es correcto el razonamiento realizado por el juzgador.

En el primer caso el demandado fundamenta su pedido en el hecho que *“El día 20 de enero del año 2009, fui informado aproximadamente a las 11:00 de la mañana que su esposa había ingresado con un hombre al hostel “Sol y Luna” ubicado en la calle Requena N° 176 de esta ciudad, constituyéndose a dicho lugar para comprobar su infidelidad, esperándola en el hall del hostel, solicitando posteriormente la intervención policial para su constatación, y efectivamente mi adorada esposa salía del cuarto N°02 ubicado en el sótano, del hostel, agarrado de la mano con la persona de ..., quien se identificó con su documento nacional de identidad N° ...”*

Al respecto el juzgado en la sentencia numero dieciséis de fecha uno de junio del 2010, señaló en su fundamento entre otros aspectos que:

*“Efectivamente, el documento que corresponde a copia certificada de denuncia N° 168 en que se recoge la ocurrencia producida el día veinte de enero del año dos mil nueve, siendo que en dicha fecha el SO1 Regner Reátegui Mora y el SO2 Luis Sánchez Cárdenas cuando circulaban por la calle Requena altura del Hostal Sol y Luna fueron solicitados por el hoy demandante Marcial Enciso Espinoza a fin de constatar la presencia física de su esposa ..., quien se encontraba en el interior de dicho Hostal siendo que efectivamente a las trece horas salieron del interior del hostal la persona de ... y una de sexo femenino y a quien el actor reconoció como su esposa, siendo que la constatación se produjo en el interior de la sala” (...)*¹⁶⁰ por lo que declaro fundada la demanda de divorcio por la causal de adulterio e infundada por la causal de conducta deshonrosa.

Analizando la presente resolución, no guarda coherencia con los criterios esbozados por la Corte Suprema, ya que la esta corte ha señalado que el adulterio se comprueba con el acto sexual, lo que del caso de autos no se ha podido comprobar, es mas en un caso similar la Corte Suprema declaró valoró esta circunstancia pero como causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

Por otro lado, se analizó también un expediente en el cual la demandada había interpuesta demanda por divorcio por causal de separación de hecho, sin embargo el demandado reconvino la demanda y planteo el divorcio por causal de adulterio, alegando que su esposa había hecho abandono de hogar y cuando se enteró que estaba viviendo en otra casa con otra persona, se constituyó y realizó una constatación policial que así ocurría¹⁶¹. Sin embargo la Corte Suprema en un caso similar señaló que

¹⁶⁰ Exp. 00124-2009-0-1903-JR-FC-01 - Primer Juzgado de Familia de Maynas.

¹⁶¹ Exp. 2008-00846-0-1903-JR-FC-I- Primer Juzgado de Familia de Maynas.

este supuesto fáctico solo prueba la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, ya que no se había probado la copula sexual.

4.3. COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.

Tomando en cuenta lo comentado por la doctrina especializada, lo regulado en el derecho positivo, lo pronunciado por nuestra Corte Suprema, lo opinado por nuestros encuestados y entrevistados, y del estudio de los expedientes y sentencias judiciales, nos permite afirmar que se han comprobado la hipótesis de nuestra investigación.

Ello se pudo comprobar por cuanto la propia Corte Suprema ha reconocido que el adulterio se trata de la realización del acto sexual con persona distinta y por tanto la demostración debe estar encaminada a probar dicho acto sexual.

Asimismo se pudo comprobar de los resultados obtenido de las encuestas y entrevistas a los magistrados, han señalado como prueba ideal para acreditar el adulterio como causal de divorcio la partida de nacimiento, sin embargo la propia Corte Suprema declara infundada demandas de adulterio basadas en la existencia de un menor procreado por la cónyuge con un tercero, en donde la vinculación sexual no se encuentra suficientemente acreditada, en base a la presunción legal de paternidad.

De igual forma de los resultados obtenidos de las encuestas y entrevistas, se ha señalado que las fotografías se prueba el adulterio, sin embargo y de igual forma la corte suprema ha señalo que las fotografías no son medios idóneos para probar el adulterio, por no tener reconocimiento legal.

Con respecto a los expedientes judiciales, nos ha permitido comprobar nuestras hipótesis por cuanto, de los diez (10) sentencias judiciales solo dos (02) fueron declaradas fundadas el divorcio por causal de adulterio y

las demás fueron declaradas infundadas y se declaró fundada por una causal distinta a la demandada.

Con respecto a las dos sentencias fundadas, igualmente es errada la forma de comprobación del supuesto adulterio, porque se funda en fotografías y constataciones policiales que la propia Corte Suprema a reconocido uno que no tiene reconocimiento legal – fotografía- y el otro – constatación policial - que no son medios de prueba idóneos para probar el adulterio.

Capítulo V.- DISCUSION.

1.- Del análisis de los resultado obtenido, en las encuestas y entrevistas a los magistrados, en cuanto han señalado como prueba ideal para acreditar el adulterio como causal de divorcio la partida de nacimiento, sin embargo la propia Corte Suprema declarar infundada demandas de adulterio basadas en la existencia de un menor procreado por la cónyuge con un tercero, en donde la vinculación sexual no se encuentra suficientemente acreditada, en base a la presunción legal de paternidad.

2.- De igual forma de los resultados obtenidos de las encuestas y entrevistas, se ha señalado que las fotografías se prueba el adulterio, sin embargo y de igual forma la corte suprema ha señalo que las fotografías no son medios idóneos para probar el adulterio, por no tener reconocimiento legal.

3.- Con respecto a los expedientes judiciales, nos ha permitido comprobar nuestras hipótesis por cuanto, de los diez (10) sentencias judiciales solo dos (02) fueron declaradas fundadas el divorcio por causal de adulterio y las demás fueron declaradas infundadas y se declaró fundada por una causal distinta a la demandada.

4.- Con respecto a las dos sentencias fundadas, igualmente es errada la forma de comprobación del supuesto adulterio, porque se funda en fotografías y constataciones policiales que la propia Corte Suprema a reconocido uno que no tiene reconocimiento legal – fotografía- y el otro – constatación policial - que no son medios de prueba idóneos para probar el adulterio.

Capítulo VI.- CONCLUSIONES.

1.- En el derecho comparado existen diversos sistemas matrimoniales, tales como el indeterminado y el determinado. En el Perú, el Código Civil de 1852 adoptó el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento. El 23 de diciembre de 1897 se reconocieron dos formas matrimoniales, la canónica para los católicos y la civil para los no católicos. Mediante Decreto Ley 6889 se secularizó el matrimonio de tal forma que los Códigos Civiles de 1936 y 1984 adoptaron el sistema exclusivamente civil.

2.- Consideramos que el matrimonio tiene una doble naturaleza o una naturaleza dual, porque cuando se inicia (el momento que se inicia y contrae nupcias) como un contrato, porque hay un acuerdo para regular una relación patrimonial (para mantener a partir de esa fecha bienes en común-sociedad de gananciales), pero el matrimonio durante su ejercicio obliga a los cónyuges a cumplir deberes y derechos, que no pueden dejar de ser cumplidos y por ello, se comporta como una institución, que son figuras que se caracterizan por tener ciertos requisitos que la ley y la sociedad considera obligatorios. podemos decir que se trata de un régimen jurídico, y se diferencia del contrato porque sus condiciones no pueden dejar de ser cumplidas por el simple acuerdo de los intervinientes.

3.- La idea del matrimonio monogámico y por ende el deber de fidelidad, surge como una idea impuesta por la religión católica, conforme nos enseña la historia, por cuanto nuestros antepasados, mantenían relaciones incluso polígamas, es decir no existía un deber de fidelidad. Por ello si el adulterio como causal de divorcio, tiene como fundamento la falta al deber de fidelidad del matrimonio, y el deber de fidelidad nace por una imposición histórica religiosa para el matrimonio monogámico; sin embargo el código civil de 1984 incluso el código civil de 1936, adopta un sistema exclusivamente civil, es decir con exclusión de la

idea religiosa; en consecuencia, no es válido, mantener al adulterio como causal de divorcio, si tenemos un sistema civil, sin ideas religiosas.

4.- La Corte Suprema de manera uniforme ha definido al adulterio, como el yacimiento carnal que realiza una persona con otra distinta de su cónyuge, por lo tanto la probanza que se realice, debe ser encaminada a demostrar fehacientemente tal hecho. Las connotaciones que dentro de la vida matrimonial conlleva tal causal, determina que la misma debe acreditarse en forma fehaciente y concluyente, más no basarse en meras especulaciones y deducciones.

5.- En ese sentido resulta imposible probar de hecho y jurídicamente el adulterio, por lo que al ser una norma ineficaz justifica su derogación.

6.- De los resultado obtenido, en las encuestas y entrevistas a los magistrados, en cuanto han señalado como prueba ideal para acreditar el adulterio como causal de divorcio la partida de nacimiento, sin embargo la propia Corte Suprema declarar infundada demandas de adulterio basadas en la existencia de un menor procreado por la cónyuge con un tercero, en donde la vinculación sexual no se encuentra suficientemente acreditada, en base a la presunción legal de paternidad.

7.- Asimismo e los resultados obtenidos de las encuestas y entrevistas, se ha señalado que las fotografías se prueba el adulterio, sin embargo y de igual forma la corte suprema ha señalo que las fotografías no son medios idóneos para probar el adulterio, por no tener reconocimiento legal.

8.- Con respecto a los expedientes judiciales, nos ha permitido comprobar nuestras hipótesis por cuanto, de los diez (10) sentencias judiciales solo dos (02) fueron declaradas fundadas el divorcio por causal de adulterio y las demás fueron declaradas infundadas y se declaró fundada por una causal distinta a la demandada.

9.- Con respecto a las dos sentencias fundadas, igualmente es errada la forma de comprobación del supuesto adulterio, porque se funda en fotografías y constataciones policiales que la propia Corte Suprema a reconocido uno que no tiene reconocimiento legal – fotografía- y el otro – constatación policial - que no son medios de prueba idóneos para probar el adulterio.

10.- Finalmente debemos dejar en claro que con la presente investigación, no queremos desconocer la fidelidad, como uno de los pilares sobre el cual se construye el matrimonio, institución que tiene incluso un reconocimiento Constitucional; sino lo que pretendemos que su invocación, como causal propia e independiente, resulta probatoriamente imposible demostrarlo, convirtiendo la norma civil, en ineficaz; por lo que ante este suceso fáctico real existente, que es la falta de fidelidad – adulterio –, pueda ser reconducido por la causal de conducta deshonrosa que haga la insoportable la vida en común, donde su nivel probatorio, no sea tan exigente, criterio que incluso la propia corte suprema a reconocido.

Capítulo VII.- RECOMENDACIONES.

1. Se recomienda, a los Magistrados del Poder Judicial, mientras no exista la derogación de la causal de adulterio por ser una norma ineficaz, deben tener en cuenta que la prueba del adulterio debe estar encaminada únicamente a demostrar el yacimiento carnal que realiza una persona con otra distinta de su cónyuge,
2. Se recomienda, a los Magistrados del Poder Judicial, que la probanza del yacimiento carnal que se realice que realiza una persona con otra distinta de su cónyuge, debe ser encaminada a demostrar fehacientemente tal hecho. Las connotaciones que dentro de la vida matrimonial conlleva tal causal, determina que la misma debe acreditarse en forma fehaciente y concluyente, más no basarse en meras especulaciones y deducciones.
3. Se recomienda, a los Magistrados del Poder Judicial, que las no tiene reconocimiento legal y la constatación policial no son medios de prueba idóneos para probar el adulterio, al igual que la Partida de Nacimiento, conforme lo ha señalado la Corte Suprema.
4. Se recomienda, a los Magistrados del Poder Judicial, que ante un supuesto factico del deber de fidelidad y que no se haga probado el yacimiento carnal que se realice que realiza una persona con otra distinta de su cónyuge, debe ser reconducida por la causal de conducta deshonrosa.

Capítulo VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aguilar Llanos, Benjamín. La Familia en el Código Civil Peruano. Ediciones Legales – EDILEGSA. Primera Edición. Febrero 2008. Lima – Perú.
2. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI. Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Sexta Edición. Argentina, 2004.
3. CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano. Novena edición. Lima, Gaceta Jurídica Editores. 1998.
4. Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Editorial Gaceta Jurídica. Décima Edición Actualizada. Lima – Perú.
5. Carmen Julia Cabello. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial 1993. Segunda Edición. Perú – Lima.
6. CABELLO Matamala, Carmen Julia. *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* En: Derecho PUCP. Número 54. 2001. Lima. Pág. 32.
7. COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henry, Curso elemental de Derecho Civil. Tomo 1. Instituto Editorial Reus, 1941 Pág. 442.
8. Gutierrez Camacho, Waltery Rebaza Gonzales, Alfonso. “Definición del matrimonio e igual de los cónyuges”. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo II – Derecho de Familia. 1º Parte. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima – Perú. 2003. Pág. 27.
9. Hinostroza Minguez, Alberto. La Prueba en el Proceso Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Pág. 13
10. Joel M. Jutkowitz y otros. Uso y abuso de drogas en el Perú, Lima, CEDRO, 1987, p.110
11. Joseff Rattner. Psicología y psicopatología de la vida amorosa. México, Siglo XXI, 1966, Pág. 163
12. LARRAIN RIOS, Hernán, Divorcio. (Estudio de Derecho Civil Comparado). Santiago de Chile, Jurídica, 1966. p. 191
13. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. (Comentario al artículo 574º del Código Procesal Civil), en *Código Procesal Civil Comentado*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2008, Pág. 928

14. MENDEZ COSTA, María Josefa. Derecho de Familia. Tomo I. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe, Pág. 86.
15. Quiroga León, Anibal. Matrimonio y Divorcio en el Perú: Una Aproximación Histórica. La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición Agosto de 1990.
16. Planes Moreno, María Dolores. Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial, Aspecto Sustantivos. Los Procesos de Familia: Una Visión Judicial. Compendio Práctico de Doctrina y Jurisprudencia sobre los procesos de Familia y Menores. Editorial Coldex. Segunda Edición, 2009. Madrid – España. Pág. 65.
17. PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II. La Habana, Cultural, 1939. Pág. 387.
18. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “La Separación personal y el divorcio vincular como sanción (por culpa) y como remedio (objetivo)”, (Comentario al artículo 333º del Código Civil), en *Código Civil Comentado*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2007. Pág. 347.
19. Placido Vilcachagua, Alex. Las Causales del Divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil. Editorial Gaceta Judicial. Dialogo con la Jurisprudencia. Primera Edición 2008. Lima – Perú. Pág. 33
20. PERLA VELAOCHAGA, Ernesto, Juicio Ordinario. Lima, Editorial Eddili, 1987. Pág. 291
21. Proyecto y Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980, Tomo I, Pág. 553.
22. RODRIGUEZ ITURRI, Roger. Familia, Derecho e Historia. La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición Agosto de 1990. Pág. 47- 48.
23. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición México, 1984.
24. Vidal Ramírez, Fernando. El Derecho Civil, en sus conceptos fundamentales. Gaceta Jurídica. Edición Económica. Segunda Edición. 2000. Lima – Perú. Pág.
25. Varsi Rospiblosi, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Editorial Grijley. Primera Edición. 2008. Lima – Perú.

26. Yolanda Gallegos Canales, Yolanda / Jara Quispe, Rebeca S. Manual de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Práctica. Editorial Jurista Editores. Primera Edición. Enero 2008. Lima – Perú. Pág. 25.
27. ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Editorial Astrea. Tercera Edición. Buenos Aires - Argentina, 1998. Tomo II. Pág. 77.

PAGINAS WEB:

1. Teresa Barbero, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán. La Nueva Ley del Divorcio – Análisis Teórico de la Reforma. Pág. 117.
Disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro028/lib028-4.pdf>
Fecha de Consulta: 01 Diciembre 2013.
2. Calvo Soler, Raúl. LA INEFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.
Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141196.pdf>
Fecha de Consulta: 05 de Julio 2013.
3. Gregorio RODRÍGUEZ M EJÍA. MATRIMONIO. ASPECTOS GENERALES EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL CANÓNICO. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.
Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr5.pdf>
Fecha de Consulta: 07.07.2013
4. Ávila Hinostroza, Karla Guadalupe. SEPARACIÓN CONVENCIONAL.
Disponible en: http://www.teleley.com/articulos/art_avila.pdf
Fecha de Consulta: 01. 12. 2013
5. Rojas Donat, Luis. PARA UNA HISTORIA DEL MATRIMONIO OCCIDENTAL. LA SOCIEDAD ROMANO-GERMÁNICA. SIGLOS VI-XI
Disponible en: <http://www.ubiobio.cl/theoria/v/v14/a5.pdf>
Fecha de Consulta: 01.02.2013.
6. Miranda Canales, Manuel. NUEVAS CAUSALES DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DEL DIVORCIO INCORPORADOS POR LA LEY 27495. Disponible en: www.pj.gob.pe
Fecha de Consulta: 12.Nov.2013

IX.- ANEXOS:

ENCUESTA A MAGISTRADO.

Importante.

La presente encuesta ha sido elaborada con la finalidad de obtener importantes datos, los cuales están basadas en sus respuestas.


La identidad del encuestado es anónima y reservada.

Se ruega se responda con la mayor sinceridad y seriedad a cada pregunta, conformada por esta encuesta. Desde ya, se expresa los sentimientos de nuestra mayor gratitud

CUESTIONARIO.

1. **¿Tiene conocimiento sobre El Adulterio Como Causal de Divorcio?. Marque con un "x" la respuesta correcta.**

Si ()
No ()
No responde ()

-  **Tiene Conocimiento como se establece probatoriamente el adulterio como causal de divorcio? Marque con un "x" la respuesta CORRECTA.**

Mediante la Partida de Nacimiento ()
Mediante Fotografías ()
Mediante el Careo ()
Mediante Testigos ()

-  **Considera Usted que es difícil probar el adulterio como causal de divorcio?. Marque con un "x" la respuesta CORRECTA.**

Si ()
No ()
No responde ()

-  **¿Considera Usted que el adulterio como causal de divorcio es una norma ineficaz que justifica su derogación? Marque con un "x" la respuesta CORRECTA.**

Si ()
No ()
No responde ()

-  **¿En cuál de las causales de divorcio, cree Usted que debe reconducirse el adulterio?**

La violencia psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias ()

La injuria grave, que haga insoportable la vida en común ()

La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común ()

La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial ()

Iquitos, Diciembre 2013

MUCHAS GRACIAS POR RESPONDER EL CUESTIONARIO

ENTREVISTA A MAGISTRADOS.

Importante.

La presente entrevista ha sido elaborada con la finalidad de obtener importantes datos, los cuales están basadas en sus respuestas.

La identidad del entrevistado es reservada.

Se ruega se responda con la mayor sinceridad y seriedad a cada pregunta, conformada por esta encuesta. Desde ya, se expresa los sentimientos de nuestra mayor gratitud

ENTREVISTA.

- El Adulterio está en orden de preminencia como el primero como causal de divorcio, cree usted que es posible su comprobación, o le resulta imposible y por tanto dicha norma es ineficaz, por tanto justificaría su derogación?

Si ()

No ()

¿Porque?

Comentario.....

.....

.....

.....

.....

- ¿Cree usted que se podría reconducir al adulterio por otra causal y cuál cree usted que sería la más viable?

Si ()

No ()

¿Porque?

Comentario.....

.....

.....

.....

Diciembre 2013.

MUCHAS GRACIAS POR RESPONDER LA ENTREVISTA

