



carmen

julia

cabello

DIVORCIO Y JURISPRUDENCIA EN EL PERU

carmen julia cabello

# DIVORCIO



## *y jurisprudencia* EN EL PERU



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL 1999

Esta obra es una actualización y un replanteamiento del trabajo original de Carmen Julia Cabello titulado *Cincuenta años de divorcio en el Perú*, que inicialmente comprendía la presentación sistemática de la jurisprudencia sobre dicha institución jurídica en su primer medio siglo de vigencia. Las ejecutorias que *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú* analiza, en ésta, su segunda edición, llegan hasta la actualidad.

### *Carmen Julia Cabello*

Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Prosiguió sus estudios de Maestría en Derecho en esta Universidad; y, de complementación pedagógica en la Facultad de Educación.

Es profesora ordinaria de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ejerce docencia en las áreas de derecho civil no patrimonial e investigación jurídica.

Es Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Ha sido designada representante del Poder Judicial ante el Comité de los Derechos del Niño; así como ante el Comité Multisectorial que elaborará el informe sobre los avances de la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Preside la Comisión para los Derechos del Niño - Poder Judicial y la Comisión SECIGRA-Derecho de la Corte Superior de Justicia de Lima.





# DIVORCIO Y JURISPRUDENCIA EN EL PERU



**Carmen Julia Cabello**

**DIVORCIO Y  
JURISPRUDENCIA EN  
EL PERU**

**SEGUNDA EDICION**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1999**

Primera Edición: mayo de 1995  
Segunda Edición: setiembre de 1999

*Cubierta:* TANTUM

*Divorcio y Jurisprudencia en el Perú*

Copyright © 1999 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Apartado 1761 Lima, Perú. Tlf. 462-2540, anexo 220.

*Derechos reservados*

ISBN-84-8390-976-6

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed Perú

*A la memoria de mis padres  
y de mi hermano Alejandro  
A mis hermanos:  
Amanda, Violeta, Eugenia y*

*A Julio Armando  
como a mi padre  
y mejor amigo.*



*A Gustavo, mi esposo  
por su comprensión y  
estímulo permanente.*

*A Carmen Lucía y  
Gustavo Adrián  
nuestra dicha.*



## CONTENIDO

Introducción .....	23
--------------------	----

### CAPITULO I

#### EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION NACIONAL

1. Generalidades .....	31
2. Antecedentes legislativos .....	32
3. Aspectos generales del divorcio en el Código Civil de 1984 .....	34
3.1. Vías legales para acceder al divorcio en el Perú ....	35
3.2. El divorcio en el Código Civil .....	35
4. Aspectos generales del divorcio en la normatividad procesal .....	39
5. Proyecto de ley sobre separación de hecho como causal de divorcio .....	41

## CAPITULO II

### EXAMEN DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL PERU

1. El adulterio .....	57
1.1. Definición .....	57
1.2. El adulterio como acto consumado .....	57
1.3. La intencionalidad en el adulterio .....	59
1.4. Igualdad de los cónyuges ante el adulterio .....	60
1.4.1. La prueba del adulterio y los alcances de la presunción legal de paternidad .....	60
1.4.2. El adulterio y el incumplimiento de las obligaciones conyugales del cónyuge demandante .....	73
1.5. Casos en que no procede la acción de divorcio por adulterio .....	77
1.5.1. El adulterio consentido .....	78
1.5.2. El perdón y la reconciliación .....	82
1.6. Caducidad de la acción .....	88
1.6.1. Criterios judiciales aplicables al cómputo del término de caducidad .....	88
1.7. Descriminalización del adulterio .....	104
2. La violencia, física o psicológica .....	105
2.1. Definición .....	105
2.2. Concepto de crueldad en la causal .....	105
2.2.1. Crueldad física .....	105
2.2.2. Crueldad psicológica .....	107
2.3. La intencionalidad en la causal .....	110
2.4. Agresividad sin justa causa .....	111
2.5. La reiterancia en el maltrato como requerimiento de la causal .....	128
2.6. Caducidad de la acción .....	134
3. El atentado contra la vida del cónyuge .....	137
3.1. Definición .....	137
3.2. Fundamento de la causal .....	137
3.3. Ilegitimidad de la agresión .....	140
3.4. Intencionalidad en el agresor .....	140

3.5. Participación directa y personal del cónyuge en el atentado .....	142
3.6. Caducidad de la acción .....	144
4. La injuria grave .....	145
4.1. Definición .....	145
4.2. Formas en que se expresa la injuria .....	145
4.3. La intencionalidad en la injuria .....	145
4.4. Criterios judiciales para evaluar la gravedad en la ofensa .....	147
4.4.1. La reiterancia en los agravios .....	148
4.4.2. La publicidad en la expresión .....	151
4.4.3. Las calidades personales de los cónyuges .....	152
4.5. La injuria debe constituirse por hechos sobrevinientes a la celebración del matrimonio .....	153
4.6. La injuria debe ser inferida en forma directa y personal por un cónyuge al otro .....	154
4.7. Casos de injuria indirecta .....	155
4.8. Tipo de actos que dan lugar a la injuria grave en nuestra jurisprudencia .....	157
4.8.1. A través de medios verbales .....	158
4.8.2. A través de misivas .....	158
4.8.3. Actitudes de contenido injurioso .....	161
4.8.4. Imputaciones calumniosas .....	164
4.9. No constituyen injurias los procesos judiciales realizados en el ejercicio regular de un derecho .....	166
4.10. Casos en los que se excluye o atenúa la gravedad de la injuria .....	176
4.10.1. El cónyuge que invoca la causal no debe de haber motivado la ofensa .....	177
4.11. Caducidad de la acción .....	181
4.11.1. Cuando se trata de injurias permanentes .....	181
4.11.2. Cuando se realiza a través de procedimientos judiciales .....	182
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo .....	183
5.1. Definición .....	183

5.2.	La separación material del hogar conyugal por el cónyuge culpable .....	184
5.2.1.	Distinción entre la causal de abandono del hogar conyugal y el incumplimiento de los deberes matrimoniales .....	185
5.2.2.	Constitución del hogar conyugal .....	187
5.2.3.	Casos en que no se constituye la casa conyugal .....	191
5.2.4.	Mudación del domicilio conyugal .....	198
5.3.	La intención deliberada del cónyuge infractor de poner fin a la comunidad de vida conyugal .....	200
5.3.1.	El apartamiento debe ser voluntario .....	201
5.3.2.	El abandono debe ser contrario a la voluntad del inocente .....	202
5.3.3.	Definición judicial de malicia .....	209
5.3.4.	Efectos de la modificación del término malicia por injustificado en el texto de la causal .....	213
5.3.5.	Causas de justificación del abandono de la casa conyugal .....	230
5.3.6.	El perdón del abandono de la casa conyugal .....	242
5.4.	Requerimiento legal de un plazo mínimo de abandono .....	245
5.5.	Pérdida de los gananciales por el cónyuge culpable en los casos de separación de hecho .....	246
5.6.	Caducidad de la acción .....	251
6.	La Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común .....	251
6.1.	Definición .....	251
6.2.	La conducta deshonrosa como una práctica habitual .....	252
6.3.	La conducta del culpable debe tornar insoportable la vida matrimonial .....	255
6.3.1.	La vida en común de los cónyuges como condición de la causal .....	257
6.4.	Hechos que dan lugar a la causal de conducta deshonrosa .....	262
6.5.	Enfoque comparativo entre las causales de conducta deshonrosa y adulterio .....	266
6.5.1.	La conducta deshonrosa y el adulterio deben sustentarse en hechos autónomos .....	268

6.6. Caducidad de la acción .....	275
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía .....	277
7.1. Definición .....	277
7.2. Fundamento de la causal.....	278
7.3. Caracteres .....	278
7.4. Caducidad de la acción .....	282
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio .....	282
8.1. Fundamento de la causal.....	282
8.2. Caracteres .....	282
8.3. Caducidad de la acción .....	288
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio .....	289
9.1. Definición .....	289
9.2. Efectos de su inclusión en nuestro ordenamiento ....	289
9.3. Caracteres de la causal.....	289
9.4. Caducidad de la acción .....	292
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio .....	292
10.1. Cambios introducidos en la causal por el Código Civil de 1984 .....	292
10.2. Fundamentos de la causal.....	293
10.3. Caracteres .....	295
10.4. Emplazamiento judicial a demandados interdictos ...	299
10.5. Caducidad de la acción .....	302

### CAPITULO III

#### LAS CAUSALES DE DIVORCIO Y LOS MEDIOS PROBATORIOS

1. Declaración de parte .....	305
1.1. Definición .....	305
1.2. Valor probatorio .....	305

1.3. Alcances de la prueba de declaración de parte en los procesos de divorcio .....	305
2. Declaración de testigos .....	307
2.1. Definición .....	307
2.2. Personas que pueden declarar .....	307
2.3. Prohibiciones para declarar .....	308
2.4. Alcances de la prueba de declaración de testigos en los procesos de divorcio .....	308
2.4.1. La declaración de parientes próximos .....	310
2.4.2. La declaración de los dependientes y su trascendencia en los juicios de divorcio .....	311
2.4.3. Valor de la prueba de declaración de testigos en razón a las calidades personales de sus ponentes .....	312
3. Documentos .....	316
3.1. Definición .....	316
3.2. Documentos públicos que con mayor frecuencia se presentan en los juicios de divorcio .....	316
3.2.1. Partidas de nacimiento y de matrimonio extendidas en los registros de estado civil o en los libros parroquiales .....	316
3.2.2. Los expedientes judiciales y sus repercusiones en cada causal .....	321
3.2.3. Certificaciones expedidas por la policía y sus efectos en cada causal .....	329
3.3. Documentos privados .....	339
3.3.1. Cartas .....	339
3.3.2. Otros documentos privados .....	344
3.3.3. Apreciación judicial de las fotografías y las publicaciones .....	345
4. Pericia .....	347
4.1. Definición .....	347
4.2. Alcances de la prueba de pericia en los procesos de divorcio .....	347

5. Inspección judicial.....	348
5.1. Definición .....	348
5.2. Alcances de la prueba de inspección judicial en los procesos de divorcio .....	348
5.3. Alcances de la prueba de inspección judicial en los procesos de divorcio.....	349

## CAPITULO IV

### ASPECTOS PROCESALES DE INTERES

1. Juez competente .....	353
1.1. Definición de competencia .....	353
1.2. Reglas para determinar la competencia .....	353
1.3. Algunos casos sobre competencia en los juicios de divorcio .....	354
2. La separación de cuerpos y el proceso de conversión .....	357
2.1. La separación de cuerpos .....	357
2.1.1. Definición.....	357
2.1.2. Vías legales para obtener la separación de cuerpos en el Perú .....	357
2.1.3. Efectos legales de la separación de cuerpos ...	358
2.1.4. Procedimiento a que se sujeta la separación de cuerpos .....	358
2.2. Proceso de conversión .....	361
2.2.1. La reconciliación y el proceso de conversión ..	368
3. La autorización judicial para vivir separado del hogar conyugal .....	371
3.1. Procedencia de esta autorización sólo en los juicios de divorcio y separación de cuerpos .....	371
3.2. Efectos de la autorización .....	372
4. Variación de la demanda de divorcio a separación de cuerpos .....	373
4.1. Alcances de esta facultad .....	373

5. Facultad del juez de declarar sólo la separación de cuerpos aunque haya sido demandado o reconvenido el divorcio	376
5.1. Interpretación judicial del art. 358 del Código Civil .	376
5.1.1. Interpretación predominante .....	377
5.1.2. Otras interpretaciones asumidas en la administración de justicia .....	381
6. La consulta y procedencia del recurso de casación en estos juicios .....	387
6.1. Consulta de las resoluciones que declaran el divorcio	387
6.2. Recurso de casación .....	392
6.2.1. Definición .....	392
6.2.2. Casos en que procede .....	394
7. Participación del Ministerio Público .....	395
7.1. Caracteres generales de la institución .....	395
7.2. Participación del Ministerio Público en los procesos de divorcio .....	396
7.2.1. Citación a comparendo .....	396
7.2.2. Contestación de la Demanda .....	397
7.2.3. Participación en la Audiencia .....	398
7.2.4. Respecto al Dictamen del Fiscal Provincial ....	399
8. Efectos del allanamiento, desistimiento y cosa juzgada en los juicios de divorcio .....	400
8.1. El allanamiento .....	400
8.1.1. Definición .....	400
8.1.2. Efectos del allanamiento en los juicios de divorcio .....	401
8.1.3. Otra interpretación atribuida al allanamiento en los juicios de divorcio .....	402
8.2. El desistimiento .....	405
8.2.1. Definición .....	405
8.2.2. Efectos del desistimiento en los juicios de divorcio .....	405
8.3. La cosa juzgada .....	408
8.3.1. Definición .....	408
8.3.2. Alcances de la cosa juzgada en los juicios de divorcio .....	408

9. El otorgamiento de poderes en los juicios de divorcio .....	412
9.1. Comparecencia de las personas naturales .....	412
9.2. Requerimientos legales y jurisprudenciales para los poderes en los juicios de divorcio .....	413
10. El Art. VII del Título Preliminar del C.C. y su aplicabilidad en los juicios de divorcio .....	418
10.1. Alcances doctrinarios del principio iura novit curia .	418
10.2. Apreciación judicial de la norma en los casos de divorcio .....	420
11. Casos en que no procede la acción de divorcio .....	423
11.1. Matrimonios ilegales .....	423
11.1.1. Diferencias entre la institución del divorcio y la invalidez matrimonial .....	423
11.1.2. El matrimonio del casado como causal de nulidad de matrimonio .....	424
11.1.3. Titulares de la acción de nulidad. ....	424
11.1.4. Ejecutorias supremas que declararon la improcedencia del divorcio por tratarse de un matrimonio inválido .....	425
11.2. Muerte de uno de los cónyuges durante el proceso de divorcio .....	429
11.2.1. Posiciones judiciales frente al tema .....	429

## CAPITULO V

### PRINCIPALES EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DEL DIVORCIO

1. Respecto a los cónyuges .....	441
1.1. Ruptura plena y definitiva del vínculo matrimonial.	441
1.2. Los cónyuges pueden contraer nuevo matrimonio ...	442
1.3. La cónyuge debe dejar de hacer uso del apellido de su ex-esposo .....	443
1.4. Derecho alimentario entre los ex-cónyuges .....	444
1.4.1. Regulación legal de los alimentos en el divorcio	444

1.4.2. Naturaleza jurídica del derecho alimentario del cónyuge inocente .....	445
1.4.3. Fijación de los alimentos en la sentencia de divorcio y separación de cuerpos .....	446
1.4.4. Los alimentos en la sentencia de conversión de separación de cuerpos a divorcio .....	448
1.4.5. Oportunidad desde la cual opera la pensión de alimentos dispuesta en la sentencia de divorcio .....	454
1.5. Fin de la sociedad de gananciales .....	455
1.6. Pérdida de los gananciales provenientes de los bienes propios del otro cónyuge, por el culpable del divorcio .....	459
1.7. Pérdida del derecho a heredar entre los excónyuges .....	462
1.8. Indemnización del daño moral con motivo de los hechos que dieron lugar el divorcio .....	462
2. Respecto a los hijos .....	466
2.1. El ejercicio de la patria potestad .....	466
2.2. Obligación de prestar alimentos a los hijos .....	477

## CAPITULO VI

### EL DIVORCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Importancia del estudio de las normas de Derecho Internacional Privado sobre divorcio .....	483
2. La relación jurídica internacional .....	484
2.1. Criterios para la calificación de una relación jurídica internacional .....	484
2.2. Aspectos a resolverse en una relación jurídica internacional .....	484
3. Competencia jurisdiccional y legislativa .....	484
3.1. Sistemas propuestos para determinar la jurisdicción y la ley aplicable .....	484
3.2. Criterios adoptados por nuestra legislación .....	487
3.2.1. En cuanto a las normas sobre jurisdicción .....	487
3.2.2. En cuanto a las normas sobre ley aplicable .....	489

4. Jurisprudencia .....	491
4.1. Relativa al Código Civil de 1936. ....	491
4.1.1. La relación a extranjeros .....	492
4.1.2. En relación a peruanos .....	498
4.2. Relativa al Código Civil de 1984. ....	506
4.3. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias de Divorcio extranjeras .....	518
4.3.1 La reciprocidad como requisito para la homologación de sentencias extranjeras .....	519
4.3.2 Selección de Resoluciones de Exequatur. ....	525
4.4. Efectos de las reformas legales operadas en esta materia .....	535
BIBLIOGRAFIA .....	537



## INTRODUCCION

Es en el foro, en la práctica diaria de los tribunales en donde podemos apreciar cómo un precepto legal cobra vida, allí deja de ser un supuesto general para convertirse en una experiencia humana concreta, frente a la cual la Justicia tendrá que emitir una respuesta.

La jurisprudencia cumple así una labor de suma importancia en el sistema jurídico, como fuente de Derecho debe desarrollar una función recreadora y de renovación, imprimiendo a la Ley la vitalidad que requiere en el tiempo. De tal modo, los magistrados se encargarán de ir determinando el estilo y alcance de las normas jurídicas, bajo sus criterios serán adaptadas a cada caso en particular, o ante su imprevisión acudirán absolviendo el vacío legal. Por ello, es sin lugar a dudas, la reflexión en torno a la jurisprudencia de un país, uno de los medios más directos por el que se puede llegar a comprender y valorar como funcionan en la realidad sus instituciones jurídicas.

Advertir la necesidad pedagógica del conocimiento crítico de nuestra jurisprudencia, nos motivó a emprender una investigación desde tal perspectiva, sobre una de las instituciones consideradas más complejas y controvertidas en el Derecho de Familia "El Divorcio".

En este camino de reflexión nos planteamos como problema, cuestionarnos acerca de los criterios jurisprudenciales, que vienen orientando al accionar judicial en lo relativo a la institución jurídica del divorcio, desde su introducción en el sistema jurídico peruano hasta nuestros días.

Nos formulamos los siguientes objetivos:

1. Inquirir críticamente respecto a la evolución legislativa sobre la institución jurídica del divorcio.
2. Elaborar un marco teórico analítico de la institución jurídica del Divorcio y sus aspectos afines, que incorpore la doctrina y legislación nacional y extranjera más reconocida en esta materia.
3. Recopilar, seleccionar, sistematizar y comentar el material jurisprudencial peruano, sobre Divorcio correspondiente a los años 1937 a 1998.

*Aspectos metodológicos de la investigación:*

*Tipo de Investigación:*

Histórica en Derecho.

Tal y como Borg y Gall lo definen:

“La investigación histórica comprende la búsqueda sistemática de documentos y otras fuentes que contienen hechos relacionados a las interrogantes del (investigador) sobre el pasado. Estudiando el pasado el (investigador) espera alcanzar un mejor entendimiento de instituciones presentes, prácticas y problemas”\*

Cabe distinguir que si bien el presente estudio utiliza este método de investigación; su enfoque y contenido va más allá de la descripción histórica del fenómeno, brindando al lector material aplicable a la problemática actual de la institución.

---

\* Borg, W. y Gall M. Educational Research and Introduction, Longman, New York, 1979, p.373. Traducido al inglés, término en corchete de la autora

La información consignada pese a referirse en parte al Código Civil derogado como al Código Civil vigente, conserva plena validez, al haberse precisado en cada caso los posibles efectos de las modificaciones producidas o la permanencia en el tiempo de los conceptos jurídicos vertidos.

#### *Unidad de Estudio:*

#### Fuentes históricas:

1. Fuente primaria de información:  
Resoluciones Supremas de Divorcio correspondientes a los años 1979 a 1997. El trabajo se efectuó en la Sala de Abogados y en el Archivo General de la Corte Suprema de la República, para lo cual se revisó el total de ejecutorias pronunciadas en materia civil del período en estudio, discriminando las referidas a divorcio y separación de cuerpos.
2. Fuente secundaria de información:  
Resoluciones Supremas de Divorcio publicadas y archivadas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica, correspondientes a los años 1937 a 1978, Jurisprudencia publicada en el diario oficial El Peruano, año 1995 a 1998; además, se acudió a otras colecciones de jurisprudencia y publicaciones de este material, referentes al tema de divorcio.

#### *Procedimiento:*

Esta publicación recoge los resultados de una investigación realizada en tres etapas:

La primera entre 1983 a 1985 con motivo de la tesis presentada a la Facultad de Derecho de la PUC, titulada "Análisis Jurídico Empírico de las Causales de Divorcio". Para esos efectos se contó con el apoyo técnico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica y la Asesoría personal de su director Dr. Héctor Cornejo Chávez, allí se nos brindó la orientación y formación necesaria para realizar labores de investigación en el campo

del Derecho. De igual modo, recibimos la valiosa y especializada asesoría del Dr. Carlos Montoya Anguerry.

La segunda entre 1986 y 1987, con el propósito de elaborar el libro "Cincuenta Años de Divorcio en el Perú", se retornó esta vez a los Archivos de Justicia, actualizando la información, que permitiera dar al trabajo, un enfoque preeminentemente jurisprudencial, con una adecuada estructura para su publicación y difusión. Se produjeron dos ediciones.

La tercera ejecutada durante 1993 - 1994, actualizada en 1998. En esta fase del estudio, en los mismos archivos y en las publicaciones referidas, se revisó el material jurisprudencial, el que a diferencia de la etapa anterior que correspondía a una época de transición entre el Código Civil derogado y el vigente, nos ha proporcionado nuevos lineamientos; así como los cambios legislativos operados en la Constitución, en materia procesal civil, penal y otros, han exigido una reestructuración crítica del trabajo, para efectos de la publicación "Divorcio y jurisprudencia en el Perú", material que ha sido revisado y actualizado en su segunda edición.

El procedimiento seguido en las dos publicaciones, ha supuesto:

Una revisión integral de la doctrina nacional y extranjera en materia de divorcio y sus aspectos vinculados.

El estudio de la evolución legislativa haciendo las referencias y concordancias necesarias en cada caso.

*En el aspecto de la jurisprudencia:*

En un primer nivel de los trabajos se ha tratado de recopilar el total de resoluciones supremas, en materia de divorcio y separación de cuerpos discriminándolas de las otras civiles; a cada una se le asignó un registro, que contenía sus datos de identificación, elaborándose en cada caso a partir de la lectura de la resolución y del dictámen fiscal, una sumilla con uno o más títulos de

acuerdo a la temática que ofreciera la ejecutoria para su archivamiento.

De este material global, reunido inicialmente de acuerdo a un orden cronológico, se procedió a la selección de las ejecutorias de mayor interés por los problemas jurídicos en ellos planteados, por la corriente de opinión jurisprudencial que contenían, o por las diversas posiciones judiciales que habían motivado, ofreciendo material de discusión. En este caso se procedió a la transcripción de los textos completos de la Resolución y Dictamen Fiscal, elaborándose registros individuales por problema tratado, de tal suerte que un fallo podía dar lugar a más de una referencia a través de sus respectivos registros de resumen y transcripción.

A partir de esta selección individual, se procedió a efectuar su sistematización, en este estadio se priorizó los contenidos jurídicos, a la fecha de expedición.

Se diferenciaron varios rubros:

- Aspectos sustantivos de las causales de divorcio.
- Aspectos probatorios.
- Aspectos procesales diversos.
- Efectos del divorcio.
- Divorcio en el Derecho Internacional Privado.

Dentro de estos grandes rubros, se integraron las ejecutorias, organizándolas luego, de acuerdo a los problemas específicos de reflexión que podían presentar; cada tema ha sido propuesto primero en términos técnicos, recogiendo lo vertido por la legislación y la doctrina nacional y/o extranjera, en el contexto son ubicadas las ejecutorias, agrupándolas de ser el caso por corrientes de interpretación judicial, de carácter uniforme o contradictorio, definido ello el orden de exposición es cronológico; luego se formula un comentario reflexivo respecto al problema jurídico planteado, apoyándose en el marco teórico elaborado y en los casos posibles refiriéndonos también a lo establecido por la legislación y jurisprudencia extranjera en casos semejantes.

Señalaremos finalmente nuestro deseo, que el material que les ofrecemos les sea de tanta o mayor utilidad que el de la obra precedente. “Divorcio y Jurisprudencia en el Perú”, presenta una visión actualizada sobre la temática tratada, su estructura es distinta en aras de una mayor claridad en la exposición, privilegiando los temas de mayor incidencia o necesidad jurídica, desde una perspectiva de reflexión crítica del Derecho, a partir de su contraste con la realidad.

Hemos de expresar nuestro agradecimiento: Al Maestro Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien nos honró permitiéndonos ser una de sus discípulas y que gentilmente prologó nuestra primera publicación. A la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y al Fondo Editorial de la Universidad, por el respaldo que siempre ha brindado a estas publicaciones y a la autora en las labores docentes y académicas que desarrolla.

**CARMEN JULIA CABELLO**

## **CAPITULO I**

### *EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION NACIONAL*



## 1. GENERALIDADES

Es la voz latina *Divortium* la que nos revela el origen etimológico de la expresión Divorcio; ella describe plásticamente la actitud de los cónyuges que, después de haber recorrido unidos un trecho de existencia, se alejan por distintos caminos *Divertere*. Su significado es separación, por lo que no es de extrañar que dicho término haya sido empleado tanto para referirse al divorcio vincular (divorcio propiamente dicho), como también al denominado relativo o separación de cuerpos.

Los hermanos Mazeaud han definido al divorcio como la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos<sup>1</sup>.

Sólo con el divorcio se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causas expresamente establecidas en la Ley, debiendo los hechos que las constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol, de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido, en caso contrario, estaríamos incurriendo en otra institución: la invalidez del matrimonio.

---

1 Henry Mazeaud, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, Europa-América, 1959, Parte I, t. IV, p. 369.

El divorcio al igual que la separación de cuerpos, debe ser declarado judicialmente; a modo de excepción, algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa.

## 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El Código Civil Peruano de 1852 no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos:

“Art. 191.- Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”.

Era el art. 192 el que expresaba taxativamente las trece causales, por las cuales podía obtenerse este divorcio-separación, a saber:

1. El adulterio de la mujer.
2. El concubinato, o la incontinencia pública del marido.
3. La sevicia o trato cruel.
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
5. El odio capital de uno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas.
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad.
7. Negar el marido los alimentos a la mujer.
8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas, a seguir a su marido.
9. Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.
12. Una enfermedad crónica o contagiosa.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

Este Código, como es de verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el Derecho Español y Canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monogámico e indisoluble, sustentándose por ello una actitud plenamente antidivorcista.

Posteriormente, en diciembre de 1897, se establece el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesaran la religión católica pudieran contraer matrimonio, sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio de Trento.

Es en este siglo, en 1930 y mediante los Decretos Leyes No. 6889 y 6890 del 4 y 8 de octubre de ese año, que se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la República, introduciéndose además el divorcio absoluto en nuestra legislación, lo que significó para entonces la asunción de una alternativa legal de "avanzada", que generó e incluso sigue generando de alguna manera más de una discusión.

El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley No. 7894, por la cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal más de divorcio.

Mientras tanto, durante esos años, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el Proyecto de lo que sería el C.C. de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las Leyes 7893 y 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

Como puede apreciarse, el Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon, pero presente por imposición del Ejecutivo de ese

momento; admitía el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el art. 247 inc. 1° al 9° de carácter específico, aunque además consentía el mutuo disenso (10°) como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio.

El Decreto Supremo No.95 del 1° de marzo de 1965, estableció la Comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquel Código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto del Libro de Familia, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances.

### **3. ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1984**

Nuestro Código Civil, mantiene la línea divorcista del Código precedente, no introduce modificaciones sustanciales, algunos aspectos se han flexibilizado con las modificaciones realizadas por la Comisión Revisora encargada de aprobar el Proyecto del Código. Situación distinta es la planteada por las normas de Derecho Internacional Privado sobre divorcio, cuyas innovaciones legales serán motivo de comentario posterior.

Respecto a la receptividad de la institución por nuestro sistema jurídico, hemos de mencionar que el Código Procesal Civil ha introducido modificaciones en el procedimiento, que favorecen las acciones convencionales, las que actualmente son más expeditivas. Por el contrario, las de causal específica se encuentran sujetas al proceso de conocimiento, el más lato del sistema procesal, en comparación con el anterior régimen que establecía las reglas del juicio de menor cuantía para su trámite.

Parecería, por los cambios operados, que el sistema procura favorecer los casos de disolución del matrimonio a través de la vía convencional, dificultándose aún más el tradicional camino del divorcio sanción, consagrado desde antaño por la legislación nacional.

### ***3.1. Vías legales para acceder al divorcio en el Perú***

La primera de éstas es directa, mediante una demanda de divorcio absoluto, para la cual debe invocarse cualquiera de las diez causales previstas en el art. 333 del Código Civil. Acreditada la causal, la sentencia disuelve de manera inmediata y total el vínculo matrimonial.

La segunda, por Conversión, es a través de una previa demanda de separación de cuerpos, la cual puede tener dos matices:

- Por cualquiera de las diez causales antes referidas.

- Por separación convencional (inc.11 art. 333 C.C., modificado por el Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768). Se requiere para ello el pedido de ambos cónyuges, y que hayan transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio. La sentencia que se dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente. Por la separación de cuerpos fenece el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Este segundo medio se constituye en una forma mediata de obtener el divorcio, ya que, después de transcurrido seis meses, cualquiera de los cónyuges en el caso de la separación convencional, y el inocente en los de causal, podrá solicitar la disolución del vínculo.

### ***3.2. El divorcio en el Código Civil***

En relación a las acciones por causal, es el art. 333 del C.C. el que señala las diez causales por las que en nuestro país, puede obtenerse el divorcio. Son las siguientes:

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.
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 venérea grave 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.

Las diferencias en cuanto al régimen anterior, se hallan en el inc. 5° referido al abandono injustificado (antes llamado malicioso) de la casa conyugal, en tanto se admite que pueda ser no continuado, siempre que sumados los períodos de apartamiento éstos excedan los dos años. Una causal que se introduce por la Comisión Revisora, incorpora expresamente en el inc. 9° a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio como motivo de divorcio, innovación que no representa, como algunos han sostenido, una mayor apertura divorcista, por cuanto, en la práctica, los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonrosa. El inc.10° ha variado su texto, distinguiendo claramente, a diferencia del anterior, la condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años, por delito doloso excluyendo expresamente al delito culposo; del mismo modo, la norma del art. 338 impide accionar por esta causal, cuando el delito fue conocido por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio.

---

(\*) Inciso modificado por el Texto Unico Ordenado del D.L. 768.

Con referencia a la caducidad de la acción por divorcio, la legislación anterior establecía plazos de prescripción, que en términos eran semejantes a los actuales para las distintas causales, pero que requerían para su aplicación de la invocación expresa de la parte interesada, en la medida que la prescripción era susceptible de ser renunciada incluso tácitamente cuando había sido ya ganada, por lo que muchas demandas de divorcio por causal, a pesar de haber transcurrido el plazo de ley podían ser declaradas fundadas. Actualmente, la caducidad plantea otras posibilidades, porque al fenecer no sólo la acción sino también el derecho, es declarada por el juez de oficio o a petición de parte.

Las interpretaciones judiciales elaboradas a fin de determinar la oportunidad para computar los referidos plazos, por tratarse de reglas en algunos casos uniformes pero en otros contradictorias, dan lugar a posiciones divergentes, requiriéndose en ese sentido la búsqueda de una unidad de criterio.

Al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla en su art. 22, la publicación periódica de las ejecutorias que fijarán principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Asimismo, el art. 400 del C.P.C. hace referencia a la doctrina jurisprudencial vinculante generada en los plenos casatorios.

Representan un primer esfuerzo en esta línea de trabajo jurisdiccional, los Plenos Jurisdiccionales por especialidades que se llevan a cabo desde 1997 en el Poder Judicial, los que se realizan con el fin de propiciar el debate conceptual y el intercambio de experiencias a nivel de los Magistrados de las Cortes Superiores de la República, alrededor de los temas que generan mayor discusión en la práctica judicial.

El art. 354 regula lo relativo al proceso de conversión de separación de cuerpos a divorcio, estableciéndose que cualquiera de los cónyuges puede pedir se declare la disolución del vínculo luego de transcurridos seis meses de la declaración de separación convencional. Al haberse derogado el D.L. 310 que establecía la consulta obligatoria de la separación de cuerpos y la

modificatoria expresa del art.354 del C.C., en la actualidad el cómputo del término legal se realiza desde la notificación de la sentencia de primera instancia.

En relación a la separación por causal, se limita la solicitud de disolución al cónyuge inocente, negándosele al culpable, prohibición expresa que no existía antes y que, por una interpretación literal del texto del art. 276 del Código de 1936, se admitió algunas veces en la jurisprudencia que cualquiera de los cónyuges, incluso aquél a quien le hubiera sido imputable la separación, podía, vencido el plazo de ley, solicitar la conversión a divorcio<sup>2</sup>.

Los arts. 356 al 359 establecen algunas reglas que deben observarse en este tipo de procesos; el art. 360 señala que las disposiciones de la ley sobre divorcio y separación de cuerpos se limitan al ámbito civil, dejando íntegros los deberes que la religión impone.

#### **4. ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO EN LA NORMATIVIDAD PROCESAL**

El Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo No. 768, vigente desde el 28 de julio de 1993, establece en el capítulo pertinente las reglas procesales a las que deben sujetarse los procesos de divorcio, acotando varias innovaciones en relación a los textos jurídicos precedentes.

- Diferencia los procesos de separación de cuerpos convencional y divorcio ulterior, de los de separación de cuerpos y divorcio por causal. Los primeros se tramitan en la vía sumarísima mientras que los otros están sujetos a los trámites del proceso de conocimiento (art. 546 inc. 2, art. 480 y sgtes. del C.P.C.).

---

2 Ej. Supr. del 14 de junio de 1958, Exp. No. 25-58, Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 174, julio de 1958, p.735-736 y Ej. Supr. del 20 de julio de 1962, Revista de Jurisprudencia Peruana No. 228, 1963, p. 83.

- Se determina, además, un conjunto de reglas de obligatorio cumplimiento y otras de carácter facultativo para el juez y las partes, en el afán de garantizar el derecho de los cónyuges y en especial proteger el de los hijos menores de edad; seguidamente las mencionaremos para luego abordarlas en el capítulo respectivo con algún detenimiento, desde la perspectiva de su aplicación por los tribunales.

- Participación del Ministerio Público como parte en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio, enfatizando en que como tal no emite dictamen.

- En las demandas de separación convencional se exige como requisito esencial que se anexe especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales conforme inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

El inventario valorizado sólo requerirá la firma legalizada de los cónyuges.

Los acuerdos del convenio anexado a la demanda tienen eficacia jurídica desde que se expida el auto admisorio.

- La exigencia de que concurren personalmente los cónyuges a la diligencia de comparendo dispuesta por el derogado Decreto Legislativo 310, se ha modificado permitiendo que en las actuaciones judiciales las partes puedan participar a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.

- Posibilidad de los cónyuges de revocar su consentimiento durante los treinta días naturales posteriores a la diligencia de Audiencia Unica. No se admite revocación parcial ni condicionada.

- La acumulación originaria de pretensiones por la que debe acumularse a la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos,

suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y otras relativas a derechos y obligaciones de los cónyuges, de éstos con sus hijos, o de la sociedad conyugal, que directamente deban ser afectados como consecuencia de la pretensión principal.

- Medidas cautelares procedentes después de interpuesta la demanda por causal:

- . Separación provisional de los cónyuges.
- . Alimentos.
- . Tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisional.
- . Administración y conservación de los bienes comunes.

- Posibilidad de los cónyuges de convertir en cualquier estado de la causa, la demanda de divorcio en una de separación de cuerpos.

- Facultad otorgada a los jueces de declarar sólo la separación de cuerpos aunque haya sido demandado o reconvenido el divorcio.

- La sentencia deberá asegurar adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los hijos menores de edad o incapaces.

- Necesidad de que las resoluciones que declaren el divorcio, que no hayan sido apeladas se eleven en consulta al Tribunal Superior.

- Procedencia del Recurso de Casación en estos juicios.

## **5. PROYECTO DE LEY SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO**

El texto que a continuación se presenta ha sido extraído de la página web del Congreso de la República del Perú, Sección Proyectos de Ley.

El Congresista Daniel Estrada Pérez, que suscribe, miembro del Grupo Parlamentario de UNION POR EL PERU, en ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 107 de la Constitución Política, propone al Congreso de la República el siguiente Proyecto de Ley;

Considerando :

QUE, la Constitución Política establece en su artículo 4° que la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley;

QUE, el matrimonio es la unión que voluntariamente establecen un varón y una mujer para fundar una familia y hacer vida común, generando entre ellos relaciones que los comprometen individual o conjuntamente, así como derechos y obligaciones del uno frente al otro y ante terceros o el Estado y en cuyo respeto y cumplimiento se basa la estabilidad y permanencia de la sociedad legal constituida;

QUE, de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política, la comunidad y el Estado protegen la familia y promueven el matrimonio, por ser “institutos naturales y fundamentales de la sociedad” y, en consecuencia, es motivo de su interés la convivencia armónica entre los cónyuges, puesto que de ella depende el mantenimiento del vínculo legal. Por otro lado, hay previsión legal sustantiva y procesal para el caso contrario y otras cuestiones sobrevenientes, (separación de cuerpos y disolución del vínculo matrimonial), sin haberse comprendido dentro de las causales la separación de hecho, que viene a ser la ruptura de origen unilateral o de voluntad común de los cónyuges, de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la vida común;

QUE, la separación de hecho es el incumplimiento del deber de cohabitación de los cónyuges, que impone una situación ajena y contraria a las relaciones que crea el matrimonio y que surge y se mantiene sin intervención jurisdiccional y sin voluntad de concluirlo;

QUE, así como la separación convencional es causa de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 333, inciso 11 del Código Civil, debe serlo también la separación de hecho ocurrida entre los cónyuges, sin que sea necesario expresar motivos, sino únicamente la probanza del paso del tiempo en tal situación, pues la separación de hecho es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida común y, por tanto, el contrato legal que es el matrimonio civil, deviene inútil en algunos casos e inconveniente en otros, porque genera efectos jurídicos no deseados y más bien perjudiciales para marido o mujer o ambos;

QUE, la separación de hecho entre cónyuges, mantenida sin ánimo de reconstitución del estado normal de matrimonio, es una manifestación inequívoca de la ausencia de condiciones básicas para el funcionamiento de la institución familiar y, como tal, debe ser motivo suficiente para su disolución, legalizando, de este modo, el estado civil de los cónyuges a través de la devolución de su status real;

QUE, un lapso de dos años continuos de separación de hecho de los cónyuges, es tiempo suficiente para acreditar la carencia de ánimo para proseguir la vida matrimonial y, por el contrario, es evidencia del deseo implícito de ponerle fin, sin que ello pueda ocurrir actualmente por la falta de previsión legal, cuestión de necesaria regulación que a la fecha acarrea negativas y hasta absurdas consecuencias que van desde la mantención de estados matrimoniales no deseados y, por tanto, anormales, que ocasionan graves problemas para la determinación de vínculos de filiación y parentesco, hasta la creación de conflictos que pueden comprometer a los descendientes, cuando se trata de definir la propiedad de bienes adquiridos en matrimonio;

Por cuanto:  
el Congreso de la República;  
ha dado la ley siguiente:

ARTICULO 1º.- Adiciónese un inciso al artículo 333 y modifíquese el texto de los artículos 335, 345, 349 y 354 del Código Civil, que quedarán redactados en la siguiente forma:

#### ARTICULO 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

12.- Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos.

ARTICULO 335.- Improcedencia de la acción por hecho propio

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto cuando la acción invoca la causal prevista en el inciso 12 del artículo 333.

ARTICULO 345.- Patria potestad por separación convencional o por separación de hecho

En caso de separación convencional o separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo y 341.

#### ARTICULO 349.- Causales

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10 y 12.

#### ARTICULO 354.- Plazo de conversión

Transcurridos seis meses desde la notificación con la sentencia de separación convencional o de separación de hecho, a que se refieren los incisos 10 y 12, respectivamente, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

ARTICULO 2°.- Modifíquese el inciso 2° del artículo 546 y el artículo 573 del Código Procesal Civil, que quedarán redactados en los siguientes términos:

#### ARTICULO 546.- Procedencia

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

2.- Separación convencional, separación de hecho y divorcio ulterior.

#### ARTICULO 573.- Aplicación supletoria

La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con los incisos 11 y 12 del artículo 333 y el artículo 354 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Lima, 7 de abril de 1999

Daniel Estrada Pérez  
CONGRESISTA DE LA REPUBLICA

### EXPOSICION DE MOTIVOS

Ley que incorpora la separación de hecho como causal de divorcio.

1. El concepto del matrimonio está aceptado universalmente como la unión estable y voluntaria de un varón y una mujer. Sus propósitos, condiciones de mantención o de ruptura, obligaciones y derechos que nacen de él, etc. son materia de regulación legal en cada país. No existe ni puede existir uniformidad de criterio para establecer un único régimen jurídico del matrimonio y sus efectos, en razón que cada Estado otorga a este asunto el tratamiento que corresponde a sus particularidades sociales.

2. Un elemento que sí es indispensable para la celebración y la vigencia del matrimonio y que es aceptado y exigido por todos, es la voluntad de los cónyuges. La regla general es que la institución del matrimonio solamente es posible de constituir y mante-

ner si, por parte del marido y la mujer, existe ánimo favorable para garantizar la vigencia de la relación y los efectos jurídicos que de ella se derivan. En el Perú, el Código Civil define el matrimonio como “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” (Art. 234). Igualmente, este mismo dispositivo establece que “el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

3. Uno de los deberes fundamentales de los cónyuges y que consigna la legislación nacional (Art. 289 del C.C.), es el de “hacer vida común en el domicilio conyugal”. Para nuestro Código Civil, en la denominación vida común, están comprendidos los deberes relativos a la cohabitación bajo un mismo techo, que puede ser suspendido por mandato judicial “cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”. También, “en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales” (Art. 347 del C.C.). Significa, entonces, que la única posibilidad de impedir temporal o definitivamente la obligación de la cohabitación, proviene de la acción jurisdiccional por hechos ajenos, por lo general, a la voluntad y el control de los cónyuges.

4. La separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal, que se origina en la decisión de uno o los dos cónyuges, pero de manera voluntaria y con inequívocas demostraciones del deseo de mantener tal estado de anormalidad conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber libremente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, que, sin lugar a dudas, quiebra la institución matrimonial e impide su funcionamiento regular a través de la destrucción de las debidas relaciones que la ley establece y que los esposos se obligan a cumplir.

5. Nuestra legislación civil relativa al matrimonio consigna

bajo el nombre de "Cohabitación", el deber que tienen los cónyuges de hacer vida común en el domicilio conyugal. Así aparece de lo establecido por el artículo 289 del Código Civil. Consecuentemente, el concepto de cohabitación no está reducido a lo que antes se entendía como los "deberes de lecho", sino que comprende también los de habitación y en este entender, la noción de separación de hecho comprende el incumplimiento de ambas circunstancias; es decir, la renuncia, no interesan las motivaciones, a sostener el matrimonio dentro de los cánones legales aceptados común y libremente entre ellos, como su propio fundamento, el de la vida común en el domicilio conyugal.

6. Este acontecimiento, la separación de hecho, no está considerado en el ordenamiento legal de nuestro país, como motivo capaz de ocasionar el decaimiento o la disolución del vínculo matrimonial, pues no aparece consignado en los artículos 333 y 349 del Código Civil, el primero de los cuales enumera las causales de separación de cuerpos, con las que también, excepto la separación convencional, puede demandarse el divorcio. Estas causales son:

El adulterio.

la violencia, física o psicológica, que el juez preciará según las circunstancias.

El atentado contra la vida del cónyuge.

La injuria grave.

El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.

La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.

La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.

La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

7. La separación de hecho, como incumplimiento del deber de cohabitación, puede tener diverso origen e, inclusive, la negativa de hacer vida común no solamente puede provenir de uno de los cónyuges, sino de ambos. Ello no interesa, porque lo relevante es la voluntad demostrada, expresa o tácitamente, para no seguir con las obligaciones del matrimonio, lo que permite asegurar que en estas condiciones de abandono, lo que se mantiene es una vinculación matrimonial ficticia, no deseada e inclusive, probablemente, repudiada; pero, aún en esta situación, es posible sostenerla por la imposibilidad legal de ponerle término, lo que no se concilia con los fines del matrimonio, ni mucho menos con el interés social y del Estado, de procurar el bienestar de la familia y por ende la seguridad de la institución matrimonial.

Para que la separación de hecho pueda ser considerada causal de separación de cuerpos y/o de divorcio, es imprescindible que refleje una continuidad en el tiempo; que no haya ánimo de rectificación y, por el contrario, exista indudable voluntad cancelatoria de la relación legal del matrimonio. Por tanto, debe ser exigible un razonable lapso de tiempo que se propone sea no menor de dos años. Para tal consideración del plazo, se ha tenido en cuenta que el Código Civil fija también dos años en las causales de separación, cuando se trata de abandono injustificado de la casa conyugal y para la separación convencional. De ese modo se guarda conformidad con el criterio establecido en el Código Civil, para el tratamiento de situaciones análogas.

8. Resulta evidente, en estas condiciones, que la separación de hecho, por su propia naturaleza, descalifica a la institución matrimonial, tanto porque niega el cumplimiento de un deber legal, cuanto porque altera sustancialmente el vínculo resultante del contrato matrimonial y a más de ello, genera caos en la institución conyugal, cuyos regímenes de parentesco, patrimonial, alimentario, etc., de haberlos, pueden seguir originando efectos que uno o los dos cónyuges no deseen; es decir, creándose situaciones conflictivas e indebidas que la ley debe prevenir y evitar, en este caso,

comprendiendo la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y/o de divorcio.

9. Si se tiene en cuenta que la ley civil peruana es muy rígida y hasta drástica para el establecimiento de la filiación matrimonial, se podrá comprender la gravedad y, a la vez, el absurdo insostenible de considerar padre a quien no lo es. En efecto, el artículo 361 del Código Civil estatuye que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, mientras que el artículo 362 del mismo cuerpo legal declara: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”.

Estamos en este caso ante el peligro de liberar legalmente de responsabilidades al padre real y endilgarlas al esposo de la madre, aunque éste mantenga estado de separación de hecho por decenas de años, con el agravante que el hijo puede sufrir consecuencias que van desde lo emocional hasta lo patrimonial, cuestión que no puede seguir admitiéndose, porque, precisamente, la ley está para reconocer y regular los hechos que impone la realidad y, si bien es cierto que la presunción paterno-filial matrimonial que consagra el Código Civil garantiza la paternidad del hijo, no cumple su propósito cuando, probadamente, los cónyuges no hacen vida común.

10. Otra situación anómala se presenta en los regímenes patrimonial y sucesorio. Si los cónyuges optan por la sociedad de gananciales, en la que todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario, vale decir comunes de ambos esposos (excepto, claro está, los bienes propios enumerados en el artículo 302 del C.C.), producida la separación de hecho y durante el tiempo que dure, el “cónyuge inocente” siempre tendrá derecho de propiedad sobre el 50% de los bienes que adquiera el otro, aunque hayan sido logrados manteniendo otro hogar, pues se castiga con pérdida de gananciales al cónyuge culpable de la separación de hecho (Art. 324 del C.C.). En lo que se refiere al régimen sucesorio, el marido o la mujer, en caso de muerte de uno de ellos, el que sobreviva tiene derecho a una mitad de la masa hereditaria

por el sólo hecho de mantener el vínculo matrimonial, aunque éste haya dejado de ser institución familiar y se haya producido la separación. Igualmente, los hijos, aunque no tengan como padre al cónyuge de su madre, lo heredarán indebidamente, ya que por ser "hijo matrimonial", concurre en igualdad de derechos que los demás hijos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 818 del Código Civil.

11. Por otro lado, los últimos datos estadísticos oficiales proporcionados por el INEI, sobre el estado civil de la población, entre los que se halla el sector que vive en estado de separación de hecho, provienen del VII Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en 1993, donde, como puede verse del cuadro N° 1, de 15'483,790 de peruanos mayores de 12 años, 269,495 tienen la condición de "separado", lo que equivale al 1.74% de esa porción poblacional. A ello se puede sumar por lo menos una gran parte del sector que "no especifica" su estado civil, que era, a 1993, de 176,495 personas (1.14%). Lo referido significa que, grosso modo, un 2.5% de la población mayor de 12 años, que podría representar un universo de entre cuatrocientas mil y cuatrocientas cincuenta mil personas, estaría enfrentando problemas de orden legal, derivados de quebrantamientos del estado matrimonial, no resueltos por falta de legislación sobre la materia específica de la separación de hecho. También puede observarse de la información estadística que se inserta al final, que casi el 70% de la población censada mayor de 12 años separada de su cónyuge, se encuentra entre los rangos etáreos que van de los 20 a los 49 años; vale decir, a aquellos en los que, generalmente, se constituye la familia. Igualmente, se puede apreciar que es el radio urbano donde se concentra el mayor porcentaje de personas que declaran su condición de "separados" en una proporción de 80.38% contra una rural de 19.62%. Un dato muy interesante que se desprende, es que son las mujeres las que en número inmensamente mayor declaran el estado de separación matrimonial. Son 197,685 frente a solamente 71,810 varones. En porcentajes: 73.35% y 26.65%, respectivamente. Ello se explica porque los varones, al parecer, prefieren consignar su condición como solteros, situación que a su vez estaría demostrando que el número de personas casadas que no hacen vida conyugal es mayor al que señalan las estadísticas, pues resulta in-

congruente que haya diferencias sustanciales en el número de varones y mujeres en situación de separación de hecho.

12. Finalmente, debe dejarse constancia que el presente Proyecto de Ley viene a ser una actualización del que lleva el número 1716/96-CR y que fuera presentado el 3 de setiembre de 1993, oportunidad desde la que no ha sido objeto del correspondiente Dictamen, que, por tratarse de otra Legislatura, no es exigible, pero que a juicio del proponente es necesario, porque la carencia de legislación sobre la separación de hecho como causal de divorcio, es un vacío que perjudica a una buena parte de la sociedad, que se ha pronunciado por diferentes medios exigiendo la aprobación de la ley. Es, por tanto una necesidad vigente de urgente atención.

## COSTO-BENEFICIO

El presente proyecto, de convertirse en ley, no demandará recursos del Estado adicionales a los que actualmente otorga al Poder Judicial y al Ministerio Público, porque no crea ninguna obligación que no esté comprendida dentro de las funciones regulares de jueces y fiscales.

En efecto, se trata de incorporar en la legislación nacional, como causa de conclusión del matrimonio, una situación no prevista anteriormente, cual es la separación de hecho, que viene a ser la negativa a cumplir la obligación que establece el Art. 289 del Código Civil. Como se ha enumerado, nuestro ordenamiento legal reconoce once "causales" para la separación o el divorcio y esta ley pretende agregar una más, para que sea aceptada por los jueces como fundamento de derecho. Consecuentemente, no es mensurable, porque si bien es cierto que puede aumentar ligeramente la carga judicial, no requiere de más recursos que aquellos con los que cuentan actualmente el Organo Jurisdiccional y el Ministerio Público.

En cambio, habrá beneficio para un sector de la sociedad, que sin desearlo, mantiene su matrimonio, pese a que esta ins-

titución no cumple sus fines. La ley servirá para devolver el verdadero estado civil que corresponde a los cónyuges separados de hecho y evitará que el contrato matrimonial continúe generando efectos en una relación inexistente en la realidad y que corresponde a una unión marital ficticia.

Lima, 7 de abril de 1999.

Despacho del Congresista  
DANIEL ESTRADA PEREZ

*Comentario:*

El Proyecto transcrito es el último de diez proyectos referidos a las causales de divorcio, y sus respectivos trámites procesales. La Comisión de Justicia del Congreso de la República acordó, por unanimidad, que las iniciativas legislativas de los Congresistas Cáceres Velásquez, Estrada Choque, Alva Orlandini, Díaz Díaz, Forsyth Mejía, Llerena Marotti, Rigoberto Ezquerra y Estrada Pérez, se unifiquen en un solo dictamen, para su debate.

La modificación legislativa está dirigida fundamentalmente al establecimiento de la separación de hecho entre cónyuges como causal de divorcio, distinguiéndose las propuestas en el plazo legal exigido, así como, en ciertos requerimientos de carácter procesal para su concreción.

Como lo expone la fundamentación del proyecto precedente, un dispositivo de este carácter pretendería regularizar la informalidad en la que viven un conjunto de familias que no pueden hacerlo, por la negación expresa del cónyuge de uno de los miembros de la pareja de hecho.

Con relación a dicho argumento, es necesario advertir que la función legislativa no sólo puede priorizar la regularización de situaciones de hecho, sino ante todo, debe comprender la función orientadora del derecho respecto de las relaciones sociales a futuro, considerando su impacto social global.

Al respecto, proyectos como los planteados aunque amplíen los años de separación de hecho de los cónyuges de dos a cinco años; reconocen jurídicamente el hecho propio como causa de resolución del contrato matrimonial, lo que es contrario a principios jurídicos universalmente admitidos.

Si el matrimonio supone un compromiso asumido por dos personas, por voluntad propia, el divorcio no puede sujetarse a la voluntad unilateral de una de las partes, admitiéndose legalmente que prevalezca la del disidente, que sin motivo expresado toma la decisión de poner fin a la vida conyugal.

Consideración de mayor trascendencia si tenemos en cuenta que las decisiones a nivel familiar, en la mayoría de los casos involucran no sólo a la pareja como tal, sino también las relaciones personales y patrimoniales de éstos con sus hijos.

La sociedad requiere fortalecer la institución familiar, para lo cual debe propiciarse el establecimiento de hogares estables, capaces de asumir sus retos y dificultades comunes; en este aspecto, el matrimonio como institución jurídica, es la que brinda mayores garantías desde el interior y hacía afuera a sus miembros; medidas como las propuestas, al facilitar el divorcio por vía unilateral conducirán a que los matrimonios no meditados se incrementen; y que las parejas promedio disminuyan su interés en esforzarse por reanudar la vida conyugal ante problemas de posible superación, porque podrían optar por la separación de hecho, con los efectos legales permitidos.

De otro lado, si bien puede regularizarse la situación de hecho de un sector poblacional; la alternativa jurídica planteada favorece también, a futuro, que durante el período de espera para configurarse la nueva causal, los cónyuges puedan establecer relaciones temporales e inestables, con la promesa de un divorcio unilateral que aguardará en la más exigente de las propuestas, cinco años; nuevas relaciones de pareja se gestarían deviniendo en cuasi matrimonios de prueba o relaciones espectaculares más o menos prolongadas, con los consecuentes riesgos y perjuicios personales y patrimoniales de la muy posible nueva prole.

Un aspecto que resulta también muy preocupante, es que esta propuesta legislativa al modificar sustancialmente el ordenamiento civil en esta materia; desalentará particularmente la separación convencional y el divorcio ulterior; como la alternativa legal menos perjudicial para un matrimonio destruido, pues tornaría innecesarios los esfuerzos de negociación hacia un consenso, el que sería reemplazado por la facilidad de la espera del implacable transcurso del tiempo.

La separación convencional permite la búsqueda de coincidencias no sólo para poner fin a la unión legal, como lo hace la separación de hecho unilateral, sino que favorece la reglamentación conjunta de aspectos familiares fundamentales, como son la relación personal y seguridad de los hijos menores de edad, así como de aspectos conyugales patrimoniales, ámbitos tan importantes de la vida privada que no son dejados a la decisión discrecional de un tercero, como ocurre en la propuesta unilateral.

Cierto es que dentro del marco restringido de la legislación vigente, la posibilidad de concertar entre los consortes se evidencia con frecuencia en nuestra realidad, basta advertir el número superior de procesos convencionales sobre los de causal, en los que incluso, en muchos casos los cónyuges se avienen a su variación por una acción convencional.

Finalmente se ha de señalar que el matrimonio como institución va más allá de la pareja que participó en el acto matrimonial fundacional, involucra al conjunto de sus miembros y relaciones de orden ético, emocional, personal y patrimonial que los vinculan, que no pueden quedar sujetas a la decisión exclusiva del disidente; el hecho de que en la realidad ocurran casos como éstos, no significa que exista el imperativo social que exija se legitime su ocurrencia, generando incluso "derechos", de cierto modo preferentes, a favor del cónyuge que se alejó de la familia primigenia que libremente constituyó.



## **CAPITULO II**

### *EXAMEN DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL PERU*



## 1. EL ADULTERIO

### 1.1. *Definición*

Etimológicamente la voz adulterio deriva del latín *ad alterius thorum ire* que significa andar en lecho ajeno. A decir de los hermanos Mazeaud, éste constituye la violación de una obligación esencial del matrimonio: la fidelidad. Sin embargo, no cualquier acto de infidelidad podrá configurarlo. Nuestros Tribunales exigen para su tipificación "el acceso carnal que uno de los cónyuges mantiene con tercera persona" (Ej. Supr. del 14 de junio de 1982)<sup>3</sup>

### 1.2. *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.

---

<sup>3</sup> Exp. 482-82 / La Libertad.

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

Caso de controvertido examen es el planteado por la inseminación artificial heteróloga de la cónyuge, proceso por el cual el acto de fecundación tiene lugar con espermatozoide de un tercero, con el desconocimiento del esposo. Hernán Larraín opina al respecto:

“Que la razón biológica y moral del adulterio es la falta esencial a la fe prometida en el matrimonio, la introducción de un hijo ajeno al hogar y la modificación que se produce con el organismo femenino tanto por el embarazo mismo, como por la simple absorción del semen por el epitelio de la vagina; ... le hace concluir que “la inseminación artificial constituye adulterio”<sup>4</sup>.

A pesar de los argumentos esgrimidos, no podemos dejar de tener en cuenta, que el requerimiento constitutivo de la relación sexual como componente del adulterio, hace que dicho acto de inseminación artificial, no pueda ser considerado como tal, aunque infrinja notablemente el deber de fidelidad; ello no impide, por supuesto, que podamos comprenderlo como una grave ofensa sufrida por el cónyuge inocente.

Puede sostenerse, entonces, que no toda violación de la obligación de fidelidad conyugal da lugar a esta causal, ni siquiera cualquier tipo de relación sexual extramatrimonial, ya que como se ha referido las de carácter patológico están excluidas, sólo el acto sexual, libremente practicado por el cónyuge infractor con persona de diferente sexo, puede ser considerado adulterio.

---

4     Hernán Larraín Ríos. Divorcio. Estudio de Derecho Civil Comparado. Santiago de Chile, Jurídica, 1966, p. 188.

### 1.3. *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 adulterio.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE ENERO DE 1982 <sup>5</sup>

La Corte Suprema declaró de conformidad con el dictamen fiscal, No Haber Nulidad en la sentencia de vista que, desaprobando la consultada, declaró infundada la demanda por adulterio.

Por lo referido en el dictamen fiscal, puede establecerse que el nacimiento del menor se produjo durante la vigencia del matrimonio, pero su concepción fue previa a él. La parte ofendida acompañó la partida de nacimiento como prueba de la supuesta infidelidad, ya que es usual acreditar esta causal mediante la existencia de un hijo adulterino. Pero como se ha distinguido en esta ejecutoria, la configuración del adulterio se da por el acto sexual con tercero dentro del matrimonio, siendo ésto en sí mismo lo que determina la causal, y no sus efectos. La concepción, nacimiento o posterior reconocimiento de un menor son importantes en la medida que permiten suponer un acceso carnal previo, facilitando su probanza, la que deviene más difícil cuando no hay elementos objetivos que apreciar.

---

5 Exp. 1181-81 / Lima.

Esclarecedor fallo el del Tribunal Supremo, al declarar que sólo existe adulterio cuando se encuentra vigente el matrimonio; el acto sexual anterior no es falta ante el otro cónyuge, en la medida que aún no existe el deber legal de fidelidad que se establece con el matrimonio.

En sentido similar se pronunció:

EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE MAYO DE 1998<sup>6</sup>

“Que, como la causa del adulterio no es la inscripción del recién nacido en los Registros Civiles sino las relaciones extramatrimoniales que el demandado mantenga con otras personas, el plazo no puede computarse desde la referida inscripción ...”

#### ***1.4. Igualdad de los cónyuges ante el adulterio***

El adulterio es una de las faltas conyugales más graves que puede cometerse durante el matrimonio, siendo sumamente reprochable su comisión por cualquiera de los consortes.

Colin y Capitant nos dirán: “Es evidente que la mujer no es menos ultrajada que el marido por la traición de aquél que le ha prometido fidelidad”<sup>7</sup>.

Asimismo, Mazeaud expresa: “En la esfera moral, la falta del hombre es tan grave como la de la mujer; por tanto, debe ser sancionada con igual severidad”<sup>8</sup>.

##### ***1.4.1. La prueba del adulterio y los alcances de la presunción legal de paternidad***

En el adulterio, la falta cometida por la mujer genera riesgos de contenido jurídico distintos a los del varón, ya que sí como re-

---

6 Casación N° 979-97/ Lima

7 Ambrosio Colin y Henry Capitant, Curso elemental de Derecho Civil. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1941 t.I, p. 438.

8 Henry y Jean Mazeaud. Op. Cit, p. 407.

sultado de sus relaciones adulterinas la cónyuge quedara embarazada, la ley presume que el hijo nacido durante el matrimonio, tiene como padre al marido (Presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*) como lo establece el art. 361 del C.C.

Al respecto notables cambios serán los que produzcan la modificación del artículo 363° del Código Civil realizada por la Ley N° 27048, publicada el 6 de enero de 1999; que autoriza también en los casos de negación de paternidad matrimonial la admisión de la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza; añadiéndose la evidencia biológica como una causal de contestación de paternidad.

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

Los Tribunales han invocado con frecuencia dicha presunción, al 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 acreditada.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE AGOSTO DE 1981 <sup>9</sup>

...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 solicitud de hospitalización de fs. ..., donde aparece que la emplazada 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 ....

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE AGOSTO DE 1984 <sup>10</sup>

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen fiscal que expresaba:

---

9 Exp. 887-81 / Lima.

10 Exp. 1321-83 / Ica.

...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.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE FEBRERO DE 1984 <sup>11</sup>

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 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...

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE DICIEMBRE DE 1981 <sup>12</sup>

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

---

11 Exp. 1257-83 / La Libertad.

12 Exp. 3298-80 / Junín.

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.

## 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE ABRIL DE 1993 <sup>13</sup>

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.

No obstante cabe señalar que dicho principio es de aplicación plena en los procesos de filiación, cuyo pronunciamiento judicial tiene efectos muy distintos a los que se producen en un juicio por la causal de adulterio.

### 1.4.1.2. *Casos especiales que cuestionan la eficacia de la presunción legal de paternidad en los procesos de divorcio*

La separación material de los cónyuges y el impedimento fisiológico del marido de poder procrear constituyen dos situaciones especiales, en las que los alcances de la presunción de paternidad y la probanza del adulterio van a tener mayor discusión.

---

13 Exp. 922-92 / Lima.

- *Revela adulterio el aborto incompleto sufrido por la cónyuge que se encuentra separada físicamente de su esposo.*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE SETIEMBRE DE 1985 <sup>14</sup>

La Corte Suprema falló de conformidad con el dictamen fiscal que opinaba:

Del estudio y evaluación de la prueba actuada se desprende que el actor ha acreditado el fundamento de su pretensión. En efecto, si las partes están de acuerdo en que se encuentran separadas de hecho hace más de 10 años (confesión de la demandada a fs. 56), resulta obvio que el ingreso de la emplazada al Hospital Regional del Cuzco, presentando un cuadro de aborto incompleto por un raspado uterino, según se desprende de la diligencia preparatoria corriente a fs. 57 y siguientes, se debe a las relaciones sexuales que ha sostenido la demandada con persona distinta de su marido.

El fallo supremo es bastante claro al considerar que, ante la separación material de los cónyuges por más de 10 años, es imposible que el marido sea el responsable de la concepción del embarazo frustrado que sufriera la demandada; *contrario sensu* se interpretó que debía tratarse de una relación ilícita, susceptible de dar lugar a la causal de adulterio, no requiriendo como es usual se acredite la oportunidad y la persona con quien tuvo lugar la falta conyugal.

- *El nacimiento de un menor en una relación extramatrimonial de carácter permanente, configura adulterio.*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE MARZO DE 1991 <sup>15</sup>

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

---

14 Exp. 1209-84 / Cuzco.

15 Exp. 1625-90 / Huancavelica.

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 con-  
viviendo 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 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 recur-

so 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 ...".

Debe anotarse que este tipo de calificación que determina el adulterio como causal de divorcio, no debe ni puede afectar al status legal de filiación del menor, que como bien se ha dicho se encuentra amparado por la presunción legal de paternidad, la cual sólo podrá ser cuestionada por el marido, a través de una acción contestatoria de la paternidad, de requerimientos especiales, y cuyo objeto de controversia es muy distinto al ventilado en el divorcio.

*- La reiterancia en el nacimiento de un menor cuya paternidad se discute, configura adulterio.*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JUNIO DE 1993 <sup>16</sup>

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 concluído 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 arts.

---

16 Exp. 740-92 / Lambayeque.

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.

Cabe resaltar la apreciación distinta que merece el adulterio como falta conyugal que amerite la disolución del vínculo y el hecho de que exista o no un proceso o sentencia que impugne la filiación del marido sobre el menor hijo de la cónyuge.

Exigir como prueba fehaciente de la causal en este tipo de casos, la existencia de una sentencia favorable en un proceso de impugnación de paternidad matrimonial resulta excesivo, más aún si se considera los estrictos términos de caducidad para la acción de divorcio y la duración de un proceso de conocimiento en el que se ventile la acción contestatoria de la paternidad.

Al respecto es importante distinguir entre la prueba de la falta conyugal adulterio, como causal de divorcio y los alcances de la presunción legal de paternidad. En este sentido la siguiente ejecutoria permitirá una mayor reflexión sobre el tema.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE AGOSTO DE 1991 <sup>17</sup>

La Corte Suprema de conformidad al dictamen fiscal declaró:

---

17 Exp. 2357-90 / Callao.

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.

En la última resolución el representante del Ministerio Público distingue la presunción de filiación establecida en el art. 362 del Código Civil de la valoración de la prueba respecto a la causal de adulterio. La presunción de filiación opera plenamente respecto al status de filiación legal del menor de edad nacido duran-

te el matrimonio y no tiene porque extenderse, rigiendo el ámbito de otra institución de derecho familiar como es el divorcio.

Para efectos de esta causal, es necesario acreditar el yacimiento carnal de uno de los cónyuges con tercera persona, utilizándose todos los medios probatorios que admite la ley, e incluso también los auxiliares como el valor de los indicios, tal como lo prevé la legislación procesal (arts. 275, 276 del C.P.C). De ese modo, si de la declaración de parte y del conjunto de la prueba en autos, aparece que el hijo es adulterino, no puede invocarse los alcances de la presunción aludida para evitar que prospere la causal. Una es la declaración de adulterio y otra es la filiación legal del menor adulterino.

La acción contestatoria de paternidad es exclusiva del marido y por tanto, de ejercicio facultativo, tal como lo dispone los arts. 362 y 363 del Código Civil, el marido puede bien invocar y acreditar la infidelidad como causal de divorcio y no cuestionar legalmente la filiación del hijo adulterino de la cónyuge, el que continuará bajo el amparo de la presunción legal, pese a los hechos expuestos y probados por las partes en el divorcio.

*- Algunos casos sobre esterilidad del cónyuge, la presunción legal de paternidad y la configuración del adulterio.*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE FEBRERO DE 1985 <sup>18</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal determinó:

Como fundamento de su pretensión, precisa el actor que contrajo matrimonio con la demandada en 1971; comunicándole antes de celebrado este acto que había sido sometido a una intervención quirúrgica por una afección renal, llegando a comprometerle los órganos genitales, lo cual lo dejaba imposibilitado para poder procrear; que por razones de trabajo, pues es miembro de la Guardia Republicana, tuvo que ausentarse del hogar conyugal, al que sólo llegaba una vez al mes; que en el

---

18 Exp. 506-84 / Lambayeque.

mes de julio de 1980, la demandada le comunicó que se encontraba embarazada, hecho éste que le causó alarma por no sentirse padre del hijo que su esposa había engendrado, pues padece de azoospermia absoluta, esto es que le falta espermatoos en el líquido seminal, habiendo por tanto incurrido la demandada en adulterio [...]

La prueba actuada por el actor como fundamento de su demanda y que básicamente comprende los análisis de fs. ...y ..., las pericias de fs. ...y ..., así como las instrumentales de fs. ....y ..., no resultan adecuadas a la naturaleza de la presente acción, toda vez que ellos inciden principalmente en la negación de paternidad conforme a lo previsto en el art. 301 del C.C. (D) que no ha intentado el demandante, y no en la causal de adulterio que importa el yacimiento carnal de una persona con otra distinta de su cónyuge, situación ésta que no ha sido probada por el actor.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE SETIEMBRE DE 1956 <sup>19</sup>

El dictamen fiscal sostuvo:

La controversia se dirige, especialmente, a establecer la impotencia del hombre, para procrear. Según prueba pericial ..., el demandante ha sufrido de un proceso tuberculoso en los órganos genitales, que han determinado su esterilidad absoluta, que ha podido retrotraerse a un período de 12 años atrás [...]

La sentencia de vista, de acuerdo con el dictamen de su fiscal de fs. ...apoya la tesis sostenida por los peritos médicos, que declaran al sujeto impotente para fecundar. La testimonial ofrecida por el actor, no arroja datos concluyentes sobre el adulterio. Sólo uno de los testigos da los nombres del sujeto que acompañaba a la mujer, las tres veces que fue vista en la calle, sin indicar la fecha ...Los demás testigos saben de los hechos por referencia.

Con esta prueba deficiente, no se puede llegar a una conclusión definitiva, como lo hace la sentencia de vista, pues, la presunción de paternidad subsiste, por hallarse amparada por un documento público, como es la partida. Como quiera

---

19 Exp. 82-55 / Lima. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 156, Enero de 1957, p. 57-59.

que el hijo ha nacido durante el matrimonio y ostenta título legal de su filiación legítima, el padre o sus herederos, si esa filiación no es real, tienen que destruir la eficacia de ese título, en acción distinta a la vista de acuerdo con el artículo 301 del C.C. Es aventurado hacer tal declaración en un juicio sumario, ya que la negación de paternidad o su impugnación es personal, que se tramita en la vía ordinaria.

La Corte Suprema resolvió:

Vistos, con lo expuesto por el señor Fiscal y considerando: que la causal de adulterio invocada por el demandado don ..., como fundamento de su demanda de divorcio, se encuentra suficientemente acreditada, entre otras pruebas, por el mérito de las declaraciones testimoniales actuadas ..., por las cuales se establece que la demandada ...se encontraba separada de su esposo, ...y que tenía relaciones irregulares con persona distinta de la de su cónyuge; y que las pruebas relativas a la falta de capacidad de fecundar alegada por el actor y a que se refieren las pericias médicas que obran en el expediente, no son susceptibles de la apreciación judicial en el presente juicio, porque ellas inciden, principalmente en la negación de la paternidad del hijo que se encontraba por nacer cuando se interpuso la demanda, punto que no es materia de la presente controversia.

Declaró fundada la demanda por la causal de adulterio.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE FEBRERO DE 1980<sup>20</sup>

En ella se declaró Haber Nulidad en la de vista, que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda por adulterio, la que reformándola declararon infundada.

Estableciéndose que:

“No se ha probado en autos que el actor hubiera sufrido de impotencia generandi en la época del embarazo ectópico tenido por su esposa”.

---

20 Exp. 2593-79 / Lima.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE ABRIL DE 1993 <sup>21</sup>

De las certificaciones médicas que obran a fs. 46, se observa que el actor sufre de impotencia sexual, sin poder mantener relaciones sexuales y por ende no puede tener hijos, a partir del accidente que sufrió el 28 de enero de 1987 y, de la certificación de fs. 89 se advierte que la demandada fué internada en el Hospital Regional de ...en el servicio de obstetricia, del 07 al 09 de abril de 1987, diagnosticándosele 13 semanas de gestación, fecha probable de parto el 10 de octubre del indicado año lo que permite colegir que bien pudo concebir los primeros días o semanas del mes de enero de 1987 fecha en la que el demandante se encontraba sano completamente, por lo que se desvanece la imputación del demandante, tanto más si existe la presunción del art. 362 que dice "el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es del marido o sea condenada como adúltera".

Las dos primeras ejecutorias inciden en que la prueba del demandante se orienta a acreditar su impotencia de procrear y en segundo término a probar la relación extramatrimonial de su cónyuge con tercera persona, considerando uno de los fallos insuficiente el extremo de la relación adulterina propiamente dicha, por lo que declaró infundada la acción, mientras que el otro apreciándolo convincente dispuso la disolución; ambas resoluciones coincidieron en señalar que la prueba sobre la esterilidad del cónyuge no es la adecuada en este juicio porque debía ser materia de discusión en otra acción "La Negación de Paternidad". Las últimas en cambio admitieron la prueba en este extremo, no obstante la ameritaron insuficiente para acreditar la impotencia generandi, en el periodo de la concepción, razón por la que declararon infundadas las demandas.

Como lo sostienen estas ejecutorias, es improcedente que dentro de un juicio de divorcio se pretenda declarar la no paternidad del cónyuge sobre un menor amparado por la presunción legal, ya que ello debe ventilarse en un juicio distinto, lato, con caracteres propios y a saberse muy restringidos señalados por los arts. 363 al 370 del C.C.

---

21 Exp. 1002-92 / Ica.

Sin embargo, para efectos de la sola disolución del matrimonio por adulterio, en concordancia a los argumentos expuestos respecto a la ejecutoria del 23 de agosto de 1991 (cita 17), no resultaría impertinente acreditar como único extremo inclusive la esterilidad del cónyuge, pues bien puede ocurrir que el agraviado sólo conozca el hecho objetivo del embarazo de su esposa, pero ignore cómo y con quién ha tenido lugar la infidelidad, no contando con elementos que le permitan demostrar de otra forma el origen ilícito de esa gestación.

El caso de esterilidad del cónyuge es semejante al planteado por la separación material de los esposos, por lo que la procreación de un menor en tales condiciones permite colegir la ocurrencia de una relación extramatrimonial, que amerita la configuración de la causal de adulterio y por lo tanto la declaración del divorcio.

Cabe distinguir que, una es la apreciación de la prueba del adulterio, que conduzca a la convicción lógica de la ocurrencia de la falta conyugal y otra es la filiación legal del menor nacido en estas circunstancias, e inclusive otra es la apreciación de la prueba en una acción contestatoria de la paternidad, que tendrá que desvirtuar el poder de la presunción legal que ampara al hijo matrimonial.

#### **1.4.2. *El adulterio y el incumplimiento de las obligaciones conyugales del demandante***

*- El adulterio del cónyuge que invoca la causal no impide que se configure el adulterio del otro consorte.*

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ENERO DE 1993 <sup>22</sup>**

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público, estimó:

---

22 Exp. 2773-91 / Lima.

El actor a fs. 6, interpone acción de divorcio, por las causales de adulterio, sevicia e injuria grave; manifestando que por falta de comprensión de parte de la demandada, tuvo que verse obligado a separarse de ella, ya que continuamente tenían problemas, separación que se llevó a efecto el año 1980; que traz una minuciosa investigación y valiéndose de amigos, ha logrado ubicar una partida de nacimiento de la menor llamada ..., hija de la demandada y de ... quien es su compañero de trabajo, apareciendo en dicha partida la emplazada como casada con...

En el acto del comparendo, cuya acta corre a fs. 13, la demandada contestando la demanda sostiene, que los primeros años no tuvo problemas con el demandante, que ambos trabajaron para sostener el hogar, hasta que en el mes de febrero de 1980, el actor no llegó a la casa conyugal; que al día siguiente cuando la demandada retornó de su trabajo, encontró con sorpresa que el demandante, se había llevado todas sus pertenencias personales, por lo que optó por recurrir a la Comisaría del sector y dejar la constancia de lo sucedido; que transcurrido unos meses, para el día de la madre, el actor retornó, al hogar arrepentido de la acción que había cometido, la demandada lo volvió a aceptar, con la finalidad de que sus hijos se criaran con su padre, pero el comportamiento del demandante ya no era igual; que a principios del año 1982, salió embarazada de su tercera hija y cuando le comunicó su estado de gravidez, no le agradó; que luego empezó a faltar al hogar por dos o tres días, hasta que se fue definitivamente en el mes de julio de 1982; dejándola embarazada de seis meses; que el demandante hizo abandono del hogar para irse a convivir con una mujer llamada ...; que es falso que el actor recién se haya enterado que tiene una hija llamada ...; que cuando se comprometió con ..., el demandante ya tenía conocimiento, al haberle solicitado el divorcio por mutuo acuerdo con el fin de rehacer su vida con su actual conviviente; que el demandante sin haberse divorciado se ha vuelto a casar con ..., habiendo procreado una hija llamada ..., nacida el 12 de junio de 1987; que deduce la excepción de naturaleza de juicio, porque se le ha dado a la demanda una sustanciación distinta a la que le corresponde; que reconviene para que el actor la indemnice por daños y perjuicios. Corrido traslado de la excepción y la reconvenición planteadas, el actor manifestó, que en lo que respecta a la excepción, que la demanda ha sido tramitada de acuerdo a su naturaleza y respecto a la reconvenición que es el demandante el perjudicado al haber irrogado gastos los diferentes procesos que le ha iniciado la emplazada.

El Juzgado de origen al expedir sentencia a fs.92/94, considera que la causal de adulterio que el actor atribuye a su cónyuge, se encuentra debidamente acreditada, con la partida de nacimiento de la menor..., habida de prestar confesión; que no está probado que el actor haya conocido oportunamente el nacimiento de la citada menor o de modo alguno hubiera consentido esa relación; que si bien puede estimarse acreditado que el demandante mantuvo relaciones extramatrimoniales con ..., carece de significación, puesto que no se trata de establecer, la conducta del demandante, al no haberse promovido acción por causal atribuible al actor.

La sentencia de Segunda Instancia de fs. 104, considera que la pretensión divorcista basada en la causal de adulterio, no puede ser intentada por quien provocó o consintió el adulterio y menos cuando ha caducado por haber vencido seis meses después de conocida la causa por el ofendido; que no basta apreciar el hecho objetivo del nacimiento de la menor a que se refiere la partida de fs. 4, que es imperativo analizar el contexto familiar para determinar si la sanción civil del divorcio por adulterio debe imponerse a la cónyuge demandada por serle absolutamente imputable tal conducta; que el actor había contraído matrimonio religioso con..., con quien ha procreado a la menor ...; que así mismo el propio actor reconoce haber hecho abandono de su hogar desde el 1ro. de febrero de 1980 sin que haya expresado razón atendible para haberlo hecho; que tal conducta evidencia que el actor venía incumpliendo sus deberes conyugales y por tanto habiendo actuado deslealmente para con su cónyuge, mal puede exigirle respeto, pues quien con sus propios hechos provoca una respuesta de esa naturaleza, carece de calidad moral para exigir su reparación.

Del análisis de lo actuado y de los acompañados que se tienen a la vista, se concluye lo siguiente:

1. Que la causal de adulterio invocada por el demandante, se halla suficientemente acreditado, con el mérito de la partida de nacimiento de la menor ..., que corre a fs. 4, habida de las relaciones extramatrimoniales de la demandada con ..., corroborado por lo sostenido por la demandante al contestar la demanda en el acto del comparendo y al dar respuesta a la octava pregunta en su confesión de fs. ...
2. Que no está en ninguna forma acreditada que el actor provocó o consintió, las relaciones adulterinas de su cónyuge demandada, ya que el hecho de haber dejado el hogar por las desavenencias surgidas entre los cónyuges, no se puede consi-

derar como un acto de provocación o consentimiento del adulterio cometido por la emplazada.

3. Que no se halla probado, que el actor conoció con anterioridad de seis meses de presentada la demanda, el nacimiento de la menor ..., si se tiene en cuenta que la partida de nacimiento tiene como fecha de expedición el 02 de noviembre de 1988 y la demanda fue recepcionada por el Juzgado con fecha 13 de diciembre del mismo año.

4. Que el actor al contestar la demanda en la acción que se le siguió sobre alimentos a fs. 56 y al prestar confesión a fs. 65/68 del expediente sobre entrega de menor, en ninguno de los 2 actos, se refiere al hecho de que su cónyuge haya procreado a la menor ..., habida de sus relaciones con...

5. Que el haberse retirado el demandante del hogar conyugal, para luego contraer matrimonio religioso con ..., habiendo procreado a la menor ..., dicha conducta no enerva el acto adulterino cometido por la demandada.

En consecuencia, encontrando que la causal de adulterio imputable a la demandada, se encuentra fehacientemente acreditada, esta Fiscalía opina HABER NULIDAD en la recurrida, proponiendo se confirme la sentencia de primera instancia.

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

¿El incumplimiento recíproco de los deberes conyugales podría enervar la culpa del infractor? Como planteara la resolución presentada, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado sosteniendo "que en materia de separación de cuerpos no tiene cabida la compensación de culpa, cuando ninguno de los cónyuges sea inocente y que por consiguiente cada uno está legitimado para demandar la separación fundado en la culpa del otro o contra-demandar:

"Puede ocurrir que ambos cónyuges con un obrar sin relación alguna uno con otro, hayan dado lugar a la situación inarmónica, hipótesis en la que los dos son culpables y, en conse-

cuencia, responsables de la medida, cualquiera que sea el demandante o los dos solicitan la separación de cuerpos en la demanda principal y de reconvencción, pues ninguno puede justificar su comportamiento con el del otro.

Pero puede suceder también que los dos hayan originado el conflicto por conductas recíprocamente provocadas, con la pretensión de justificar cada uno su comportamiento en el del otro, caso en el que, destruída la armonía doméstica, reclama la imposición de la medida por la culpa de los dos esposos, sino puede determinarse cuál de las faltas acaeció primero, pues si esto se logra establecer y no se trata de violación de obligaciones que se cumplen con conductas omisivas, quién faltó primero será responsable de la separación de cuerpos, pues el otro habrá demostrado que su actitud se justifica”<sup>23</sup>.

En el caso de los tribunales nacionales, si bien se observa esta consideración, principalmente en la causal de adulterio, también puede apreciarse que ello no es tan absoluto al evaluarse otras causales de divorcio, en las que se considera el efecto de la falta conyugal en el cónyuge inocente y su observancia o no de los deberes conyugales para disminuir o eximir la responsabilidad del culpable, como se amerita en las ejecutorias de los apartados 2.4, 3.3, 4.10, 5.3.2 y 6.3.

### ***1.5. Casos en que no procede la acción de divorcio por adulterio***

Nuestra ley impide expresamente al cónyuge que provocó, 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 sufrido. La falta conyugal puede ser dispensada en cualquier momento,

---

23 Juliana Sarmiento y Eusebio Carbo. *Las Relaciones Sexuales Extramatrimoniales y sus efectos en la legislación civil*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas, 1991, p. 60.

incluso luego de interpuesta la demanda, en tal caso el actor se encuentra imposibilitado de continuar el proceso.

Interesante comentario es el formulado por los autores Juliana Sarmiento y Eusebio Carbo en relación al adulterio provocado, señalando: "No puede 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"<sup>24</sup>.

### 1.5.1. *El adulterio consentido*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE JULIO DE 1984<sup>25</sup>

La Corte Suprema de conformidad en parte con el dictamen fiscal, declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de adulterio:

La partida obrante a fs. ...de estos autos, por la que consta que no encontrándose aún disuelto el matrimonio de demandante y demandada, ésta última contrajo con fecha 29 de marzo de 1980 nuevo matrimonio con don ..., incurriendo en la causal de adulterio invocada por el actor, no siendo suficiente para admitir la defensa de la demandada, el hecho de que conforme a los documentos corrientes a fs. ...y siguientes, el actor haya prestado su consentimiento para que la demandada pudiese contraer nuevo matrimonio en razón de que por tratarse de normas de carácter público son de orden imperativo y de total cumplimiento para las partes.

---

24 Juliana Sarmiento y Eusebio Carbo. Op. Cit., p. 53-54.

25 Exp. 1336-83 / Lima.

De otro lado y si bien la separación de cuerpos pone fin a los deberes relativos al lecho y habitación, ello no importa que cualquiera de los cónyuges pueda realizar actos que atenten contra un matrimonio todavía vigente. La convivencia de la demandada con ..., aceptada por aquella en el comparendo de fs. ...y confesión de fs. ...reflejan claramente que la demandada no ha guardado la debida observación a determinadas reglas de conducta por el hecho de encontrarse todavía casada con el actor todo lo cual evidentemente repugna al instituto del matrimonio.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE ABRIL DE 1991 <sup>26</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Consta de autos que el actor, solicita se declare la disolución del vínculo matrimonial contraído por ante el Concejo Distrital de San Isidro, en el año de 1974, por haber incurrido su cónyuge en la causal prevista en el inc. 1º del art. 333 del C.C. Sostiene que la demandada abandonó el hogar el 07 de enero de 1986 por motivos de infidelidad agrega que con fecha posterior la demandada le manifestó que tenía otro compromiso con don ...lo que le llevó a suscribir un documento con su cónyuge para que pueda contraer matrimonio con su conviviente.

Citadas las partes a comparendo se realizó la diligencia a fs. 25, con la asistencia de ambas partes, la demandada absuelve la demanda manifestando que no ha cometido adulterio y que no ha abandonado el hogar y que fue el demandante quien le propuso separarse, obligándola a firmar un documento para contraer matrimonio con don ...y otro documento sobre régimen de visitas para sus menores hijos.

La instrumental corriente a fs. 12 y 13 y la diligencia de exhibición de fs. 52, si bien prueban el hecho adulterino en que ha incurrido la demandada, también es cierto que el demandante al suscribir dichos documentos está perdonando no sólo la conducta de su esposa sino que por otro lado está provocando y consintiendo dichas relaciones no pudiendo por tanto intentar la acción de divorcio por esta causal, conforme lo prevén los arts. 336 y 355 del C.C.

---

26 Exp. 1904-87 / Lima.

Los casos planteados ofrecen una posibilidad interesante de discusión teórica, respecto a que, si efectivamente el adulterio cometido en las condiciones descritas, es susceptible de dar lugar a la acción de divorcio, teniendo en cuenta que si bien sus conductas, graficadas en un segundo matrimonio o segunda relación cuando todavía se encontraba vigente su vínculo matrimonial, resultan presumiblemente incursas en esta causal, también lo es que permitir que el otro cónyuge intente y al fin logre un divorcio, amparándose en una relación que no tuvo reparos en autorizar, reflejaría la realización de un adulterio consentido.

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 improcedente.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE ENERO DE 1985<sup>27</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal estimó que:

La prueba actuada por el actor, revela en forma clara que si bien su esposa ha incurrido en la causal de adulterio (partida de nacimiento de fs. ...), también revela y demuestra que ha consentido y admitido en las relaciones extramatrimoniales que sostuvo la demandada. La propia denuncia sentada por el demandante y que corre a fs. ..., demuestra que éste a julio de 1982, señala como su domicilio el que constituía el hogar común que tenía con la emplazada, esto es en calle ..., resultando inconcebible y no ha demostrado lo contrario que haya dejado de tener conocimiento de los signos externos de un parto como es todo el proceso del embarazo.

---

27 Exp. 484-84 / Arequipa.

En este sentido su confesión de fs. ...y las testimoniales de fs. ..., revelan que el actor tuvo conocimiento desde un comienzo de las relaciones adulterinas de su esposa y del perdón que en todo caso hizo de ellas, de todo lo cual resulta amparable la excepción interpuesta.

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

El art. 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 momento.

La acción en el presente caso no prosperó por declararse fundada la excepción de prescripción. No obstante cabe precisar que el adulterio consentido, provocado o perdonado, previstos en el art. 336 del C.C., no están sujetos a los plazos que establece el art. 339, por cuanto sin necesidad de que medie término de caducidad alguno, aquellos hechos se hallan impedidos expresamente por la ley de ser fundamento de una acción de divorcio, que de existir y ser acreditados en el proceso han de conducir a que se declare improcedente la demanda, en el caso de autos, la demandada invocó en su defensa la prescripción y no el otro argumento, el fallo se amparó en ella a efectos de evitar que prospere un divorcio ilegítimo.

*- El consentimiento de un primer adulterio no puede proyectarse al nacimiento posterior de otros menores de edad.*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE MAYO DE 1990 <sup>28</sup>

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

---

28 Exp. 1920-89 / Lima.

Que como lo señala el Señor Fiscal en su dictamen, la causal de abandono injustificado de la casa conyugal ha sido debidamente acreditada; que, en cambio, la causal de adulterio igualmente invocada en la demanda, que al Señor Fiscal le parece improbadada, sí debe ser admitida, pues el demandado ha procreado no solamente a la segunda hija de doña ..., pues la primera fue acogida por la demandante, sino también a otro menor en doña ..., de modo que la indicada causal debe ser considerada como plenamente probada ...

El Ministerio Público respecto a la causal de adulterio opinó;

Del análisis de las diligencias y pruebas actuadas se desprende que la actora tenía pleno conocimiento de que el demandado sostenía relaciones sexuales tanto con doña ...y doña ..., tal es así que inclusive llevó a vivir junto a ellos a una de las hijas de éste llamada ..., es decir, consintió el adulterio en el que había incurrido el emplazado, lo que se encuentra corroborado con lo manifestado por la propia actora en su demanda y con los actuados sobre entrega de menor provenientes del Juzgado de Menores que obran de fs. 31 a fs. 38; por lo que considerando la fecha en que las partes y la mencionada menor vivían juntos e inclusive se ha quedado con la actora después que el demandado ha dejado el hogar conyugal el 05 de setiembre de 1985, a la fecha que se interpone la presente acción, ha transcurrido más del tiempo que señala el art. 339 del Código Civil, por lo cual la causal de adulterio ha caducado.

El fallo distingue la autonomía de las faltas conyugales estableciendo que nuevos adulterios configuran plenamente la causal, aunque previamente conductas semejantes hayan sido dispensadas.

### *1.5.2. El perdón y la reconciliación*

#### *1.5.2.1. Distinción entre el perdón y la reconciliación*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE NOVIEMBRE DE 1982<sup>29</sup>

- El actor interpone demanda de divorcio contra su esposa

---

29 Exp. 1087-82 / Callao.

invocando las causales de adulterio, abandono y conducta deshonrosa.

- En el comparendo el demandante se ratificó en la demanda, el traslado fue absuelto contradictoriamente por ella, quien dedujo excepción de prescripción fundándose en que habían transcurrido más de tres años de que el actor tuvo conocimiento y había consentido la convivencia de ésta con aquel tercero.

- En Primera Instancia se declaró fundada la demanda por las tres causales, e infundada la excepción de prescripción, estableciéndose que los menores quedarían con el padre, señalándose régimen de visitas para la madre.

- La demandada interpone apelación. La sentencia de vista, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, establece que si bien se ha acreditado la conducta adulterina de ella por medio de las partidas de nacimiento que corren en autos, los cónyuges procrearon un hijo con posterioridad, lo que implica que se produjo el perdón; por lo que atendiendo a lo señalado en el art. 250 del C.C. (D), Del adulterio queda enervado, que la conducta deshonrosa no se halla acreditada mientras que el abandono malicioso sí está debidamente configurado, por lo que revoca la apelada declarando improcedente el pronunciamiento sobre adulterio por haberse producido el tácito perdón y fundada la demanda sólo por la causal de abandono malicioso del hogar conyugal.

- El Fiscal Supremo en su dictamen hace suyos los fundamentos de la resolución de la Corte Superior y opina porque se declare No Haber Nulidad.

- La Corte Suprema considerando que con posterioridad a la demanda ambos cónyuges han procreado al menor ...como se ve de la partida de nacimiento ..., reconciliados los cónyuges resultan perdonados los hechos imputados por el demandante, y de conformidad con lo prescrito en el art. 251 del C.C. (D), Declararon Haber Nulidad en lo demás que contenía, por lo que declaró infundada la demanda en todos sus extremos.

Esta resolución plantea un interesante tema a tratar:

Determinar si el hecho que los cónyuges procreen un hijo con posterioridad a la demanda de divorcio, implica el perdón de la causal de adulterio y por lo tanto la aplicación del art. 336 del Código Civil (art. 250 del C.C. derogado), o este acontecimiento revela además reconciliación y en tal virtud habría que remitirse a los arts. 356 y 346 último párrafo del C.C. (art. 251 del C.C. derogado). La asunción de una u otra posición es importante ya que como se ha podido observar en la ejecutoria, sus efectos son distintos.

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 primero.

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.

La Corte Superior y el Fiscal Supremo, interpretaron como perdón del adulterio el hecho de haber convivido y procreado los cónyuges un hijo, y en ese sentido se han remitido a la norma pertinente; no afectándose la otra causal acreditada.

La Corte Suprema ha considerado que la procreación del menor implica un acto de reconciliación y, por lo tanto, con él han sido dispensadas todas las faltas anteriores a ella.

La reanudación de la vida en común, rebasa los alcances de un simple perdón; la reconciliación se ha hecho manifiesta me-

dian­te la procreación, ya que como señala Planiol “generalmente el nacimiento de un hijo legítimo, hace presumir la reconciliación con tal que la fecha de concepción sea posterior al momento en que fueron conocidos los agravios por el cónyuge”<sup>30</sup>.

La cohabitación posterior al conocimiento del acto adúltero denota su perdón, razón por la que nuestra ley establece que no se puede iniciar o proseguir la acción de divorcio por esta causal; el mismo hecho de convivir, iniciada una acción por adulterio, puede denotar también la voluntad de reconciliación proyectando el perdón de esta causa a las otras faltas. Por lo que la determinación de alguna de las dos, a la vista de los autos resulta fundamental.

#### 1.5.2.2. *Efectos del perdón en el adulterio*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1981<sup>31</sup>

- La actora, con fecha 30 de junio de 1975, demandó el divorcio por adulterio contra su cónyuge, variándola posteriormente a separación de cuerpos, para luego desistirse de su acción.

- El 15 de diciembre de 1976 nuevamente la demandante interpone acción de divorcio por la misma causal, aduciendo que su esposo persiste en sus relaciones extramatrimoniales con aquella misma persona.

- En Primera Instancia se declaró infundada la demanda por dicha causal.

- La Corte Superior confirmó la apelada.

- La Corte Suprema, con un voto singular y con lo expuesto por el Señor Fiscal, falló Haber Nulidad declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de adulterio, amparándose en el art. 251 del C.C. 1936 (art. 346 últ. párrafo C.C. 1984).

---

30 Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil Francés, La Habana, Cultural, 1939, t. II, p. 414.

31 Exp. 3056-80 / Lima.

- El voto singular, de conformidad con lo opinado por el Fiscal Supremo, consideró que:

Al interponer nueva demanda por la misma causal y en atención a las mismas relaciones extramatrimoniales de su cónyuge con la misma mujer, después de consentir en tal hecho irregular, no es dable que renueve la misma demanda por hechos perdonados, los que sí pueden ser apreciados en una nueva acción por otra u otras causales.

Se estimó debía declararse No Haber Nulidad en la de vista y por lo tanto infundada la demanda por adulterio.

La Resolución precedente plantea dos aspectos de interés:

- Establecer si la persistencia en la relación extramatrimonial con la misma persona, posterior al desistimiento de la acción por la cónyuge, puede constituir una causal nueva de divorcio.

- La interpretación de la expresión causas nuevas o recién sabidas en el texto del art. 346 últ. párrafo del Código Civil (art. 251 del C.C. derogado).

El fundamento de la acción de divorcio por adulterio, se encuentra en la grave ofensa que el cónyuge agraviado sufre por este hecho, de ahí que cuando lo provoque, consienta o perdone, la ley le impide expresamente accionar por esta causa.

En el caso sub litis, la demandante se desistió de la acción que interpuso contra su cónyuge por la causal de adulterio, todos convienen en que aquellos hechos fueron perdonados y por lo tanto no puede volverse a accionar por ellos. Perdón que en este caso tiene lugar no sólo por efecto del desistimiento, sino que es anterior y opera desde que ella consiente convirtiendo su acción litigiosa en una separación por mutuo disenso.

Tanto el perdón como la reconciliación surten efectos *ex tunc*, es decir son retroactivos, lo que hacen es borrar la ofensa de la que se fue objeto por los hechos adulterinos conocidos hasta dicho momento, y en esa medida se le impide invocarlos como fun-

damento de otra acción de divorcio, pero a partir de este acto se inicia un período distinto, en el que la ocurrencia de nuevos actos ultrajantes o el descubrimiento de otros, posibilitan la interposición de un procedimiento por estos últimos.

El problema se reduce a saber si el hecho de persistir en la relación extramatrimonial con la misma persona, constituye un nuevo adulterio.

El fallo supremo considera que la persistencia de una relación perdonada constituye una nueva causal, mientras que la opinión contraria afirma que se trata de las mismas relaciones extramatrimoniales y que por lo tanto se encuentran dispensadas.

En ese orden de ideas, si bien se perdonaron las originales relaciones extramatrimoniales, la ocurrencia posterior de nuevos encuentros sexuales a pesar de que se tratan de las mismas personas, no hace que deje de ser un adulterio sancionable.

El adulterio no es como la conducta deshonrosa, que se aprecia en una secuencia de comportamiento; el primero se configura incluso en un solo acto, lo que interesa es que exista acceso carnal intencional con tercero. En ese aspecto, el perdón operó y es indiscutible, pero en cuanto a las relaciones sexuales pasadas, éste no puede proyectarse a las futuras que se supone no eran esperadas, ellas son otras y por lo tanto permiten que se constituya nuevamente la causal de divorcio, expedita hasta que no sean perdonadas o caduquen por el tiempo.

Respecto a la interpretación del último párrafo del art. 346 (art. 251 C.C. 1936).

“Reconciliados los cónyuges sólo podrán demandar el divorcio por causas nuevas o recién sabidas”.

La expresión causas nuevas, se ha sujetado a dos interpretaciones:

- Causa nueva entendida como cualquiera de las diez que señala la nuestra ley, y en ese sentido ha de invocarse causales diferentes.

- Causa nueva entendida como hecho nuevo o recién conocido, que pueda dar motivo al divorcio, debiendo la causal ser diferente o la misma que se invocó en el proceso anterior a la reconciliación.

Este último criterio, ha sido el consagrado por esta ejecutoria, al señalar que la persistencia de las relaciones extramatrimoniales del cónyuge con la misma persona, constituye causal nueva, según lo establecido por el art. 251 C.C. (D) (art. 346 C.C. 1984), habiendo sido también adulterio el invocado en el proceso que concluyó por desistimiento.

## **1.6. 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 art. 339 señala para el caso de adulterio dos plazos:

- Seis meses de conocida la causa por el ofendido.
- En todo caso, cinco años de producida ésta.

### **1.6.1. Criterios judiciales aplicables al cómputo del término de caducidad**

#### **1.6.1.1. Primera Posición**

Reiteradas Ejecutorias Supremas han establecido aunque no uniformemente que tratándose de **adulterio continuado**, no procede el cómputo del término legal, señalado en el art. 339 del Código Civil (art. 252 C.C. 1936).

Esta interpretación se encuentra presente, en las resoluciones que a continuación citamos:

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 1962<sup>32</sup>**

El Señor Fiscal opinó:

---

32 Exp. 506-62 / Junín. Anales Judiciales, t. LVII. 1962. p. 81.

... de esa misma prueba resulta evidente que el demandante tuvo conocimiento de la infidelidad de su cónyuge en fecha muy anterior al plazo prefijado por el Art. 252 del C.C., que sanciona con la caducidad de la causa y de acción al cónyuge ofendido para ejercitar el derecho de solicitar la disolución del vínculo matrimonial por la causal que prevé y autoriza el inc. 1º del art. 247 del C.C. En consecuencia, conceptúo que No Hay Nulidad en la sentencia de vista de fs. ..., que ampliando los fundamentos de la apelada la confirma, declarando prescrita la demanda de fs. ..., interpuesta por ..., contra doña ...sobre divorcio ...

La Corte Suprema declaró, con lo expuesto por el Señor Fiscal:

“que tratándose del adulterio, el plazo para la prescripción empieza a contarse cuando terminan las relaciones sexuales ilícitas que lo constituyen”.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE SETIEMBRE DE 1980 <sup>33</sup>

“Que el matrimonio religioso contraído por el accionante en calidad de soltero, no obstante hallarse vigente el vínculo conyugal con la demandada, es un hecho continuado, razón por la cual deviene sin base la excepción de prescripción deducida por el actor”.

Se declaró fundada la reconvencción por la causal de adulterio.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MAYO DE 1981 <sup>34</sup>

Que la actora, con fecha tres de agosto de mil novecientos setentinueve, demanda divorcio por causal de adulterio contra su esposo don ...que, si bien es cierto la demandante tuvo conocimiento el veintiocho de diciembre de mil novecientos setentiocho de la existencia de la menor ...hija habida de las relaciones extramatrimoniales del demandado con doña ... también lo es que mediante escrito corriente a fs. ...del acompañamiento, con fecha tres de abril de mil novecientos setenti-

---

33 Exp. 727-80 / Ica.

34 Exp. 1790-80 / Lima.

nueve don... presenta la partida de nacimiento que acredita la existencia de otro hijo, llamado ...habido en las mismas relaciones adulterinas, circunstancia ésta que es conocida por la demandante recién con fecha seis de abril del mismo año, mediante notificación corriente a fs. ...; que, a mayor abundamiento, con la confesión ficta del demandado ...resulta establecido que éste continúa haciendo vida marital con doña ..., por lo que resulta inoperante la prescripción alegada.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE DICIEMBRE DE 1981 <sup>35</sup>

La Corte Suprema fundándose en los argumentos del Señor Fiscal, declaró:

La causal de adulterio imputada a la demandada, se halla plenamente acreditada con la partida de nacimiento de fs. ..., del hijo procreado por ella, con persona distinta de su cónyuge, no habiéndose operado la caducidad a que se refiere el art. 252 del C. C., en razón de que la vida convivencial en forma adulterina por parte de la demandada continúa, como resulta de su escrito de fs. ...

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE MAYO DE 1982 <sup>36</sup>

La Corte Suprema resolvió de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal:

“Que la relación extramatrimonial del demandado se ha producido dentro de una relación convivencial permanente, que se ha prolongado hasta la fecha de la presente acción, por lo que no opera el término prescriptorio”.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE SETIEMBRE DE 1983 <sup>37</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el dictamen fiscal declaró que:

---

35 Exp. 3425-80 / Lima.

36 Exp. 2569-81 / Callao.

37 Exp. 603-83 / Ica.

La demanda de fs. ...ha sido planteada en marzo de mil novecientos ochenta y el menor habido extramatrimonialmente nació en julio de mil novecientos setenticuatro, conforme se ve de la partida corriente a fs. ...; que el accionante no ha alegado que el adulterio imputado a su esposa sea continuado y, en consecuencia, para los efectos del cómputo señalado por el artículo doscientos cincuentidós del Código Civil, hay que tomar únicamente como extremo las fechas del nacimiento del referido menor y del planteamiento de la acción; que entre ambas ha transcurrido más de los cinco años que determina el mencionado artículo.

#### 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1º DE MARZO DE 1984 <sup>38</sup>

La Corte Suprema declaró fundada la demanda de divorcio de conformidad con el dictamen fiscal que expresaba:

Respecto a la prescripción alegada a fs. ... por la cónyuge se debe aclarar que si bien el esposo confirmó todas sus sospechas y dudas el 4 de noviembre de 1979 al verificar que su esposa no fue como dijo al hospital, es también importante señalar que un año después, es decir el 21 de noviembre de 1980 sorprendió a la misma en compañía de ...en vehículo de su propiedad y en actitudes reñidas con la decencia y buenas costumbres que un cónyuge debe guardar y mantener en defensa de la dignidad y buen nombre del otro, es decir la demandada continuó con las actitudes deshonestas y de autos no fluye en qué fecha se haya culminado con tales relaciones, pues de ocurrir aquello recién a partir de ahí se podría contar el plazo y pronunciarse sobre si procede o no la prescripción, de lo que se infiere que la prescripción es infundada.

#### 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 09 DE MAYO DE 1990 <sup>39</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que en el escrito de demanda, el actor no solamente hace un relato de las relaciones adulterinas que su cónyuge sostuvo

---

38 Exp. 971-83 / La Libertad.

39 Exp. 1924-89 / Lima.

con persona distinta, sino que afirma que aquella se fue a vivir con éste a pesar de que trató por todos los medios de hacerla desistir de ese propósito; que, en consecuencia, la situación planteada y admitida por la demandada, además de probada con la partida de nacimiento del menor ... producto de esas relaciones, es que la demandada se encuentra viviendo con la tercera persona por lo que resulta irracional recurrir a la caducidad de la causal de adulterio cuando este no solamente se reduce a una relación esporádica o circunstancial; que, por consiguiente, no ha operado dicha caducidad y de ese modo es imposible restablecer la vigencia de la norma de fidelidad que establece el artículo doscientos ochentiocho del Código Civil.

El Ministerio Público por el contrario opinó:

Del análisis de los actuados aparece que el actor tuvo conocimiento en mayo de 1987 del embarazo de la demandada, producto de las relaciones adulterinas con don ..., naciendo el menor ..., conforme el mismo lo manifiesta en su demanda de fs. 13; asimismo, la partida de nacimiento de dicho menor ha sido expedida el 26 de enero de 1988, habiendo transcurrido más de los seis meses que señala el art. 339 del Código Civil a la fecha que interpone la presente, por lo que la acción ha caducado, por lo expuesto este Ministerio Público es de opinión que NO HAY NULIDAD en la recurrida, debiendo entenderse improcedente la demanda.

#### 9. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE JUNIO DE 1991 <sup>40</sup>

La Corte Suprema de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal consideró además:

Que la demanda de fojas cuatro se interpone el doce de agosto de mil novecientos ochentisiete; que la demandada se aloja en el mismo cuarto del Hostal "El Progreso" con ...el treintiuono de marzo y el cuatro de abril de mil novecientos ochentinueve, en consecuencia la causal de adulterio está debidamente comprobada; que a mayor abundamiento el artículo trescientos treintinueve del Código Civil en la parte final del primer pá-

---

40 Exp. 2428-90 / lca

rafo expresa que caduca la acción de divorcio basado en el adulterio, en todo caso, a los cinco años de producida la causal; que finalmente en el presente caso se trata de hechos cometidos en diferentes épocas y con distintos hombres, esto configura un adulterio continuado; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ...; reformando la de vista, confirmaron la de Primera Instancia, que declara FUNDADA la demanda interpuesta a fojas cuatro por la referida causal; declararon NO HABER NULIDAD en cuanto declara fundada la citada demanda por las causales de abandono injustificado del hogar conyugal y conducta deshonrosa.

El Ministerio Público de opinión distinta, evaluó los hechos de la siguiente manera:

Refiere el accionante, que la demandada “hace vida licenciosa con don ..., con el mismo que se pasea por calles y plazas ...”; que el 26 de julio de 1985 hizo abandono del hogar conyugal llevándose consigo todas sus pertenencias por lo que sentó la denuncia respectiva ante la Comisaría del Sector, y que estos demuestran que a la demandada no le importa ni el menor hijo..., habido en el matrimonio, ni la sociedad a la que debe respetar. A fs. 82 y 83 obra fotocopias autenticadas del control de pasajeros del Hostal Progreso, en las que, con fechas 31 de marzo y 04 de abril de 1989, la demandada ocupó la habitación No. 13 con ...; y a fs. 101/107 corre fotocopia autenticada del Atestado Policial No. 102-LC por muerte repentina de ..., por hemorragia cerebral por hipertensión arterial, ocurrida en circunstancias que se encontraba con la demandada dentro de su vehículo marca Datsun, donde se le encontró en posición de cúbito ventral y sin ninguna prenda de vestir sobre su cuerpo, según consta del referido atestado policial corroborada por la declaración de la emplazada.

Del estudio y análisis de los actuados, se establece, que en efecto, la causal de adulterio invocada como uno de los fundamentos de la presente acción ha caducado en aplicación de lo dispuesto en la primera parte del art. 339 del C.C.; en cambio, las causales de abandono injustificado del hogar y conducta deshonrosa, que consisten; la primera, en el alejamiento voluntario e injustificado que atenta contra la unidad conyugal y que se manifiesta en el propósito deliberado del cónyuge ofensor de sustraerse intencionalmente de sus obligaciones que le imponen los arts. 288 y 289 del C.C., con el ánimo de

romper de hecho la unidad conyugal, presupuestos que se dan en el caso de autos; y, la segunda, o sea conducta deshonrosa que consiste en actos repetitivos que atentan contra la estimación y el respeto que se deben recíprocamente los conyuges y que perturban así la armonía y unidad conyugal, presupuestos que igualmente fluyen de las pruebas actuadas.

#### 10. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE JUNIO DE 1992 <sup>41</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el apoderado del demandado refiere expresamente en la diligencia de fojas veinticuatro que éste ante supuesta conducta de su cónyuge, no esclarecida en forma alguna, optó también por formar un hogar de hecho con doña ..., procreando a la menor ...de la partida de fs. ...; que de lo anotado se infiere, sin prueba en contrario, que las relaciones adulterinas que se atribuyen al demandado continúan y en tal caso no ha podido operar la caducidad ...Declararon Haber Nulidad en la de vista que revocando la de primera instancia declara improcedente la demanda, reformándola la declararon fundada.

#### 11. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE JULIO DE 1992 <sup>42</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que si bien la acción de divorcio por la causal de adulterio imputable al esposo, ha sido interpuesta después de cinco años del nacimiento de la menor ... hija adulterina del esposo, también lo es, que no cabe declarar la caducidad de la acción, porque de la confesión del demandado de fojas treinta con arreglo al pliego interrogatorio de fojas veintinueve se desprende que las relaciones extramatrimoniales del demandado con doña ...continúan realizándose.

---

41 Alberto Retamozo y Ana María Ponce. Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema, Lima, IDEMSA, 1994, p. 95.

42 Exp. 1040-90 / Callao.

## 12. EJECUTORIA SUPREMA DEL 03 DE FEBRERO DE 1993 <sup>43</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que en la demanda la actora afirma que el demandado permanece conviviendo con doña ...y que fruto de las relaciones adulterinas mantenidas con ésta han nacido los dos hijos cuyos nombres menciona; que el demandado no ha probado de modo alguno que la convivencia que se le atribuye haya cesado; que en consecuencia, la caducidad contemplada en el artículo trescientos treintinueve del Código Civil no se ha producido.

## 13. EJECUTORIA SUPREMA DEL 09 DE FEBRERO DE 1993 <sup>44</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal falló:

Que la demanda de divorcio, en cuanto a la causal de adulterio se refiere, no sólo se sustenta en el hecho de haber procreado el demandado al menor ... como fruto de sus relaciones extramatrimoniales con...persona distinta a su esposa la demandante, sino también a que dichas relaciones continúan; que esta aseveración no ha sido negada y menos obra en autos prueba alguna que demuestre que las mismas han cesado, de modo que no es el caso para admitir la caducidad.

## 14. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE MAYO DE 1993 <sup>45</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

Si el estado ilegal de adulterio es continuado, la acción caduca cuando se suspenda éste. Interpretar de otra forma la ley sería consentir la comisión del adulterio y someter al cónyuge inocente a aceptar este estado, que linda con la humillación y la ofensa.

---

43 Exp. 103-92 / Lima.

44 Exp. 115-92 / Piura.

45 Exp. 827-92 / Lambayeque.

## 15. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE JUNIO DE 1993 <sup>46</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal dispuso:

Analizadas las pruebas actuadas, se llega a establecer con la copia certificada de la partida de matrimonio que obra a fs. 3, que las partes de este proceso en efecto contrajeron matrimonio civil el 30 de diciembre de 1967, habiendo hecho vida en común hasta el año 1984, fecha coincidente con el inicio de las relaciones adulterinas del accionante con doña ..., la misma que se viene dando en forma continua y permanente, si tenemos en cuenta los instrumentos públicos que así lo acreditan, y obran insertos a fs. 69, 70 y 71, pues han llegado a tener tres hijos, uno en octubre de 1985, el segundo en diciembre de 1987 y el tercero en marzo de 1989, por lo que siendo producido el adulterio día a día por el cónyuge, mal puede aplicarse el segundo párrafo del art. 339, para extinguir la acción y el derecho de la reconviniente, pues el plazo de la caducidad comienza a computarse a partir de la fecha en que concluyen dichas relaciones.

## 16. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE JUNIO DE 1993 <sup>47</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el término de caducidad previsto por el artículo trescientos treintinueve del Código Civil está referido como es obvio, a cada hecho considerado separadamente, puesto que de lo contrario importaría condenar al cónyuge ofendido a soportar indefinidamente los nuevos agravios de la misma clase; que siendo esto así, demostrado en autos la causal de adulterio y que los actos de infidelidad subsisten; ...declararon fundada la demanda.

El Ministerio Público opinó por el contrario:

Del estudio y análisis de los actuados y de la legislación sobre la materia, se establece, que en efecto, la acción de divor-

---

46 Exp. 1116-92 / Cajamarca.

47 Exp. 1837-92 / Lambayeque.

cio por la causal de adulterio, caduca a los seis meses y en todo caso a los cinco años de producida aquella; que conforme aparece de las partidas de nacimiento de fs. 12 a 16, los 5 hijos extramatrimoniales son mayores de edad, teniendo el menor de ellos 13 años, por lo que la acción ha caducado con demasía; y teniendo en cuenta que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente conforme lo dispone el art. 2003 del Código Civil, la demanda deviene IMPROCEDENTE.

#### 17. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE AGOSTO DE 1996<sup>47</sup>

**MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por ... mediante escrito de fojas ciento doce, contra la resolución de fojas ciento diez, su fecha diez de julio de mil novecientos novecicinco, expedido por la Sala Civil de la Corte Superior de Ancash, que declara la caducidad del derecho pretendido en la demanda interpuesta por ... sobre divorcio.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El demandante fundamenta su recurso en lo dispuesto por los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil, señalando que se ha interpretado erróneamente los artículos trescientos treintitres inciso primero y trescientos treintinueve del Código Civil, y agrega además que le causa agravio el hecho de haberse admitido la excepción de caducidad fuera del término previsto en el inciso tercero del artículo cuatrocientos setentiocho.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, concedido el recurso de casación a fojas ciento veinte, mediante resolución de fecha veinticinco de Julio de mil novecientos novecicinco, y habiéndose declarado la procedencia del mismo por resolución de fecha veintiocho de noviembre del citado año, es necesario analizar los fundamentos del recurso de casación.

**SEGUNDO:** Que, habiéndose invocado como fundamentación del recurso el agravio contenido en el inciso primero del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil, afirmando que se ha interpretado erróneamente la norma contenida en los artículos trescientos treintitres inciso primero y trescientos treintinueve del Código Civil, indicando que no ha operado la

---

47 Casación N° 611-95/ Ancash

caducidad de la acción, pues el cómputo no se ha efectuado con arreglo a ley.

TERCERO.- Que, el artículo trescientos treintinueve del Código sustantivo establece que las causales de divorcio contenida en los incisos primero, tercero, noveno y décimo caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y en todo caso a los cinco años de producida.

CUARTO.- Que, en el presente proceso se pretende el divorcio por la causal de adulterio, habiendo la demandante aparejado con su demanda las partidas de nacimiento obrante de fojas tres a seis, de la que aparece que los nacimientos de los hijos de su cónyuge con una tercera persona se produjeron en el año mil novecientos ochentidós, mil novecientos setentisiete, mil novecientos ochenticinco y mil novecientos noventa, de lo que se puede deducir que no se ha producido el término de la caducidad con el nacimiento del último hijo extramatrimonial, último nacimiento.

QUINTO.-Que, siendo así se desprende que el término establecido en el artículo trescientos treintinueve del Código Civil, debe computarse desde el nacimiento del último hijo extramatrimonial.

SEXTO.- Que, habiendo el último de los menores hijos del demandado nacido el veinte de Junio de mil novecientos noventa, tiene expedido su derecho a partir de dicho nacimiento

SETIMO: Que, con respecto a la interpretación del artículo trescientos treintitres inciso primero del Código Sustantivo, carece de objeto pronunciarse ya que ello implicaría resolver sobre el fondo de la litis, cuando aún no se ha cumplido con la etapa postulatoria del proceso.

OCTAVO: Que, con respecto a la segunda causal invocada por el recurrente refiere que al haberse admitido la excepción de caducidad en forma extemporánea, indicando que le agravia, pues no permitió actuar sus pruebas, contraviniendo lo dispuesto en el inciso tercero del artículo cuatrocientos setentiocho del Código Procesal Civil, deviene en infundado ya que se ha apoyado en normas de carácter procesal.

NOVENO: Que, en consecuencia al expedirse la resolución de vista de fojas sesentinueve se ha interpretado erróneamente la normas de Derecho Objetivo.

SENTENCIA.-

Que, estando a las conclusiones antes citadas y a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo trescientos noventiseis del Código Procesal Civil; DECLARARON FUNDADO el recurso de

casación, al amparo del inciso primero del artículo trescientos ochentiseis del Código adjetivo; y SE CASE la resolución de vista de fojas sesentinueve, su fecha ventiseis de Abril de mil novecientos noventaicinco, en el extremo que declara la caducidad de la acción, DISPUSIERON que el A-quo continúe con el proceso como corresponda;

## 18. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE MAYO DE 1998<sup>48</sup>

**MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del Recurso de Casación interpuesto por doña ... mediante escrito de fojas doscientos cuarenticuatro, contra la resolución de vista de fojas doscientos cuarentidós, su fecha veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y siete, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando el auto apelado de fojas de fojas doscientos diez, su fecha cinco de diciembre de mil novecientos noventa y seis, declara fundada la excepción de caducidad

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La casación se funda:

a) La inaplicación del último párrafo del Artículo trescientos treintinueve del Código Civil; b) La interpretación errónea del mismo artículo; y, c) La contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que, concedido el Recurso de Casación a fojas doscientos cuarentinueve, fue declarado procedente por resolución del catorce de octubre de mil novecientos noventa y siete por las causales previstas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo trescientos ochentiseis del Código Adjetivo.

**SEGUNDO.-** Que, se acusa la inaplicación del último párrafo del Artículo trescientos treintinueve del Código Civil; al respecto, dicho párrafo sólo es aplicable cuando no se trate de las causales previstas en los incisos primero, segundo, tercero, cuarto, noveno y décimo del Artículo trescientos treintitrés del Código Civil.

**TERCERO.-** Que, como la causal que se invoca es el adulterio, previsto en el inciso primero del artículo antes referido, el último párrafo del Artículo trescientos treintinueve del Código Civil no es aplicable al caso de autos.

**CUARTO.-** Que, en relación de la interpretación errónea del Ar-

---

48 Casación N° 979-97/ Lima

título trescientos treintinueve del Código Civil, la recurrente sostiene que la demanda se interpuso dos días antes que venciera el plazo de caducidad, pues dicho plazo se cuenta a partir de la inscripción del recién nacido en los Registros Civiles.

QUINTO.- Que, como la causal de adulterio no es la inscripción del recién nacido en los Registros Civiles sino las relaciones extramatrimoniales que el demandado mantenga con otra persona, el plazo no puede computarse desde la referida inscripción.

SEXTO.- Que, también se acusa la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso al desconocerse el mérito de las partidas de nacimiento de los menores ... y ..., prueba documental pública ofrecida, admitida y actuada conforme al Artículo cuatrocientos cuarentiocho del Código Procesal Civil.

SETIMO.- Que, por su parte la impugnada considera que dichas partidas de nacimiento no enervan sus considerandos, pues han sido objeto de la resolución de fojas sesenticinco que rechaza la ampliación de la demanda.

OCTAVO.- Que, la demanda se sustenta en las relaciones extramatrimoniales que el demandado sostiene con doña ..., madre de los menores ... y ...

NOVENO.- Que, la recurrente ha presentado las partidas de los menores ... y ... en dos oportunidades: con el escrito de ampliación de la demanda y al absolver el traslado de la excepción deducida por el demandado; en la primera oportunidad, las referidas partidas de nacimiento fueron aceptadas como pruebas nuevas por la resolución de fojas sesenticinco, la cual además de rechazar la ampliación de la demanda dispone que aquellas se agreguen a los autos; y en la segunda oportunidad, las referidas partidas de nacimiento fueron admitidas por la resolución de fojas doscientos siete y actuadas en la Audiencia de Saneamiento de fojas doscientos ocho.

DECIMO.- Que, la impugnada para declarar fundada la excepción de caducidad sólo se basa en la partida de nacimiento de la menor ..., sin considerar los demás medios probatorios ofrecidos por la demandante.

SENTENCIA:

Estando a las conclusiones precedentes y a lo dispuesto en el Artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil, de conformidad en parte con el dictamen fiscal; declararon FUNDADO el Recurso de Casación por la causal prevista en el inciso tercero del Artículo trescientos ochentiséis del Código Adjetivo, interpuesto por doña ..., en consecuencia, CASARON la resolución de vista de fojas doscientos cuarentidós, su fecha veintiséis

de marzo de mil novecientos noventa y siete; e INSUBSISTENTE la apelada de fojas doscientos diez, su fecha cinco de diciembre de mil novecientos noventa y seis; MANDARON que el Juez de la causa expida nuevo pronunciamiento con arreglo a ley; DISPUSIERON la publicación de esta resolución...

#### 1.6.1.2. *Segunda Posición*

En otras ejecutorias se ha podido apreciar que al fallar respecto a la prescripción no han considerado que los actos adulterinos han sido practicados dentro de una relación extramatrimonial de carácter permanente.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE MAYO DE 1982 <sup>49</sup>

Se declaró, con lo expuesto por el Señor Fiscal, fundada la excepción de prescripción deducida por la demandada y nulo todo lo actuado.

El dictamen fiscal refiere que la demandada tiene como domicilio el mismo de la persona con la que se le atribuye las relaciones extramatrimoniales, siendo en este lugar en donde fue notificada con la demanda de divorcio, a decir del Fiscal "hecho bastante revelador y que no requiere comentario".

Situación que no fue observada por el Supremo Tribunal pese a denotar una relación convivencial entre la demandada y el tercero.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE JULIO DE 1983 <sup>50</sup>

La Corte Suprema declaró fundada la excepción de prescripción.

El Señor Fiscal en su dictamen opinó por el contrario que:

---

49 Exp. 375-82 / Ica.

50 Exp. 521-82 / Ica.

“Como el concubinato de la demandada no se ha interrumpido, no ha transcurrido el término prescriptorio; en tal virtud la excepción de su propósito es infundada”.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE DICIEMBRE DE 1983 <sup>51</sup>

La Corte Suprema declaró No Haber Nulidad en la de vista, que desaprobando la consultada declaraba fundada la excepción.

Según lo anotado en el dictamen fiscal:

La sentencia de vista de fs. ..., en discordia; considerando que está acreditado que el demandado abandonó el domicilio conyugal el 21 de noviembre de 1978 para sostener relaciones sexuales ilícitas con..., con la que desde entonces convive “un franco concubinato”, público y notorio; hechos que configuran las causales de adulterio, injuria grave y abandono malicioso del hogar conyugal; que como la actora tuvo conocimiento de esas causales en la fecha en que se cometieron e interpuso la demanda el 3 de julio de 1980, después de vencido con exceso el término de seis meses que señala el art. 252 del C.C.; procede declarar la prescripción de las causales de adulterio e injuria grave...

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE ENERO DE 1984 <sup>52</sup>

La Corte Suprema, con lo expuesto por el Señor Fiscal, declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el demandado y nulo todo lo actuado.

En el dictamen fiscal se señalaba:

“Que como el adulterio que sirve de sustento a la acción tiene carácter continuado por haberse procreado hijos, mientras no se acredite que se ha puesto término a las relaciones adulterinas, no corre el término de la prescripción”.

---

51 Exp. 814-83 / Arequipa.

52 Exp. 959-83 / Lima.

## 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1984 <sup>53</sup>

Que el art. doscientos cincuentidós del C.C. establece términos de prescripción que difieren en plazo, respecto al momento en que se toma conocimiento del hecho y al momento en que éste se produjo, oportunidad ésta que de acuerdo a autos se remonta a mil novecientos sesentitrés y, en consecuencia, la prescripción lata operó de hecho en mil novecientos sesentiocho, sin que sea del caso tener que considerarse que las relaciones extramatrimoniales continuaran después de ese año, desde que el acotado no considera el inicio de la prescripción a partir de cuando el hecho concluye sino a partir de cuando éste se produjo, con conocimiento o no de la persona ofendida.

El conjunto de ejecutorias presentadas, muestran un criterio dual en referencia al cómputo del plazo de caducidad.

Un sector, actualmente el mayoritario, sostiene que la continuidad en el adulterio, a través de una relación de carácter permanente, impide que el término de caducidad transcurra, mientras que el otro considera que esta situación no afecta el término legal, siendo lo importante tan sólo el momento del conocimiento o la ocurrencia del hecho invocado. En este sentido, es necesario evitar este eventual conflicto interpretativo, por cuanto la caducidad a diferencia de la prescripción es declarada de oficio y en ese entendido puede declararse extinguida una acción de acuerdo a un criterio, mientras que por el otro sería considerada plenamente procedente.

Los tribunales, al comprender en el primer criterio que la existencia de una relación adulterina, hace que ésta conserve expedita sus posibilidades de acción, en tanto no es posible precisar una última infracción que permita iniciar el cómputo del plazo legal, logra de cierta manera evitar favorecer al cónyuge culpable, que podría verse amparado invocando la caducidad, sirviéndose indirectamente de su propia conducta como medio de defensa.

Además, posibilita remediar, en parte, el problema que se genera al calificar de adulterio a todo acto que suponga relación

---

53 Exp. 1183-83 / Lima.

sexual, trátase de uno, varios, o, como en estos casos, de una conducta concubinaria *latu sensu*, no teniendo en cuenta que el adulterio en tales condiciones, al convertirse en una forma de comportamiento de reconocimiento externo puede -y de hecho ocurre- incorporarse en la práctica, también a otra causal, la conducta deshonrosa, para la cual la acción se mantiene expedita, mientras subsistan los hechos que le den lugar. Confusión que tiene su fuente en la calificación indistinta de este tipo de conductas en cualquiera de las dos causales.

Esta interpretación judicial también ha sido asimilada por la jurisprudencia de otros países, es el caso de Colombia al establecerse: "De tal suerte que, conforme a dicho criterio, el término de caducidad que consagra el artículo 6 de la ley primera de 1976, no puede computarse cuando se trata específicamente de las relaciones sexuales extramatrimoniales y del abandono de los deberes propios de los cónyuges, desde cuando las primeras se inician o el segundo comienza, sino desde cuando esas relaciones ilícitas cesan o cuando se regresa al cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, pues en tanto las relaciones prohibidas continúen y, en tales condiciones, tal plazo no puede comenzar a correr"<sup>54</sup>.

### **1.7. Descriminalización del adulterio**

A diferencia del Código Penal de 1924, que en su art. 212 tipificaba el delito de adulterio, nuestro actual ordenamiento penal, no prevé el referido tipo legal.

## **2. LA VIOLENCIA, FISICA O PSICOLOGICA**

### **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

---

54 Juliana Sarmiento y Eusebio Carbo. Op. Cit., p. 78-79.

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) <sup>55</sup>.

“Se entiende por sevicia el trato cruel ya sea físico o moral, que uno de los cónyuges da al otro, produciéndole un sufrimiento grande y continuo que hace insoportable la vida en común” (Ejecutoria Suprema del 30 de junio de 1993) <sup>56</sup>.

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. Esta modificación legislativa ha dado lugar a un proceso de evolución de su conceptualización, como podrá apreciarse en las ejecutorias insertas en este rubro. No obstante lo expresado, las resoluciones presentadas, que aún aluden a sevicia, guardan vigente parte de sus contenidos, como se observará en cada caso.

## ***2.2. Concepto de crueldad en la causal***

### ***2.2.1. 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 inflingidos por el marido a su cónyuge, no obstante se presentan casos excepcionales como el

---

55 Exp. 1112-83 / Lima.

56 Exp. 1823-92 / Lima.

que describe y sanciona la ejecutoria suprema del 10 de febrero de 1993 <sup>57</sup>:

“Con relación a la causal invocada por el actor en su demanda y del análisis de la prueba actuada, se ha llegado a establecer, que en efecto la demandada ha maltratado físicamente a su cónyuge en forma reiterada, afectando seriamente con su comportamiento uno de los deberes impuestos por el matrimonio, como es el mutuo respeto, y ello se colige de las instrumentales de fs. 14 a 26, 108, sentencia de fs. 88 confirmada a fs. 92 del expediente acompañado No. 651-88 y certificado médico legal de fs. 16 del expediente acompañado No. 133-89”.

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” <sup>58</sup>.

Caso semejante ha sido contemplado por la Ejecutoria Suprema del 26 de abril de 1983 <sup>59</sup>.

Que se pronunció porque:

“Está probado que el marido llevaba a la demandante a diversas avenidas y centros de masajes para que practicara el meretricio y que la maltrataba; que con la testimonial actuada igualmente está probado que sometía a la actora a excesos sexuales”.

Declararon fundada dicha demanda por las causales de sevicia e injuria grave.

---

57 Exp. 2538-91 / Huánuco.

58 Ambrosio Colin y Henry Capitant. Op. Cit., p. 442.

59 Exp. 1502-82 / Lima.

### 2.2.2. 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 conyugal.

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 Unico Ordenado ha sido aprobado por el D.S. 006-97 JUS, dado el 25 de Junio de 1997.

Interpretación de “acto cruel” que se encontrará presente en las ejecutorias que siguen:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE JULIO DE 1953 <sup>60</sup>

Aunque en el caso de autos no hay daños materiales y físicos, que entrañan un cruel tratamiento, como uno de los elementos indispensables de la sevicia, en cambio existen actos vejatorios, de intimidación y amenazas de parte del esposo, con el fin de llegar a la conjunción carnal, [...] Esa crueldad mental, como la llama la actora, ha anulado de hecho toda base de cariño y ha operado en el espíritu de la mujer tal estado de psicosis, que hace imposible la subsistencia de un vínculo, que existe sólo en nombre.

En este caso el esposo no había cumplido la promesa de realizar el matrimonio religioso, negándose la cónyuge por ello a llevar una vida en común.

---

60 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 122, Marzo de 1954, pp. 320-321.

## 2. RESOLUCION SUPREMA DEL 19 DE SETIEMBRE DE 1956 <sup>61</sup>

La vida en común de los esposos era imposible, debido a las intransigencias de él, su permanente irritabilidad y manifiesto descontento.

Además, no le permitía ver a sus parientes y la tenía sujeta a una serie de privaciones que motivaron un sufrimiento constante e injustificado. Todos estos sucesos conforman la causal de sevicia.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE JUNIO DE 1991 <sup>62</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando:

Que la sevicia, entendida como la causal a que se contrae el inciso segundo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, implica la comisión de actos vejatorios y tratos crueles realizados por uno de los cónyuges con el propósito de causar sufrimiento al otro y que revelan inclinaciones que exceden los límites del respeto mutuo que requiere la vida en común; que, según la reiterada jurisprudencia nacional, los vejámenes causantes de la sevicia no solo son los que tienen el carácter de físicos o materiales, sino también, los que poseen la calidad de maltratos psicológicos o morales que causan humillación y sufrimiento; que, en el presente caso, no obstante que ambas partes litigantes viven en un domicilio común, conforme lo reconocen en sus respectivas confesiones, de las abundantes cartas aparejadas a la demanda, las mismas que corren de fojas ocho a cuarentiuno, reconocidas por el demandado en el acto del comparendo, se aprecia que éste en forma prácticamente diaria ha estado haciendo llegar a su esposa dichas misivas criticando acremente actitudes y costumbres de ella y algunos de sus familiares cercanos, procediendo para ello a dejarlas al alcance de la mano de la actora a fin de que no deje de leerlas, pero evitando en todo momento el diálogo que debe existir en todo hogar entre marido y mujer, hecho que el mismo demandado corrobora al absolver la sexta pre-

---

61 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 155, Diciembre de 1956, pp. 1454.

62 Exp. 427-87 / Lima.

gunta de la confesión llevada a cabo en el acto del comparendo, donde manifiesta que dichas cartas las dejaba en el comedor, de madrugada, y que evitaba entregarlas en la mano de su esposa por evitar la respuesta de ella; que esta actitud por parte del cónyuge se ha venido repitiendo después de interpuesta la demanda, conforme se aprecia de las cartas obrantes de fojas sesenticuatro a sesentisiete y se corrobora además, con el telegrama corriente a fojas cien; que, si bien estos documentos apreciados en forma individual no implican maltratos psicológicos ni insultos graves, la abundancia de ellos así como la reiterancia de las críticas agudas sobre determinadas actitudes y aspectos de la conducta de la esposa, al igual que los renovados reproches por escrito en forma diaria sobre diferencias que pudieran ser tratadas mediante el diálogo, demuestran una actitud obsesiva del demandado que causa sufrimiento y presión psicológica insoportable en la persona de su cónyuge; que, asimismo se encuentra de manifiesto la intención del demandado de humillar a su esposa con tales y tan reiteradas críticas y observaciones agudas hacia su conducta como maestra, madre y esposa, la misma que en ningún momento ha probado sin embargo que sea incorrecta o que deje algo que desear, antes por el contrario, la actora ha demostrado ser una profesional de la educación con amplia experiencia en el magisterio, lo que le ha merecido felicitaciones por parte de sus superiores, conforme se advierte a fojas ciento cinco y ciento seis; que, estando a lo glosado, se aprecia que esta actitud nada positiva por parte del demandado ha anulado de hecho toda base de cariño y ha operado en el espíritu de la mujer tal estado de psicosis que hace imposible la subsistencia de un vínculo que existe sólo en el nombre, lo que se comprueba fehacientemente con la fotocopia legalizada de la condena que le ha sido impuesta al demandado por haber agredido a su cónyuge, causándole lesiones en el rostro, la misma que corre a fojas setentinueve; que esta actitud acredita que las agresiones psicológicas han derivado en agresiones físicas, todo lo cual configura plenamente la causal de sevicia invocada en la demanda.

### ***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"<sup>63</sup>.

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<sup>64</sup> y posteriormente la Resolución de fecha 17 de marzo de 1980<sup>65</sup>. 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 1º de setiembre de 1992)<sup>66</sup>.

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 vínculo.

#### **2.4. Agresividad sin justa causa**

Un sector en la doctrina estima que además del elemento intención; es necesario otro, Marta Behamon sostiene: "La conducta

---

63 Héctor Cornejo Chávez, Derecho familiar peruano, Lima Gaceta Jurídica Editores, 1998, t. I, p. 353.

64 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 121, Febrero de 1954 p. 210.

65 Exp. 2151-79 / Cuzco.

66 Exp. 1514-91 / Ica.

tipificada en esta causal debe ser realizada en forma intencional y sin justa causa por el cónyuge demandado " 67.

#### ***2.4.1. El cónyuge víctima del maltrato no debe haber motivado o provocado la agresión***

Ello significa que la afrenta inferida podría verse atenuada e incluso a veces justificada en razón de las personas y las circunstancias. Marcelo Planiol opina al respecto:

Una violencia pasajera que sería grave en tiempo normal puede ser, si no legitimada, al menos excusada por las circunstancias. Es así particularmente si ha habido provocación por parte del otro esposo o bien si la violencia o el vejamen son ocasionados por el descubrimiento de su mala conducta 68.

Semejante requerimiento es el vertido por las siguientes Ejecutorias:

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE AGOSTO DE 1992 69**

La Corte Suprema de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio Público consideró:

De la prueba actuada en el proceso, se desprende que en efecto la accionante ...al interponer la demanda de fs. 5, lo cual hizo dentro del término de ley, había sido víctima de maltratos físicos por parte de su cónyuge los cuales continuaron hasta el mes de noviembre de 1989 en que se aleja del hogar conyugal. Las lesiones que describen las denuncias policiales, y certificaciones médico legales de fs. 22 a 31, llevan a la certeza de que el esposo sobrepasó los límites del mutuo respeto que impone la vida en común y sin causa justificada, **pues no ha llegado a**

---

67 Marta Behamon y Olga Helo, El Divorcio en Colombia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas, 1977, p. 47.

68 Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Op. Cit., p. 398.

69 Exp. 2231-91 / Ica.

**demostrar que su comportamiento haya estado motivado o provocado por la conducta de su cónyuge.**

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE OCTUBRE DE 1982 <sup>70</sup>

En ésta se evalúa como prueba de la causal, el que la demandada sea autora de faltas contra el cuerpo y la salud, en agravio de su cónyuge; peculiar apreciación la del Señor Fiscal, cuyo dictamen fue acogido por la Resolución Suprema; opinión fiscal que expresaba:

...que lo actuado ante el Juzgado de Paz de Breña en el cual se condenó a la cónyuge como autora de faltas contra el cuerpo y la salud en agravio del actor no favorecen a la demanda por cuanto los hechos en que se funda no constituyen ni sevicia ni injuria más aún considerando la imprudencia del demandante quien a las 10 de la noche concurrió al domicilio de su suegro donde vive su esposa con el propósito o pretexto de visitar a su hijo de 5 meses de edad...

Desde este enfoque teórico, es posible inferir entonces que, en mérito a la causa que los motiva, los maltratos podrían ser justificables o injustificados, siendo estos últimos los que propiamente tipificarían la causal, en tanto los otros disminuirían o eximirían la responsabilidad. Otra posición doctrinal cuestiona esta apreciación, ya que como se advirtió en la causal de adulterio, no es admisible por lo general la compensación de culpas entre los cónyuges.

### **2.4.2. Calidades personales de los cónyuges**

El art. 337 del Código Civil en su literal establecía que en las causales de sevicia, injuria grave y conducta deshonrosa el juez debía apreciarlas teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

El referido artículo fue objeto de una Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, al respecto,

---

70 Exp. 948-82 / Lima.

por Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de Abril de 1997 se declaró Inconstitucional el art. 337 del Código Civil en la medida que la Sevicia y la Conducta Deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la Injuria Grave, disposición que queda vigente.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EN PARTE EL ARTICULO 337° DEL CODIGO CIVIL.<sup>71</sup>

**ASUNTO:** Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santisteban de Noriega, contra el artículo 337° del Código Civil, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 295.

**ANTECEDENTES:** Admitida a trámite con fecha 3 de enero de 1997; se ordenó el traslado legal correspondiente al Congreso de la República, que en Sesión de Mesa Directiva, de fecha 30 de enero de 1997, nombró como apoderado del Congreso al señor Congresista , don Jorge Muñiz Ziches, ante este Tribunal.

**LA DEMANDA:** La demanda de inconstitucionalidad se interpone contra el artículo 337° del Código Civil, que dispone: "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges".

Respecto al texto transcrito el accionante expresa, principalmente, lo siguiente:

- a) El artículo 337° del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.**

Este derecho está reconocido en el Artículo 2°, inciso 2), de la Constitución de 1993, así como también está previsto en el Artículo 26° del Pacto Internacional de los Dere-

---

71 Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de abril de 1997. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de Mayo de 1997

chos Civiles y en el Artículo 24° de la Convención de Derechos Humanos.

Aplicando el test de razonabilidad al Artículo 337°, se concluye que este es discriminatorio, por las siguientes razones: a) El citado artículo coloca a las personas de escasa educación o de pocos recursos económicos en una situación de desventaja en relación con aquellas personas que sí poseen estudios o una buena posición económica; b) Si bien la finalidad de preservar el vínculo matrimonial es legítima, la regulación restrictiva del divorcio en el Código Civil vigente es una muestra de que existen otros medios que pueden conducir al fin, sin sacrificar el principio constitucional de igualdad; c) El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral así como el derecho al honor y a la buena reputación son más importantes que la preservación del vínculo matrimonial; d) No se explica porque la conducta de ambos cónyuges deba apreciarse sólo en las tres causales aludidas en el Artículo 337° y no en las otras, a no ser que se pretenda mantener diferencias históricas muy arraigadas, y que han situado a vastos sectores de la población en una posición desventajosa y abiertamente contraria al principio de igualdad.

**b) El Artículo 337° del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la vida, a la integridad moral, psíquica y física.**

La violencia contra la mujer, en cualquiera de sus formas, constituye una violación a los derechos humanos, especialmente del derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral recogido en el Artículo 2°, inciso 1) de la Constitución Política del Perú.

El derecho a la vida se encuentra reconocido también en el Artículo 6° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles, y en el Artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, norma que reconoce también, en su Artículo 5°, el derecho a la integridad personal.

La norma impugnada que señala que la violencia física y psicológica se valora teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, determina que la pro-

tección de los derechos humanos depende del grado de instrucción y del estrato social al que pertenezca su titular.

- c) **El Artículo 337° del Código Civil de 1984 viola el derecho fundamental al honor y a la buena reputación.**

La jurisprudencia ha definido la injuria grave como 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.

La doctrina ha definido el honor como el sentimiento de autoestima, la apreciación positiva que la persona tiene de sí misma y de su actuación. La reputación es la cara opuesta, porque es la buena idea que los demás se hacen de una persona. El honor y la reputación son de hecho complementarios de la persona y esenciales para que pueda convivir en sociedad.

No se entiende porqué la valoración de la injuria grave dependa de la condición social de los cónyuges. Ante idénticos insultos una persona de escasa educación puede sentirse tan ultrajada como un profesional adinerado. El derecho constitucional al honor y a la buena reputación debe protegerse al margen de la instrucción de la persona y del estrato social al que pertenezca.

La Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental al honor y a la buena reputación en su Artículo 2°, inciso 7). Este derecho se encuentra también reconocido en el Artículo 17° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Artículo 11° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

- d) **El Artículo 337° del Código Civil de 1984, viola los derechos fundamentales a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.**

La aplicación del Artículo 337° del Código Civil trae como consecuencia que aquellas personas cuyas demandas de separación de cuerpos o de divorcio sean desestimadas en atención a su educación y costumbre, continúen soportando hechos de violencia, agravios y deshonor, que vulneran el derecho reconocido en el Artículo 2°, inciso 22), de la Constitución Política del Perú.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Absolviendo el trámite de contestación de la demanda, el Congreso, a través de su apoderado, el señor Congresista ..., la niega y contradice en todas sus partes, principalmente, por los siguientes fundamentos:

### a) **El Artículo 337° del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley.**

El primer deber de protección que tiene el Estado recae en la familia, es por eso que el Artículo 337° del Código Civil le otorga facultad al juez para poder analizar las situaciones en las que se ha producido la sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa a fin de determinar si constituyen causal de separación de cuerpos, siempre teniendo en cuenta la conservación de la familia.

El reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad los coloca como precedentes en un orden de prioridad. Estas instituciones existen antes de la ley. La ley sólo las reconoce, lo que equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos por lo que están investidos de protección y conservación.

El Artículo 337° del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley. Basa su fundamento en lo señalado por el constitucionalista José Coloma Marquina, el cual manifiesta que el Tribunal Constitucional Español ha dividido en dos áreas la protección al principio de igualdad, desigualdad en la ley y desigualdad en la aplicación de la ley. Continúa diciendo que "El Tribunal Constitucional analiza la supuesta desigualdad cuando esta nace de la Ley, determinando primero, si existe una objetiva y razonable que fundamenta la no igualdad; y segundo, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva razonable, debiendo haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin..."

Es distinto el caso de la desigualdad en la aplicación de la ley: citando al constitucionalista José Coloma, el demandante sostiene que se viola el principio en la aplicación de la ley, cuando un mismo precepto se aplica a casos iguales con notoria desigualdad por motivos arbitrarios, desigualdad que es sinónima para el Tribunal Constitucional

Español, de conducta arbitraria. A diferencia del test que se aplica en casos de desigualdad ante la ley, donde la razonabilidad se mide en función de la propia norma, en la desigualdad por aplicación de la ley, esta se mide respecto a la aplicación de la norma al caso concreto; así serán razonables las sub-normas deducidas de la norma aplicable de acuerdo a como fueron utilizadas. En el control de igualdad en este caso, lo fundamental para el órgano de protección de la igualdad, sino plasman una adecuada tutela judicial.

**b) El Artículo 337° del Código Civil no viola el derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física.**

Según los demandados, que citan a José Rubén Taramona, la sevicia puede definirse como el trato cruel que da uno de los cónyuges al otro, actos vejatorios realizados a fin de producir un sufrimiento que logre exceder el respeto entre marido y mujer. La sevicia se expresa por maltratos físicos, siendo apreciada por los daños materiales que produce. Lo que busca el cónyuge agresor es el sufrimiento del otro cónyuge logrando exceder el mutuo respeto entre marido y mujer.

Considera la parte demandada que el Artículo 337° no contribuye a la violación de estos derechos, pues el juez debe calificar la voluntad del infractor y la calidad del receptor debido a que el grado de agravio depende sustancialmente de la forma en que sean apreciados y percibidos los hechos por la víctima en ese momento.

Lo que puede ser sevicia para unos, calificada como una causal de separación de cuerpos puede ser tolerable para otros, por lo que no daría lugar al fundamento de la demanda.

Está condicionado al arbitrio judicial, a la interpretación del juez teniendo en cuenta las condiciones socioeconómicas y culturales del cónyuge que invoca la acción, evaluando si las causas del maltrato fueron graves o no, si se trata de un hecho aislado o de un verdadero hábito; si los hechos ocurrieron en público o en privado, o si el uso de la fuerza ocurrió en defensa de un derecho o arbitrariamente.

**c) El Artículo 337° del Código Civil no viola el derecho al honor y la buena reputación.**

Cada persona tiene un conjunto de características propias que constituyen su identidad, por lo tanto, si para unas personas las causales previstas en el Artículo 337° del Código Civil pueden ser una grave ofensa, para otros no puede serlo en razón de su comportamiento habitual, costumbres o educación, u otros factores.

Por otra parte, los demandados señalan que "la injuria grave esta relacionada a las ofensas que se realizan al honor y dignidad del cónyuge, producidas en forma reiterada e intencional por el agresor haciendo insoportable la vida en común. Esta puede darse en forme escrita, verbal, actitudes que denotan un ultraje y que representen un vejamen hacia la personalidad y dignidad". Como atenuación parcial, sostienen, que hay que tener en cuenta que los Tribunales acepten como principio jurídico el aforismo clásico "Scienti et consentienti non fit injuria" (Al que conoce y consiente, no se le causa injuria o perjuicio).

**d) Respecto a la violación al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.**

La conducta deshonrosa consiste en la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto que deben existir entre los cónyuges a fin de lograr la armonía conyugal. La parte demandada no expone mayores argumentos de contestación, respecto a este punto

Finalmente, considera que la norma contenida en el Artículo 337° del Código Civil, no es inconstitucional en tanto que ella sólo faculta al juez "a tener en cuenta" ciertos criterios en función de la naturaleza de las causales invocadas, pues estas se constituyen luego en juicio valorativo.

Habiendo examinado los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma, así como los manifestados a la vista de la causa, y los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en actitud de emitir su voto, y habiéndose efectuado

la votación en el Pleno convocado, para tal efecto por el Presidente del Tribunal;

FUNDAMENTOS:

Considerando:

1. Que se ha planteado la presente acción con el objeto que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del Artículo 337° del Código Civil, que establece que La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, que la mencionada disposición se relaciona sistemáticamente con las causales de separación de cuerpos prevista en los incisos 2), 4) y 6) del Artículo 333° del mismo cuerpo legal y con las causales de divorcio vincular, conforme al Artículo 349° del Código Civil.
2. Que, en consecuencia este Tribunal debe decidir si la apreciación por el juez en cada caso concreto, de la educación, costumbre y conducta de los cónyuges es o no discriminatoria, como alega el demandante y para ello debe analizar si la desigualdad de educación, costumbre y conducta entre las parejas casadas, es circunstancia justificatoria del trato desigual que debe hacer el juez, en la aplicación del Artículo 337° del Código Civil, como alega el demandado, que el principio de igualdad que la Constitución consagra en su Artículo 2° inciso 2) exige, en primer lugar, que la diferenciación en el tratamiento jurídico persiga una finalidad legítima; que es legítima la finalidad del Artículo 337° del Código Civil pues consiste en la conservación del vínculo matrimonial, y que es deber del Estado, plasmado en el Artículo 4° de la Constitución, proteger a la familia, promover el matrimonio y reconocer a ambos como institutos fundamentales de la sociedad; que, sin embargo, también es legítima y constitucional la finalidad dentro y fuera del matrimonio, de la defensa y del respeto a la dignidad de la persona humana, como lo establece el Artículo 1° de la Constitución vigente, así como la Protección del Estado a la vida, integridad moral, física y psíquica de la persona humana y de su libre desarrollo, como lo dispone el Artículo 2° inciso

1) de la Constitución; que también es legítimo y constitucional el derecho de toda persona al honor y a la buena reputación, como se desprende del Artículo 2º inciso 7) de la Constitución; que, que el derecho a la paz, a la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, también constituye una finalidad legítima y constitucional plasmada en el Artículo 2º inciso 22) de la Constitución y, por ello, resulta legítimo y constitucional el precepto del Artículo 2º inciso 24), h de la Constitución cuando ordena que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tratos inhumanos o humillantes.

Que en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales y legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del Artículo 337º del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, esté o no casada.

Que el principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad psíquica, física y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos.

Que, si bien la finalidad de la conservación que contiene el Artículo 337º del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados tienen mayor contenido valorativo y constituyen fina-

lidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.

El Tribunal no considera legítima la preservación del matrimonio cuando para lograrla uno de los cónyuges deba sufrir violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano.

3. Que el término "sevicia" utilizado en el Artículo 337° del Código Civil y también por los demandados en la contestación a la demanda, debe entenderse sustituido por el de "violencia física o psicológica" y no sólo referido, como parece entender la parte demandada, a los actos de crueldad física; que la violencia física y psicológica a la que se refiere el Artículo impugnado del Código Civil, es una violencia alegada como fundamento por la presunta víctima para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio, por lo que no cabe presumir que ha consentido con ella, o que la ha perdonado, sino más bien, que no está dispuesto a tolerarla ni por costumbre, ni por miedo a la separación o al divorcio, ni por su grado de educación o cultura; que la existencia de violencia debe ser comprobada por el juez respecto a su debida existencia, de modo objetivo; que, planteada la demanda de separación de cuerpos o de divorcio por el cónyuge agredido, y comprobada la existencia de violencia por acto o por conducta del otro cónyuge queda configurada y tipificada la circunstancia a la que se refieren los Artículos 333° y 349° del Código Civil como causal de separación de cuerpos o divorcio vincular, pues la violencia no deja de ser tal por el hecho de que quien la realiza o el que la sufre, o ambos, tengan determinado nivel de educación o cultura, o vivan en un ambiente donde se acostumbre aceptarla, pues en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y su derecho a vivir en paz; que, en consecuencia, siempre que hayan indicios de violencia física y psicológica por uno de los cónyuges debe bastar la exigencia de la presunta víctima a la separación de cuerpos o el divorcio para que sea admitida como presunta causal y pueda iniciarse el proceso; que, dentro del proceso, una vez comprobada fácticamente la violencia, queda

probada también la vulneración a los principios constitucionales precitados, y no cabe, por ende, supeditar su carácter de causal, a la educación o conducta de los cónyuges.

Que, en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar donde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante.

Que respecto a la injuria grave, como causal de separación de cuerpos y de divorcio, la "gravedad" es condición para que la injuria constituya causal; que la gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez, del sentido de honor que ella tenga de sí misma.

Que, el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la calumnia y la difamación, incide sólo sobre el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros.

Que, con estas premisas el Tribunal opina que la gravedad

de la injuria para convertir a esta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona o la pareja. El juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor interno del demandante, y que, en consecuencia no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo, de manera que no constituye, para ese individuo particular, una injuria grave, capaz de ocasionar la separación de cuerpos o el divorcio. No quiere decir esto que el juzgador deba clasificar a la sociedad por estratos de mayor o menor cultura, costumbres o educación, pues en un mismo estrato económico, social y cultural es posible encontrar parejas y dentro de éstas, personas, con distinta apreciación y sentimiento de lo que constituye una injuria grave: la indagación del juez debe referirse al honor interno de la víctima y a la relación con su pareja, sin que sea gravitante el estrato social o cultural al que pertenezca.

Que la conducta deshonrosa como causal de separación de cuerpos y de divorcio exigida por el Artículo 337°, debe necesariamente concordarse con el inciso 6) del Artículo 333° y con el Artículo 349° del Código Civil, es decir que no constituye causal cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que "haga insoportable la vida en común". En esta causal debe apreciarse por el juzgador no sólo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge; que el requisito adicional de que "haga insoportable la vida en común" para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución, cuya defensa no debe quedar al arbitrio del Juez. Una vez probados los dos extremos del inciso 6) del Artículo 333° del Código Civil, es decir que existe conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges y que dicha conducta hace

razonablemente insoportable la vida en común, queda configurada la violación objetiva del derecho constitucional que toda persona tiene al honor, a la buena reputación y a la vida en paz, derechos que deben ser reconocidos, independientemente del grado de instrucción de la persona o del estrato social o cultural al que pertenezca.

Que, en lo que concierne a la costumbre, si bien el término "conducta" sugiere una "serie" de hechos que pueden suponer una costumbre entre los cónyuges, y por ende, una situación aceptada tácitamente por el agraviado, tal presunta aceptación no "constitucionaliza" la violación a la dignidad y al honor de la víctima. El requisito adicional a la conducta deshonrosa, de hacer "insoportable la vida en común" supone de modo razonablemente objetivo que, llegado determinado momento, la víctima en la relación conyugal ya no está dispuesta ni puede soportar más la conducta deshonrosa de su cónyuge, a costa de sí mismo y de sus derechos personales básicos: la interposición de la demanda debe considerarse, entonces, como presunción de derecho, de que ese momento ha llegado y la conducta deshonrosa una vez comprobada fácticamente en el proceso, pasa a constituir causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Que en base al Artículo 2º inciso 2) de la Constitución Política, que prohíbe distinguir entre las personas por motivos de origen, condición económica o de cualquiera otra índole; a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por el Perú el 22 de marzo de 1996, en especial a su Artículo 6º que proclama "el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en concepto de inferioridad o subordinación", derecho que este Tribunal reconoce también a todo varón; el Artículo 2º inciso 7) de la Constitución Política que reconoce el derecho fundamental al honor y a la buena reputación, que concuerda con el Artículo 11º de la Convención Americana de Derechos Humanos y al Artículo 20º inciso 22) de la misma Constitución Política, que consagra el derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibra-

do y adecuado al desarrollo de la vida y, vistas las sugerencias del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, este Tribunal considera que los medios escogidos por el legislador, es decir, la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho personal a la integridad física, psíquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.

Por estas consideraciones el Tribunal Constitucional FALLA: Declarando fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don ..., contra el Artículo 337° del Código Civil, en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria grave, disposición que queda vigente. El Artículo 337° del Código Civil, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave...

S.S. NUGENT; ACOSTA SANCHEZ; AGUIRRE ROCA; DIAZ VALVERDE; REY TERRY; REVOREDO MARSANO; GARCIA MARCELO.

VOTO DEL SEÑOR GARCIA MARCELO CONCORDANTE CON LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA Y DISCORDANTE, PARCIALMENTE, CON LA PARTE RESOLUTIVA DE SU FALLO.

El Magistrado que suscribe no obstante concordar con la mayoría de los fundamentos contenidos en la sentencia y dis- sentir sólo parcialmente, de la parte resolutive contenida en su fallo, estima que se declare fundada en todos sus extre- mos la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el Artículo 337° del Código Civil y en consecuencia inconstitucional el referido precepto.

FUNDAMENTOS: Que si bien es cierto que la “injuria grave” como causal de divorcio se encuentra relacionada con la hipótesis de transgresión del derecho al honor, principalmente en su dimensión o esfera interna antes que en su dimensión o esfera externa, ello no supone en modo alguno que los hechos reputados como gravemente injuriosos incidan exclusiva y excluyentemente respecto del sentimiento subjetivo de la persona afectada pues todo insulto calificado, resulta tan reprochable como noci- vo para la relación conyugal o de pareja que no es por principio un asunto sólo individual sino también social, tal como se desprende del Artículo 1° de la Constitución que reconoce como el fin supremo de la sociedad y del Estado la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, y más aún, el Artículo 4° de la misma Norma Fundamental que señala como deber de la comunidad y el Estado, promover al matrimonio, que no supone por supuesto y como es evidente, una relación sustentada en el maltrato moral de la persona.

Que, en concordancia con lo manifestado, resulta inacep- table la invocación de la ponderación judicial tomando en cuenta circunstancias de educación, costumbre y conducta de los cónyuges, cuando se trata de amerituar la causal de “injuria grave” pues ello equivaldría a decir que me- nos dignidad u honor, le corresponde a una persona de inferior educación o posición socioeconómica que a una persona venturosamente nacida en el seno de su hogar con mejores condiciones, cuando el insulto agravado no deja de ser en cualquier circunstancia una ofensa indiscu- tible por donde se le mire.

Que por otra parte y correlativamente a la transgresión del derecho constitucional al honor y dignidad persona-

les, la exigibilidad de la antes citada ponderación judicial afecta con la misma intensidad tanto el derecho a la integridad moral de las personas como el derecho a la igualdad ante la ley, reconocidos ambos en los incisos 1) y 2) del Artículo 2º de la Constitución del Estado, circunstancia al parecer no merituada debidamente en los fundamentos de la sentencia.

Que por último, no existen a mi juicio, elementos notoria o razonablemente distintivos entre las causales de sevicia y conducta deshonrosa por un lado y la de injuria grave por el otro, siendo por el contrario las situaciones prácticamente iguales, lo que hace aplicable el principio según el cual " donde existe la misma razón, existe el mismo derecho", siendo en consecuencia igual de inconstitucionales, las tres hipótesis recogidas por el impugnado Artículo 337º del Código Civil.

*- Circunstancias en que se produjeron los hechos y calidad personal de los cónyuges.*

#### 1. RESOLUCION SUPREMA DEL 11 DE NOVIEMBRE de 1997 <sup>72</sup>

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- la casación se funda en: a) inaplicación de los Artículos trescientos treintisiete y trescientos treintinueve del Código Civil; b) inaplicación de la doctrina jurisprudencial; CONSIDERANDO: **Primero.**- que, concedido el Recurso de Casación a fojas ciento sesentiuno, fue declarado procedente por resolución del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y siete por la causal prevista en el inciso segundo del Artículo ochentiséis del Código Adjetivo, referida a la inaplicación de los Artículos trescientos treintisiete y trescientos treintinueve del Código Civil; **Segundo.**- que, si bien el Artículo trescientos treintisiete del Código Civil, es inaplicable en el presente caso por decisión del Tribunal Constitucional; empero resulta evidente que de acuerdo con el inciso segundo del Artículo trescientos treintitrés del acotado, el juzgado no puede dejar de apreciar las circunstancias en las que se produjeron los hechos y la calidad personal de los protagonistas **Tercero.**- que, se entiende la violencia física y psicológica como el trato reiterado y cruel de uno de

---

72 Casación N° 207-T\_97/ Lambayeque

los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común; **Cuarto.**- que, tal presupuesto no ha quedado plenamente establecido por medios idóneos, como, por ejemplo, certificados médicos que pudieran demostrar la causal que ha sido amparada. **Quinto.**- que, por los fundamentos glosados es inoficioso pronunciarse sobre la inaplicación del Artículo trescientos treintinueve del Código Sustantivo; **Sexto.**- que, es de observancia lo que preceptúa el inciso primero del Artículo trescientos noventiséis del Código Adjetivo; Declararon: FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por ..., mediante escrito de fojas ciento cincuentisiete; CASARON la resolución de vista de fojas ciento cuarentiseis, su fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos noventiséis y, actuando en Sede de Instancia; REVOCARON la apelada de fojas ciento uno, fechada el veintinueve de agosto del mismo año, que declara fundada en parte la demanda de fojas nueve y disuelve el vínculo matrimonial que une a los esposos... , por la causal de violencia física y psicológica; extremo en el que también declararon infundada dicha demanda; ORDENARON se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, en los seguidos por don ... con doña ..., sobre divorcio por Sevicia y otras causales; y, los devolvieron.

## ***2.5. La reiterancia en el maltrato como requerimiento de la causal.***

El concepto tradicional de sevicia suponía una pluralidad de actos, que siendo crueles, destruyan cualquier tipo de convivencia normal; algunos tratadistas atribuyen singular importancia a este carácter, así dirán: “Creemos, además, que no deben ser aisladas, sino repetidas, porque solamente en este caso se hace intolerable la vida conyugal”<sup>73</sup>.

La reiterancia como elemento constitutivo viene discutiéndose a la luz del actual texto de la causal, así como del natural devenir social y cultural de determinados conceptos. En ese entendido para un sector de la doctrina un solo acto puede ser lo suficiente-

---

73 Ambrosio Colin y Henry Capitant, Op. Cit., p. 442.

mente grave como para imposibilitar la reanudación de la vida en común, comprendiendo el hecho singular o plural de la agresión dentro de los alcances del concepto violencia. Otro en tanto, continúa requiriendo agresiones reiteradas. Similar apreciación dual viene apreciándose en la práctica judicial.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE AGOSTO DE 1991 <sup>74</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando:

Que la causal de sevicia invocada en la demanda, sustentada en las sentencias de primera y segunda instancia, no está acreditada; que la agresión del varón para causarle lesiones a su cónyuge, según certificado médico de fojas sesentinueve que arroja cero días de asistencia facultativa por cuatro días de incapacidad para el trabajo, de fecha cuatro de julio de mil novecientos ochentiséis, no da mérito suficiente para constituir actos de vejamen constitutivos de la causal de sevicia.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 1982 <sup>75</sup>

Según lo señala el dictamen fiscal y la propia resolución, se presentan como pruebas constancias policiales y fundamentalmente un certificado médico legal, en el que se indica que la lesión sufrida por la cónyuge motivó dos días de asistencia médica por siete de incapacidad para el trabajo.

La apreciación de aquéllas, en las distintas instancias ha sido contradictoria. Así, el fallo de Primera Instancia consideró infundada la demanda; la Corte Superior y el Fiscal Supremo opinaron por lo contrario; la Corte Suprema ratificó el primero de éstos.

La Resolución Suprema incluyendo en su parte considerativa la concepción que inicialmente mencionáramos, establece:

Que la causal de sevicia, implica actos vejatorios realizados con el propósito de hacer sufrir y que revelan inclinaciones que ex-

---

74 Exp. 1434-88 / Lima.

75 Exp. 431-82 / Lima.

ceden los límites del respeto mutuo que requiere la vida en común ..., que en el caso de autos, el certificado médico corriente a fs. ..., si bien indica dos días de asistencia médica por siete de incapacidad para el trabajo, no especifica las lesiones materia del reconocimiento ni en qué parte del cuerpo se produjeron; las constancias policiales de fs. ...no han sido objeto de investigación alguna y la instrumental de fs. ...revela simplemente la comparecencia de las partes ante el Juzgado de Paz de Breña y no que se haya realizado algún esclarecimiento judicial con relación a los maltratos denunciados por la actora, por lo que, resultan insuficientes para acreditar la causal aludida.

Del texto de la ejecutoria no aparece que la discusión en torno al documento -el certificado médico legal que verificaba la existencia de una lesión- haya sido en razón de su posible autor, cuestión no planteada, siendo otros puntos los que se consideraron poco claros.

La gravedad que puede rodear cada acto es de suma importancia, ya que "De lo que se trata en el fondo, es de ver si la crueldad que un cónyuge ejerce contra el otro, pone a éste en peligro de su salud o de su vida, y si es posible o no la convivencia armónica de los esposos"<sup>76</sup>.

De la misma manera como el adulterio se vincula a la conducta deshonrosa en ciertas situaciones, algo similar ocurre entre las causales de violencia y de atentado contra la vida del cónyuge, cuando este accionar malintencionado se hace permanente o suficientemente peligroso, que arriesga no sólo la convivencia normal de los cónyuges sino que también afecta gravemente su integridad corporal poniendo en riesgo incluso su propia vida.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MAYO DE 1982<sup>77</sup>

La Corte Suprema declaró fundada la demanda de divorcio de conformidad con el dictamen fiscal que se pronunciaba porque:

---

76 Hugo Lindo, *El divorcio en El Salvador*, El Salvador, Universidad Autónoma de El Salvador, 1948, p. 73.

77 Exp. 348-82 / Lima.

la actora con la certificación policial de fs. ..., concordante con el Atestado de fs. ..., ha acreditado que el demandado agredió a la actora el ...ocasionándole traumatismos y lesiones que determinaron una incapacidad de 2 días con asistencia médica por 8 días para el trabajo; que según es de verse de la copia certificada de fs. ..., con anterioridad el demandado había maltratado también a la actora, no obstante hallarse en avanzado estado de embarazo; declara fundada la demanda...

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA 03 DE MARZO DE 1993 <sup>78</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que la acción de separación de cuerpos fundada en sevicia, debe acreditarse con los elementos materiales que lleven al convencimiento del juzgador, que existe una motivación racional que demuestre la existencia de los hechos expuestos en la demanda; que en el caso sub-examen aparece de la instrumental de fojas cincuentisiete y cincuentiocho, -que no ha sido impugnado-, que el demandado tiene una personalidad agresiva; que es amenazador e indisciplinado; que este documento que es una transcripción de la historia clínica de enfermedad, epícrisis y evolución, es revelador, y aunque tiene fecha de mil novecientos ochentiséis, o sea muy anterior a la demanda, lleva a la certeza de que el hecho denunciado por la demandada el día diez de abril de mil novecientos ochentisiete, a que se refiere la certificación policial de fojas treinta no es aislado, sino una norma de conducta habitual, lo que se corrobora con el hecho de que pocos días después de la referida denuncia policial, la accionante se vió obligada a abandonar el hogar conyugal; que estas certificaciones no han sido objeto de impugnación, ni pronunciamiento alguno por el emplazado.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE OCTUBRE DE 1997<sup>79</sup>

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El Recurso de Casación se interpone por la causal de interpretación errónea de una nor-

---

78 Exp. 625-92 / Callao.

79 Casación N° 1992-T-96/ Tacna

ma de derecho material, -inciso segundo del Artículo trescientos treintitrés del Código Civil- y de la doctrina jurisprudencial. CONSIDERANDO: Primero.- que, concedido el Recurso de Casación a fojas doscientos noventiséis, éste fue declarado procedente mediante resolución del primero de agosto de mil novecientos noventa y siete por la causal invocada; Segundo.- que, la recurrente sostiene que la norma de derecho material se ha interpretado erróneamente puesto que la impugnada se apoya en un hecho aislado tomando como base el atestado policial que obra en el expediente número noventa y cuatro, cuando la sevicia implica actos reiterados; Tercero.- que, sostiene, además, que no se ha tomado en cuenta el certificado médico legal que acredita que en la riña habida con su cónyuge -a la que se refiere el atestado policial antes mencionado- la recurrente sufrió la rotura de la nariz y que tampoco se ha tomado en cuenta el expediente número noventa y cuatro; Cuarto.- que, la violencia física que contempla el inciso segundo del Artículo trescientos treintitrés del Código Sustantivo, se entiende como el trato reiterado, excesivamente cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho a su consorte y salva así los límites del recíproco respeto que ambos se deben; Quinto.- que, en autos ha quedado establecido que entre marido y mujer, quienes viven separados de hecho, se han producido disputas que en algunas oportunidades han degenerado en agresiones mutuas; Sexto.- que, en tal virtud, se ha interpretado con demasiado rigor el mencionado dispositivo legal, y más aún, sin tener en cuenta la condición particular de los cónyuges, para apreciar si el ultraje justifica la drástica medida adoptada; por estas consideraciones; Declararon: FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto a fojas doscientos noventa y cuatro, en consecuencia, CASARON la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y tres, su fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, en la parte materia del recurso; y actuando en sede de instancia; REVOCARON la apelada de fojas ciento cincuenta y cuatro, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cinco, en cuanto declara fundada en parte la demanda de divorcio interpuesta a fojas diecisiete por don ... contra doña ... por la causal de violencia física reformándola en este extremo la declararon : INFUNDADA ...

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE SETIEMBRE DE 1998 <sup>80</sup>

### MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña ..., contra la sentencia de vista de fojas ciento treintiséis, su fecha seis de octubre de mil novecientos noventisiete, que confirmando la apelada de fojas ciento siete, su fecha trece de junio del mismo año, declara infundada la demanda de divorcio por la causal de violencia física o psicológica, quedando subsistente el vínculo matrimonial con don ..., con lo demás que contiene.

### FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por Resolución de ésta Sala Suprema del veintiséis de enero del presente año, se ha declarado procedente el recurso por la causal de interpretación errónea del inciso segundo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, pues la sentencia de vista sostiene que dicha causal se traduce en actos vejatorios y crueles que un cónyuge irroga al otro con la intención de causarle sufrimiento injustamente, en forma reiterada, que imposibilitan la vida en común, y en ese orden de ideas, que los maltratos físicos y morales hayan sido realizados con violencia, reiteradamente, revestir gravedad y ser infligidos intencionalmente, y que la interpretación correcta es la formulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia pronunciada en el expediente número cero dieciocho guión noventiséis guión TC publicada en el diario oficial el trece de mayo de mil novecientos noventisiete.

### CONSIDERANDO:

Primero: Que, las sentencias de mérito han establecido como cuestión de hecho que la demandante sufrió tumefacción leve del cuero cabelludo, región occipital, con una prescripción médica de un día de atención facultativa por tres de incapacidad para el trabajo, y que no se ha identificado al autor.

Segundo.- Que, la demandante atribuye esa agresión a su esposo, el demandado, y demanda el divorcio por la causal de sevicia, contenida en el inciso segundo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, que por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, ha sido sustituida por la de violencia física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.

Tercero: Que el Tribunal Constitucional, en la sentencia del veintinueve de abril de mil novecientos noventisiete, pronun-

---

80 Casación N° 2241-97/ Lima

ciada en el expediente número cero dieciocho guión noventa y seis guión TC resolviendo la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el artículo trescientos treinta y siete del Código Civil, considera que la causal de "violencia física y psicológica" que sustituye a la denominada de sevicia, debe entenderse referida no sólo a los actos de crueldad física, y debe ser comprobada por el Juez de modo objetivo, con prescindencia del grado de educación, cultura y costumbres de los cónyuges.

Cuarto: Que, en consecuencia, la apreciación del noveno considerando de la sentencia de vista incurre en error, pues incorpora entre las condiciones de la causal, la reiterancia y la gravedad.

Quinto: Que, la causal de violencia física se configura con un acto intencional, de fuerza de un cónyuge sobre el otro, que le cause un daño objetivamente constatable y que determine la imposibilidad de la vida en común que obliga el matrimonio.

Sexto: La demandante ha demostrado que sufrió una lesión, más no ha probado la circunstancias de ésta y que el demandado sea el responsable, por lo que no se puede amparar la demanda, y es de aplicación lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete, segundo párrafo del Código Procesal Civil.

SENTENCIA:

Estando a las conclusiones que anteceden, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña ..., en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fojas ciento treinta y seis, su fecha seis de octubre de mil novecientos noventa y siete.

## **2.5. 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.

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.

En relación a la prescripción que determinaba el Código Civil derogado, importante regla estableció la práctica judicial, al consignar:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE OCTUBRE DE 1980 <sup>81</sup>

Que fundándose la demanda de divorcio en la causal de sevicia, consistente en un acto delictuoso intencional sujeto a procedimiento penal, el plazo de prescripción a que se contrae el art. 252 del Código Civil sólo es computable a partir de la fecha en que queda ejecutoriada o consentida la resolución penal que pone fin a dicho proceso...

Declarando finalmente improcedente la excepción de prescripción formulada en dicha causa.

De otro lado, los tribunales han establecido que cuando se trata de una conducta habitual, en la que no hay un punto de referencia para computar el término de caducidad, la causal se encuentra expedita para la acción respectiva.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE MAYO DE 1992 <sup>82</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

De lo actuado en autos se tiene que la causal de sevicia invocada por la demandante se encuentra debidamente acreditada en autos. En efecto las instrumentales de fojas 104 a 109 y las de fojas 144, 203, 340 y 342 son lo suficientemente claras y no han podido ser rebatidas por el emplazado. Además los actos que configuran la sevicia han venido ocurriendo en forma continuada desde antes de la interposición de la presente demanda e inclusive hasta en fecha posterior a la tramitación de la misma, por lo que no hay punto de referencia para computar el término de la prescripción puesto que mientras subsista la causal está expedita la acción respectiva.

---

81 Exp. 1530-80 / La Libertad.

82 Exp. 3027-91 / Lima.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE FEBRERO DE 1993 <sup>83</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró;

“Tratándose de hechos continuos o reiterados, el plazo de caducidad se computa a partir del último accionar, ya que de lo contrario el ofendido se quedaría sin posibilidad de hacer uso de las acciones que le permite la ley, no obstante la producción de hechos posteriores al inicial; que siendo así en el mes de agosto de 1989, fecha de interposición de la demanda, el actor tenía expedito su derecho, dado a que el plazo establecido por el art. 339 del Código Civil no se había extinguido”.

Declararon Haber Nulidad en la sentencia de vista que confirmando la apelada declara caduca la acción interpuesta sobre divorcio por la causal de sevicia, reformándola la declararon fundada.

La interpretación precedente no fue observada en la ejecutoria siguiente:

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE SETIEMBRE DE 1992 <sup>84</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Las pruebas actuadas por la actora no acreditan la existencia de las causales aducidas en la demanda. Efectivamente la certificación policial por maltratos de fs. 9 que dió origen al atestado policial No. 171 que en copia obra a fs. 40 se refiere a maltratos producidos antes de los 6 meses de presentada la demanda, habiendo caducado la acción de conformidad con lo establecido por el art. 339 del C.C., y concluido, además, la instrucción por faltas basadas en el atestado referido por desistimiento de las agraviadas; la certificación policial de fs. 31 se

---

83 Exp. 2538-91 / Huánuco.

84 Exp. 1283-91 / Lima.

refiere a maltratos producidos en fecha posterior a la demanda; y la confesión ficta de fs. 15 vta. y las testimoniales de fs. 18 y 20 son completamente insuficientes para acreditar las causales alegadas.

Estas últimas ejecutorias permiten apreciar la dualidad de criterio existente, para la apreciación de las faltas conyugales de carácter continuo propios de esta causal, impidiendo en algunos casos que se compute el término de caducidad, mientras que en otros no lo afecta.

### 3. EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CONYUGE

#### 3.1. *Definición*

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

#### 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"<sup>85</sup>.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE ABRIL DE 1961<sup>86</sup>

"Don ...sufrió quemaduras de primer y segundo grado en toda la superficie de la cara, en las caras anteriores y laterales del cuello y en el hombro y brazo derecho, a consecuencia de haberle arrojado su cónyuge doña ..., cuando se encontraba

---

85 Hernán Larraín Ríos, Op. Cit., p. 191.

86 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 211, Agosto de 1961, pp. 1148-1149.

durmiendo, agua hirviendo, situación que reconoce la demandada al prestar su confesión, prueba plena que se halla corroborada con la prueba oral ofrecida por el actor”,... “los certificados médicos y fotografías existentes”.

Primera Instancia declaró fundada la demanda, a fs. ...la demandada dedujo excepción de prescripción amparándose en el art. 252 del C.C. de 1936.

La Corte Superior confirmó la apelada y declaró sin lugar la referida excepción de prescripción.

El Fiscal Supremo opinó No Haber Nulidad.

La Corte Suprema considerando, que los hechos ocurren el 11 de noviembre de 1956 y la demanda recién fue interpuesta el 10 de enero de 1958, habiendo transcurrido en exceso el plazo señalado en la segunda parte del art. 252 del C.C. (1936) declaró Haber Nulidad y por lo tanto fundada la excepción de prescripción.

Un hecho de tal magnitud justifica una causal como ésta, plazos expresamente determinados por la ley hacen que el cónyuge pierda su derecho a accionar el divorcio, efecto que posiblemente no evitará que su convivencia siga haciéndose imposible.

La apreciación judicial es muy exigente para admitir la causal, requiriendo que los hechos que le den lugar revistan un alto nivel de gravedad, de modo que una acción por lesiones leves no es suficiente para que prospere.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ENERO DE 1986 <sup>87</sup>

La Corte Suprema declaró de conformidad con el dictamen del señor Fiscal que:

Si bien es cierto que del expediente acompañado sobre faltas contra la vida, el cuerpo y la salud seguido contra la demandada se

---

87 Exp. 269-85 / Piura.

advierte que el Juez Instructor la condenó a la pena de un mes de prisión condicional, el Tribunal declaró prescrita la acción ordenando el archivamiento del proceso; este hecho por su misma naturaleza y las circunstancias en que se produjo no puede constituir causal de divorcio prevista en el inc. 3° del acotado.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE AGOSTO DE 1992 <sup>88</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal, ameritó:

Revisada la prueba actuada y especialmente el expediente acompañado sobre faltas contra la vida el cuerpo y la salud en agravio de la actora, se puede determinar que la acción del demandado que dió origen a la investigación en comentario no estuvo dirigida a privar de la vida al cónyuge, sino a causarle daño físico de ahí que fuera condenado a la pena de multa, por lo que tal accionar no puede comprenderse dentro de la causal invocada por la actora.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 01 DE SETIEMBRE DE 1992 <sup>89</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

En cuanto a la causal de atentado contra la vida del cónyuge, cabe manifestar, que ésta se funda en la lesión que le causó el demandado con fecha 09 de abril de 1988, por lo que aquél fue sentenciado a 4 meses de prisión y al pago de una reparación civil de I/. 3,000.000 intis a favor de la agraviada; hecho que tampoco puede ser considerado como atentado contra la vida del cónyuge.

### ***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

---

88 Exp. 2266-91 / Ayacucho.

89 Exp. 1514-91 / Ica.

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”<sup>90</sup>.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE MAYO DE 1993<sup>91</sup>

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

“Se entiende por atentado contra la vida del cónyuge, el designio criminal exteriorizado por uno de los cónyuges en agravio del otro, requiriéndose que un cónyuge atente contra la vida del otro, siendo indiferente que se haya llegado a un intento adecuado o que se trate de un acto preparatorio, supuesto que no se da en el proceso sobre faltas contra el cuerpo y la salud, sustanciado ante el Juzgado de Paz de Socabaya, en razón de que del estudio del mismo se desprende que el animus del agresor no es causar la muerte de su víctima ni atentar contra su vida, sino el de causarle lesiones, las mismas que de acuerdo al reconocimiento médico legal, resultan leves”.

### 3.4. *Intencionalidad en el agresor*

En este tipo de causal lo que fundamentalmente se sanciona es la intención deliberada de victimar al consorte, siendo su manifestación la que hace imposible y peligrosa la continuación de la vida en común y por lo tanto la que justifica la disolución del vínculo; de ahí que no se distinga entre tentativa desistida y tentativa impedida, sosteniéndose que “Figuras del Derecho Penal como la tentativa de homicidio, el homicidio frustrado y el homicidio imposible quedan comprendidas en esta causal”<sup>92</sup>.

---

90 Exp. Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff. Tratado de Derecho Civil. Barcelona, Bosch, 1953, t. IV, Vol. 1, p. 225.

91 Exp. 1228-92 / Arequipa.

92 Héctor Cornejo Chávez, Op. Cit., p. 354.

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”<sup>93</sup>.

El cónyuge agresor ha de ser el autor del atentado, pero procedería preguntarnos, ¿Qué ocurre si éste participa en el acto delictuoso como cómplice o encubridor, sería causa suficiente para el divorcio?

El Dr. Hurtado Pozo en su Manual de Derecho Penal, expresa respecto a la complicidad que “A diferencia del autor que ejecuta totalmente el tipo legal [...] el cómplice contribuye a la realización del delito mediante actos que no caen dentro del tipo legal ...”.

“La contribución del cómplice debe “coadyuvar” o “prestar asistencia de manera intencional”<sup>94</sup>

Aquél que no ejecutando directamente el hecho punible, pero que presta su cooperación como cómplice, pone de manifiesto una actitud dolosa para la perpetración del delito, ¿no es acaso suficiente un evento de esa clase para justificar la causal? Hernán Larraín considera la “intención” que caracteriza a la participación del cómplice, basta para que se hable de “atentado” y el peligro, en que, en lo sucesivo, ha de vivir el cónyuge agraviado, merece la conjuración que se persigue mediante el divorcio”<sup>95</sup>.

La instigación es otra forma de participación en la comisión de un delito, el instigador es aquél que sin tomar parte en la eje-

---

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

94 José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General, Lima, 2da. Ed. EDDILI, 1987, pp. 542-544.

95 Hernán Larraín Ríos, Op. Cit., p. 192.

cucción del hecho punible, ejerce una influencia psicológica sobre otro sujeto, con el propósito de hacerle cometer el delito.

“El instigador debe actuar intencionalmente; es decir, que debe determinar al instigado con conciencia y voluntad”<sup>96</sup>.

En el caso de la instigación, como un tipo de coautoría tipificada, con mayor razón que en la complicidad inclusive, al margen de la acción penal que pueda dar lugar, este accionar es fundamento suficiente de una causal como la estudiada. La voluntad de querer producir el daño y determinar psicológicamente a otro para que lo ejecute, es tan poderosa, que el repudio y temor que nacerán, impedirán cualquier deseo de convivencia por parte de la víctima, justificándose la procedencia de un divorcio.

El encubrimiento a diferencia de las anteriores figuras penales no genera mayores repercusiones en esta causal, por cuanto la intervención del encubridor es posterior a la ocurrencia del delito, él aprovecha sus efectos y oculta a la justicia su existencia o la del delincuente. La intención del agente no está orientada a la realización del hecho que ya tuvo lugar, por lo que en ese entendido no será propio incluirlo como una forma de atentado contra la vida del cónyuge, lo que no obsta por supuesto que se le comprenda como una grave ofensa para el agraviado, dando lugar a otra causal.

### ***3.5. Participación directa y personal del cónyuge en el atentado***

En este aspecto, la ejecutoria suprema del 18 de diciembre de 1981, señaló como condición para que la causal se configure:

“Que para que pueda establecerse como existente la causal de atentado contra la vida del cónyuge, que contempla el inciso tercero del artículo doscientos cuarentisiete del Código Civil, es

---

96 José Hurtado Pozo, Op. Cit., p. 538.

menester que el evento haya sido determinado por acción directa y personal del otro cónyuge”<sup>97</sup>.

La causa en examen fue apreciada judicialmente de la siguiente manera:

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda por las causales de conducta deshonrosa y atentado contra la vida del cónyuge.

La Corte Superior confirmó la apelada.

El Fiscal Supremo opinó No Haber Nulidad.

Entre tanto, la Corte Suprema declaró No Haber Nulidad respecto a la causal de conducta deshonrosa, por lo que otorgó el divorcio por ésta, pero declaró Haber Nulidad en la de atentado contra la vida del cónyuge, considerándola infundada.

Del cuadernillo formado en la Corte Suprema, se pudo obtener la siguiente información; que el hecho materia de litis respecto a esta causal lo constituyó:

La instigación que la demandada ejerciera sobre un grupo de personas, miembros de la Cooperativa La Molina, para que atentaran contra su esposo y sus dos acompañantes, aseverando que aquellos habían abusado sexualmente de ella, lo que produjo que los cooperativistas agredieran con gran violencia al cónyuge y a las otras dos personas, sucesos en los que casi pierden la vida.

Las pruebas que acompañaron fueron:

Declaraciones de testigos en los que se da cuenta de la instigación de la demandada.

Certificado de la policía en el que consta también la misma actitud.

---

97 Exp. 1769-81 / Ancash.

Un escrito de la demandada, en el que sostiene que su marido tenía la intención de violarla pero no se concretó por la intervención oportuna de los cooperativistas.

Es de verse, además, que la emplazada es de profesión psicóloga, calificación que en un caso así no resulta intrascendente.

De otro lado, la conducta deshonrosa imputada a la cónyuge ha quedado plenamente acreditada en el proceso, ya que las tres instancias coincidieron en declararla fundada.

El fallo supremo estableció que la causal de atentado contra la vida del cónyuge, se constituye en tanto el evento haya sido determinado por acción directa y personal del cónyuge demandado; en el caso sub judice se estimó que las pruebas aportadas no acreditaban dicha circunstancia, en oposición a lo apreciado por las resoluciones de Primera Instancia, la Corte Superior y el dictamen del Fiscal Supremo.

La expresión determinada por acción directa y personal del cónyuge, ¿supone la intervención sólo a nivel de autoría directa o coautoría en el atentado o admite también la autoría mediata y las otras formas de participación criminal?. Entenderla únicamente dentro de las formas restrictivas de autoría, sería limitar demasiado una causal cuyo fundamento es amparar al inocente ante un peligro inminente que afecta su vida. La autoría mediata, la instigación y la complicidad son suficientes para efectos de la causal, ameritando la disolución por ser igualmente aversivos y ultrajantes como lo es la autoría directa.

### ***3.6. 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

##### 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) <sup>98</sup>.

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) <sup>99</sup>.

##### 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 dignidad.

##### 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” <sup>100</sup>.

---

98 Exp. 477-82 / Junín.

99 Exp. 2151-91 / Ica.

100 Hernán Larraín Ríos. Op. Cit., p. 205.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE SETIEMBRE DE 1983 <sup>101</sup>

Dictamen Fiscal:

...que a partir de 1970 empezó en la demandada la voluntad de injurarlo, al dirigirle una queja ante la Inspectoría General del Ejército, acusándolo de observar una conducta propia de un enajenado mental, con lo cual se le privaba de un ascenso dentro del Escalafón Militar, que también por el año 1970, la contraria continuamente lo arrojaba de la casa, que habían constituido como el hogar conyugal sito ...; que por las continuas desavenencias con su esposa se vió obligado a separarse de ella viajando a la República de Venezuela, retornando al cabo de 2 años, para construir una casa ..., donde pretendió reanudar su vida conyugal con la demandada, lo cual fue rechazado por ésta; que posteriormente, en 1978, la demandada inició un procedimiento para que lo declararan interdicto, el mismo que en su oportunidad fue declarado improcedente al no encontrarle indicios de enajenación; que del mismo modo le ha iniciado procedimiento ante la Prefectura para la prestación de garantías por supuestos rasgos de enajenación mental y denuncias ante diferentes juzgados de instrucción, por supuestos delitos, todos los cuales han terminado con orden de archivamiento al no encontrarse los elementos constitutivos de los delitos imputados.

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró fundada la demanda por la causal de injuria grave.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE ENERO DE 1985 <sup>102</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró infundada la demanda por injuria grave. En tanto el Ministerio Público consideró que esta se había configurado en el caso de autos, señalando que:

la causal de injuria grave se ha acreditado con el informe que corre a fs. ...y siguientes, reconocido a fs. ...y con la confesión

---

101 Exp. 617-83 / Lima.

102 Exp. 864-84 / Lima.

de la emplazada actuada a fs. ...y ..., ya que conociendo la demandada que el actor era el Director del Hospital de la F.A.P. no debió, sin su autorización llevar a ese Nosocomio a su hija ...para que fuera atendida de una hemorragia producida como consecuencia de maniobras abortivas empíricas; [...] que de las distintas repreguntas formuladas a la demandada en el indicado folio se concluye que estaba enterada de lo que padecía su hija no obstante lo cual no trepidó en llevarla al Hospital del cual era precisamente Director el demandante, en su condición de Coronel de la F.A.P., siendo atendida en Emergencia quirúrgicamente de Legrado Uterino, practicada por el Dr. ..., hecho que dió origen dentro del sector de los médicos oficiales y civiles a un cuestionamiento que terminó con la expulsión del nombrado galeno [...] Por los fundamentos que contiene la sentencia de Primera Instancia en cuanto a la causal de injuria grave imputada a la demandada y cuyos hechos constituyen acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio para el actor, opinó ...se declare fundada la demanda ...por la causal de injuria grave.

#### ***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 prevén 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 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) <sup>103</sup>.

En nuestro país se ha tenido en cuenta para considerar la gravedad de la ofensa, criterios como los siguientes:

#### 4.4.1. *La reiterancia en los agravios*

Lafaille expresa que podría conceptuarse grave cuando la injuria es "repetida" y no tiene otro fin que el de causar un daño moral a la persona del injuriado <sup>104</sup>.

Los Tribunales se han detenido a considerar si la injuria como justificante de la demanda de divorcio, tendrá que "examinar si se trata de un caso aislado o de un hábito perverso" entre otras condiciones <sup>105</sup>.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE AGOSTO DE 1946 <sup>106</sup>

El señor ...a fs. ...y al absolver la cuarta pregunta del interrogatorio de fs. ...se refiere al hecho de que la señora ...arrojó un vaso a su esposo que casi le cae a la señora ..., madre del declarante que vivía en los bajos; hecho que sabe el declarante por declaración de su señora madre. La señorita ...declara a fs. ...conforme al interrogatorio de fs. ...en su condición de telefonista de la oficina de la casa Gibson en que trabaja el deman-

---

103 F. Javier García Gil. *Jurisprudencia Familiar y Sucesoria*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1992, p. 165.

104 Citado por José García Salazar, en *Revista Jurídica del Perú*, Nos. I-II, Enero-Junio de 1958, p. 26.

105 Ejecutoria Suprema del 22 de julio de 1954, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N°134, marzo de 1955, pp. 1839-1841.

106 *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre-Octubre de 1946, p. 70.

dante y de esa declaración aparece que la señora ...(la cónyuge) llamaba por teléfono al demandante insultándole frecuentemente. Los documentos de fs. ... escritos por la señora ...(la cónyuge), reconocidos como conformes en la diligencia de fs. ..., acreditan también las injurias y tal procedimiento frecuente resulta corroborado por los documentos de fs. ...y por todas las demás declaraciones que corren en el expediente.

La Corte Suprema declaró fundado el divorcio demandado por la causal de injuria.

### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1963 <sup>107</sup>

Que la prueba actuada permite apreciar que las aisladas discrepancias surgidas entre don ...y doña ... no tienen la característica que se le asigna en la demanda para justificar la disolución del vínculo matrimonial [...] las expresiones injuriosas no revisten a éstas de los caracteres de gravedad que se señalan, ya que carecen de una motivación racional que demuestre por su reiteración, la existencia en el agente de un hábito perverso, ni la intención de que la ofensa trascienda fuera del ámbito del hogar.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE MAYO DE 1992 <sup>108</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

Para que se de la causal de injuria grave es necesario que la ofensa este constituida por hechos, actitudes, gestos o palabras que lesionen profundamente la dignidad del cónyuge demostrando un desprecio hacia el cónyuge ofendido, debiendo dichas palabras o actitudes tener el carácter de permanentes. Como es de verse de la prueba aportada, en autos no se aprecia que se hayan dado los presupuestos antes señalados para los efectos de que se de dicha causal, ya que el demandante inclusive tenía conocimiento, desde antes de contraer matrimo-

---

107 Exp. 286-63 / Cuzco. Anales Judiciales, t. LVIII, 1963, p. 129 a 132.

108 Exp. 2729-91 / Lima.

nio, sobre la existencia del menor. Las supuestas injurias referentes a la paternidad no están suficientemente acreditadas y por consiguiente debe darse aplicación a lo dispuesto en el art. 338 del Código de Procedimientos Civiles.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 04 DE FEBRERO DE 1993 <sup>109</sup>

La Corte suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

En cuanto a la causal de injuria grave invocada por la actora es necesario que la ofensa este constituída por hechos, actitudes o gestos o palabras que lesionen profundamente la dignidad del cónyuge ofendido, debiendo dichas palabras y/o actitudes tener el carácter de **permanentes**.

La frecuencia es importante, en tanto la reiterancia permite determinar claramente la causal, ya que la intención disociadora de quien las profiere queda nítidamente manifiesta, mientras que ofensas aisladas o esporádicas puedan ser sólo índices de desequilibrios temporales y posibles de superar.

La interpretación precedente admite excepciones, en razón de la importancia de ciertos actos, que independientemente se hacen suficientes para configurar una causal como ésta.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1983 <sup>110</sup>

La Corte Suprema de conformidad en parte con el dictamen fiscal, declaró fundada la demanda por la causal de injuria grave.

La demandada juntamente con su hijo fueron condenados por inferir lesiones al actor; que si bien esos hechos no constituyen la causal de atentado contra la vida, sí configuran una injuria grave que hace insoportable la vida en común por cuanto el cónyuge ha sido ultrajado por su esposa en su dignidad sin

---

109 Exp. 408-92 / Lima.

110 Exp. 1327-82 / Arequipa.

ninguna consideración y respeto y aún ha permitido que uno de sus propios hijos lo maltrate físicamente...

#### 4.4.2. *La publicidad en la expresión*

Otro elemento que se tiene en cuenta para determinar la gravedad de la ofensa, es su "Publicidad".

##### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE AGOSTO DE 1980 <sup>111</sup>

"Que la causal de injuria grave está constituida por expresiones que ofenden la dignidad y el decoro de la persona, vertidas por uno de los cónyuges contra el otro, ante personas extrañas que determinan un menosprecio o ultraje humillante".

Al respecto Planiol señala: "La publicidad es un elemento de la injuria grave cuando se trata de un ultraje verbal o escrito que no va dirigido por uno de los esposos al otro, o de un hecho que no se relacione directamente con las obligaciones nacidas del matrimonio" <sup>112</sup>.

Algunos hechos injuriosos adquirirán la gravedad suficiente como para determinar la causal, cuando llegan a ser de conocimiento de terceros, como una bofetada propinada en público (Ejecutoria Suprema del 10 de junio de 1958) <sup>113</sup> en tanto otros su sola ocurrencia aún en privado puede ser tan humillante que el perjuicio sufrido por el cónyuge haga conveniente la disolución del matrimonio. Así se dirá, por ejemplo, que la abstención voluntaria y prolongada de consumir el matrimonio o de cohabitar, es respecto al otro cónyuge, cuando no existe un motivo razonable que lo impida, una injuria grave. (ver ejecutoria citada 136 y 137).

---

111 Exp. 1905-80 / Lima.

112 Marcelo Planiol y Jorge Ripert Op. Cit., p. 404.

113 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 175, Agosto de 1958, p. 865.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE AGOSTO DE 1956 <sup>114</sup>

La Corte Suprema resolvió situación similar a la anterior, estableciendo que daba lugar al divorcio por esa causal, el hecho de que la cónyuge “no quiere presentarse en lugares públicos, no le dirige la palabra y que aún lo rechaza en el lecho” al esposo.

La publicidad resulta de esta manera importante, será constitutiva de la causal en ciertos casos, mientras que en otros favorece su probanza, ya que hay determinados hechos o actitudes que siendo privados no por ello dejan de ser altamente injuriosos, el problema será tratar de acreditarlos.

### 4.4.3. *Las calidades personales de los cónyuges*

Como ya se señalara al examinar la causal de violencia física o psicológica, el Tribunal Constitucional ha declarado que únicamente en la causal de injuria grave los jueces deberán ameritar la educación, costumbres y conducta de ambos cónyuges en la apreciación de los hechos para admitir o no la configuración de la causal

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE MARZO DE 1983 <sup>115</sup>

Juzgándose que “El actor tenía conocimiento antes de contraer matrimonio con la demandada, sobre su conducta, comportamiento, amistades que frecuentaba y juicios que seguía” y apreciando las pruebas aportadas se declaró infundada en todos sus extremos la demanda.

En ese sentido, los magistrados se detuvieron no sólo en la prueba ofrecida, que en el caso de autos era insuficiente, sino también han considerado el carácter de los cónyuges, especulando implícitamente sobre el conocimiento del presunto agraviado de las peculiaridades de su futura esposa; de ahí que ciertas actitu-

---

114 Revista Jurídica del Perú, Julio-Setiembre de 1956, p. 122.

115 Exp. 1482-82 / Lima

des de ella eran muy posibles de esperarse durante el matrimonio, por lo que verían en cierta medida disminuida su gravedad.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE OCTUBRE DE 1998<sup>116</sup>

... Que constituye injuria grave el ultraje a los sentimientos la dignidad de uno de los cónyuges por el otro, y para apreciar si el ultraje justifica la drástica medida de la separación es menester que el Juzgador tome en cuenta la educación, costumbres y conducta de ambos cónyuges, tal como lo previene el artículo trescientos treintisiete del Código Sustantivo, omisión en la que han incurrido las sentencias impugnadas.

### ***4.5. La injuria debe constituirse por hechos sobrevinientes a la celebración del matrimonio***

Esta es una de las condiciones que exige nuestro régimen, a diferencia de otros sistemas en los que se ha admitido que el ocultamiento de hechos graves del pasado, al ser conocidos con posterioridad por el otro cónyuge puede devenir en una grave ofensa para él.

“Esta especie particular de la injuria tiene lugar en el momento de la celebración, pues supone que los hechos del pasado no sean del dominio público y por consiguiente el no revelarlos, constituye una verdadera falta por parte del cónyuge a quien se refieren”<sup>117</sup>.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1944<sup>118</sup>

El hecho alegado por el marido consiste en que dice haber descubierto que la mujer estaba en estado grávido antes de contraer matrimonio, afirmando que el hijo por nacer no había

---

116 Casación N° 1285-98/ Lima

117 Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 410.

118 José Montenegro Baca, Ejecutorias Supremas de Derecho Civil Peruano, Trujillo, Librería Editorial Bolivariana, t. IV, p. 211.

sido procreado por él. Para que un cónyuge se considere injuriado por el otro, es preciso que el acto calificado como tal, se haya cometido dentro del matrimonio, y si ...se refiere a un hecho anterior, no puede afirmar que ha sido injuriado.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE OCTUBRE DE 1982 <sup>119</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal estableció:

“Que el meretricio reglamentado ejercido por la demandada antes de su matrimonio, no puede ser considerado dentro de la causal que sustenta la demanda” (injuria grave).

Nuestra legislación da otro tratamiento a este tipo de casos, siendo el proceso de invalidación de matrimonio y no el de divorcio, el precedente en ellos, su anulabilidad por error en la persona, debido a la ignorancia de un defecto sustancial en el otro cónyuge, es la acción que corresponde interponer dentro del término que para esos efectos señala el art. 277 del C.C.

### ***4.6. La injuria debe ser inferida en forma directa y personal por un cónyuge al otro.***

Normalmente la causal de injuria grave se constituye por la ofensa directa y personal que uno de los cónyuges profiere al otro, al respecto un sector de la doctrina conceptúa además que pueda admitirse como causal de divorcio a la injuria indirecta.

Es el parecer de Planiol que:

El hecho de que el cónyuge tolere violencias o injurias de un tercero constituye en sí una injuria grave que puede producir el divorcio; lo mismo, la injuria dirigida a un pariente muy próximo al cónyuge, puede recaer sobre este último y autorizarle a pedir el divorcio; y, en fin, la injuria indirecta se toma en consideración lo mismo que la directa <sup>120</sup>.

---

119 Exp. 968-82 / Callao.

120 Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 399.

La jurisprudencia en otros países ha contemplado situaciones de este tipo. Hernán Larraín en su obra "El Divorcio en el Derecho Comparado" nos dice, que los tribunales argentinos han considerado injuria, casos como éstos:

"- Trato denigrante, amenazador y despectivo de la mujer contra sus suegros.

- Expulsión de la suegra del hogar conyugal.

- Pasividad del marido que permitió que su madre vejara a su esposa"<sup>121</sup>.

Del mismo modo, hay autores que refiriéndose a la Legislación Argentina, consideran "el atentado contra la vida de un ascendiente o hermano" no está incurso en esta causal, pero que si "constituirá injuria grave"<sup>122</sup>.

#### ***4.7. Casos de injuria indirecta.***

En aquellos se ha estimado que la actitud omisiva de uno de los cónyuges frente al faltamiento de palabra u obra que sus parientes próximos puedan infligir al otro consorte, es injurioso, por tratarse de una tolerancia culposa, en la medida que denota violación a las obligaciones que nacen del matrimonio, como lo son la protección y respeto que se deben recíprocamente. Por lo que la gravedad en que puedan incurrir eventos de esa naturaleza los harían susceptibles de satisfacer las exigencias de la referida causal.

Efectos similares tendrían las injurias inferidas a personas muy allegadas a uno de ellos, en tanto la afrenta se proyecta a la esfera personal del cónyuge, que ve afectada su propia dignidad con aquellos actos.

Situaciones semejantes se observan en los siguientes fallos:

---

121 Hernán Larraín. Op. Cit., p. 208-209.

122 Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni. Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 277.

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1951 <sup>123</sup>

En el curso del juicio se ha comprobado la injuria grave perpetrada por el demandado en agravio de su esposa y miembros cercanos de familia, a quienes ha llegado a agredir a puñetadas, y puntapiés al padre de la demandante, así como otros actos, originados por su carácter violento [...] La demanda es, pues, fundada, como lo han resuelto el Juzgado y la Corte Superior.

### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE AGOSTO DE 1992 <sup>124</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Los hechos que sustentan la demanda por la causal de injuria grave que acogió el Juez en la sentencia de Primera Instancia, se refiere a los hechos ocurridos el 27 de octubre de 1987 que han sido objeto del expediente penal 15-88 por faltas ante el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa, que se declaró prescrita conforme es de verse de fs. 14 v. No obstante esta circunstancia legal, en su preventiva de fs. 13, el entonces agraviado y ahora demandante describe hechos que no configuran de ninguna manera injuria grave, sino una agresión cuyo autor principal no fue la demandada sino su hermano ...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE MARZO DEL 1993 <sup>125</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

Con relación a la tercera causal, debemos entender como injuria grave todos los actos intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos que constituyen ofensas al esposo, no es necesario que existan episodios violentos groseros,

---

123 Exp. 343-51 / Lima. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 94, Noviembre de 1951, pp. 1293-1294.

124 Exp. 2265-91 / Arequipa.

125 Exp. 245-92 / Lima.

pues puede haber quizás más honduras de sufrimiento en la vida conyugal que se desenvuelve sin las exteriorizaciones pero que lleva en sí la angustia del problema menudo, del contratiempo continuo, de la desarmonía por sí misma; ya que en el presente caso la desarmonía existe notándose en los repetidos actos de la emplazada en contra de los familiares del cónyuge sabiendo que con ello lo hiere, provocando con sus actos las reacciones del otro; actos de la emplazada como: la connivencia o colusión con ...para dejarse iniciar un juicio de pago de 8,000 mil dólares con subsecuente embargo de los bienes de su suegra iniciando ésta última un juicio de tercería excluyente, acción que motivó la posterior denuncia penal por delito de estafa contra la emplazada; así como la agresión de la misma con piedras y cortaduras de la mano izquierda a la madre del cónyuge conforme consta en la certificación policial de fs. 19; en consecuencia estos hechos hacen viable la procedencia de la referida causal de injuria grave para la disolución del vínculo matrimonial.

#### ***4.8. 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"<sup>126</sup>.

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 aún así esta causal consentirá una variedad de supuestos, por lo que con razón Jossierand 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"<sup>127</sup>.

Dentro del concepto amplio de injurias graves, caben, p. ej., las amenazas de muerte de un cónyuge contra el otro, los insultos,

---

126 Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 387.

127 Louis Jossierand, Derecho Civil. Buenos Aires, Bosch y Cía. 1952, t. I, VII, p. 149.

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 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<sup>128</sup>.

En ese sentido, la jurisprudencia nacional a diferencia de lo que puede ocurrir en otros países, no admite tan ampliamente, cualquier falta como injuria, deteniéndose especialmente en su gravedad, y en la imposibilidad de la vida matrimonial, para otorgar la disolución del vínculo. A continuación presentamos algunas ejecutorias, que nos permitirán conocer qué tipo de hechos pueden configurar esta causal.

#### **4.8.1. A través de medios verbales**

##### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE MARZO DE 1980<sup>129</sup>**

La demandada "conviene haber proferido en público insultos a su cónyuge, calificándolo de "perro", "inmoral" y "asqueroso", situación corroborada con la testimonial de fs. ..., prueba la injuria grave que constituye un menosprecio, un ultraje humillante que hace insoportable la vida en común".

#### **4.8.2. A través de misivas**

Son cartas de contenido ofensivo, otra forma usual en la que se manifiesta la injuria, al respecto Planiol opina que no sólo es tal

---

128 Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni. Op. Cit., p. 279.

129 Exp. 2151-79 / Cuzco.

cuando se dirige al otro cónyuge, admite que si “la carta se dirige a un tercero unido por parentesco muy cercano con el cónyuge, puede ser considerada como injuria por éste”. Por el contrario, si la carta de contenido ultrajante para el consorte es dirigida a un tercero, “no hay injuria grave que justifique una demanda de divorcio, mientras la carta tenga un carácter confidencial” <sup>130</sup>.

Los Tribunales nacionales en tanto han mostrado un doble criterio para su apreciación:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE ABRIL DE 1980 <sup>131</sup>

Que la carta de fs. ...dirigida por el actor a su esposa, contiene términos que ultrajan sus sentimientos y su dignidad; que dicha carta no ha sido observada por el demandante, y resulta corroborada con la confesión de ...razón por la que se acredita la causal de divorcio prevista en el inciso cuarto del artículo doscientos cuarentisiete del Código Civil.

Declarándose fundada la reconvenición.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE SETIEMBRE DE 1984 <sup>132</sup>

La Corte Suprema considerando:

Que la prueba actuada no acredita plenamente la causal de injuria grave, pues si bien la carta de fs.... aparece redactada en términos impropios, si se tiene en cuenta que está dirigida al cónyuge de ella no aparece concebida la presencia de animus injurandi.

Declaró infundada la demanda por injuria grave.

El Ministerio Público contrariamente sostuvo:

Evaluando las pruebas aportadas por el actor, se tiene que con la escrita de fs. ...aunque no reconocida por la demandada,

---

130 Marcelo Planio y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 405

131 Exp. 3803-79 / Cuzco.

132 Exp. 1586-83 / Cuzco.

pero comprobada su autoría con el cotejo de fs. ..., se acredita las injurias que empezaron en el año 1969, y que fueron motivo para que el demandante se retirara del hogar conyugal, continuaron mediante cartas con frases ofensivas y humillantes que han trasgredido las relaciones de mutuo respeto que debe existir en el matrimonio, todo lo que hace imposible la vida en común.

Su opinión fue porque se declare fundada la demanda por la causal de injuria grave.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE ABRIL DE 1985 <sup>133</sup>

La Corte Suprema declaró de conformidad con el dictamen fiscal:

Que las cartas que corren a fs. ..., ...y ...reconocidos por el demandado y dirigidos por éste a la actora, no conllevan injuria grave; [...] Dichas cartas responden a actitudes no negadas de la demandante, a no querer reanudar las relaciones maritales y no permitir al demandado la visita a sus menores hijos; que la injuria grave como causal de divorcio es la ofensa a la dignidad de la cónyuge, la misma que por su permanencia haga insostenible la vida en común, lo que no se da en el caso sub litis en razón de haberse producido una separación de hecho.

En líneas generales, diremos que la injuria por escrito reviste mayor gravedad que la verbal, en la medida que supone en el infractor una mayor reflexión al redactar y remitir su texto que la que pueda tener una expresión oral en un momento dado, no apartando el factor publicidad, que como hemos visto es muy importante.

Las cartas en ese sentido, a diferencia de lo que ocurre con un escrito en un proceso judicial, por ser inspiradas de manera personal por el cónyuge que las redacta, si su contenido es ofensivo poseen *per se* un *animus injuriandi*, no requiriéndose, como lo sugiere la segunda ejecutoria, de un medio adicional que acredite

---

133 Exp. 540-84 / Lima.

dicha intencionalidad; la que sí podría desvirtuarse como en la tercera ejecutoria al ser motivada por la conducta del otro cónyuge que faltaba a sus deberes conyugales y familiares.

La única preocupación que se plantea en la tercera resolución es que considere que “La separación de hecho de los cónyuges” impide que pueda constituirse la causal, por cuanto este tipo de injuria a través de cartas va a tener lugar precisamente cuando los cónyuges no vivan juntos, siendo el efecto de la grave afrenta, imposibilitar que puedan llegar a reanudar su vida en común.

Para finalizar, señalaremos que la mayor crítica que se hace a este tipo de injuria a través de misivas, es que favorece el fraude de la ley, al permitir a las partes crear artificiosamente una causal inexistente. Pero creemos que en nuestro medio ello es poco factible, o al menos no muy práctico, por cuanto la ley peruana admite la separación convencional como causal mediata de divorcio por medio de la conversión, a través de un proceso sumarísimo, comparativamente sencillo frente al tedioso proceso de conocimiento del divorcio litigioso; lo que no ocurre con otros sistemas legislativos más restrictivos, en los que es mayor la incidencia en el uso de medios irregulares para obtener la disolución.

#### ***4.8.3. Actitudes de contenido injurioso***

##### *4.8.3.1. La negativa de uno de los cónyuges a celebrar el matrimonio religioso*

“Si uno de los cónyuges consiente en el matrimonio civil, bajo la promesa de la celebración del acto religioso, puede alegar ante los tribunales como causa de divorcio la falta grave de su cónyuge por el incumplimiento de su promesa”<sup>134</sup>.

La negativa a contraer matrimonio religioso aún cuando con ello se contraríe creencia de la mujer, no constituye injuria grave

---

134 Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Op. Cit., p. 406.

si los esposos profesan credos distintos (Ejecutoria Suprema del 9 de mayo de 1957) <sup>135</sup>.

4.8.3.2. *La negativa de uno de los cónyuges de cohabitar con el otro*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE AGOSTO DE 1956 <sup>136</sup>

“La negativa de uno de los cónyuges a presentarse con el otro en lugares públicos, a dirigirle la palabra y a cohabitar, constituye la injuria grave, causal de divorcio que contempla el Código Civil”.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 1973 <sup>137</sup>

La negativa de la esposa a hacer vida en común con su marido, desde el momento en que se celebró el matrimonio, es causal para la disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio, pero no para pedir su nulidad, por cuanto se refieren a actos posteriores a su celebración, máxime cuando en ésta no se ha infringido norma alguna.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 02 DE FEBRERO DE 1993 <sup>138</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal estableció:

Que la injuria grave como causal de divorcio contemplada en el artículo trescientos cuarentinueve del Código Civil [SIC], no es solamente todo término de desprecio o de invectiva, esto es, la injuria verbal o escrita; es también toda actitud, todo hecho

---

135 José Montenegro Baca. Ejecutorias Supremas de Derecho Civil Peruano. t. IX, p. 283.

136 Exp. 615-55 / Revista Jurídica del Perú. Año VII, N° III, Julio-Setiembre de 1956, p. 122.

137 Exp. 966-73 / Arequipa. Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 359, Diciembre de 1973, pp. 1471-1472.

138 Exp. 252-92 / Piura.

que ultraje, que hiere a uno de los cónyuges; que de acuerdo a esta noción, hay injuria grave, cuando uno de los cónyuges se niega a la consumación del matrimonio; que tal hecho, que sirve de sustento a la demanda y ha sido acreditado en el proceso, constituye violación grave y renovada de los deberes y obligaciones resultantes del matrimonio, que hace intolerable el mantenimiento del lazo conyugal.

El Ministerio Público argumentando al respecto sostuvo:

Negarse injustificadamente a mantener relaciones sexuales con su cónyuge, al extremo de que después de dos años de celebrado el matrimonio conserve la mujer su virginidad, constituyen un vejamen, una ofensa capaz de causar un grave daño, un sufrimiento más profundo que cualquier otro tipo de manifestación violenta o grosera o de exceso verbal, pues con ello se ultraja la dignidad, el honor y los sentimientos del otro, además de frustrar sus justas expectativas de realizarse como mujer, como madre y de poder cumplir con su deber espiritual de transmisión de sentimientos y afectos.

#### 4.8.3.3. *Los actos de infidelidad*

##### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1983<sup>139</sup>

Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, que los obliga a guardarse las consideraciones de respeto entre sí y frente a la comunidad; que la mujer casada está obligada a llevar el apellido del marido, como lo preceptúa el art. 171 del acotado; que está probado que la demandada ha venido usando solamente su nombre y apellidos con exclusión del apellido del marido; que ha viajado en compañía de persona con quien el esposo le atribuye inconducta, como se desprende de las fotocopias no impugnadas de fs. ...y permite que esa persona señale como suyo al mismo domicilio de ella ..., documentos que tienen mérito probatorio de conformidad con las testimoniales de fs. ..., todo lo que produce convicción acerca de la causal de injuria grave que sustenta la demanda.

---

139 Exp. 905-83 / Arequipa.

Como acertadamente lo señala el Dr. Anibal Quiroga, "El error más frecuente en el tratamiento, aplicación e interpretación de esta causa específica es el de superponerlas unas con otras, confundirlas o acumularlas, cuando el supuesto de hecho es uno solo y responde sólo a una de ellas, invocándolas indistintamente en una demanda con la idea equívoca por cierto, de reforzar la posición de la defensa" <sup>140</sup>.

#### 4.8.3.4. *Actos atentatorios de la dignidad del otro cónyuge*

##### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE MAYO DE 1981 <sup>141</sup>

"El hecho de solicitar judicialmente el reconocimiento ginecológico de la cónyuge, por atribuírsele un embarazo como resultado de presuntas relaciones adulterinas, circunstancias éstas que no han sido acreditadas en autos, constituye evidentemente una grave injuria en perjuicio de aquélla".

#### 4.8.4. *Imputaciones calumniosas*

Otro tipo de injuria frecuente es el que se lleva a cabo mediante imputaciones calumniosas, por las que uno de los cónyuges le atribuye al otro calidades que no le son propias, como ser agente de un presunto adulterio, de otros actos de inmoralidad, lo sindicado de vicioso, lo involucra en delitos inexistentes, etc., ello de manera injustificada y con la sola finalidad de causarle un perjuicio.

El cónyuge disociador manifiesta su maledicencia de manera personal en su medio social, e incluso puede llegar a formalizarla en acciones judiciales carentes de fundamento legal, en el deseo de causar a la víctima un desmedro en su integridad física y honorabilidad.

Así se han considerado injurias:

---

140 En Fernando de Trazegnies G. y otros. La Familia en el Derecho Peruano, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 90.

141 Exp. 3276-80 / Lima.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE AGOSTO DE 1985 <sup>142</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal declaró fundada la reconvención por la causal de injuria grave; considerando que:

Por su parte la demandada ha acreditado la causal de injuria grave, que es la ofensa inexcusable que atenta contra la dignidad del cónyuge inocente y hace insoportable la vida en común, con las mismas instrumentales de fs. ..., ..., ...a ...mediante las cuales el actor atribuye a la demandada una conducta inmoral y delictiva al sostener ante autoridades y mediante escritos que mantienen relaciones inmorales con un miembro de la Guardia Civil; que ha sustraído especies y dinero en complicidad con terceras personas, el de fs. ...sobre garantías personales y el de fs. ...debidamente constatados.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE FEBRERO DE 1985 <sup>143</sup>

La Corte Suprema declaró de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal fundada en parte la demanda.

De las pruebas aportadas por las partes se desprende que el actor ha demostrado plenamente la causal de injuria grave con el certificado obrante de fs. ... de la que aparece que la demandada ha denunciado a su esposo ante el Poder Judicial en forma calumniosa atribuyéndole los delitos de tentativa de homicidio y lesiones los que en el curso de la instrucción no ha acreditado pero; el actor, en dicho proceso ha sido recluido en el CRAS de Huancayo con grave perjuicio de su honor y dignidad, lo que constituye injuria grave que es causal de divorcio; la demandada tiene por costumbre formular denuncias tal como aparece del proceso acompañado por delito contra la libertad individual que también ha sido sobreseído.

---

142 Exp. 82-85 / Lima.

143 Exp. 508-84 / Junín.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE FEBRERO DE 1983 <sup>144</sup>

La Corte Suprema declaró de conformidad en parte con lo dictaminado por el Señor Fiscal:

...Con los procesos de contradicción de sentencia del juicio de alimentos, promovido por la demandante y de interdicción civil iniciado por el emplazado contra aquella, que se tienen a la vista, ha quedado judicialmente establecido el trato vejatorio y humillante que el marido daba a su cónyuge en razón de su carácter irritable y violento, llegando al extremo de arrojarla del hogar en inoportunas horas con grave injuria al honor de la esposa, comprometiéndola así su integridad psíquica, para luego poner en tela de juicio su salud mental en el referido proceso de interdicción civil en el que, no obstante el empeño puesto por el cónyuge, recurriendo a discutibles medios probatorios que fueron desestimados, resultó la esposa airosa, por lo que la causal de injuria grave invocada por ésta en su demanda, ha quedado acreditada...

#### ***4.9. No constituyen injurias los procesos judiciales realizados en el ejercicio regular de un derecho***

Las imputaciones calumniosas materializadas en procedimientos judiciales, dan lugar como se ha visto a una clase de injuria frecuente y efectiva, pero que encuentra restricciones en el principio consagrado por los tribunales por el cual, no serán tales, aquellas acciones que hayan sido interpuestas en el ejercicio regular de un derecho, al no revelar una intención de ofender sino sólo de mera defensa.

Las siguientes ejecutorias nos presentarán su comprensión respecto al "Ejercicio Regular de un Derecho".

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE OCTUBRE DE 1982 <sup>145</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal resolvió:

---

144 Exp. 1333-82 / La Libertad.

145 Exp. 116-82 / Callao.

El hecho de que la demandada haya denunciado al actor por delito de abandono de familia no puede calificarse ese hecho de injuria grave ya que constituye el ejercicio de su derecho a exigir el cumplimiento de la obligación alimentaria [...]

Además que el ejercicio regular del derecho de acción no es acto ilícito máxime si el Organismo Jurisdiccional ha determinado la veracidad de los hechos accionados...

Por lo que se declaró infundada la demanda.

El principio aquél, por el que no se configura la injuria grave, cuando el cónyuge supuestamente agresor actúa en el ejercicio de un derecho, se presenta con suma claridad en el caso de autos. El acto de la cónyuge de denunciar a su esposo por el delito de abandono de familia (hoy delito de omisión de asistencia familiar incumplimiento de obligación alimentaria -art. 149 C.P.-), ante el incumplimiento de su obligación alimentaria, no denota intención alguna de perjudicar sino de exigir un derecho fundamental, requerible para sobrevivir, como lo constituyen los alimentos.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE JUNIO DE 1982 <sup>146</sup>

Don ...a fs. ...demanda a su esposa doña ...sobre divorcio por la causal de injuria grave, fundándose en que en un juicio de alimentos iniciado por ella, mediante un escrito de ..., le ha imputado injuriosamente que desde hace 6 años viene desarrollando una vida completamente desordenada y por demás inmoral y que sus haberes los derrocha en juergas y diversiones malsanas, que prefiere malgastar su dinero "manteniendo a otras mujeres".

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda, atendiendo a que, en la demandada se ha creado una actitud beligerante y de animadversión hacia su esposo que ha devenido en injurias expresadas en el escrito presentado en el referido proceso.

La Corte Superior considerando que los términos utilizados por la demandada, en el escrito de alimentos a que se refiere la

---

146 Exp. 156-82 / Lima.

causal de injuria grave, no configuran esta causal, sino que constituyen argumento de defensa frente a la conducta extramatrimonial del actor; revocó la apelada, declarando infundada la demanda.

El Fiscal Supremo opinó No Haber Nulidad en la de vista.

La Corte Suprema, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró No Haber Nulidad, en cuanto se declaraba infundada la demanda por injuria grave.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 08 DE ABRIL DE 1991 <sup>147</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Ministerio Público declaró:

que las partes deben acreditar los hechos que aleguen como fundamento de sus pretensiones; que en el caso de autos el actor no ha probado suficientemente las causales de injuria grave y conducta deshonrosa en que se basa su demanda; que se trata de un matrimonio celebrado en el año de mil novecientos ochenta, que ya en setiembre de mil novecientos ochentiséis se resquebraja interponiéndose una acción de mutuo disenso de la que se desistió posteriormente la demandada; que posteriormente en diciembre de mil novecientos ochentiséis ambos cónyuges acuerdan la separación de hecho, quedándose la esposa y las hijas en el domicilio conyugal ubicado en el distrito de Chorrillos, y el demandante se fue a residir al lado de sus padres; que desde esta última fecha ya no se frecuentaban los cónyuges y menos pues puede haber habido ocasión de injurias graves proferidas por la mujer contra el marido; que en febrero de mil novecientos ochentisiete el actor adquiere un inmueble en el distrito de San Borja y estando casada con la emplazada hace figurar como su cónyuge a su primera esposa de la que se había divorciado; que, como pretendió transferir el referido inmueble a ..., la demandada en el ejercicio regular de un derecho presentó una denuncia y una ampliación ante la Fiscalía Provincial de Lima-Quinta; que los términos de tal de-

---

147 Exp. 1428-90 / Lima.

nuncia y ampliación no pueden ser considerados constitutivos de la causal de injuria grave, cuanto más que la injuria grave en el campo penal es distinta de la injuria grave a que se refiere el inciso cuarto del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; que está acreditado que el demandante en su afán de conseguir el divorcio fraguó una escena de escándalo que supuestamente se habría producido el nueve de febrero de mil novecientos ochentiocho en su oficina, escándalo a que se refieren las testimoniales actuadas que favorezcan al actor; que sin embargo con la certificación del centro de trabajo de la emplazada que corre a fs. 212 se prueba que ella no abandonó en ningún momento su puesto de Enafer, que este hecho se corrobora con la constancia de fs. 398 emitido por el Jefe de la División de Seguridad del Banco ..., donde trabaja el demandante, informe del que se desprende que en la indicada fecha no se registró ningún incidente o escándalo en la oficina del demandante y que ese día la demandada no ingresó al Banco ...; que de todo lo anteriormente expuesto se concluye que el actor no repara en nada en la persecución del divorcio; que finalmente la carta de fojas setentitrés por sí sólo es insuficiente para amparar una acción de esta naturaleza, fundada en la causal de injuria grave; que lo propio ocurre con la solicitud de garantías que obra a fs.94 en la cual la demandada se presenta a la Prefectura; que por último el escrito presentado por la emplazada el 07 de diciembre de 1988 en el juicio de alimentos seguidos por las mismas partes ante el Séptimo Juzgado Civil, que en copia corre a fs. 382 tampoco es bastante para amparar la demanda, por cuanto en todo caso las injurias practicadas en los escritos solo merecen el tratamiento que le señala la Ley Orgánica del Poder Judicial; que como bien se sostiene en el dictamen del Fiscal Superior de fs. 400 el agravante en este proceso es el esposo que incluso imputa a su cónyuge la causal de conducta deshonrosa, que no ha sido acreditado en autos, que por informes recibidos de terceras personas que son de su entera confianza, como el mismo expresa al contestar la sexta repregunta que se formula a fs. 158; que por estas consideraciones en estricta aplicación del art. 338 del Código de Procedimientos Civiles: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 421, su fecha 21 de mayo de 1990, en cuanto confirmando la apelada de fs. 370, fechada el 19 de junio de 1989 declara fundada la demanda de fs. 2 y disuelto el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges, reformando la de vista y revocando la apelada declararon INFUNDADA en todos sus extremos la referida demanda.

El Ministerio Público argumentó por el contrario:

Sin embargo, el escrito interpuesto por la demandada al 7° Juzgado Civil de Lima en el que se ventila el juicio de alimentos seguido entre las mismas partes, que en copia obra a fs. 382, fechado el 07 de diciembre de 1988 y que ha sido presentado por la demandada como prueba instrumental a la Sala Civil, contiene términos injuriosos vertidos evidentemente con el sólo ánimo de agravar, expresados sin aceptar que en fecha anterior la Quinta Fiscalía Provincial Penal declaró por Resolución de 25 de abril de 1988 No Haber Lugar a la formulación de denuncia penal contra el actor y su ex-esposa por los delitos de estafa y alteración y supresión del estado civil denunciados por la demandada, Resolución que fue ratificada por la emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal el 02 de noviembre de 1988. Estas expresiones injuriosas corroboran el ultraje y el menosprecio que hacen imposible la vida en común, que revelan las duras expresiones vertidas por la demandada en el acto del comparendo, señaladas por la sentencia de vista y las contenidas en la denuncia y ampliación de fs. 335-338.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE JUNIO DE 1991 <sup>148</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Las expresiones injuriosas que los litigantes pueden usar en sus escritos, en el curso de un juicio, no pueden ser atribuidas en su totalidad al litigante que las presenta, sino al abogado que redacta el o los escritos correspondientes. Estas expresiones revelan la ética del profesional, que a veces se convierte en signo característico de como ejerce la profesión de abogado. Por eso, el art. 192 del C.P. es concluyente al señalar que las injurias proferidas por los litigantes en sus escritos o actuaciones ante los tribunales, deben ser corregidas disciplinariamente, y eso es justamente lo que ha ocurrido en el caso de autos. Efectivamente, a fs. 64 corre una resolución del Juez por el que manda testar las frases injuriosas contenidas en la demanda de alimentos y en un escrito posterior, llamando la atención del abogado de la parte contraria. Siendo esto así, estas mismas expresiones ya testa-

---

148 Exp. 2090-90 / Lima.

das, no pueden estimarse como fundamento para declarar el divorcio por injuria grave, tanto más si se tiene en cuenta que los escritos respectivos no fueron presentados sólo por la esposa sino también por sus hijos mayores de edad.

Estas tres ejecutorias permiten distinguir entre el derecho que se tiene para interponer la acción por alimentos o denunciar el delito cometido, y el escrito que contiene dicha demanda o denuncia.

Para accionar por alimentos es necesaria la concurrencia de tres elementos: necesidad en quien los pide, posibilidad de quien los presta y por último el nexo legal que los vincule, estos tres puntos serán los que deberán estar contenidos en el escrito de demanda y que se tratarán de acreditar mediante las respectivas pruebas; en esa medida, tal escrito no tiene necesidad de contener términos injuriosos y groseros que pueden rodear la exposición de los hechos.

Accionar por alimentos o denunciar por delito de omisión de asistencia familiar, incumplimiento de obligación alimentaria, no puede ser considerado injuria, en tanto se pretende hacer valer un derecho esencial; pero el contenido de una demanda por ese motivo o los escritos que se presenten, en *strictum* podrían llegar a serlo si su texto lo manifiesta así. En todo caso hemos de precisar como lo señala una de las ejecutorias precedentes, que estos casos exigen cautela, ya que los referidos términos, pueden ser en efecto medios de inevitable defensa o en su caso incluso ser ajenos a la voluntad del cónyuge, que entrega su problema a la responsabilidad de una determinada asesoría legal, por lo que su configuración se haría eventual, aunque posible, de acuerdo a las circunstancias y caracteres que expresen los cónyuges en particular.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE FEBRERO DE 1983 <sup>149</sup>

- Don ...interpuso demanda de divorcio contra su esposa doña ...invocando las causales de injuria grave y conducta deshonrosa.

- La sentencia de Primera Instancia, en relación a la causal de

---

149 Exp. 1410-82 / Lima.

injuria grave, consideró que se hallaba acreditada por el mérito de lo actuado en la instrucción que se tiene a la vista (proceso penal concluido), seguido contra el actor por los delitos contra la libertad y el honor sexual en agravio de su menor hija ...de 13 años de edad, proceso que se abrió por denuncia formulada por la demandada ..., que se configura la causal por los fundamentos de la Ejecutoria Suprema corriente ..., por lo que se absolvió al acusado de la acusación fiscal por el mencionado delito; que no obstante, la demandada al contradecir la demanda insiste en sostener que el actor cometió el grave delito de atentar contra el honor sexual de su propia hija; que las imputaciones que ha motivado el proceso penal importan una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo y un ultraje humillante que hacen imposible la vida en común, por lo que declaró fundada la demanda por esa causal, e infundada por improbadamente la de conducta deshonrosa.

- La Corte Superior confirmó la apelada.

- El Fiscal Supremo opinó No Haber Nulidad.

- La Corte Suprema declaró: Haber Nulidad, estableciendo que es infundada por injuria, argumentó:

Que si bien del expediente penal acompañado surgen con claridad manifiesta hechos bochornosos habidos entre el demandado y su menor hija, conforme se desprende del parte policial y otras piezas que incluyen las declaraciones del padre y de la hija, la verdad jurídica en ese proceso quedó establecida en la Ejecutoria Suprema que obra a fs. ...y por cuyo mérito aquél quedó absuelto; que el mencionado proceso se inició por acción de la demandada, **la cual, procedió en ejercicio regular de un derecho y en mérito a lo manifestado por la hija de ambos cónyuges;** que, en consecuencia, dicho ejercicio regular no puede jurídicamente estimarse como crédito probatorio de la causal de injuria grave.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE FEBRERO DE 1993 <sup>150</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

---

150 Exp. 243-92 / Lima.

Para demostrar la causal de injuria grave el demandante ofreció como prueba los actuados relativos a la denuncia que por los delitos de lesiones, robo y violación presentó su esposa en la 44 Fiscalía Provincial Penal de Turno, la que según oficio de fs. 59, copia certificada de la resolución de fiscalía de fs. 130 a 136 fue archivada por no haberse demostrado la inocencia del investigado, sino por inercia de los investigadores y de la parte agraviada en el caso contra la libertad individual quien no obstante haber declarado en presencia del Fiscal, que en efecto había sido violada no presentó el certificado médico-legal correspondiente, y la autoridad no hizo uso de los apercibimientos de ley para ejecutar su mandato o disposición sobre el particular, y en cuanto a las lesiones por haberse considerado éstas como falta en virtud del descanso y prescripción médica dispuestos, sin que se haya valorado la desviación del tabique nasal hacia la izquierda que presentaba la agraviada y por último se archivó lo del robo por no haberse demostrado la pre-existencia de las especies sustraídas.

Producido el archivo por las consideraciones descritas, los hechos que fueron materia de la denuncia no pueden catalogarse como falsos o injuriosos, pues la denunciante actuó en el uso regular de un derecho y basada en la declaración de la menor que se encontraba bajo su cuidado y dependencia por ser su servidora doméstica, llamando más bien a reflexión la declaración testimonial ..., recibida a fs. 42, a favor de quien fuera investigado como presunto violador de su hija menor por la cual no fue capaz de accionar ni para denunciar el hecho, ni luego para que se practique el reconocimiento médico-legal, con lo cual obstaculizó la labor de la justicia.

Se hace excepción a la regla ya establecida, por la que ha de declararse probada la injuria si en el procedimiento penal incoado el presunto cónyuge culpable, se ha visto eximido de responsabilidad al ser absuelto. En este caso, se puede percibir en el accionar de la cónyuge no la intención de ofender o perjudicar sino ante todo la de defender y proteger a las menores de edad frente al ultrajante agravio que habían sufrido, existiendo motivos razonables para dicha actitud, que no fueron suficientes en el ámbito penal, pero que la Corte Suprema en el proceso civil apreció, y en esa medida, lo comprendió como el ejercicio de un derecho.

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE ABRIL DE 1983 <sup>151</sup>

El hecho fundamento de la demanda consiste en que la cónyuge emplazada formuló denuncia penal por delito de estafa y defraudación en contra de su cónyuge.

En Primera Instancia, ameritándose que las denuncias formuladas contra el actor, no constituyen acto ilícito y resulta practicado en ejercicio regular de un derecho, por lo que no pueden ser considerados injuria grave, y amparándose en el art. 287 (C.C. 1936) declaró la separación de los casados.

La Corte Superior, considerando que no es de aplicación el art. 287, y de conformidad con el Fiscal Superior, revocó la sentencia en ese extremo declarándola improcedente, confirmándola en cuanto declaraba infundada la demanda.

El Fiscal Supremo opinó: No Haber Nulidad en la de vista.

La Corte Suprema en discordia declaró: No Haber Nulidad.

Tres Vocales fueron los que opinaron por: Haber Nulidad en la recurrida, estimando que debería declararse fundada la demanda siendo su argumento el siguiente:

Que la denuncia penal formulada por la demandada, es una actitud que configura la causal de injuria grave prevista en el inc. 4º del art. 247 (C.C. 1936) si se tiene en cuenta lo dispuesto por el art. 260 del C.P. que prescribe que no son reprimibles con pena, los robos, apropiaciones o defraudaciones que recíprocamente se causaren los cónyuges.

Las dos posiciones esgrimidas en el fallo supremo reflejan la dificultad del caso planteado. Se afirmó de un lado que la injuria grave era infundada, en la medida que no podía entenderse como tal la denuncia efectuada por la comisión de un delito cierto, en el cual se fue parte agraviada; y de otro, se argumentó que dicha ac-

---

151 Exp. 826-82 / Lima.

ción al no estar sujeta a sanción penal, por prescribirlo la ley (art. 208 inc. 1 C.P.), revelaba un *animus* de injuriar, al ponerse de manifiesto un hecho que sabiéndose penalmente no punible, pretendía al tornarlo público y notorio en un procedimiento, generar un perjuicio en el cónyuge. La Corte Suprema ante lo incierto de lo subjetivo y lo aparentemente regular de la conducta de la consorte, resolvió que se trataba del ejercicio regular de un derecho y por lo tanto no podía ser ilícito.

#### 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE ENERO DE 1983 <sup>152</sup>

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda.

La Corte Superior: considerando que las instrucciones por los delitos de falsificación de documentos, tentativa de homicidio y lesiones concluidas por absolución y archivamiento, aparte de que fueron aperturadas cuando los cónyuges ya vivían separados de hecho, constituyen el ejercicio regular de un derecho; que si bien esas instrucciones concluyeron con resoluciones favorables al actor, no significa que la demandada hubiese formulado las denuncias con el objeto de ultrajar o humillar al actor, que las pruebas actuadas no demuestran la causal invocada, mas en atención al art. 287 (C.C. 1936) revoca la apelada y declara la separación de cuerpos.

El Fiscal Supremo opinó: No Haber Nulidad.

La Corte Suprema declaró: No Haber Nulidad en el extremo que establece infundada la demanda por injuria, pero declara insubsistente la resolución recurrida en cuanto declaró la separación de cuerpos por improcedente.

Fueron considerados ejercicio regular de un derecho, las denuncias que originaron las instrucciones seguidas por los delitos de falsificación de documentos, tentativa de homicidio y lesiones,

---

152 Exp. 477-82 / Junín.

a pesar de que todos concluyeron con la absolución del cónyuge, razón por los que se les archivó.

Podríamos preguntarnos, ¿por qué las indicadas denuncias no fueron admitidas como falsas imputaciones y por lo tanto injurias para aquél que fue encontrado inocente? Los fundamentos de la resolución sostienen que de las denuncias efectuadas no puede colegirse que hubiese existido en la demandada intención de ultrajar o humillar al actor. Cuestión que nos llevó a indagar sobre un aspecto de interés en esta causal, y es el elemento volitivo como constitutivo de aquélla.

Es evidente que el ánimo de ofender es fundamental, pero intentar acreditar algo que se halla en el fuero interno normalmente es muy difícil, mas el juzgador habrá de apreciarlo en lo posible. Así, nos encontramos frente a dos elementos, uno de carácter subjetivo y otro objetivo consistente en el perjuicio evidente sufrido por el cónyuge inocente. Lo que plantea la alternativa de considerar, en situaciones como la referida, por su propio contenido y trascendencia, la posibilidad de deducir a partir del daño causado la intención de ofender de su agente, lo que posibilitaría en algunas situaciones amparar la causal.

#### ***4.10. Casos en los que se excluye o atenúa la gravedad de la injuria***

Inquirir sobre la gravedad de la injuria como violación de los deberes recíprocos de los cónyuges, ha supuesto considerar si la parte agraviada ha incurrido también en ese incumplimiento, provocándolo o facilitándolo con su conducta.

##### ***4.10.1. El cónyuge que invoca la causal no debe de haber motivado la ofensa***

La ley no admite como injurias graves más que aquellas que son expresión de un sentimiento malo, meditado, permanente, que hace insoportable la vida en común al esposo ofendido, y no las palabras fuertes, inconvenientes, que se escapan en un

momento de violencia pasajera y que hallan excusa en las circunstancias que la provocaron<sup>153</sup>.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE MAYO DE 1953<sup>154</sup>

Que para considerar la injuria grave como causal de divorcio, es necesario que ella sea inmotivada o importe ofensa inexcusable; que en el presente caso está comprobado que el demandante ha faltado a sus deberes conyugales, con el mérito de los expedientes acompañados, sobre alimentos, en los que corren las partidas de bautismo de los hijos tenidos en sus relaciones sexuales fuera de matrimonio...

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE ABRIL DE 1963<sup>155</sup>

Que la prueba ofrecida y actuada por la demandante, acredita que los hechos en que funda su demanda consisten en desavenencias domésticas y en airadas reacciones del demandado, provocadas por la vida social de la actora; que las manifestaciones de dicha actividad constante, de la fotografía tomada en un lugar público y de la descripción de la fiesta, objeto de la misma, publicadas en la revista agregada ..., así como también la carta de fs. [...], y la larga duración nocturna de las frecuentes reuniones que la demandante celebraba con sus amistades en el hogar conyugal, [...] que el hondo quebrantamiento del orden familiar a que se ha hecho referencia, respecto del cual el marido ha reaccionado de manera descomedida y tal vez ordinaria, no es, por consiguiente, imputable al demandado, y las escenas y actitudes en las que se exteriorizaban, no constituyen la injuria, ni la sevicia contempladas en los incs. 2° y 4° del art. 247 del Código Civil...

La Ejecutoria siguiente estima incluso que las agresiones recíprocas reflejan una falta de respeto entre los cónyuges, pero que ésta, si bien se aproxima a la injuria, no la configura.

---

153 Ambrosio Colin y Henry Capitant. Op. Cit., p. 443.

154 Revista de Jurisprudencia Peruana, Setiembre de 1953, p. 1073-1075.

155 Anales Judiciales, t. LVIII, 1963, pp. 35-37.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE ENERO DE 1984 <sup>156</sup>

Los procesos y denuncias se han originado por agresiones recíprocas, así como por la divergencia económica en la administración de las entidades jurídicas a cargo de los contendores, que han provocado el proceso de separación de bienes y alimentos que se siguen, poniendo de manifiesto el poco respeto lindante con la injuria por parte de la cónyuge...

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE DICIEMBRE DE 1981 <sup>157</sup>

En esta resolución se precisa cómo un comportamiento que normalmente hubiese sido injurioso no es calificado de ese modo, cuando la Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró Haber Nulidad en la de vista, que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda por injuria, reformándola la declararon infundada por dicha causal.

Para las sentencias inferiores, aunque carezca de mérito legal el informe de la Agencia Policial "Detectives Privados Almirante" emitido con carácter confidencial, ese documento y los que corren de fs. ...a ..., revelan que el demandado emplea contra su cónyuge un procedimiento vejatorio de su honor; dudando de su fidelidad y que no obstante la infructuosidad de las investigaciones que se emiten confidencialmente y en calidad de reservadas, etc. ..., el suscrito estima, que es explicable, por lo menos, la conducta del demandado, ya que perdonó a su esposa anteriores relaciones extramatrimoniales, por lo que no puede ampararse en esa actitud para estimarse probada la causal de injuria grave.

### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE SETIEMBRE DE 1983 <sup>158</sup>

La Corte Suprema declaró No Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba infundada la demanda.

---

156 Exp. 830-83 / Arequipa.

157 Exp. 2462-80 / Lima.

158 Exp. 557-83 / Ica.

El Señor Fiscal Supremo por el contrario, opinó que la injuria grave sí se había configurado porque:

Se ha acreditado la conducta inmoral de la actora, la prueba actuada a fs. ...es insuficiente tanto sino hay reconvencción para tal fin. En cambio ninguno de los actos protagonizados por las partes justifican la actitud del demandado don ...de establecer su hogar convivencial en ...como se acredita con la diligencia de fs. ...y la partida de nacimiento de fs. ...que constituye injuria grave contra su cónyuge, resultando amparable la demanda por esta causal, es decir el inc. 4º del art. 247 del C.C.

Para la Corte Suprema, la falta de ambos cónyuges a sus deberes matrimoniales enervó la invocación de agravio por cualquiera de ellos.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JUNIO DE 1993 <sup>159</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

Las causales que se invocan en las demandas acumuladas de fs. 03 y 90 son la de injuria grave, abandono injustificado de la casa conyugal y conducta deshonrosa, argumentándose que contrajeron matrimonio civil el 30 de mayo de 1986 ante el Concejo Distrital de ...y que a los pocos meses su esposa empezó a demostrar una conducta impropia al llegar tarde al domicilio común. Además, es objeto de insultos en la vía pública, como el ocurrido en la playa de estacionamiento de la Universidad ...en presencia de varios alumnos. Releva su condición de Catedrático Universitario y la condición de Contadora Pública de la demandada, lo que hace más grave su comportamiento. Por último refiere que su cónyuge abandonó el hogar conyugal, fijado en ..., el 04 de setiembre de 1987, sin motivos que justifiquen esa actitud.

Los comparendos obran a fs. 19 y 96; en el primero se constata la demanda en sentido negativo, mientras que en el segundo, además, se deduce las excepciones de pleito pendiente y naturaleza de juicio, desistiéndose el demandado de la última por escrito de fs. 259.

---

159 Exp. 1159-92 / Arequipa.

El recurso de nulidad ha sido interpuesto por la demandada, por lo que el pronunciamiento debe circunscribirse a la causal de injuria grave, invocada en la demanda de fs. 03 y amparada en la sentencia de vista, la excepción de pleito pendiente no es materia del grado.

Al respecto, las únicas pruebas aportadas por la parte actora son las declaraciones testimoniales depuestas por don ...a fs. 28 y don ...a fs. 32 y están referidas exclusivamente, en cuanto a la causal de injuria grave, a un incidente ocurrido a mediados de noviembre de 1988, en oportunidad que los testigos afirman haber apreciado un escándalo en la vía pública con insultos proferidos por la demandada a su contraparte.

La testimonial de fs. 28 es depuesta por un alumno de la Universidad ..., donde labora el demandante, y asegura haber estado presente durante este incidente cuando el actor fue agredido verbalmente en forma pública y en presencia de los alumnos de su cátedra.

Las solas testificales resultan notoriamente insuficientes como para asegurar que los hechos tuvieron lugar en la fecha y modo que se dice. No se ha aportado prueba dirigida a corroborar las mencionadas testimoniales, las que inclusive carecen de información detallada y más bien, contienen dudas e impresiones en cuanto a sus dichos.

El segundo de los testigos, al responder la séptima y octava pregunta del pliego interrogatorio de fs. 31 lo hace en forma simple y lacónica; el otro, si bien ofrece mayor detalle, su sólo mérito resulta insuficiente, sobre todo teniendo en consideración la naturaleza de la acción.

La conducta de la emplazada demostrada en sus relaciones laborales y profesionales y a que se refieren las instrumentales de fs. 52 a 76 y a la testimonial del Gerente de la Empresa donde labora de fs. 113, además de las declaraciones actuadas a fs. 25, 34, 35 y 39, demuestran que se trata de una persona con calidades destacables.

Además, la demandada ha aportado como prueba el mérito del expediente de alimentos, donde se aprecia que se ha requerido de un proceso judicial para obligar al demandante a cumplir con sus obligaciones de padre con respecto a la hija de ambos, y aunada a la partida de nacimiento de fs. 270 que hace saber de la existencia de una hija declarada por él fuera del matrimonio y nacida el 06 de noviembre de 1991, hacen convicción que más bien es el actor quien ha incumplido los deberes maritales.

Es de inferirse de las ejecutorias presentadas, que en la injuria grave como causal de divorcio, los tribunales requieren que el cónyuge inocente sufra un profundo ultraje a su dignidad, y en esa medida la conducta de éste no ha de haber provocado, facilitado o tolerado el comportamiento injurioso del agresor, no amparándose una acción en la que el agraviado invoque una falta que personalmente ha contribuido a crear.

Criterio más amplio fue considerado para otras causales, como el adulterio.

#### **4.11. 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.

El criterio judicial ha distinguido dos situaciones:

##### **4.11.1. Cuando se trata de injurias permanentes**

###### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE JULIO DE 1954 <sup>160</sup>**

Se declaró infundada la excepción de prescripción interpuesta por el demandado estableciéndose que: no es computable el término de prescripción (C.C. 1936) cuando se trata de una conducta injuriosa permanente señalando que:

En varios incidentes hogareños han tenido que acudir a la policia, como consta a fs. ...y aún después de interpuesta la demanda, de divorcio como lo hace notar el Agente Fiscal el demandado ha continuado injuriando a su esposa. Lo que revela que no se trata de un hecho aislado sobre el que deduce prescripción, sino de la reiteración de varios, conformando así la figura de habitualidad.

##### **4.11.2. Cuando se realiza a través de procedimientos judiciales**

En los casos que la injuria se ha efectuado a través de una falsa denuncia, dando lugar a un proceso penal o civil, se ha con-

---

160 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 134, Marzo de 1955, p. 1839-1840.

siderado que el término de prescripción (C.C. 1936) ha de computarse desde la fecha en que queda ejecutoriada la resolución que pone fin a dicho proceso.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1983 <sup>161</sup>

“Que desde la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución recaída en la instrucción que se tiene a la vista, a la fecha de interposición de la demanda de fs. ...no habían transcurrido aún los seis meses que señala el artículo doscientos cincuentidós del Código Civil”.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE JUNIO DE 1979 <sup>162</sup>

- La cónyuge denunció a su esposo de haberla amenazado con un revólver, lo que dio lugar a que se aperturara instrucción contra él por delito de tentativa de homicidio en agravio de su consorte.

- El Tribunal Correccional de la Corte Superior de Piura declaró improcedente el juicio oral y el archivamiento definitivo de la instrucción.

- La cónyuge demandada planteó excepción de prescripción por la causal de injuria, alegando que la denuncia policial fue ...y que a la fecha de la demanda ..., había transcurrido más de los seis meses que prescribe el art. 252.

- El actor estimó que el término para la prescripción, debe computarse desde la fecha de la resolución que declaró la improcedencia del juicio oral.

- La Corte declaró No Haber Nulidad en la de vista, que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda por injuria grave, e infundada la excepción de prescripción deducida por la demandada. Sosteniendo que: “Aunque la denuncia ante la Policía se realizó el ..., el cargo formulado permaneció latente hasta

---

161 Exp. 1327-82 / Arequipa.

162 Exp. 1140-79 / Piura.

que el Tribunal Correccional declaró su no veracidad, con fecha ..., entonces, es desde esta última fecha que habría de computarse la prescripción de la acción”.

Respecto a este criterio, el proceso penal produce en las injurias graves por difamación, un efecto configurativo de la causal de divorcio, cuando queda esclarecida su falsedad, computándose recién a partir de ese momento el término correspondiente, ya que en caso contrario podría tratarse del ejercicio regular de un derecho.

## **5. EL ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE DOS AÑOS CONTINUOS O CUANDO LA DURACION SUMADA DE LOS PERIODOS 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 plazo.

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 abandono.

### ***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 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”<sup>163</sup>.

En las ejecutorias siguientes se podrá apreciar las repercusiones que tienen las condiciones físicas del inmueble que habitan los cónyuges en las consideraciones para la configuración del hogar conyugal:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE JUNIO DE 1991<sup>164</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Que del asiento de notificación tanto postal como personal de fs. 8 vuelta y nueve respectivamente, se desprende que la demandada ha sido notificada con el escrito de demanda y su admisorio en el inmueble ubicado en ..., inmueble que resulta ser de propiedad de la sociedad conyugal formada por el demandante con la demandada según la hoja de declaración jurada de autoavalúo de fs. 40, coligiéndose con ello que no se ha configurado el abandono injustificado del hogar conyugal imputado a la cónyuge.

El Ministerio Público en el mismo sentido opinó:

Del análisis de lo actuado se tiene que la prueba que sustenta la demanda es únicamente la denuncia policial efectuada por el actor después de más de un año de producidos los hechos; por otra parte la instrumental de fs. 40 acredita que la demandada domicilia en el inmueble, declarado por el demandante como propiedad de la sociedad conyugal.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE AGOSTO DE 1993<sup>165</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal estimó:

---

163 Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp y Martib Wolff. Op. Cit., p. 226.

164 Exp. 1838-90 / Lima.

165 Exp. 947-92 / Cuzco.

En el caso analizado, se dice que el abandono consiste en el traslado de ella a la parte alta del inmueble que sirvió de hogar común; sin embargo, no se aportan mayores elementos de prueba que ratifiquen esa versión o que permitan hacer convicción que ese ambiente no es parte integrante de la misma unidad inmobiliaria. En todo caso, la consentida situación de adulterio que lleva el marido, que importa según su propia declaración, el traslado material de él al domicilio de su conviviente al inmueble ubicado en ..., ha provocado esta actitud de ella de trasladarse al piso superior.

De ahí que no se incorporen dentro de esta causal aquellos casos en los que, sin retirarse del hogar común uno de los cónyuges incumple en forma perjudicial y permanente sus deberes familiares, tal como si no estuviera, siendo de verse que ambas situaciones en la práctica tienen efectos similares.

#### **5.2.1. *Distinción entre la causal de abandono del hogar y el incumplimiento de los deberes matrimoniales***

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE SETIEMBRE DE 1983 <sup>166</sup>

La Corte Suprema, con lo expuesto por el dictamen fiscal; y considerando:

“que de autos no resulta comprobado fehacientemente que haya habido abandono malicioso del hogar conyugal, causal que es distinta a la del incumplimiento de los deberes que nacen del matrimonio. Declaró infundada la demanda de divorcio por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal.

Mientras que el Ministerio Público sostuvo que:

“Desde la fecha de la unión matrimonial el demandado ha tenido un comportamiento hostilizador tanto para ella como para su menor hija, incumpliendo las obligaciones alimenticias y maltratándola física y moralmente, habiendo abandonado el hogar conyugal hace más de dos años, por lo que tuvo que iniciarle juicio de alimentos ante el 5to. Juzgado Civil, y a pe-

---

166 Exp. 575-83 / Lima.

sar de que lo ha denunciado hasta por dos veces por delito de abandono de familia, se niega a cumplir con su obligación alimentaria, configurando con ello el abandono moral y material. Ampara su demanda en lo dispuesto por el inc. 5to. del art. 247 del C.C. [...].

Si bien del tenor de la demanda, no aparece que la actora haya señalado el domicilio que fijaron las partes ni tampoco haya indicado la fecha en que se produjo el abandono por parte del demandado, de la constancia policial que en fotocopia corre a fs. ... en el acompañado sobre alimentos se infiere que el domicilio conyugal fue establecido en ...y que el abandono se produjo en agosto de 1978.

Con los acompañados sobre alimentos y dos instrucciones por delito de abandono de familia, se acredita que el demandado se ha mostrado renuente a cumplir con sus obligaciones alimentarias para la actora y su menor hija, sustrayéndose así a las obligaciones que la ley le impone siendo procedente declarar el divorcio por abandono del hogar conyugal, incurso en el inc. 5º del art. 247 del C.C.”.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE SETIEMBRE DE 1992 <sup>167</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal observó:

El incumplimiento de la obligación alimentaria por uno de los conyuges, y subsiguientes sentencias por delito de Abandono del Hogar no constituyen el sustento de la causal invocada en la demanda, la que está referida única y exclusivamente a la dejación del domicilio conyugal con la intención de sustraerse a los deberes de la vida en común que le impone el matrimonio, actitud o comportamiento que no puede atribuírsele al demandado, sino más bien a la accionante.

En la experiencia judicial nacional el incumplimiento de las obligaciones conyugales, en especial la de carácter alimentario, es apreciada de manera significativa a fin de calificar la intencionalidad en el apartamiento, como se apreciará al examinar el segundo carácter de la causal, lo que no enerva, sin embargo, la

---

167 Exp. 2291-91 / Lima.

obligación del agraviado de acreditar el hecho en sí del abandono de la casa conyugal y de su oportunidad, como requerimientos constitutivos de la misma.

### 5.2.2. *Constitución del hogar conyugal*

El establecimiento del hogar conyugal resulta fundamental, afirmando nuestra jurisprudencia en forma uniforme que “No habiéndose constituido hogar conyugal, no puede configurarse el abandono del mismo”.

En ese sentido se han pronunciado entre otras:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE JULIO DE 1954 <sup>168</sup>

Es infundada la demanda de divorcio por abandono malicioso, si el marido no ha constituido hogar conyugal, razón por la que la mujer se ve precisada a volver a casa de su madre, donde tenía a los hijos de quienes no se ha preocupado el padre.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE MARZO DE 1956 <sup>169</sup>

Aunque la separación haya durado 10 años, no incurre en abandono malicioso la esposa, si el marido no tuvo hogar propio y la llevó a vivir a casa de sus padres, en la que mantuvo relaciones ilícitas con una doméstica, viéndose la cónyuge obligada a refugiarse en casa de sus padres.

#### 5.2.2.1. *Imposibilidad de que coexistan dos domicilios conyugales*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE MAYO DE 1984 <sup>170</sup>

Que aceptar las tesis de que el matrimonio tenga alternativa o conjuntamente dos domicilios conyugales, para la vida separada de cada uno de los cónyuges como lo sostiene el demandado, importa violar la clara y expresa disposición del

---

168 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 130, Noviembre de 1954, pp. 1337-1339.

169 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 150, Julio de 1956, p. 820-822.

170 Exp. 1195-83 / La Libertad.

art. 160 del C.C. que obliga a los esposos hagan vida común en el domicilio conyugal para el cumplimiento de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio como célula social fundamental que protege el Estado en el artículo quinto de la Constitución Política ...

5.2.2.2. *Importancia de la determinación del domicilio conyugal y la inocencia del cónyuge que invoca la causal*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE MAYO DE 1982 <sup>171</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró infundada la demanda de divorcio.

Considerando que la causal invocada por la actora no reúne los requisitos indispensables para ser tomados en cuenta, por no estar acreditado el lugar ni la fecha del abandono; que en la propia demanda se menciona que se desconoce el paradero del demandado, quien se quedó en España en el domicilio que el matrimonio tenía en Burgos, no se explica cómo puede imputarse abandono del hogar con fecha 06 de enero de 1977 indicándose que el demandado se fué llevándose sus pertenencias personales ...

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE ABRIL DE 1983 <sup>172</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró infundada la demanda de divorcio.

Considerando que de la confesión prestada por el actor se desprende que antes de haber contraído matrimonio con la demandada la Cooperativa... le había proporcionado vivienda que la habitaba con una conviviente y que continúa con otra al fallecimiento de la primera y el domicilio conyugal se estableció en la vivienda de la demandada como ha quedado establecido con la declaración de fs. ...; que de este domicilio de propiedad de la demandada se retiró el actor para luego sentar denuncia que

---

171 Exp. 437-82 / Lima.

172 Exp. 145-83 / La Libertad.

había sido abandonado, no obstante que la demandada seguía habitando el domicilio por ser de su propiedad.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE MAYO DE 1992 <sup>173</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal estimó:

En consecuencia, ninguno de los tres documentos analizados, constituyen prueba fehaciente que acrediten que la demandada haya hecho abandono injustificado de la casa conyugal; más aún si se tiene en cuenta que el demandante por razones de trabajo estuvo laborando en diferentes lugares de la república, no pudiendo acreditar consecuentemente un hogar conyugal estable.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE MAYO DE 1993 <sup>174</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró infundada la demanda de divorcio por la causal de abandono, argumentando:

Que el actor al interponer la demanda no señala la ubicación del hogar conyugal, manifestando vagamente al prestar su confesión a fs. 38, que el hogar conyugal quedaba en ...

Como lo han precisado las ejecutorias anteriores, en los procesos de divorcio por esta causal es determinante la localización del hogar conyugal, o al menos del último domicilio común, a fin de precisar cuál de los cónyuges es el que efectivamente ha incurrido en falta, y de esta manera evitar que vaya a prosperar una acción que se ampare en el propio abandono, contraviniendo el mandato expreso de la ley, recogido en el art. 335 del C.C., que a la letra prescribe que “Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”.

Nuestro sistema jurídico es restrictivo para el divorcio litigioso, señalando taxativamente las causales que ameritan la aplica-

---

173 Exp. 2567-91 / Lima.

174 Exp. 984-92 / Lima.

ción del divorcio sanción. No es el caso de otros regímenes, que en relación a las separaciones de hecho admiten que:

“La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, es causal de reciente creación en nuestro Código Civil [Se refiere al C.C. del Distrito Federal México]. Esta causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges aún por el culpable del rompimiento. Se basa en el supuesto de que después de ese tiempo de vivir separados, ya no existe estado matrimonial ni afecto maritales.

Esta causal es distinta de la de abandono, pues puede darse de común acuerdo entre los esposos y no existir cónyuge culpable. Además, puede ser bilateral. No sucede lo mismo en el abandono, en el que habrá un cónyuge inocente y otro culpable, pues el abandono es siempre unilateral”<sup>175</sup>.

Iniciativas legislativas similares se vienen proponiendo en nuestro país, las que han sido materia de comentario en el primer capítulo de este libro. El régimen de divorcio si bien se está flexibilizando, aún no admite un sistema causalista no culposo en este aspecto.

### ***5.2.3. Casos en que no se constituye la casa conyugal***

#### ***5.2.3.1. No se constituye el hogar conyugal si no ha existido un lugar en el cual los cónyuges hayan hecho vida en común***

##### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE JUNIO DE 1982**<sup>176</sup>

Los esposos ..., desde la fecha de la celebración de su matrimonio, no fijaron domicilio, por cuanto, el demandante, por razones de su trabajo como Ingeniero tenía que residir en campamentos y en diferentes lugares de la República, a los que se

---

175 Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Balez. Derecho de Familia y Sucesiones, México, DF, Harla, 1990, pp. 167 y 168.

176 Exp. 1016-81 / Cuzco.

negó el actor a llevar a su esposa por considerarlos inadecuados para ella; que, en consecuencia, no habiéndose constituido hogar conyugal, no puede configurarse el abandono del mismo.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE ABRIL DE 1984 <sup>177</sup>

El dictamen fiscal refiere que los cónyuges no constituyeron hogar conyugal, debido a razones económicas en su condición de estudiantes, viviendo en forma independiente, mas esta situación se ha proyectado en el tiempo, a pesar de haber transcurrido ya ocho años y sus condiciones de vida haber variado, no han regularizado su relación matrimonial.

El cónyuge es quien demanda el divorcio por la causal de abandono. En Primera Instancia es declarada fundada la demanda, la Corte Superior revocó la apelada, la Corte Suprema declaró No Haber Nulidad en la de vista y por lo tanto declaró infundada la demanda.

En tanto la opinión del Fiscal Supremo fue distinta, planteándose una interesante invocación:

Si bien es cierto que la jurisprudencia peruana tiene establecido que mientras la sociedad conyugal no esté constituida en lugar independiente resulta improcedente conceptuar un abandono del mismo, puesto que no existe la características de su constitución y que en el caso de autos, estaríamos frente a un típico caso en el que jamás se llegó a constituir el techo, suelo y vida en común que son la esencia del matrimonio, sin embargo, es conveniente propender a que tal estado de cosas termine, toda vez que tanto el demandante como la demandada en la actualidad han dejado de ser menores de edad y estudiantes como cuando se casaron [...], al haber transcurrido años desde entonces; es necesario propender a que tal hogar se solidifique poniendo término a que sus integrantes continúen haciendo vida independiente sin cumplir ninguno de los fines, derechos, ni obligaciones que emergen de tan sagrado vínculo. Por otro lado, del acompañado se aprecia que existió

---

177 Exp. 1261-83 / Cajamarca.

acuerdo entre las partes para la legalización de la separación de cuerpos y no obstante el desistimiento de la demandada esa situación no se ha superado. El marido está obligado a hacer vida en común con su cónyuge debiéndose ambos fidelidad y asistencia tanto más si no existe justificación alguna para que hagan vida independiente como se desprende de estos antecedentes, más aún, si los padres del demandante conforme afirma a fs. ...les han dado las facilidades de una vivienda. La norma no apoya el abuso del derecho, es conveniente fijar el plazo que la ley concede para que los litigantes puedan reconciliarse, en consecuencia con la facultad que el art. 287 del C.C. (1936) concede al juzgado declarar la separación legal de los cónyuges.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1967<sup>178</sup>

Que la prueba glosada por el juez acredita que el demandado no sólo omitió el hogar conyugal al que estaba obligado, sino que eludió las obligaciones de asistencia que le impone la ley, y que ese malicioso proceder lo mantiene desde que contrajo matrimonio, por lo que al interponerse la acción, había transcurrido con exceso el plazo exigido por el numeral 247 inc. 5° del Código Civil.

De ahí que declararon Haber Nulidad en la recurrida, que revocando la apelada declaraba infundada la demanda y confirmando la de Primera Instancia, la declararon fundada por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal.

#### 5.2.3.2. *Hogar conyugal en el domicilio de los padres u otros allegados.*

En estas circunstancias la jurisprudencia sostuvo:

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE MAYO DE 1980<sup>179</sup>

“El demandante conviene haber llevado a su esposa a vivir en casa de sus padres por cuanto él carecía de medios económi-

---

178 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 291, Abril de 1968, p. 447.

179 Exp. 3261-79 / Puno.

cos; que esta situación se mantuvo hasta que la demandada se fue a alojar donde una tía; que, en consecuencia, no habiéndose constituido el hogar conyugal no cabe el abandono invocado ...”.

Por lo que la Corte Suprema declaró Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda, y reformándola la declararon infundada.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE MARZO DE 1981 <sup>180</sup>

“Que con las certificaciones expedidas por el Juez de Paz de Chuquitoy a fs. ...y ..., la primera de ellas presentada por el propio actor, resulta probado que éste no constituyó hogar conyugal después de contraer matrimonio con la demandada, habiéndola llevado a vivir a casa de sus padres ...”.

Las resoluciones precedentes conducen a definir el concepto hogar conyugal, al respecto Arnaldo Estrada Cruz en su obra: El abandono del hogar conyugal como causal de divorcio, afirmaba:

El domicilio conyugal debe ser una morada especial escogida por el marido y destinada al desenvolvimiento normal de la vida conyugal con miras a una comunidad de vida perdurable, indestructible, fortificada por los lazos de amor [...] Luego esta morada o lugar de aposentamiento debe tener ciertas comodidades, un lecho en que dormir -el lecho nupcial- y el menaje y mobiliario correspondientes que permiten a la cónyuge especialmente, cumplir a plenitud con los deberes matrimoniales que la ley impone.

Indicará además, “el domicilio conyugal debe tener autonomía. Por ejemplo, no puede estimarse como tal la casa de los padres del marido; menos aún la casa de los padres de la mujer” <sup>181</sup>.

Definición de la cual podía inferirse tres caracteres que debería revestir el hogar conyugal.

---

180 Exp. 1616-80 / La Libertad.

181 Arnaldo Estrada Cruz. El abandono del hogar conyugal como causal de divorcio. Trujillo, Librería y Editora Bolivariana, 1969, p. 78.

- Ser el lugar donde se desarrolla la vida en común de los cónyuges.
- Tener ciertas condiciones de habitabilidad.
- Ser autónomo.

Los casos planteados permiten hacer algunas precisiones en torno a los elementos señalados:

En las tres primeras ejecutorias la imposibilidad en la constitución del hogar conyugal se da con claridad, en vista de la separación física existente entre los cónyuges, que impide su vida en forma común y regular.

En cambio las dos últimas ejecutorias brindan una alternativa distinta, por haberse dado la vida en común de los esposos en un lugar determinado, pero éste sería deficiente al carecer de independencia, para configurar lo que se ha venido a llamar una "morada especial".

La jurisprudencia durante la vigencia del Código Civil de 1936, otorgó singular importancia al carácter autónomo, que ha de rodear a la casa común, entendiéndosele como elemento constitutivo que entre otros habría de determinar su existencia legal como hogar conyugal.

Es evidente que el factor independencia en la vida conyugal es de suma trascendencia, pero calificar esta condición como determinante en la configuración de la casa común resultaba, en algunas oportunidades, poco realista y en especial en estos tiempos, en los que -a pesar de ser poco deseable-, existe y existirán un apreciable número de matrimonios que habitan en casa de un pariente próximo, con carácter temporal e incluso permanente, por razones de orden económico principalmente u otro tipo de causas.

De tal manera el apartamiento de uno de los cónyuges de este cuasi-hogar conyugal puede responder a motivos atendibles; es el caso del comportamiento indebido del otro consorte, o a la intervención malintencionada de sus parientes, haciendo insostenible su permanencia en aquel lugar. En experiencias como las referidas, dicha actitud no ha de configurar la causal, no tanto

porque no se dé un hogar conyugal en el que haya existido comunidad de vida, sino porque si bien se trata de un abandono efectivo, éste es lícito en tanto se torna justificado. El problema se presenta en otra posibilidad, y es cuando el retiro del cónyuge extraño -lo que es más grave aún-, el del próximo a los dueños de casa, es injustificado y con el expreso deseo de quebrantar la convivencia matrimonial. En esta hipótesis sin quererlo el infractor se vería amparado bajo la estela de no constitución de hogar conyugal y en esa medida impune una conducta susceptible de prolongarse indefinidamente, causando un grave perjuicio a la familia.

A la luz del régimen legal vigente, el hogar conyugal viene siendo comprendido como el lugar en el que la pareja ha convenido y efectivamente hace vida en común, independiente de la autonomía que pudiera atribuírsele al área física en donde tuviera lugar. En ese sentido, el art. 36 del C.C. señala con claridad: "El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron".

El hogar conyugal ha de ser entonces una morada, que como base material sirva de centro en el cual los cónyuges han de ejercer sus derechos y cumplir las obligaciones que se deben recíprocamente. En consecuencia, el apartamiento de la casa común será abandono y por lo tanto causal de divorcio, siempre que no medien motivos que lo hagan justificable.

Sustanciales reformas ha incorporado el Código Civil vigente, que recogiendo el precepto constitucional de la igualdad de oportunidades y responsabilidades entre varón y mujer, ha estatuido reglas distintas, que han de ir variando la lógica de algunos conceptos, establecidos por la tradición.

Como es de verse, las resoluciones formuladas respondieron a lo preceptuado por la legislación civil anterior, que consagraba la obligación del marido de establecer el hogar conyugal. En esa medida, la jurisprudencia dispuso que no podía ser considerada causal de divorcio el apartamiento de la cónyuge cuando el marido no había cumplido con el deber de constituir la casa común; al ser por lo general una actitud justificada, aunque eventualmen-

te podía no serlo, funcionando en su plenitud el principio aquél de que “No habiéndose constituido el hogar conyugal, no puede configurarse el abandono del mismo”.

De manera distinta, cuando la causal de abandono era invocada por la cónyuge, y el marido no había determinado el domicilio común, en vista de que el incumplimiento de esa obligación no podía amparar una posible actitud dolosa de éste con la que pretendiera eximirse además de sus otros deberes conyugales, se admitió la procedencia del divorcio, apartándose por excepción del criterio anterior.

Ahora, el panorama normativo es diferente: el art. 290 del C.C establece que a ambos cónyuges les compete fijar y mudar el domicilio conyugal, lo que supone un acuerdo previo y una responsabilidad compartida en la decisión.

La fijación del hogar conyugal queda por lo menos en términos legales sometida a la voluntad del marido y de la mujer. Estos, de acuerdo, podrán decidir llevar su vida en común en un lugar independiente, lo que ha venido siendo el típico hogar conyugal. Alternativa distinta podría ser que acordasen vivir en casa de los padres u otro pariente de uno de ellos, este es el cuasi-hogar conyugal a cuya concepción hacemos referencia, y que está reexaminándose, a la luz de la ley y la realidad. Otra eventual posibilidad es que los cónyuges lleguen al acuerdo de que, por las condiciones existentes, mejor es que no vivan juntos temporalmente (2º caso presentado); en una situación así, no es posible la constitución del hogar conyugal. La interrogante nuevamente se presenta, y más aún ahora que es requerible la voluntad de ambos, en el sentido de qué ocurrirá si las condiciones que impedían fijar un domicilio común desaparecen y aquél no se instituye por expresa negativa de uno de los consortes. ¿Podría hablarse de un abandono de la casa conyugal que nunca existió?

En este aspecto, la necesidad de acuerdo en la fijación del domicilio conyugal, puede conducir a que el disenso impida en algunos casos su constitución. Anteriormente, la legislación permitía en ese sentido una actitud más protectora de la cónyuge, reflejada en resoluciones como las vistas, en la medida que existía

un obligado al cual podía imputársele la responsabilidad. Actualmente el desacuerdo puede ser arguido e incluso provocado por cualquiera de los esposos en forma maliciosa, a fin de justificar su propio deseo de no cohabitar con el otro, resultando más difícil para la justicia deslindar responsabilidades, aparentemente entre dos personas, a efectos de identificar a un culpable que sancionar, requiriéndose de una apreciación distinta y meditada de los hechos, en cada caso particular.

5.2.3.3 *Es improcedente la acción de divorcio si los cónyuges en conflicto no establecieron hogar conyugal en la República.*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE JUNIO DE 1991<sup>182</sup>

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal que señalaba:

Del estudio y análisis de autos y los acompañados que se tienen a la vista, queda fehacientemente acreditado que los cónyuges en conflicto no establecieron hogar conyugal en el territorio de la República y que la demandada retornó al país de mutuo acuerdo con el actor, como aparece de la instrumental que corre a fs. 101; en consecuencia no puede haber ocurrido abandono del hogar conyugal, invocado como una causal en la acción incoada ...

**5.2.4. Mudación del domicilio conyugal**

En cuanto a la mudación del domicilio conyugal, antes se establecía la obligación de la cónyuge de seguir a su esposo, significando su negativa una grave falta a sus deberes conyugales, incurriendo en la causal de abandono malicioso a menos que lograra acreditar que su actitud estaba justificada por razones de salud, honor o negocios (art. 160, 2º parte, C.C. 1936).

En este sentido se pronunciaron:

---

182 Exp. 1910-90/Lima

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 1965 <sup>183</sup>

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE SETIEMBRE DE 1966 <sup>184</sup>

Respuestas distintas son las motivadas por la legislación vigente, por cuanto la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges en oposición a la del otro no puede determinar la mudación de la casa común a lugar distinto.

Preguntémonos, qué ha de ocurrir en aquéllos casos en que los consortes fijaron de consuno el lugar de su domicilio, pero luego por iniciativa de uno de ellos se requiere mudarlo y el otro expresa su negativa. El hogar conyugal será en tanto, aquél que eligieron juntos, pero podríamos cuestionar, ¿Cuál de los cónyuges es quien abandona? ¿El que se aleja pero desea reanudar su vida matrimonial en otro lugar o el que rehusa cambiarlo? Serán las razones que motivan la conducta de cada uno de los intervinientes las que tengan que ameritarse, si el que se aparta lo hace con motivos justificados y el que se niega no tiene razones suficientes, podríamos pensar que ese último es el que está incurriendo en falta, más el conflicto se agravará si ambos cónyuges tienen justificaciones distintas e independientemente importantes para la actitud que hayan asumido. De ahí que se torne compleja y trascendente la evaluación que puedan hacer los tribunales, de la multiplicidad de situaciones que la realidad pueda ofrecer, a fin de negar o admitir la procedencia del divorcio por esta causal.

Las siguientes ejecutorias al analizar la causal de abandono, requerirán el consenso de los cónyuges para la mudación del domicilio conyugal.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1º DE AGOSTO DE 1984 <sup>185</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto en el dictamen fiscal de-

---

183 Revista Jurídica del Perú, Año XVII, N° 2, Abril-Junio de 1966, p. 98 a 100.

184 Revista Jurídica del Perú, Año XVIII, N° 2, Abril-Junio de 1966, p. 116 a 118.

185 Exp. 461-84 / Lima.

claró infundada la demanda de divorcio a pesar de los argumentos que esgrimió el Señor Fiscal al expresar:

Mediante la carta notarial de fs. ...se hizo conocer a la demandada la decisión del actor fijando el nuevo domicilio del hogar conyugal. La demandada no ha contestado a dicha carta como era su obligación denotando su renuencia a acatar las decisiones que el art. 162 faculta al marido.

La vida en común entre esposos es de orden público porque constituye la esencia del matrimonio, es decisiva para la penetración espiritual que presupone la relación matrimonial y para la formación moral de los hijos tal como presuponen los arts. 158, 159 y 166 del C.C. El Código Civil en su art. 162, señala que al marido le compete fijar y mudar el domicilio de la familia, sólo el grave peligro en la salud, el honor o los negocios de la cónyuge facultan a ésta apartarse de su cumplimiento en la obligación de seguir al marido a donde éste fije el domicilio conyugal, lo que no ha sido alegado por la demandada; afirmando más bien con su escrito de fs. ..., que no tiene motivo de riña o discusión para estar separada de su esposo menos tiene voluntad de divorciarse ...

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE MAYO DE 1985 <sup>186</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró infundada la demanda.

Refiere que el domicilio conyugal fijaron en la Av. ...del Vallecito y que posteriormente el actor tomó en alquiler un departamento en la Calle ...de la Cooperativa N° ..., en el que la demandada se negó a vivir, no obstante la carta notarial que cursó para que se constituya en el nuevo domicilio fijado [...]

Compulsando las pruebas actuadas se desprende que el actor no ha acreditado la causal de abandono malicioso del hogar conyugal imputable a la demandada, con el recurso de fs. ...y carta notarial de fs. ..., se prueba que el domicilio conyugal lo fijaron ambas partes en la casa N° ...del Vallecito, Arequipa; del que la demandada no se ha apartado; por el contrario el actor es quien se ha retirado de la casa por desavenencias familiares, por lo que

---

186 Exp. 709-84 / Arequipa.

no se ha producido el abandono del hogar al que se refiere el inc. 5to. ... Si bien es cierto que el actor ha fijado nuevo domicilio en la calle N° ...de la Cooperativa N° ..., esta decisión ha sido sin el consentimiento de la esposa y ésta no ha aceptado ese domicilio por las razones que expresa al contestar la demanda ...

### ***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 concepto. 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 posteriormente.

#### ***5.3.1. El apartamiento debe ser voluntario***

Ello significa que debe ser determinado por causas imputables al cónyuge que se retira. Por lo que la jurisprudencia coincidentemente ha sostenido:

##### ***5.3.1.1. No incurre en la causal el cónyuge que es arrojado de la casa común***

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE MARZO DE 1982 <sup>187</sup>**

“...las constancias policiales de fs. ..., corroboradas con las testimoniales ofrecidas por la emplazada a fs. ...prueban que las

---

187 Exp. 1303-81 / Ayacucho.

partes estuvieron en la casa conyugal hasta el 17 de julio de 1980, fecha en la cual la esposa fue arrojada de la misma por el demandante ...”.

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal, declaró Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda la que reformaron declarándola infundada.

En el mismo sentido se pronunció:

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE OCTUBRE DE 1982 <sup>188</sup>

“...que la cónyuge con fecha 19 de junio de 1978 interpuso demanda de alimentos imputando al demandante haberla arrojado del hogar conyugal por lo que tuvo que dirigirse a la ciudad de Trujillo para refugiarse en la casa de su madre ...”.

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal, declaró No Haber Nulidad en la de vista que revocando la apelada declaraba infundada la demanda.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 31 DE OCTUBRE DE 1953 <sup>189</sup>

“No hay abandono malicioso si la esposa ha tenido que ausentarse de su casa, en diferentes épocas, por motivos justificados, como enfermedades propias y de los hijos; y si, además, ha sido arrojada de su hogar por el esposo, por cuanto éste mantiene relaciones con otra mujer”.

5.3.1.2. *No es malicioso el abandono del cónyuge a quien se le impide retornar al domicilio común*

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1982 <sup>190</sup>

“...teniendo en consideración que la emplazada vive con su hija ...por la manifiesta intención del cónyuge de no recibirla en el

---

188 Exp. 934-82 / La Libertad.

189 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 124, Mayo de 1954, p. 566.

190 Exp. 834-82 / Tacna.

hogar como lo ha hecho saber en las cartas de fs. ...reconocidas a fs. ...”.

Declaró el fallo supremo, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, No Haber Nulidad en la sentencia de vista, que revocando la apelada declaraba infundada la demanda.

### 5.3.2. *El abandono debe ser contrario a la voluntad del inocente*

Ludwing Enneccerus, al comentar esta causal, considera que para que el abandono pueda ser calificado de malicioso ha de ser contra la voluntad del otro cónyuge <sup>191</sup>.

La resolución siguiente presenta un caso de controvertida apreciación judicial.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE FEBRERO DE 1981 <sup>192</sup>

En el caso sub-litis, puede apreciarse en atención a lo expuesto por los votos en contra de la resolución suprema, cómo en sus fundamentos para denegar el divorcio, ponderaron el accionar del cónyuge demandante orientado a impedir que su esposa pudiera reunirse con él en el extranjero, ameritando por ello que el alejamiento de la esposa no era malicioso.

...que para que proceda el divorcio por la causal de abandono del hogar conyugal, éste debe ser malicioso, lo que no sucede en el caso de autos pues de la propia comunicación expedida por el demandante corriente a fs. ...aparece que éste solicitó a la Dirección de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores se abstenga de otorgarle pasaporte a su cónyuge para que lo acompañara a su nuevo destino en el extranjero...

La Corte Suprema, en discordia, declaró No Haber Nulidad

---

191 Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolf. Op. Cit., p. 226.

192 Exp. 2084-80 / Lima.

en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda de divorcio.

Al respecto, en este último caso, y atendiendo a lo expuesto por los votos en contra de los Vocales señores Doig y Vásquez, este elemento no se ha dado, ya que aquel revelador incidente patentiza la intención del cónyuge demandante de negarse a continuar viviendo con su esposa, haciendo uso de otros recursos a fin de impedirle la posibilidad de seguirlo. La disolución del vínculo, sancionó una conducta que al fin y al cabo el cónyuge demandante deseaba, y que con los medios que pudo la propició.

5.3.2.1. *No prospera la causal cuando el apartamiento de uno de los cónyuges, responde a un acuerdo previo entre ellos*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE JUNIO DE 1982 <sup>193</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal estimó:

“...considerando que de la cláusula séptima del documento privado de fs. ...aparece plenamente establecido el hecho evidente de que la demandada ... previo convenio con su esposo don ... se retiró del hogar conyugal el 2 de marzo de 1978 para vivir en la ciudad de Chiclayo”.

Declararon infundada la demanda por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1982 <sup>194</sup>

Que el abandono del hogar para ser causal de divorcio debe ser malicioso, lo que no se ha acreditado en el caso de autos pues como aparece de la constancia corriente a fs. ...reconocida por el actor a fs ..., el demandante consintió en que la deman-

---

193 Exp. 460-82 / Ancash.

194 Exp. 1196-82 / Callao.

dada se alejara del domicilio conyugal aceptando además la condición de que a su retorno no habitaría en el ...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE MAYO DE 1985 <sup>195</sup>

“Del instrumento de fs. ...se desprende que la separación habida entre las partes fue voluntaria y consciente”.

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró No Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba infundada la demanda.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE MARZO 1991 <sup>196</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el Ministerio Público declaró:

Que, en el caso de autos, el demandante no ha acreditado los fundamentos de su pretensión; que, en efecto, la demanda se funda en la causal de abandono malicioso del hogar, que se ha producido, según afirma el actor, el día veintiocho de julio de mil novecientos ochenticinco; que sin embargo, del acta celebrada ante el Juzgado de Paz Letrado de Villa El Salvador aparece que el trece de junio del mismo año se presentan ambos cónyuges ante el referido Despacho, manifestando que debido a la incompatibilidad existente decidieron separarse hasta que se resuelva su situación legal por la autoridad competente; que, a mayor abundamiento en el punto segundo de esa acta, es el demandante quien de propia voluntad se retira del hogar conyugal.

### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE MARZO DE 1991 <sup>197</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Del análisis de las diligencias y pruebas actuadas aparece que la causal de abandono injustificado de la casa conyugal no ha sido

---

195 Exp. 1159-84 / San Martín.

196 Exp. 1153-90 / Lima.

197 Exp. 1623-90 / Piura.

probada en autos por el actor, pues la instrumental que presenta a fs. 16, resulta insuficiente para acreditarla, más aún si se tiene en cuenta la carta de fs. 39 que ha sido reconocida por el actor, de la cual se desprende que a pesar de estar viviendo, por acuerdo de ambos, en diferentes ciudades, su relación era normal, y en todo caso, sería el actor quien ha incumplido con lo previsto en el art. 288 del Código Civil, conforme se desprende de la constancia de fs. 38, por lo que es de aplicación lo prescrito en el art. 338 del Código de Procedimientos Civiles.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE JUNIO DE 1993 <sup>198</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

...No puede servir de sustento para hacer lugar a una acción de la naturaleza y alcances de un divorcio absoluto, el deseo manifiesto de ambas partes de poner fin a la relación matrimonial tanto porque ésta como institución rebasa el interés propio de las partes, cuanto es objetivo del Ministerio Público cautelar el de los menores hijos de los cónyuges y sostener la vigencia del matrimonio, sin negar a los contrayentes su derecho de disolver por acuerdo mutuo y en la forma que manda la ley ... Por otro lado, tampoco aparece con la claridad requerida que la dejación material del esposo de la casa común haya tenido como propósito sustraerse de las obligaciones que exige el matrimonio, no resultando suficiente las sentencias de alimentos de fs. 75 y 76, que suponen el ejercicio regular de un derecho y no necesariamente trasunta intención de incumplir con obligaciones alimentarias. Sobre todo que el emplazado ha acreditado que realiza actos vinculados a la protección física de su familia con los documentos de seguro médico de fs. 19 a 36, a la educación de sus hijos con los recibos de fs. 37 y a la satisfacción de los gastos que se originan de servicios públicos inmobiliarios con los instrumentales de fs. 38 a 51 ...

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 08 DE NOVIEMBRE DE 1993 <sup>199</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

---

198 Exp. 848-92 / Lima.

199 Exp. 922-93 / La Libertad.

Revisados los actuados se aprecia de fs. 53 y 54 las fotocopias certificadas de las piezas judiciales relacionadas con la separación de cuerpos por mutuo disenso que solicitaran las partes de este proceso, de las cuales cabe resaltar el contenido de la demanda, que merece fe, por estar suscrita por ambos cónyuges, y en consecuencia constituye prueba plena.

En ésta reconoce que la separación de hecho se ha llevado a cabo de común acuerdo, y no por el abandono del hogar efectuado por el cónyuge; el que este proceso fuera abandonado no desvirtúa tal afirmación, máxime si en el de separación de patrimonios seguido por la demandante, su defensa ha tenido como fundamento precisamente la existencia del mismo.

De modo contrario se resolvió en la siguiente ejecutoria:

#### 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE JUNIO DE 1991<sup>200</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal consideró:

Que, el abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años continuos se constituye cuando uno de los cónyuges deja el hogar conyugal sin causa legal que lo justifique; que, si bien el llamado convenio extrajudicial que aparece de fojas cuatro señala la separación de las partes, dicha expresión debe ser interpretada en el conjunto del mismo, por lo que no habiéndose dado cumplimiento a sus estipulaciones, mal puede hacerse valer una de ellas aisladamente, máxime si el mismo carece de valor y efecto legal alguno puesto que tal determinación extrajudicial sólo puede hacerse con arreglo al Código Civil y bajo la tutela jurisdiccional, lo que no ha sido en el presente caso, ...declararon haber nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba infundada la demanda, reformando la primera y revocando la segunda, declararon fundada la demanda por la causal de abandono.

El Ministerio Público opinó:

Del análisis y evaluación de la prueba actuada, se aprecia, que con fecha 12 de febrero de 1987, las partes de común acuerdo

---

200 Exp. 2079-90 / Callao.

decidieron su separación de hecho, así como la partición de algunos de los bienes de la sociedad conyugal, consecuentemente no puede el actor atribuirle a su cónyuge, el abandono injustificado del hogar, si voluntariamente accedió a que habitaran en domicilios separados, no habiendo por otro lado, acreditado que ésta mantenga relaciones adulterinas con tercera persona.

La ausencia de culpa en la separación, es el elemento subjetivo que impide se constituya la causal en los casos de consenso en el apartamiento de los cónyuges.

Acreditado el acuerdo para la separación, se inhabilitaría, desde el punto de vista volitivo, la posibilidad de que uno de ellos puede intentar accionar el divorcio sanción, contemplado en la causal quinta, por cuanto el abandono es siempre un acto unilateral. En ese sentido, el consenso en la separación de hecho involucraría dentro de los lineamientos de nuestro sistema, formalizar esa situación de facto, también a través de la vía legal convencional, mediante la correspondiente separación de cuerpos y ulterior divorcio.

5.3.2.2. *La causal no se constituye si el cónyuge agraviado manifiesta su consenso y deseo de separarse del otro*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1982<sup>201</sup>

En el presente fallo se argumenta que la voluntad manifiesta de la cónyuge demandante de separarse de su esposo, hace que el abandono de éste no sea malicioso.

Que el abandono del hogar para ser causal de divorcio debe de ser malicioso, no siendo suficiente el que se pruebe que uno de los cónyuges no habita en el que fue el hogar conyugal; que en el presente caso, la actora al prestar confesión a fs. ...del acompañado, seguido ante el Juez de Menores, contestando a la segunda repregunta expresamente manifiesta que fue ella quien decidió separarse de su esposo; que siendo así la acción no es amparable ...

---

201 Exp. 1114-82 / Lima.

Esta resolución se sustenta en criterio semejante al propuesto en los votos en contra de la ejecutoria suprema del 17 de febrero de 1981.

### **5.3.3. Definición jurisprudencial de malicia**

La jurisprudencia fue uniforme al definir la malicia como el ánimo deliberado de parte de uno de los cónyuges de sustraerse a las obligaciones que la ley le impone. Como puede distinguirse, acreditar aquella intención era sumamente difícil, ésta se solía inferir de la calidad de los hechos en discusión.

#### **5.3.3.1. Criterios jurisprudenciales para apreciar la malicia**

Se reconocía con claridad el elemento malicioso del abandono, cuando acompañado del apartamiento físico el cónyuge se inhibía del cumplimiento de las obligaciones alimentarias que tenía frente a su familia.

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 5 DE SETIEMBRE DE 1983<sup>202</sup>**

Dictamen fiscal:

Los acompañados sobre alimentos y su respectivo aumento, así como la instrucción seguida por delito de abandono de familia, acreditan que el demandado ha tenido que ser emplazado judicialmente para que acuda con los alimentos en favor de su cónyuge y su hija, lo que lleva al convencimiento de que el abandono que efectuó fue malicioso y con el ánimo y predisposición de sustraerse a las obligaciones que la ley le señala en su condición de padre y esposo, todo lo cual guarda armonía con su confesión ficta decreta por auto de fs. ...

Resolución Suprema:

De conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal y considerando además:

---

202 Exp. 746-83 / Lima.

“...que el deber de vida en común que señala el art. 160 del Código Civil ha sido voluntaria y unilateralmente transgredido por el marido, conforme fluye de autos, circunstancia ésta que supone malicia en su actitud ya que, además, viola la obligación de asistencia recíproca de ambos cónyuges ...”.

Declaró fundada la demanda por la causal de abandono de la casa conyugal.

Otro criterio que denotaba malicia, era la duración significativa del abandono.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE ABRIL DE 1982 <sup>203</sup>

“Que el hecho que don ...haya abandonado su hogar conyugal por más de diecinueve años, pone en evidencia la intención maliciosa de sustraerse a las obligaciones inherentes al matrimonio”.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE JULIO DE 1983 <sup>204</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal consideró:

La ausencia injustificada del hogar conyugal se corrobora por la condición de ausente con que viene actuando en estos autos doña ...toda vez que no obstante las publicaciones periodísticas no se ha hecho presente para defender su derecho de esposa frente al actor a quien ní siquiera ha demandado por alimentos, ausencia que se ve corroborada por la prueba testifical actuada a la que sirve de referencia la constancia policial, circunstancias que dado el tiempo transcurrido, más de diez años, manifiestan la voluntad de no cumplir con los deberes conyugales, involucrado en el inc. 5° del art. 247 del citado Código.

---

203 Exp. 1717-81 / Lima.

204 Exp. 651-83 / Lima.

### 5.3.3.2. *Enfoque jurisprudencial de la malicia respecto de la cónyuge*

El carácter malicioso del abandono en la cónyuge se sometió a dos criterios distintos, que sostenían:

- Que era malicioso su apartamiento cuando tenía un fin ilícito, de ahí que no era tal cuando se retiraba a casa de sus padres.

- Mientras que el otro consideraba que bastaba el solo hecho de que se apartara de la casa conyugal en forma inmotivada, para que implicara la sustracción de sus deberes conyugales.

Los primeros afirmaban que:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1956<sup>205</sup>

...La causal de abandono malicioso del hogar, propiamente, no está comprobada, porque el hecho de separación y resistencia a seguir al esposo, no constituye la característica de malicioso. Si el abandono del domicilio matrimonial hubiera obedecido a un fin reprobable, como vida licenciosa o de liviandad, entonces podría calificarse la separación como abandono malicioso ...

En tanto, la segunda tesis conceptuaba:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1979<sup>206</sup>

Que en autos se ha acreditado que la cónyuge ha dejado el hogar por más de dos años consecutivos con el propósito de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio; que la demandada al manifestar en el comparendo que conviene en que se declare el divorcio pero no por las causales invocadas en la demanda, está expresando su deseo de no hacer vida en común con su esposo, o sea, que se niega a cumplir con uno de los fines básicos del matrimonio; que, por otra parte, la demandada no ha actuado prueba suficiente para justificar los

---

205 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 159, Abril de 1957, p. 445-456.

206 Exp. 2572-79 / La Libertad.

motivos que tuvo para retirarse del hogar conyugal; que valorando las circunstancias anotadas, es procedente amparar la demanda por la causal de abandono malicioso del hogar conyugal.

La Corte Suprema con un voto en contra, declaró Haber Nulidad en la de vista que revocando la apelada declaraba infundada la demanda, la que reformándola declararon fundada.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE JULIO DE 1982 <sup>207</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal resolvió:

Dicha causal para el divorcio constituye la protección que la ley otorga al cónyuge que resulta víctima de una actitud que está reñida con la estabilidad matrimonial, y, siendo el matrimonio una institución que se funda en el afecto y respeto entre los cónyuges, así como en el deber que ellos tienen, de acuerdo al art. 160 del Código Civil, de hacer vida en común en el domicilio conyugal, no puede admitirse que uno de ellos pueda dejar el hogar cuando le viniere en gana; pretendiendo, al mismo tiempo, el mantenimiento del vínculo matrimonial.

Las pruebas presentadas -constancias policiales- resultan suficientes para acreditar objetivamente el abandono del hogar en el que incurrió doña ..., y, en cuanto el carácter malicioso del abandono, su definición surge, en este caso, del hecho de que la demandada se muda del hogar conyugal sin consentimiento y en la ausencia de su esposo; actitud que se acentúa por el hecho de que la demandada no emplea los recursos de la defensa, ya que no concurre al comparendo ni a prestar la confesión solicitada...

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE JULIO DE 1984 <sup>208</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró fundada la demanda de divorcio, considerando:

...La demandada no ha producido prueba alguna tendente a acreditar lo sostenido en la sexta respuesta prestada en su confesión de fs. ..., limitándose a admitir que se encuentran sepa-

---

207 Exp. 270-82 / Lima.

208 Exp. 1390-85 / Lima.

rados desde el año de 1979; dado el tiempo transcurrido se determina su voluntad injustificada de sustraerse a las obligaciones contraídas por el matrimonio incurriendo en la causal prevista por el inc. 5° del art. 247 del C.C.

De las ejecutorias presentadas se puede apreciar como se dió al elemento malicia una connotación distinta en cada uno de los cónyuges, diferencia interpretativa que debe ser salvada por la actual legislación.

En el caso de la cónyuge, el segundo criterio fue el más aceptado en la jurisprudencia. El Código Civil de 1936, en este sentido, permitió su clara admisión al establecerse en su art. 160 que era al marido a quien le competía fijar y mudar el domicilio conyugal, y que la mujer no estaba obligada a aceptar dicha decisión cuando veía en peligro su salud, honor o negocios, comprendiéndose que si ninguno de esos tres aspectos se afectaban, su sólo retiro por ser inmotivado implicaba ya una conducta maliciosa.

En términos generales diremos, que el elemento malicia si bien se manifiesta, tanto en él como en la cónyuge, por la conducta que lleve el culpable en la etapa de post-abandono, incurriendo en un comportamiento atentatorio de la institución del matrimonio; también lo está previamente en la falta de justificación del retiro de cualquiera de los consortes de la casa común, denotándose desde ese momento el deseo de liberarse de sus obligaciones conyugales, por lo que la actual equiparidad de criterios en relación a los cónyuges resulta del todo justa.

#### ***5.3.4. Efectos de la modificación del término malicia por injustificado en el texto de la causal***

A nivel teórico un sector de la doctrina sostiene que el efecto sustancial de la modificación de los términos de malicia por injustificado, se verifica en la inversión de la carga de la prueba, beneficiándose así a la parte agraviada.

Desde ese punto de vista, la cónyuge se vería liberada de la difícil tarea de probar la malicia de su esposo, malicia que era concebida especialmente como el incumplimiento constante de la obligación alimentaria que, como sabemos, siendo fundamental,

es una entre las varias obligaciones matrimoniales que también son relevantes. De tal manera el cónyuge al igual que lo venía haciendo la consorte, debería justificar su apartamiento y en la medida que no lo lograra incurriría en la causal.

En consecuencia, sólo la existencia de una causa que justifique el retiro de uno de los cónyuges, desvirtuará la culpabilidad que pudiese atribuírsele, además, el abandono en esas condiciones de la casa común, aunque eventualmente pueda cumplirse con el deber alimentario, no enerva que se haya transgredido otros deberes conyugales como lo son la cohabitación y la asistencia recíproca.

Para advertir los efectos reales de la modificación de términos, seguidamente se presentaron algunas resoluciones supremas que analizan esta causal en cuestión:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE FEBRERO DE 1986 <sup>209</sup>

La Corte Suprema declaró infundada la demanda por esta causal de conformidad con el dictamen fiscal que a la letra afirmaba:

Para que prospere la acción de divorcio por esta causal es necesario que concurran tres elementos: el retiro material del hogar conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono excede a este plazo; que el abandono no responda a justificación alguna; y, que tenga por objeto sustraer a los deberes de fidelidad y de asistencia recíproca. Siendo el matrimonio la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer para hacer vida en común, éstos tienen el deber y el derecho de procurar la preservación y mantenimiento de la familia, agotando todos los medios a su alcance a fin de que no se desintegre.

En este sentido, de autos no aparece que la demandante haya solicitado al emplazado su retorno al hogar conyugal ni que éste se haya negado a hacerlo, por lo que resulta insuficiente la confesión depuesta a fs. ...

---

209 Exp. 1390-85 / Lima.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MARZO DE 1990 <sup>210</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró fundada la demanda por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

El Ministerio Público opinó:

Evaluando los medios probatorios aportados por la actora, se desprende que ésta no ha acreditado que el demandado haya incurrido en la causal de abandono malicioso del hogar; el mismo que requiere que sea malicioso y que existe la voluntad manifiesta de sustraerse a los deberes propios del matrimonio, evitando hacer vida en común con su cónyuge; en ese sentido, las testimoniales corrientes de fs. 36 a 40 prestadas con arreglo a los interrogatorios de fs. 35, resultan escuetas, no dando razón de los hechos en forma amplia por lo que resultan negativas a las pretensiones de la actora; asimismo no obra en autos ninguna denuncia policial con investigación posterior del abandono y que se señale el domicilio del hogar conyugal establecido.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE MAYO DE 1990 <sup>211</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el demandado a quien se imputa la causal de abandono de la casa conyugal, es el que debe, dadas las circunstancias de ser evidente que se trasladó de la ciudad de Cañete a esta ciudad Capital, acreditar que justificadamente cambio de residencia dejando a la esposa y sus hijos; que esta prueba no se ha dado, pues el demandado solamente a argumentado que tenía trabajo tanto en Cañete como en Lima y que los fines de semana viajaba a la primera ciudad señalada para pasarlos con su familia, sin ofrecer ni actuar ningún medio probatorio; que es necesario además destacar que esa argumentación es contraria a su alegación de que la cónyuge en la ciudad de ... tenía ...conducta desarreglada y aún relaciones irregulares con un varón, lo que

---

210 Exp. 420-87 / Lima.

211 Exp. 2051-89 / Lima.

induce a cuestionar su presencia como esposo y padre de familia los fines de semana, teniendo en cuenta que tampoco ha probado esa conducta ni se ha decidido a formular reconvencción por esos hechos; que por último, es cierto que en la denuncia que la cónyuge dejó asentada en la Comisaría de Cañete agregó la frase "por haber sufrido problemas familiares ..." (fojas cinco), pero esta sola indicación no es suficiente para llegar a la conclusión de que el abandono de la casa conyugal fue justificado; que de la prueba actuada que incluye la confesión del demandado corriente a fojas setentinueve y la declaración de la testigo corriente a fojas ochentiuno surge que el demandado dejó el hogar conyugal, se trasladó a esta ciudad y dejó por completo la atención de sus deberes y de sus obligaciones familiares, sin tener motivo o justificación alguna; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento diez, su fecha cinco de mayo de mil novecientos ochentinueve, en la parte materia del recurso, que revocando la apelada de fojas noventiséis, fechada el treintiuno de enero del mismo año, declara infundada la demanda de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años; reformando la sentencia de vista, confirmaron la de Primera Instancia que declara FUNDADA la demanda por la causal indicada...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

De la demanda de fs. 12 se desprende, que la actora contrajo matrimonio civil con el emplazado con fecha 14 de febrero de 1964 por ante el Concejo Provincial de Cañete, habiendo procreado en su unión legal a cuatro hijos, en la fecha mayores de edad. Refiere la accionante que el demandado, desde comienzos de 1985 comenzó a maltratarla físicamente sin motivo alguno, hasta que con fecha 21 de julio de 1985 hizo abandono malicioso del hogar conyugal, ignorando su paradero, hasta que hace poco tiempo se ha enterado que vive en el Jr. ..., por lo que interpone la presente acción; agrega, que con su propio peculio ha adquirido un inmueble en la Calle ..., sobre el que no le corresponde derecho alguno al demandado. A fs. 14 se dicta el admisorio citándose a las partes y al Fiscal Provincial a comparendo, diligencia que se lleva a cabo según acta de fs. 18, en la que la actora se ratifica en todos los extremos de su demanda, en tanto que el demandado la niega y contradice, manifestando que es falso que haya maltratado física-

mente a la accionante y que haya abandonado el hogar conyugal, que cumple con sus obligaciones maritales; que desde hace quince años aproximadamente labora en esta capital pasando los fines de semana en compañía de su familia en San Luis, Cañete.

En la etapa probatoria, la actora ofrece las siguientes: confesión personal del demandado, la que es prestada a fs. 79; las testimoniales de ..., y ..., las que son prestadas a fs. 81 y 86 respectivamente; testimonio de la Escritura Pública compraventa de la casa conyugal, de fs. 68; denuncia policial por abandono del hogar conyugal por parte del emplazado, de fs. 5 y copia certificada de constatación policial de fs. 91. Por su parte el demandado ofrece, la confesión personal de la actora, la que es prestada a fs. 76.

A fs. 97 se dicta sentencia declarando infundada la demanda de divorcio por la causales de sevicia y adulterio; y fundada la misma por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, siendo apelada por el demandado a fs. 99, expidiéndose la de vista de fs. 110 en la que REVOCARON el fallo en alzada que declara fundada la demanda en cuanto a la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, la que declararon infundada, por lo que la actora interpone recurso de nulidad. Del estudio y análisis de los actuados y la legislación sobre la materia, se establece:

1. Que la actora no ha probado en estos autos la causal de abandono injustificado del hogar conyugal en que funda su acción, pues la denuncia policial de fs. 5 y la constatación policial de fs. 91, resultan insuficientes por si solas para probar el hecho alegado, máxime si se tiene en cuenta que la actora, al sentar la denuncia policial por abandono de hogar por parte del emplazado, en buena cuenta justificaba tal hecho al decir: "...ha hecho abandono de hogar, en vista de haber sufrido problemas familiares ...", y además, porque el mismo manifiesta, que por su condición de soldador-radiador trabaja tanto en Lima como en Cañete, no desmentida por la accionante... Por estas consideraciones, este Ministerio Público dictamina, se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE ABRIL DE 1991 <sup>212</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal apreció:

En la demanda que corre a fs. 4, el actor interpone acción de divorcio, por las causales de adulterio y abandono injustificado de la casa conyugal; manifestando haber contraído matrimonio con la demandada con fecha 20 de enero de 1984, habiendo procreado una hija llamada ..., de 6 años de edad, que el matrimonio se realizó en forma obligada y sin que exista verdadero cariño y comprensión, razón por la cual solamente en forma esporádica y momentánea hicieron vida común, que desde el 17 de agosto de 1985, se encuentran separados de hecho por mutua decisión, no teniendo ninguna relación ni comunicación desde esa fecha; que la demandada tiene otro compromiso y para evitar el escándalo es que se ve obligado a presentar la demanda de divorcio.

A fs. 9, obra el acta de la diligencia de comparendo, en la que el actor se ratifica en los extremos de su demanda; la emplazada contestando la demanda, la niega y la contradice, manifestando que la separación se realizó de común acuerdo entre las partes, en consecuencia no existe el elemento del abandono injustificado, malicioso con el fin de eludir las obligaciones que impone el matrimonio; que en cuanto a la causal de adulterio, los hechos señalados en la demanda son falsos.

A fs. 1, corre una certificación del Juzgado de Paz de San Mateo, en la que consta que el actor denunció que la demandada se había ido a vivir a la casa de sus padres y que cuando fue requerida para regresar a su domicilio conyugal, le manifestó que no regresaría y que le enviase su ropa, quedándose a vivir en casa de sus progenitores conjuntamente con su menor hija...

A fs. 25 corre la confesión del demandante la que no aporta nada nuevo que merituar... A fs. 32, corre una certificación policial en la que consta que la demandada vive en compañía de sus padres y su menor hija y que se encuentra separada de su cónyuge desde el año 1985.

A fs. 39 y 40, corren certificaciones, sobre la buena conducta que observa la demandada.

Tramitada la causa conforme a su naturaleza, el Juzgado de

---

212 Exp. 1402-90 / Callao.

origen a fs. 61 emite sentencia declarando fundada la demanda por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial de los cónyuges en conflicto...

A fs. 66, obra la sentencia de segunda instancia que confirma la apelada en todo lo que contiene. Del examen de autos aparece que el actor con las instrumentales que corren a fs. 1 y 33, corroborada con la confesión de la demandada que corre a fs. 30, ha acreditado fehacientemente la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, no así la causal de adulterio igualmente invocada en la demanda...

## 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE JUNIO DE 1991 <sup>213</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal cuyos fundamentos se reproducen y considerando además:

Que el alejamiento del hogar constituido por los cónyuges, no ha sido causado por la esposa, sino por los constantes cambios de ejercicio de servicio a distintos lugares del actor, por su condición de militar; que no está acreditado la causal de abandono injustificado por parte de la mujer; que el actor sigue cuestionado por los juicios de alimentos que le ha seguido aquella; declararon: HABER NULIDAD.

El Ministerio Público señaló:

En autos, lo único que se ha acreditado es que demandante y demandado se hallan separados, mas no los motivos fundados o infundados de esa separación.

Pues el informe de fs. 3 que se ha pretendido aclarar con el de fs. 110, sólo expresan lo expuesto por el actor sin que se haya efectuado comprobación sobre las razones para inferir que efectivamente hubo abandono del hogar común. Es más, de la certificación de fs. 26 presentada por el propio demandante se observa que éste permaneció en Huancayo hasta enero de 1980 en que fue trasladado a Puente Piedra, para luego ser reasignado a diferentes jurisdicciones, como Apurímac, Independen-

---

213 Exp. 2107-90 / Lima.

cia, Ayacucho y Concepción hasta diciembre de 1984 en que pasa a la E. S.T. de Miraflores.

En tales condiciones, no se da el presupuesto a que se refiere el art. 36 del Código Penal [SIC] para determinar el domicilio conyugal puesto que la ciudad de Huancayo no podía reputarse como tal, ni la de Lima donde se ha seguido el juicio de alimentos instaurado por la demandada. Por eso, el actor debió demostrar que su esposa se negaba injustamente a acompañarlo a las diversas localidades donde prestó servicio y que él la llamara a su lado.

Consecuentemente, no existe prueba suficiente sobre la causal en que se funda la demanda.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE AGOSTO DE 1991 <sup>214</sup>

La Corte Suprema declaró fundada la demanda por la causal de abandono, con lo expuesto por el Señor Fiscal que opinó:

En la demanda el actor expresa que la demandada abandonó el hogar conyugal a los siete meses de haberse realizado el matrimonio, es decir en el mes de junio de 1940, conforme a la partida de matrimonio de fs. 2. En sus declaraciones de fs. 175, 176 y 176 "A", realizadas conforme al pliego interrogatorio de fs. 174, los testigos propuestos por el actor declaran que la demandada abandonó el hogar conyugal el 24 de octubre de 1982, agregando que viajó a los Estados Unidos sin tener motivo alguno y en la confesión ficta de la demandada de fs. 178 conforme al pliego de fs. 177, pregunta segunda, igualmente se declara que la demandada sin permiso del actor viajó a los Estados Unidos el 24 de octubre de 1982, habiéndose radicado en New Jersey. Las declaraciones testimoniales referidas, lo mismo que la confesión ficta acreditan en el mejor de los casos que la demandada viajó a los Estados Unidos, pero no prueban que la ausencia del país y del hogar conyugal sea injustificada. De conformidad con lo establecido por el art. 337 del Código de Procedimientos Civiles al demandante le corresponde probar el abandono injustificado del hogar conyugal que le atribuye a la demandada. No es a la demandada a quien le corresponde probar que su ausencia del país y del hogar conyugal es justificada. En el comparendo de fs. 160, la de-

---

214 Exp. 2358-90 / Callao.

mandada contestando la demanda manifestó que fue su esposo quien después de veinte años de matrimonio, abandonó el hogar conyugal y que sus viajes a los Estados Unidos los ha realizado con el único objeto de tratarse de dolencias que la agobian, dolencias que son acreditadas por la confesión de la apoderado de la demandante de fs. 173.

#### 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE MAYO DE 1992 <sup>215</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

De la revisión y análisis de lo actuado se concluye, que la causal aducida en la demanda no ha sido acreditada por cuanto las copias certificadas de las denuncias sentadas por abandono forzado de domicilio, a las que se refiere la solicitud de fs. 34, sino hubieran sido incineradas, justificarían el abandono del hogar conyugal en que incurrió el demandante, no pudiendo fundarse la demanda de divorcio en hecho propio. las declaraciones testimoniales de fs. 24, 28, 29, 30 y 45 realizadas conforme al interrogatorio de fs. 27, acreditan que los cónyuges viven separados desde hace muchos años, pero no prueban el abandono injustificado del hogar conyugal imputado a la demandada. Asimismo la confesión ficta de la demandada de fs. 42 vuelta conforme al interrogatorio de fs. 41 es insuficiente para acreditar la causal aducida.

#### 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE AGOSTO DE 1992 <sup>216</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró infundada la demanda considerándose que:

En el caso de autos, no se ha demostrado si las causas que motivaron el abandono fueron injustificados, pues la confesión ficta, declarada así, por resolución de fs. 29, no puede surtir efectos que señala la ley, por no haber sido notificada la llamada a confesar con las formalidades exigidas por el art. 139, párrafo 3ero. del C.P.C.

---

215 Exp. 2277-91 / Lima.

216 Exp. 2320-91 / Piura.

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; por sus fundamentos y considerando además, declaró:

Que en el juicio de divorcio vincular por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, a la parte demandante corresponde probar la existencia del hogar, el abandono, su duración y continuidad, y a la parte demandada la justificación de su conducta; que en el caso de autos, el último hogar conyugal se fijó en la ..., como resulta de las mutuas denuncias por abandono asentadas por ambos cónyuges, de fojas veintiuno y veintinueve, la declaración testimonial prestada por don ..., Oficial General (r) de la Policía Nacional, quien a fojas ciento sesentiséis, contestando la segunda y tercera preguntas manifiesta que asistió a dicha casa a un remate de muebles convocado por la demandada, lo que ésta corrobora al formular las preguntas sexta y décimo sexta del pliego interrogatorio de fojas ciento setenticuatro y al afirmar en su respuesta a la demanda, que el domicilio conyugal no está en discusión; que el dos de agosto de mil novecientos ochentidós, la demandada dirigió al demandante la carta notarial, que en copia corre a fojas veintidós reconocida a fojas ciento cincuenticuatro, comunicándole su decisión de ausentarse de su casa con destino al extranjero, a fin de atender su salud, entregándole la custodia y patria potestad de sus menores hijos, lo que unido a la denuncia a la Policía formulada por el demandante, la que constató que la casa se encontraba vacía, salvo los muebles pertenecientes a los hijos, y que en copia certificada corre a fojas veintiuno, prueban que la demandada abandonó a su cónyuge y a sus hijos en el último domicilio en común; que la demandada salió del país el mismo dos de agosto de mil novecientos ochentidós con destino a Francia y regresó el veinticuatro de julio de mil novecientos ochenticuatro, o sea casi después de dos años, según certificación de la Dirección de Migraciones de fojas veintisiete, habiendo realizado otros viajes posteriores, según la certificación a fojas ciento ochentidós; que la demandada se justifica en su carta aduciendo razones de salud y, al contestar la demanda, que el demandante la había abandonado con anterioridad y que la abandonó para relacio-

narse con tercera persona; la demandada no ha probado que se hubiera sometido a un tratamiento para recuperar su salud, el que de haber tenido lugar, por su prolongada ausencia debió quedar registrado en una historia clínica, y su afirmación de que fue atendida por el doctor ..., al contestar la tercera repregunta a fojas ciento cincuentidós ha sido negada por dicho facultativo a fojas ciento setentiocho, siendo insuficiente el certificado del doctor ...de fojas doscientos dos, que se refiere a un dolor lumbar ocurrido en el año mil novecientos setentiuino, o sea diez años antes y por diferentes dolencias a la que la demandada indica; que la denuncia asentada ante la policía el diecisiete de mayo de mil novecientos setentiocho por abandono efectuado por el demandante el veintiséis de abril anterior, según copia certificada de fojas veintinueve, es insuficiente para acreditar un abandono continuado ya que la demandada en su respuesta a la demanda, en el comparendo, manifestó que el demandante había abandonado varias veces el hogar conyugal y además, que en esa denuncia, la demandada refiere quedarse en desamparo con sus hijos, mas al momento de comunicar su decisión de viajar al extranjero, sus hijos no se encontraban con ella sino con el demandante; que la demandada no ha probado que el demandante conviva con tercera persona desde el año mil novecientos setentiocho, y para probar que se exhibe con ella públicamente, ha ofrecido las publicaciones de fojas treinta a fojas ciento cuarenticinco que corresponden al año mil novecientos ochentidós y al año mil novecientos ochenticinco; las del año mil novecientos ochentidós mencionan al demandante con su familia, por lo que nada revelan, y las del año mil novecientos ochenticinco aluden a la señora ..., que es la persona que la demandada menciona en su respuesta a la demanda, las que además de ser insuficientes para probar la vinculación que se pretende, son de años posteriores al abandono efectuado por la demandada, por lo que no pueden invocarse como justificación, corriendo igual suerte las copias de actuados ante la Policía Nacional, ante un pedido de garantías, pues se realizaron el año de mil novecientos noventiuino, encontrándose en trámite éste proceso; que siendo esto así, no aparece justificada la decisión de la demandada de dejar la casa conyugal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientos setentiocho de veintiocho de febrero de mil novecientos noventidós, que confirmando la apelada de fojas ciento noventinueve a doscientos vuelta inclusive, de veinte de diciembre de mil novecientos noven-

tiuno declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal de fojas seis.

El dictamen fiscal expresó:

El abandono del hogar conyugal, como causal de divorcio, de acuerdo a nuestra doctrina, tiene dentro de sus elementos básicos, el hecho de que quien lo realiza demuestra la intención de sustraerse a las obligaciones emergentes de la vida conyugal. Ahora bien, estando a la prueba aportada se tiene que la carta notarial de fs. 22, por si misma en nada justifica el alejamiento de la emplazada más aún si se tiene en cuenta que las razones consignadas en dicho documento han sido rebatidas por las instrumentales de fs. 178 y 179, situación esta que en nada se modifica con la prueba presentada a fs 202, ya que esta última solo se refiere a una primera atención por un dolor lumbar, mas no a la gravedad del mal que se consigna en la carta notarial antes mencionada, por lo que la separación denunciada y constatada en la instrumental de fs. 21 resulta favorable a las preces del actor para los efectos de la denuncia de abandono de hogar. Igualmente la injustificación del alejamiento del hogar conyugal se refuerza con el certificado de movimiento migratorio de fs. 82, en donde aparece, los diferentes viajes realizados al extranjero por la emplazada figurando las entradas y salidas del país con sus respectivas fechas, no habiendo podido la demandada demostrar en autos de que haya existido impedimento o causa de fuerza mayor que imposibilite su permanencia en el hogar común en compañía de sus hijos; es más estando al contenido de la carta de fs. 187, siempre ha existido un ánimo de ocultar su domicilio en el extranjero.

En relación a la denuncia de fs. 29, la emplazada no ha aportado ninguna otra prueba que avale su dicho, consecuentemente dicha constancia por su contenido no resulta suficiente para acreditar el abandono invocado en esa fecha. Que en cuanto a las instrumentales de fs. 230 y 231, las mismas sólo prueban de que efectivamente se ha dado una separación de hecho pero no por culpa única y exclusiva del demandante, el cual en todo momento se ha encargado del cuidado y de la educación de los hijos que quedaron en su poder con motivo del alejamiento de la madre...

10. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MARZO DE 1993 <sup>218</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró fundada la demanda considerando:

Que la propia demandada admite haber hecho abandono del hogar conyugal pero por motivo de los maltratos de que era objeto por parte del demandante; que, sin embargo, no se ha aportado prueba alguna que ampare lo vertido por la citada emplazada.

11. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE JUNIO DE 1993 <sup>219</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal estimó:

...tampoco aparece con la claridad requerida que la dejación material del esposo de la casa común haya tenido como propósito sustraerse de las obligaciones que exige el matrimonio, no resultando suficiente las sentencias de alimentos de fs. 75 y 76. que supone el ejercicio regular de un derecho y no necesariamente trasunta intención de incumplir con obligaciones alimentarias. Sobre todo que el emplazado ha acreditado que realiza actos vinculados a la protección física de su familia con los documentos de seguro médico de fs. 19 a 36, a la educación de sus hijos con los recibos de fs. 37 y a la satisfacción de los gastos que se originan de servicios públicos inmobiliarios con los instrumentos de fs. 38 a 51.

12. EJECUTORIA SUPREMA DEL 31 DE JULIO DE 1997<sup>220</sup>

... Segundo.- que, la impugnación se sustenta en el hecho de haberse dado una interpretación errónea de una norma de derecho material así como de la doctrina jurisprudencial, y la afectación de un debido proceso; Tercero.- que, con relación a la primera y tercera causal, ambas se refieren a que es a la cónyuge demandada a quien correspondería probar que el aban-

---

218 Exp. 487-92 / Lambayeque

219 Exp. 848-92 / Lima.

220 Casación N°1983-96/Lima

dono del hogar conyugal es justificado y no al demandante, que lo ha sido injustificado; Cuarto.- que, la formulación del agravio denunciado en la forma expresada, no satisface los requisitos de claridad y precisión a que se refiere el artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal; Quinto.- que, además el extraordinario recurso de casación sólo versa sobre cuestiones de iure o de derecho con expresa exclusión de las de hecho y de lo que se estime probado; Sexto.- que, respecto a la segunda causal, aún no existe doctrina jurisprudencial con las formalidades a que se refiere el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil; que por estas razones y de conformidad con el artículo trescientos noventidós del acotado; declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto ...

13. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MARZO DE 1998<sup>221</sup>

... Segundo.- que, la casación se funda en los incisos primero y segundo del Artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en que se han inaplicado los incisos quinto y sexto del Artículo trescientos treintitrés del Código Civil, porque no se ha tomado en cuenta la jurisprudencia de la Revista Peruana número doscientos cuarentisiete que dice “la separación de hecho temporal convertida en definitiva por determinación exclusiva de uno de los cónyuges con el indudable propósito de evadir el cumplimiento de los deberes de cohabitación y ayuda mutua importa el abandono del hogar conyugal”, y la que señala, “que la causal de conducta deshonrosa que hace insoportable la vida conyugal, se haya demostrada con el certificado que acredita el nacimiento de un hijo ilegítimo de la demandada”; Tercero.- que, todavía no existe la doctrina jurisprudencial de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo cuatrocientos del Código Adjetivo; ...; Quinto.- que, en consecuencia el Recurso de Casación no contiene los requisitos de fondo contemplados en el acápite dos punto uno y dos punto dos del Artículo trescientos ochentiocho del Código Adjetivo, por lo que aplicando el Artículo trescientos noventidós del mismo; declararon: IMPROCEDENTE el Recurso de Casación interpuesto ...

---

221 Casación N° 186-98/ Piura Tumbes.

#### 14. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE OCTUBRE DE 1998<sup>222</sup>

##### FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución de fecha cinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho ha estimado procedente el recurso por la causal relativa a la interpretación errónea del inciso quinto del artículo trescientos treintitrés del Código Civil basado en que no se ha considerado que el abandono sin justificación ha quedado configurado con el hecho concreto, real y evidente, de que el demandado ha desatendido intencionalmente sus obligaciones con el hogar conyugal por más de diez años; sin justificación que lo motive, que el cónyuge haga dejación del hogar con el propósito de incumplir los deberes que emergen del matrimonio; y que la Sala incurra en error al señalar que existe discrepancia entre el domicilio conyugal señalado por la recurrente y el precisado por el Registro Electoral.

##### CONSIDERANDO:

Primero.- Que la doctrina es unánime en señalar que el abandono consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales.

Segundo.- Que asimismo, se ha admitido que el abandono debe reunir tres elementos, los que son: el objetivo, el subjetivo y el temporal; por el primero, se entiende la dejación material o física del hogar conyugal; por el segundo, que el cónyuge ofensor se sustraiga intencionalmente al cumplimiento de sus deberes conyugales, es decir en forma voluntaria, intencional y libre; y por el tercero, que transcurra un determinado periodo de tiempo, que en sede nacional es dos años continuos o que la duración sumada de los periodos excedan a dicho plazo.

Tercero.- Que en efecto, el simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causal de divorcio, se requiere además un factor de atribución subjetivo, consistente en que el ofensor sin causa que lo justifique se sustraiga a los deberes que la ley impone a los cónyuges para asegurar los fines del matrimonio.

Cuarto.- Que tal es así, que no habrá abandono, como ejemplifica Héctor Cornejo Chávez, "cuando haya acuerdo entre las partes, o cuando pese a la separación material puede deducirse de indicios inequívocos (intercambio de cartas, envío

---

222 Casación N° 577-98/ Lima

de pensiones, comunicaciones, etc.) que el presunto culpable no tuvo intención de romper el vínculo matrimonial, o que el cónyuge sea coaccionado a dejar el hogar o cuando éste se deja por causa extraña a la voluntad del agente" (Derecho Familiar Peruano, página trescientos veintinueve), cualquiera sea la casuística por la cual el cónyuge se sustraiga de sus deberes justificadamente.

Quinto.- Que sobre la base de los probados, se ha concluido que las pruebas aportadas por la demandante no acreditan que el abandono en que ha incurrido el demandado haya sido injustificado y con la intención de evadir los deberes del matrimonio, por cuanto, la misma accionante menciona que el demandado salió rumbo a la ciudad de Arequipa en busca de trabajo.

Sexto.- Que siendo así, resulta que la posición jurídica de la instancia de mérito, respecto a que no se ha acreditado el elemento subjetivo del abandono, no constituye ninguna infracción sobre la interpretación judicial de la norma jurídica sub examine.

Sétimo.- Que es distinta la situación por la cual la recurrente estima que la sola dejación del hogar conyugal por más de diez años de su cónyuge constituye manifiesta voluntad de sustraerse injustificadamente de los mencionados deberes matrimoniales; sin embargo, este aspecto nos enfrenta con el reexamen de la prueba y de los sucedáneos de prueba que han sido admitidos en el proceso con el objeto de concluir a favor de la tesis sostenida por la impugnante, actividad procesal que no corresponde hacerse en esta sede por no ser su finalidad.

Octavo.- Que por otro lado, también constituye materia probatoria, la alegación referida a que no existe contradicción sobre la certeza del domicilio conyugal fijado por la impugnante y aquél indicado por el Registro Electoral con respecto al domicilio del demandado, por lo que dicha afirmación, es también ajena a la actividad casatoria.

**SENTENCIA:**

Que estando a las conclusiones que preceden, declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto ...

Como puede advertirse de esta selección de ejecutorias, el criterio judicial no es uniforme respecto a la apreciación del elemento subjetivo de la causal, un sector sostiene que el cambio de términos en su formulación ha conducido a la inversión de la carga de la prueba, afectando supuestos que antes se veían librados de sanción legal, como el apartamiento de la cónyuge que se dirigía a vivir con sus hijos a la casa de sus padres, en tanto no justifique las razones

del tal comportamiento, mientras que la otra posición continúa requiriendo que el pretensor pruebe este elemento.

Pese a la modificación legal, el retiro del marido sigue siendo judicialmente apreciado de manera contradictoria, volviéndose en algunos casos a los supuestos que contemplaba la tradicional malicia, con la consecuente carga de la prueba a la demandante, o a considerarse simplemente que el cumplimiento de la obligación alimentaria enerva el de los otros deberes que emanan del matrimonio.

De otro lado, se aprecia, que situaciones como la separación prolongada de los cónyuges en un juicio donde la parte demandada es rebelde, ausente o se encuentra en el extranjero, exigen que el demandante acredite lo injustificado de la actitud del infractor, lo que resulta muy difícil, en tanto supone una prueba en negativo, por lo que en ese aspecto se retorna al supuesto malicioso, que implica acreditar el ánimo deliberado de sustraerse de las obligaciones conyugales del infractor. (Vease enfoque jurisprudencial de la malicia)

Para el primer sector, la apreciación integral de estas causas supone como lo distingue la ejecutoria N° 9, que a la parte demandante corresponde probar la existencia del hogar, el abandono, su duración y continuidad y a la parte demandada la justificación de su conducta. La dificultad se presenta cuando el emplazado no concurre a juicio, a criterio del juzgador, la evaluación de la causal viene requiriendo se considere en otros términos la malicia del retiro; ameritándose aspectos vinculados a la conducta del cónyuge abandonante y del abandonado, que puedan generar convicción; al respecto, resulta ilustrativo que el demandante acredite el cumplimiento de sus deberes matrimoniales durante el periodo de la vida en común y su situación actual, frente a aspectos tan importantes como la tenencia de los hijos menores de edad, domicilio conyugal, bienes conyugales, etc. que permita evidenciar su carácter de cónyuge inocente, a fin de lograr se ampare la causal.

Como lo señalan las Casaciones presentadas aún no existe doctrina jurisprudencial con las formalidades a que se refiere el ar-

título 400 del CPC, que obligue el pronunciamiento de las instancias inferiores.

### 5.3.5. *Causas de justificación del abandono de la casa conyugal*

#### 5.3.5.1. *El apartamiento del cónyuge por razones de trabajo*

##### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE OCTUBRE DE 1982 <sup>223</sup>

“Considerando que la accionante en la demanda de fs. ...manifiesta que su cónyuge se ausentó por razones de trabajo no existiendo en tal virtud el propósito de romper el vínculo matrimonial ...”.

La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal, declaró No Haber Nulidad en la de vista que desaprobando la consultada declaraba infundada la demanda.

#### 5.3.5.2. *Que la cónyuge haya sido autorizada judicialmente a vivir separada del hogar conyugal*

##### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1983 <sup>224</sup>

Que el actor manifiesta en su demanda de fs. ...que su esposa hizo abandono del hogar conyugal con fecha 07 de abril de 1979; que como aparece del juicio de separación de cuerpos iniciado por la cónyuge, que se tiene a la vista, por resolución de fecha 07 de mayo del mismo año, el Juez autorizó a aquella a vivir separada del hogar conyugal; que, en consecuencia, no se ha configurado la causal de abandono malicioso de la casa conyugal de que trata el inc. 5° del art. 247 del Código Civil ...

El fallo supremo, con lo expuesto por el Señor Fiscal, declaró Haber Nulidad en la de vista que revocando la apelada declaraba fundada la demanda, la que reformándola declararon infundada.

---

223 Exp. 930-82 / Callao.

224 Exp. 51-83 / Arequipa.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE ABRIL DE 1985 <sup>225</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró infundada la demanda.

De las pruebas aportadas por las partes, se desprende que el actor no ha acreditado la causal de abandono malicioso del hogar, la instrumental de fs. ..., amerita que la demandada ha sido autorizada para domiciliar en la casa de sus padres sito en la ciudad de Yunguyo, provincia de Chucuito, Departamento de Puno, que confirmando dicha autorización el actor dirigió la carta a fs...., en la que no insinúa el retorno al hogar conyugal, y posteriormente, no ha querido su retorno al hogar conyugal...

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ENERO DE 1993 <sup>226</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

...el demandado aduce que tal autorización es indefinida y que por tanto al vivir separado del hogar conyugal no ha incurrido en la causal de abandono injustificado del mismo. Esta interpretación es contraria a la que muy claramente se desprende del texto del art. 281 mencionado del C.C. de 1936, conforme al cual la autorización judicial para vivir separado de la casa común sólo tiene validez durante el juicio.

En la primera ejecutoria, el actor manifestó en su demanda que la cónyuge se había retirado de la casa común el 7 de abril de 1979, pero la Corte Suprema en 1983, considerando que ella fue autorizada judicialmente a vivir separada provisionalmente desde el 7 de mayo del mismo año, estimó que este abandono no era malicioso. Dicha autorización fue otorgada durante un proceso de separación de cuerpos que accionó la cónyuge.

Lamentablemente, en la resolución y en el dictamen fiscal, no se señaló cuándo ni cómo concluyó aquél, por lo que no es po-

---

225 Exp. 1503-84 / Arequipa.

226 Exp. 2958-91 / Lima.

sible estimar una fecha aproximada de dicha ocurrencia que es importante determinar. Es a partir de la fecha de resolución que denegó dicha acción (ello es de suponer, ya que en caso contrario no tendría sentido la posterior acción de divorcio interpuesta por el cónyuge), que el abandono se torna malicioso o injustificado, al no estar amparado por aquella autorización que permitía la separación provisional, surgiendo de este modo la obligación de la cónyuge de incorporarse nuevamente al seno de su hogar. Y si no lo hiciera, puede iniciarse el cómputo del periodo necesario a fin de accionar por esta causal. Plazo legal que requiere ser no sólo continuo, sino que admite la posibilidad de que los periodos de abandono sean sumados, por lo que dicha observación resulta de mayor trascendencia.

Respecto al segundo fallo, se plantea judicialmente una dualidad de criterio, un sector exige para efectos de la configuración de la causal, que el inocente requiera el retorno de su cónyuge, mientras que otro lo considera innecesario por cuanto la obligación de reincorporarse al hogar es pre-existente a la invocación, cuestión distinta sería que deseando retornar el otro cónyuge manifieste su oposición, impidiéndole el ingreso o apartándose de la casa común.

El tercer fallo permite apreciar como en el tiempo se ha ido orientando la aplicación e interpretación de la autorización judicial para vivir separado de la casa común, señalándose que tiene validez sólo durante el juicio en la que es dictada.

5.3.5.3. *Es causa justificativa del apartamiento de uno de los cónyuges, el incumplimiento permanente de las obligaciones conyugales por parte del otro consorte.*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE MAYO DE 1984 <sup>227</sup>

Corroborando la confesión están los expedientes sobre alimentos, aumento de pensión alimenticia, divorcio y rectificación de partida de nacimiento, con los que se acredita que el actor desde al año de 1974, incumplía con sus obligaciones de prestar

---

227 Exp. 1106-83 / Tacna.

alimentos utilizando inclusive el divorcio para sustraerse de esa obligación. La confesión unida a la instrumental hace fe plena para que el juzgador decida la acción de divorcio en infundada. Además a tenor de lo dispuesto por el art. 249 del C.C., el actor no puede fundar la acción de divorcio en hecho propio.

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda, reformándola la declararon infundada.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1983 <sup>228</sup>

Considerando que para que el abandono del hogar conyugal tenga carácter malicioso, debe llevar implícita la intención del cónyuge de sustraerse a los deberes conyugales que la ley le impone lo que no sucede en el presente caso en el que la esposa tuvo que salir del hogar conyugal porque el actor le hacía la vida imposible no cumpliendo con las obligaciones concernientes al matrimonio como son la de proporcionar alimentos, obligándola a iniciar las acciones legales pertinentes como aparece de los autos que se tienen a la vista ...

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró No Haber Nulidad en la de vista que revocando la apelada declaraba infundada la demanda.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE OCTUBRE DE 1985 <sup>229</sup>

La Corte Suprema, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró fundada la reconvenición por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal imputable a la cónyuge.

El Ministerio Público estimó que:

De la prueba actuada se desprende que el demandado tenía el ánimo de reanudar las relaciones matrimoniales, cuando por carta obrante a fs. ...solicita a la actora que se restituya al hogar conyugal. También se encuentra acreditada que fue la de-

---

228 Exp. 1202-82 / Lima.

229 Exp. 732-84 / Puno.

mandante la que se negó a reiniciar estas relaciones, cuando responde a las preguntas 3°, y 4° del pliego interrogatorio de fs....en su confesión de fs. ..., lo que evidencia que su intención estuvo dirigida a sustraerse de sus obligaciones maritales.

Mientras que el voto singular del señor Espinoza consideró:

Que el sólo apartamiento del hogar común por parte de la demandada por más de dos años, no constituye el abandono malicioso del hogar conyugal [...] si no se prueba la malicia de tal actitud; que en el caso de autos no se ha acreditado esta última circunstancia; que, de otro lado, la actora ha seguido y ganado un juicio de alimentos a los que no tendría derecho al haber efectuado tal abandono.

Su voto fue porque se declare infundada la reconvencción.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1991 <sup>230</sup>

Dictamen Fiscal:

...en cuanto a la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, tampoco obra en autos algún instrumento que corrobore y acredite dicho extremo, cabe anotar que el actor se encuentra pasando alimentos a la emplazada por lo que mal podría pensarse que la cónyuge hizo abandono injustificado del hogar conyugal.

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

...tampoco se ha probado el abandono injustificado del hogar conyugal y que ya se hizo valer para no acudir con la pensión alimenticia a su esposa, fundamento que fue rechazada por el Juez que conoció de los alimentos... [SIC]

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE ABRIL DE 1991 <sup>231</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

---

230 Exp. 1601-88 / Lima

231 Exp. 1930-87 / Lima.

Si bien está acreditado que la esposa demandada se retiró del hogar conyugal en el año de mil novecientos ochentitrés, dejando constancia policial de ese apartamento, también es verdad que la emplazada se retiró a vivir al lado de sus padres, como ya lo había hecho en varias oportunidades en los años de mil novecientos setentisiete, mil novecientos setentinove, mil novecientos ochenta y mil novecientos ochentidós; que la prueba instrumental que obra de fojas ciento cuarenticuatro a ciento cincuentitrés prueban que el actor por sentencia judicial está obligado a acudir con alimentos a su esposa, que se encuentra enferma de cáncer; que la exoneración de pensión alimenticia interpuesta por el emplazado declarada infundada tanto por el Juez de Primera Instancia como por la Corte Superior (fojas ciento cuarenticuatro y siguientes); que la demanda de divorcio persigue en realidad eludir la pensión alimenticia judicialmente señalada a favor de su cónyuge... Declararon infundada la demanda.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 03 DE FEBRERO DE 1993 <sup>232</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró:

Cabe añadir que para que se configure la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, debe acreditarse que la dejación de la casa común tiene como propósito la sustracción de los deberes conyugales, extremo éste que no ha sido probado, por el contrario la demanda de alimentos, cuya copia corre a fs. 25, hace presumir que existen obligaciones conyugales pendientes de cumplimiento.

En la ejecutoria N° 3, a diferencia de las otras de este rubro, se ha podido apreciar cómo ha prevalecido en el criterio de nuestra Corte Suprema la intención manifiesta de la cónyuge de impedir se reinicie su vida conyugal, desvirtuando lo que podría significar la justificación de su apartamento por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias de su cónyuge.

*- No puede ser justificado el apartamento del cónyuge demandado si ha incumplido deberes conyugales fundamentales.*

---

232 Exp. 101-92 / Lima.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE FEBRERO DE 1993 <sup>233</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que, conforme expresa el propio representante del demandado en su escrito de fojas quince del acompañado sobre alimentos, éste es residente en los Estados Unidos, lo que se corrobora con la boleta de pago de fojas diecisiete; citando, asimismo, que "lo poco que ganaba tenía que destinarlo a pagar los gastos propios de su subsistencia y la atención de su madre"; que, conforme a la liquidación presentada por la actora a fojas cuarenticuatro del mismo acompañado, el demandado ha incumplido con su obligación alimentaria a favor de su menor hija y de la actora desde el año de mil novecientos ochenta hasta el momento en que se hace dicha liquidación (marzo de mil novecientos ochenticinco); y de acuerdo con la liquidación hecha por el cursor el trece de julio de mil novecientos ochentiocho, el actor persiste en su falta desde marzo de mil novecientos ochenticinco hasta la fecha en que se expide la liquidación en referencia; que todo ello demuestra que la causal establecida por el artículo trescientos treintitrés inciso quinto del Código Civil; está debidamente acreditada, en la medida que el demandado siendo residente de los Estados Unidos no ha probado haber hecho algún trámite para que su esposa e hija puedan compartir su residencia en dicho país, y en tanto, al no haber cumplido con sus obligaciones alimentarias, ello crea convicción en el sentido que el probado abandono del hogar no ha podido tener como justificación una mejora en las condiciones de vida de su familia...

5.3.5.4. *Son motivos justos para el abandono, los actos de violencia y maltratos que sufre el cónyuge, las injurias constantes, asimismo la conducta inmoral del otro consorte dentro o fuera del hogar común, entre otras*

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 29 DE ABRIL DE 1982 <sup>234</sup>

Teniendo en consideración que la demandada se retiró del hogar conyugal por los frecuentes maltratos que le infería el de-

---

233 Exp. 459-92 / Lima.

234 Exp. 2470-81 / Junín.

mandante y no de manera maliciosa para incumplir sus deberes conyugales, declara infundada la demanda ...

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE SETIEMBRE DE 1982 <sup>235</sup>

...tal abandono no tiene carácter malicioso y además se produce en razón de la conducta observada por el actor dentro del matrimonio, hecho acreditado con la denuncia policial de fs. ...y especialmente con la copia certificada de fs. ...en la cual doña ...acudió con fecha anterior a la iniciación del presente juicio ante el Juez de Paz de Coronel Portillo a expresar que cuando se desempeñó como doméstica le hizo sufrir el acto sexual en varias oportunidades, hecho del cual tuvo conocimiento la emplazada, lo que evidentemente hace imposible la convivencia conyugal.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE MAYO DE 1983 <sup>236</sup>

“ ...no constituye causal de abandono malicioso del hogar conyugal si la separación de la cónyuge fue ocasionada por la ausencia del marido quien fue a convivir en adulterio con otra mujer, en este caso con ...procreando 8 hijos ...”.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE ENERO DE 1983 <sup>237</sup>

De conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, la Corte Suprema resolvió:

Como la administración de justicia trabaja en carne humana los órganos jurisdiccionales no pueden limitarse a aplicar las normas legales como si se tratara de una fórmula matemática, sin considerar que los hechos sociales, como manifestaciones de la vida y de la conducta, tienen sus motivaciones porque recaen en seres dotados de capacidad de pensar, apreciar y sentir, suscitándose reacciones en la medida que cada uno es-

---

235 Exp. 776-82 / Lima.

236 Exp. 226-83 / Ica.

237 Exp. 1315-82 / Arequipa.

tima su propio valer y lesionados los valores éticos que constituyen su personalidad.

El inc. 5º del art. 247 del C.C., determina como causal de divorcio, el abandono malicioso del hogar conyugal siempre que haya durado más de 2 años continuos.

A la luz de los principios expuestos hay que analizar los hechos que contiene el punto (b) para determinar si la conducta de la demandada configura los elementos que copulativamente requiere el dispositivo legal citado, para constituir causal de divorcio: abandono malicioso del hogar y que haya durado más de 2 años continuos.

El actor en su confesión de fs. ...respondiendo a la 36a. pregunta admite que desde 1971 no ha proporcionado suma alguna por concepto de alimentos a la demandada porque no había necesidad según afirma y que las rentas que generan las acciones adquiridas en varias firmas comerciales son recibidas íntegramente por el actor sin dar participación a la "demandada", porque "ella recibe la renta de todas las casas". De acuerdo con lo expuesto por el actor en su escrito de fs. ...la pensión alimenticia fijada para la demandada ha sido reducida a la suma S/. 250,000.00 debe entenderse que el cónyuge no invocó o no probó el abandono de la casa conyugal, por parte de ella, lo que habría hecho cesar la obligación alimentaria en aplicación del art. 165 del C.C.

A fs. ..., se registra el movimiento migratorio del viaje realizado por el actor el 18 de setiembre de 1971 en el vuelo por KLM, con doña ..., el primero con destino a Alemania Occidental y segunda a Holanda, siendo de advertir que entre uno y otro país el recorrido es breve y por viaje terrestre.

El viaje que se registra a fs. ..., realizado el 22-4-72 entre el actor y doña ..., es con el mismo destino, como también lo es el realizado por ambos el 11 de noviembre de 1973 de acuerdo con el movimiento migratorio de fs. ...

Con su escrito de fs. ..., la demandada acompaña la fotografía del actor "junto con su amante" y expresa que aquél antes de partir definitivamente del hogar conyugal en el año 1972 dejó una carta, donde le manifiesta que va al extranjero y se reconoce responsable de la situación creada en el hogar.

En su escrito de fs. ...el actor expone que la carta sin fecha que obra a fs. ...y ...establece sólo "la última expresión de conciencia que no corresponde a la época que la demandada indica pues se trata de una carta escrita con anterioridad. En todo caso esa carta expresa la decisión del cónyuge de dar por terminadas sus relaciones conyugales.

La constancia notarial de fs. ...carece de valor legal, porque no se refiere a actos propios de la función notarial, más aún con fecha 10 de octubre de 1980 se hace constar la manifestación de tercera persona, sobre hechos que se afirma ocurrieron en 1974, propiamente contiene una testimonial actuada irregularmente, sin control del litigante a quien puede perjudicar esa declaración, prescindiéndose así del requisito de la contradicción que es esencial para la validez de la prueba.

En su escrito de fs. 400 punto (d) el actor manifiesta que la demandada inició acción judicial sobre rectificación de las partidas de nacimiento de los menores ...y ...procreados por el actor en sus relaciones extramatrimoniales con doña ..., lo que pone de manifiesto que esas relaciones continúan; la partida de nacimiento del primero obra a fs. 203. Carece de contenido ético atribuir abandono del hogar a la cónyuge mediando los hechos expuestos.

## 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE ABRIL DE 1991 <sup>238</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Este Despacho conceptúa de que no existen elementos para amparar las pretensiones del actor. En efecto el abandono injustificado del hogar conyugal implica la voluntad manifiesta, de sus traerse a los deberes del matrimonio alejándose del hogar en forma inmotivada, en este sentido con la instrumental de fs. II, se verifica que el inmueble donde habitaban en el año de 1975, fue alquilado a un tercero, si no hay prueba evidente de haberse constituido otro hogar; no puede existir abandono del mismo por parte de su cónyuge, de otro lado con la confesión del actor corriente a fs. 24, se acredita que fue él quien comenzó a incum-

---

238 Exp. 2270-87 / Lima.

plir con sus obligaciones matrimoniales al haber procreado dos hijos extramatrimoniales (respuesta N° 7, 9 y 10) corroborado con las partidas que obran a fs. 9 y 10 dañando así la unidad matrimonial y sobre todo el respeto a su cónyuge.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE OCTUBRE DE 1992 <sup>239</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

En la demanda que corre a fs. 3, refiere el demandante, que contrajo matrimonio civil con la demandada el 28 de marzo de 1978 ante el Concejo Provincial de Santa Cruz, Cajamarca, llegando a procrear en su vida matrimonial a la menor ..., y debido a que tuvo ciertos problemas en su centro de trabajo la emplazada lo abandonó luego de vivir juntos por espacio de cuatro años y medio, radicando actualmente ella en Trujillo conviviendo con otra persona, según tiene referencias por terceros, por lo que demanda el divorcio absoluto por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal.

Corrido traslado de la demanda, es absuelto el trámite de contestación por la emplazada a fs. 10, en el acto del comparendo, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por no ser ciertos todos los hechos que se le imputan, ya que si bien es cierto domiciliaban en Santa Cruz cuando se casaron, ella era estudiante de secundaria, y después que dió a luz, continuó sus estudios y luego postuló a la Universidad Nacional de Trujillo, estando de acuerdo en todo ello el actor y cuando empezaban las clases ella se trasladaba a la casa de sus padres a continuar sus estudios donde la visitaba el demandante ya que trabajaba en ...en Santa Cruz, habiendo incluso éste desatendido sus obligaciones de alimentos, por lo que tuvo que accionar judicialmente. Que es falso que ella haya hecho abandono injustificado del hogar conyugal, por el contrario él ha faltado a su deber de esposo al procrear un hijo llamado...

Del estudio efectuado en autos se desprende:

1. Que el actor plantea la presente acción de divorcio, al considerar que ésta lo ha abandonado, pero no adjunta en autos

ninguna prueba que acredite la causal invocada, ya que para configurar lo prescrito en el inciso 5 del art. 333 del Código Civil, el abandono debió ser con el propósito deliberado del "cónyuge ofensor", de sustraerse intencionalmente de sus obligaciones conyugales, esto es con la malicia o astucia debida para ausentarse u omitir en forma deliberada su presencia en la casa común; en lo que no ha incurrido la emplazada, ya que ésta se encuentra estudiando en la Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Ciencias Económicas, conforme se observa de la instrumental de fs. 24.

Tanto más, si también figura en autos copias certificadas de un expediente ventilado ante el Juzgado de Paz Letrado de Santa Cruz, por faltas contra la vida, el cuerpo y la salud, cometidas por el demandante en agravio de la demandada, hechos ocurridos en abril de 1983, en donde refieren haberse separado por la mala conducta del actor, lo que en ninguna forma acredita la causal invocada por el accionante, por lo que dicha pretensión no resulta amparable.

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE ENERO DE 1993 <sup>240</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Si bien es cierto que de las constancias policiales corrientes a fs. 06 y 08 aparecen que la demandada se retiró del hogar conyugal ubicado en ..., con fecha 02 de diciembre de 1981; también lo es que, se encuentra debidamente acreditado que ello se debió a los maltratos de que era objeto, conforme es de verse en la copia certificada judicial de fs. 120 del acompañado sobre divorcio.

Además, en el entendido que opera la causal invocada cuando la dejación material de la casa común tenga como propósito la sustracción de los deberes conyugales, le desfavorece al actor el mérito probatorio de los actuados sobre alimentos que se tiene a la vista y donde por sentencia de fs. 162, confirmatoria de la de fs. 149, se señala una pensión alimentaria, lo que presume resistencia de él de acudir voluntariamente lo que corresponde para la manutención de su esposa e hija.

---

240 Exp. 2907- 91 / Huánuco.

Las cartas de fs. 13 y 14 dirigidas por el demandante a su esposa no revelan interés en que ella retorne al hogar conyugal. A la misma conclusión se arriba del análisis de la solicitud de separación de cuerpos de fs. 18 que data de abril de 1986 y de la minuta de separación de bienes de fs. 69.

Finalmente, del certificado de nacimiento vivo de fs. 172 e informe de fs. 211, instrumentos no impugnados se aprecia que se consigna al actor como padre de un menor tenido con doña...

### ***5.3.6. El perdón del abandono de la casa conyugal***

Al igual que en otras causales, el perdón del abandono del hogar común impide que pueda prosperar el divorcio por este motivo.

#### ***5.3.6.1. Alcances del desistimiento de diversos juicios seguidos entre las partes, y la dispensa tácita del abandono del hogar que se le atribuye a la cónyuge***

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE ABRIL DE 1983 <sup>241</sup>**

La Corte Suprema, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró infundada la demanda.

Considerando que conforme al "convenio" suscrito entre los cónyuges que obra a fs. 23, las partes acuerdan en cuanto a la cónyuge desistir de los juicios de alimentos y de entrega de sus menores hijos que se siguen por ante el Primer Juzgado Civil y Primer Juzgado de Menores y sobre beneficios sociales ante el Octavo Juzgado de Trabajo y el cónyuge igualmente se desiste del juicio de partición de bienes; que en ese documento no se hace referencia alguna al abandono de hogar que se atribuye a la cónyuge, no obstante que es de fecha posterior a la del abandono que se consigna en el escrito de demanda; que en consecuencia se trata de una causal que al no ser invocada en el convenio referido, debe entenderse que ha sido perdonada, resultando aplicable el art. 251 del C.C.

---

241 Exp. 150-83 / Lima.

5.3.6.2. *Efectos del desistimiento de una anterior acción de divorcio, por la causal de abandono malicioso del hogar conyugal*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE FEBRERO DE 1984<sup>242</sup>

En el dictamen fiscal se consignaba que:

La Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, para revocar la sentencia, se funda en que la demandante con anterioridad a este proceso, se desistió de otro juicio de divorcio seguido entre las mismas partes y por la causal de abandono malicioso del hogar. Al parecer de la Sala, los efectos jurídicos del desistimiento alcanzan a este proceso.

Si bien es cierto que a tenor de lo dispuesto por el art. 266 del C. de P.C. ni el que se desista, ni sus sucesores pueden interponer la acción nueva contra la misma persona; esto no importa que pueda incoarse nueva demanda de divorcio, por la misma causal, pero por hechos nuevos y posteriores al desistimiento, como ocurre en este juicio, en el que con las pruebas actuadas por la actora, consistentes en los expedientes ofrecidos, la confesión del demandado a fs. ..., y las testimoniales de fs. ..., se acredita que desde el año de 1976, en que se separó el demandado del hogar conyugal se siguieron juicios para que éste, cumpliera con los alimentos para la actora e hija; hasta que en el año 1978 se iniciara el divorcio. El mismo que para conseguir una conciliación fue objeto de desistimiento. La reconciliación no pudo conseguirse muy por el contrario el demandado nuevamente incurrió en el abandono malicioso del hogar, razón por la que se inició este proceso, en el que se ha probado esta causal de divorcio, más no las demás causales ni la reconvención.

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal; y considerando:

Que el demandado, al responder a la primera y segunda preguntas del pliego de fs. ..., confiesa expresamente que se retiró del hogar conyugal en abril o mayo de mil novecientos setenta y seis sin que haya retornado desde entonces y, si bien para

---

242 Exp. 904-83 / Arequipa.

justificar tal actitud, manifiesta que lo hizo por falta de atenciones de su esposa, no aparece acreditado tal hecho; que la extinción de la acción por la misma causal de abandono, invocada también en el juicio anterior acompañado, aparte de referirse a hechos distintos como se precisa en la misma demanda, no ha sido aducida en vía de excepción con arreglo a lo prescrito en el art. 312 del Código de Procedimientos Civiles ...

Declaró Haber Nulidad en la de vista que revocando la apelada declaraba infundada la demanda, la que reformándola declararon fundada por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal.

La primera ejecutoria de este rubro, en aplicación del art. 251 del C.C. (D), (art. 346 último párrafo C.C. 1984), declara que los efectos del desistimiento de las acciones judiciales, que recíprocamente los cónyuges se interpusieron, dispensa tácitamente el abandono en que la cónyuge pudo incurrir, a pesar de que éste no fuera materia del recurso procesal. Sin embargo, ni de la resolución ni del dictamen fiscal aparece si los cónyuges se reconciliaron, dado que ese es el supuesto que prevé el dispositivo que ampara el fallo, ya que de no haber operado, y de acuerdo al ordenamiento procesal, resulta excesiva la aplicación de los efectos del desistimiento a faltas que no fueran objeto de él.

La última resolución delimita los alcances del desistimiento de una anterior acción de divorcio. En ese sentido, al igual como se apreció en la causal de adulterio, la reincidencia en la falta conyugal da lugar de pleno derecho a que se interponga una nueva acción por estos hechos. La Corte Suprema considera, además, que para hacer valer los efectos del desistimiento (no siendo el caso de autos), es necesario que el demandado lo ejercite por vía incidental, por medio de la excepción pertinente, cual es la de desistimiento de la pretensión art. 446 inc. 9° del C.P.C.

#### ***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 con el fin de evitar conductas maliciosas que impidan con retornos temporales el cumplimiento del término legal.

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 mencionados <sup>243</sup>.

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.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 1949 <sup>244</sup>

“...el abandono malicioso debe durar más de dos años continuos. En el caso de autos, el demandante sostiene que el abandono se produjo el 19 de enero de 1946, es decir 6 días antes de la fecha en que inició la acción de separación de cuerpos ...”.

Por lo que la Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal declaró No Haber Nulidad en la de vista que, revocan-

---

243 Proyecto y Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980, t. I, p. 553.

244 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 74, Marzo de 1950, p. 324-325

do la apelada declaraba fundada la demanda reformándola declararon su improcedencia.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE OCTUBRE DE 1982 <sup>245</sup>

“Considerando que no existe prueba que acredite de manera indubitable la fecha en que se produjo el abandono del hogar conyugal; que no habiéndose probado la causal no es procedente declarar la separación”.

El fallo supremo, con lo expuesto por el Señor Fiscal, declaró No Haber Nulidad en la de vista que confirmaba la apelada en cuanto declaraba infundada la demanda, pero que la revocaba en cuanto disponía la separación de los cónyuges, la que declararon infundada; en la causa seguida por el cónyuge sobre divorcio por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal.

### ***5.5. Pérdida de los gananciales por el cónyuge culpable en los casos de separación de hecho (Art. 324 C.C.)***

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ENERO DE 1993 <sup>246</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, cuyos fundamentos reprodujo, consideró:

...Octavo.- Los certificados de fs. 104 y 105 acreditan que la sociedad de gananciales incluye dos predios, adquiridos por la sociedad conyugal, uno y el otro en 1977 la división de los gananciales entre los cónyuges, se realiza fenecida la sociedad de gananciales por divorcio de conformidad con lo establecido por los arts. 323 y 324 del C.C.

La pérdida de gananciales por el cónyuge culpable en el caso de la separación de hecho, obviamente tiene como fundamento o supuesto que el cónyuge culpable no ha contribuido al acrecentamiento de los bienes de la sociedad conyugal durante la separación de hecho. En el caso de autos, aún cuando la sepa-

---

245 Exp. 689-82 / Lima.

246 Exp. 2958-91 / Lima.

ración de hecho se produjo desde octubre de 1964, fecha del proveído judicial cuya notificación obra a fs. 24, el certificado de los Registros Públicos de fs. 104 y 105 acredita que el demandado contribuyó a la formación del patrimonio de la sociedad conyugal hasta agosto de 1977 fecha de la adquisición del segundo inmueble de la misma.

Noveno.- Por tanto, hallándose acreditado en autos que el demandado es el cónyuge culpable de la separación de hecho, es de aplicación lo dispuesto por el art. 324 del C.C. considerando para el caso la duración de la separación de hecho a partir de setiembre de 1977 en que fue adquirido el segundo inmueble de la sociedad conyugal.

Por las consideraciones expuestas, estimo que HAY NULIDAD en la sentencia recurrida de fs. 181 en la parte que confirma la sentencia apelada de fs. 108 que declara infundada la demanda en el extremo de la pérdida del derecho a gananciales por el demandado y propongo que reformándola se revoque la sentencia apelada en tal extremo declarando fundada la demanda también en el extremo referido, considerando la separación de hecho a partir de setiembre de 1977. No hay nulidad en lo demás que contiene.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1997<sup>247</sup>

### FUNDAMENTO DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución de fecha ... ha declarado la procedencia de dicho recurso por la causal aplicación indebida de la norma material contenida en el artículo trescientos cincuentidós del Código Civil que regula la pérdida de gananciales.

### CONSIDERANDO:

Primero.- Que del texto de la demanda que obra a fojas ciento ochenticuatro a ciento ochentinueve, ampliada a fojas ciento noventiséis y precisada a fojas doscientos cinco, la recurrente demandó la pérdida de gananciales contra su ex-cónyuge, con el fin que se declare la pérdida del derecho de gananciales del demandado por haberse incurrido en la causal de abandono

---

247 Casación N° 1301/ Lima

injustificado del hogar conyugal, que motivó la disolución del vínculo matrimonial en el juicio de divorcio.

Segundo.- Que en el acta de la audiencia de saneamiento y conciliación de fojas doscientos trece a doscientos quince se establecieron como puntos controvertidos: a) determinar si le corresponde a la demandante el derecho de propiedad del cien por ciento de los gananciales existentes del patrimonio social tenido con el demandado a raíz de su matrimonio celebrado con él, b) determinar si el abandono ocasionado por el demandado que produjo el divorcio tuvo una duración proporcional equivalente a la parte de los gananciales que le correspondía y que por cuyo motivo los pierde y determinar si la demandante abonó estando separada físicamente del demandado y con posterioridad al divorcio las sumas con las que se concluyó de pagar los dos bienes.

Tercero.- Que por consiguiente, del petitorio y de los puntos controvertidos establecidos en el proceso se tiene que la demanda de pérdida de gananciales estaba sustentada en el supuesto regulado por el artículo trescientos veinticuatro del Código Civil, norma que establece la pérdida del derecho de gananciales del cónyuge culpable en el caso de separación de hecho, en forma proporcional a la duración de la separación.

Cuarto.- Que mediante la causal de aplicación indebida de una norma de derecho material se supone que se han subsumido los hechos que se han estimado probados, dentro del ámbito de una norma inaplicable.

Quinto.- Que la sentencia recurrida determina que no es amparable la demanda en aplicación de lo dispuesto por el artículo trescientos cincuentidós del Código sustantivo que, establece que el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro; cuando de acuerdo al considerando anterior se determina que la actora no sustentaba su pretensión en base al supuesto regulado por el indicado artículo.

Sexto.- Que por ello, se ha presentado la causal de aplicación indebida del artículo trescientos cincuentidós del Código Civil al caso de autos, por lo que resulta de aplicación el inciso primero del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil.

SENTENCIA:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Civil de la Corte Suprema declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña ... a fojas doscientos sesenta y en consecuencia CASA la sentencia pronunciada ... su fecha ... que obra a fojas ... y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la

apelada de fojas ..., su fecha ... que declara fundada la demanda de pérdida de gananciales; con lo demás que contiene, ...

El art. 324 del Código Civil, establece que en el caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. Como el ponente del libro lo explica, este dispositivo resuelve las dudas que generaban en su aplicación una norma semejante contenida en el Código Civil derogado, que preceptuaba, que el derecho a gananciales en tal supuesto se suspendía, y, en segundo término, daba a entender que los gananciales afectados eran los ganados durante el periodo de la separación, esto permitía que reintegrado al seno del hogar, el culpable dejaba de sufrir aquella sanción, lo que resultaba injusto, dado su fundamento.

“El fundamento de tal sanción radica, ...en que durante el lapso de abandono, el cónyuge culpable no contribuyó a la obtención de bienes para la sociedad, por lo que mal podría pretender luego un derecho al cincuenta por ciento de los aludidos bienes”<sup>248</sup>.

Al respecto, la redacción vigente permite la efectividad de esta sanción, al precisar la pérdida definitiva del derecho a gananciales, proporcional al periodo de separación. No obstante ello, podemos señalar que su invocación en los casos de divorcio por causal y particularmente en la de abandono no es muy frecuente, a pesar de tener nuestro Código Civil más de una década de vigencia.

De otro lado, mencionaremos que en otras legislaciones, se permite la procedencia de la separación de bienes cuando uno de los cónyuges hubiera hecho abandono de la convivencia matrimonial, es el caso del Régimen Argentino, que es comentado por Gustavo A. Bossert y Eduardo Zannoni “Si la separación se ha debido al abandono de hecho de uno de los cónyuges, el otro estará legiti-

---

248 Hector Cornejo Chávez, Derecho Familiar Peruano. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998, Tomo I, p. 337

mado para demandar la separación de bienes, probando el abandono, de modo que, sin estar obligado a interponer demanda de divorcio vincular o de separación personal, puede recobrar la independencia patrimonial tanto en lo relativo a la gestión de sus bienes, como en lo atinente a futuras adquisiciones, que no estarán sometidas a la calificación que determina la ganancialidad <sup>249</sup>.

En nuestra legislación la variación del régimen patrimonial es consensual o en su defecto litigiosa; el art. 329 establece expresamente que esta última procede a solicitud del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponde o actúa con dolo o culpa, supuestos que no contemplan necesariamente a la separación de hecho como causal.

La pregunta que corresponde formularse es si esta sanción a causa de la separación de hecho sólo es aplicable a las acciones de divorcio o de separación de cuerpos por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal o procedería también en las otras causales, aún no existe consenso al respecto, de ser posible su aplicación a cualquiera de ellas, lo importante es acreditar el período de alejamiento y la culpabilidad del cónyuge, a efectos de verificar el porcentaje de pérdida de los gananciales del responsable del divorcio para los fines correspondientes en el proceso de liquidación de gananciales.

De conformidad al art. 483 del C.P.C. el cónyuge que pretende se declare la pérdida al derecho de gananciales proporcionales a la duración de la separación del cónyuge infractor, deberá acumular su solicitud al proceso principal de divorcio o separación, declarada fundada dicha acción y fenecida la sociedad de gananciales, se hará efectiva la sanción al culpable de la separación en el respectivo proceso de liquidación.

Asimismo, cabe precisar que la norma en estudio tiene alcances distintos a los previstos en el art. 352, referido a la pérdida de

---

249 Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, Op. Cit., p. 236 y 237.

los gananciales provenientes de los bienes propios del cónyuge inocente, como se ha distinguido en la última casación.

### **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 COMUN**

### **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 conyugal”. (Ejecutoria Suprema del 23 de enero de 1984)<sup>250</sup>.

“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)<sup>251</sup>.

### **6.2. La conducta deshonrosa como una práctica habitual**

La causal supone una secuencia de actos deshonestos, que afectando la personalidad del otro cónyuge causan en él un profundo agravio, que se verá ahondado con el escándalo público que por lo general conllevan, perjudicando profundamente la integridad y dignidad de la familia.

---

250 Exp. 935-83 / Cuzco.

251 Exp. 1556-92 / Arequipa.

Los Tribunales de Justicia han requerido como principio general que, es necesaria la reiterancia en la falta conyugal.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MAYO DE 1983 <sup>252</sup>

“Que la conducta deshonrosa para ser causal de divorcio debe consistir en actos repetidos que atentan contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges”.

Algunas ejecutorias, apreciando las circunstancias y la naturaleza de los actos en discusión, de modo excepcional han admitido la causal ante hechos singulares.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 1982 <sup>253</sup>

Que atendiendo a que la causal imputada a la demandada se acredita con la copia certificada expedida por la Trece Comisaría obrante a fs. ..., de la que se establece que el vehículo con placa de rodaje ... conducido por don ...jugador de fútbol quien viajaba en compañía de otro jugador don ..., en compañía de la demandada y de doña ..., al llegar a la intersección de la Avda. Nicolás Arriola y Aviación, se volcó dicho vehículo, siendo aproximadamente las seis de la mañana, saliendo heridos todos los ocupantes de dicho vehículo; que como lo refieren las publicaciones periodísticas que corren a fs. ..., las personas indicadas anteriormente iban dentro del vehículo en estado de embriaguez y en lo atinente a la demandada dicha afirmación está ratificada por el mérito del informante médico de fs. ..., que es innegable que tal comportamiento de la demandada evidencia una conducta deshonrosa, tanto por el estado en que se encontraba, así como las circunstancias en que se produjo el accidente...

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda.

La Corte Superior revocó la apelada, teniendo en cuenta que la conducta deshonrosa no puede referirse a un hecho, sino que su significado precisa de la realización de actos habituales.

---

252 Exp. 279-83 / Lima.

253 Exp. 347-82 / Lima.

El Fiscal Supremo opinó porque se declare Haber Nulidad en la de vista.

La Corte Suprema, de conformidad en parte con el dictamen fiscal, declaró Haber Nulidad en la recurrida que revocando la apelada declaraba infundada la demanda, la que declararon fundada.

En la siguiente ejecutoria podrá advertirse cómo una conducta posterior a un hecho, puede coadyuvar a que aquél pueda ser ameritado de conducta deshonrosa.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE FEBRERO DE 1983 <sup>254</sup>

La demandada expresa que en la mañana del ..., ella se encontró a solas con ..., cuando se dirigía a "coronar a Manuelito", en cuyas circunstancias tuvo un altercado con la hermana de su esposo y con la testigo ...; que luego de ello la demandada se retiró definitivamente del hogar conyugal, sin haber visto más a su marido ni tener deseos de volver a él; que esta actitud de la demandada hace suponer, fundadamente, que es cierto que fue hallada practicando actos contrarios a la moral y al decoro con..., situación ésta que se corrobora con la testimonial ...; que además el mismo día en que la demandada se alejó del hogar común el marido sentó la denuncia ...; y que, en consecuencia, hay elementos de juicio suficientes para tener por acreditada la causal de conducta deshonrosa.

Esta resolución es emitida con el voto en contra del vocal Sr. Barros que, al igual que lo opinado en el dictamen fiscal, consideraba infundada la demanda y por lo tanto No Haber Nulidad en la de vista, que revocando la apelada declaraba infundada la causal de conducta deshonrosa.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE AGOSTO DE 1991 <sup>255</sup>

Dictamen Fiscal:

---

254 Exp. 7-83 / Piura.

255 Exp. 789-88 / Piura.

...si por conducta deshonrosa debemos entender todos aquellos actos que practicados por uno de los cónyuges, atenta contra el mutuo respeto y estimación que debe guardarse en favor del otro, este Despacho estima que la actitud de la emplazada de ocupar una habitación en un Hostal con persona diferente de su cónyuge, lesiona evidentemente el común de vivir de las partes, haciendo insoportable la vida en común.

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

Que habiéndose acreditado la causal de divorcio de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común con el mérito de las pruebas actuadas especialmente las testimoniales de fojas setenticuatro y setentiséis, así como la instrumental de fojas ciento treintitrés, donde aparece que la demandada ocupó por un día uno de los cuartos matrimoniales de la Hostal ...en compañía de...

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE MAYO DE 1992 <sup>256</sup>

“El actor refiere que su cónyuge ha detentado una conducta deshonrosa al practicarse un aborto incompleto, pero en realidad fue sometida a un legrado uterino por aborto incompleto, conforme se observa de la historia clínica que obra a fs. 19 /31 sin llegar a establecerse que dicha interrupción de la gestación se haya producido en forma dolosa.

La Corte Suprema declaró infundada la demanda por conducta deshonrosa.

#### **6.3. *La conducta del culpable debe tornar 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 juntos.

---

256 Exp. 2779-91 / Lima.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE SETIEMBRE DE 1983 <sup>257</sup>

En enero de 1980, fue cambiado por razones de servicio a la ciudad de Chiclayo, solicitándole a la demandada se fuese a vivir con él, negándose ella en acompañarlo; que por el mes de octubre de 1980 regresó a esta ciudad, dándose con la desagradable sorpresa de que la demandada hacía trabajos nocturnos en el "Teatro Show La Gata Caliente" en una representación pornográfica importando ello una conducta deshonrosa, lo que le provocó un descrédito ante sus jefes y familiares...

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda por esta causal.

La Corte Superior confirmó la apelada.

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró No Haber Nulidad, señalando que:

La conducta deshonrosa sí queda perfectamente acreditada al aceptar la demandada haber trabajado en un lugar que por la modalidad del mismo, resiente el grado de instrucción y cultura del actor, toda vez que ello le causaba malestar entre sus compañeros y jefes, haciendo que la vida en común se volviese insoportable e incurso en el inciso 6° del último artículo citado.

Es sustancial apreciar el grado de agravio que sufre el cónyuge inocente por el comportamiento del otro. En la ejecutoria que a continuación presentamos, a diferencia de la anterior, se podrá observar que a pesar de que la conducta de la cónyuge es públicamente liberal, ésta por ser propia de su carrera artística y conocida por su esposo desde antes que contrajeran matrimonio, no da lugar a la procedencia de la conducta deshonrosa como causal de divorcio.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE DICIEMBRE DE 1981 <sup>258</sup>

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda.

---

257 Exp. 615-83 / Lima.

258 Exp. 739-81 / Lima.

La Corte Superior confirmó por mayoría.

El Fiscal Supremo opinó No Haber Nulidad.

La Corte Suprema declaró Haber Nulidad en la de vista por lo que declaró infundada la demanda considerando:

Que el actor no ha probado que contrajo matrimonio con la demandada con desconocimiento de que era actriz y tampoco ha afirmado que con posterioridad él le pidiera que abandonase tal actividad; que las fotografías de las revistas que corren en autos en las que aparece la demandada, no configuran la causal de conducta deshonrosa invocada en la demanda, pues son hechos propios de su labor artística; que no se ha probado que las declaraciones que se atribuyen a la emplazada en dichas publicaciones, hayan sido efectivamente efectuadas por ésta, máxime que aquellos términos no tipifican la causal de conducta deshonrosa...

En ambas ejecutorias, es de estimarse que las conductas desarrolladas por las cónyuges son con motivos profesionales: una labora en un Café Teatro, mientras que la otra señora es actriz. En uno y otro caso, indistintamente, se califica un comportamiento como constitutivo de la causal, en tanto que en el otro no.

El último fallo no otorgó la disolución del vínculo al comprenderse que la conducta deshonrosa de uno de los esposos es causal de divorcio, siempre que torne insoportable la vida en común, la cognición previa al matrimonio de estas actividades y su consiguiente admisión exime cualquier futuro agravio que puede producirse, o al menos aminora su gravedad, ya que de cierta manera pueden entenderse como consentidos o tolerados dichos actos.

Al apreciar esta causal cabe tener en cuenta además, lo dispuesto por la Resolución del Tribunal Constitucional en la cual se declara la inconstitucionalidad de la norma que establecía que debía considerarse los aspectos personales, es decir, la educación, costumbres y conducta de ambos cónyuges en esta causal, elementos que en la actualidad no deben repercutir para la configuración de la causal.

### 6.3.1. *La vida en común de los cónyuges como condición de la causal*

En el aspecto de la imposibilidad de la vida en común de los cónyuges, nuestros tribunales han considerado en algunos casos que es necesario, para admitir la causal, que ellos vivan juntos. En las ejecutorias siguientes percibiremos cómo es evaluado este factor:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 29 DE ENERO DE 1984 <sup>259</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal resolvió:

La conducta deshonrosa como causal de divorcio consiste en actos repetidos que atentan contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges y que perturben así la armonía y unidad conyugal; importa pues que tanto marido como mujer realicen su vida en común. El propio dicho del actor en su demanda y la instrumental de fs. ..., revelan que demandante y demandada se encuentran separados de hecho desde 1948. Lo actuado lleva también al convencimiento que ambas partes han formalizado nuevo compromiso por separado y que la verdadera intención del actor es la de darle formalidad legal a este nuevo compromiso adquirido...

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE MAYO DE 1983 <sup>260</sup>

La sentencia de fs. ...declara sin lugar las excepciones de cosa juzgada y de prescripción planteadas por la demandada y fundada la demanda, disuelto el vínculo matrimonial contraído entre las partes, con lo demás que contiene. La demandada interpone apelación y la sentencia de vista de fs. ...de conformidad con el dictamen del Fiscal Superior y considerando que no constituye causal de abandono malicioso del hogar conyugal si la separación de la cónyuge fue ocasionada por la ausencia del marido quien fue a convivir en adulterio con otra mujer, en este caso con ...procreando 8 hijos; que la conducta deshonrosa

---

259 Exp. 425-84 / Ancash.

260 Exp. 226-83 / Ica.

invocada también en la demanda no ha sido probada en forma alguna y es imposible su existencia entre cónyuges que no hacen vida en común...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE FEBRERO DE 1993 <sup>261</sup>

#### Dictamen Fiscal:

Teniendo en cuenta que el inciso 6 del artículo 333 del Código Civil, no sólo se refiere a la conducta deshonrosa como causal de divorcio, sino que ésta haga insoportable la vida en común y ésto último no ha sido probado por el actor, tanto más, si desde un inicio refiere que no han convivido juntos nunca y la demandada lo corrobora en el acto del comparendo al afirmar que cuando viajaba a esta capital era únicamente para tratarse médicamente; tanto más, si las certificaciones policiales que corren en autos no ameritan dicha pretensión; y en virtud del Artículo 337 del Código Sustantivo, se aprecia que dicha causal no se encuentra debidamente probada.

La Corte Suprema declaró fundada la causal de conducta deshonrosa ameritando:

Que la prueba instrumental presentada en relación con la demandada ...y las personas de ..., ...y ..., quienes en distintas ocasiones y por circunstancias diversas revelan hechos que demuestran, en el mejor de los casos, conducta no adecuada para quien tiene la condición de casada, que esta forma de actuar, no sólo hace insoportable la vida en común sino que además atentan contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges; que no puede desvirtuar lo anteriormente señalado el hecho de que, por ejemplo, don ...pretenda desvirtuar afirmaciones, cinco años después de haberlas hecho; que, en igual sentido, la investigación policial de fojas ciento treinta a ciento cuarenticuatro, en relación a ..., pormenoriza hechos atribuibles a la esposa, de tal forma, que tienen la condición de verosímiles; que, el razonamiento precedente crea convicción en el juzgador, en el sentido de que la sociedad matrimonial formada por el actor y la demandada ha perdido vigencia...

---

261 Exp. 2363-91 / Arequipa.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE MARZO DE 1993<sup>262</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

La causal de conducta deshonrosa no se halla acreditada en autos, pues no se ha probado que la demandada convive con ..., pues las declaraciones testimoniales de fs. 63 y de fs. 70 son insuficientes ya que en la primera, el testigo al absolver la séptima pregunta expresa que vieron bajar sigilosamente a un señor moreno y que luego de conversar con el actor llegaron a la conclusión de que vivía con su ex-esposa y en la segunda el testigo declara que los ha visto a la demandada y ...atendiendo a los clientes en un kiosko y que los vió salir de la vivienda de la demandada, lo que no configura la causal referida.

#### 2.EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1997<sup>263</sup>

CONSIDERANDO: Primero.- que, el Recurso de Casación fue concedido a fojas ciento cincuentitrés y fue declarado procedente por resolución del doce de setiembre de mil novecientos noventisiete, por la causal del inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil; Segundo.- que, el inciso sexto del Artículo trescientos treintitrés del Código Civil establece como causal de divorcio la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; Tercero.- que, para determinar si se ha producido esta causal de divorcio, es preciso definir en qué consiste la conducta deshonrosa; Cuarto.-que, conducta deshonrosa significa dirigir sus acciones causando vergüenza y deshonor en la otra parte por algún hecho y que la persona que actúa de esta manera lo hace atentando contra su fama, su honor, su estima y respeto de la dignidad, entendiéndose el honor como la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos; Quinto.- que, a esta definición se llega teniendo en cuenta que conducta en el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, es la manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones;

---

262 Exp. 1420-92 / La Libertad.

263 Casación N° 447-97/LIMA

Sexto.- que, deshonrosa según el mismo diccionario es afrentosa, indecorosa, poco decente y la afrenta la señala como vergüenza y deshonor que resulta de algún dicho o hecho; Séptimo.- que, deshonra en la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo octavo es la antítesis de la buena opinión, fama adquirida por la virtud y el mérito, honor, estima y respeto de la dignidad, demostración de aprecio que se hace de uno por su virtud y mérito; Octavo.- que, luego hay que apreciar si los hechos definidos en la sentencia de vista, que consisten que la esposa le atribuyó a su cónyuge una hija que no había sido concebida por él, al haber inscrito una partida de nacimiento como hija de los dos, lo que obligó al marido a interponer una demanda de impugnación de paternidad, en la que tuvo que probar que no era el padre de la menor, declarándose fundada la demanda, constituyen conducta deshonrosa; Noveno.- que, resulta evidente que cuando la esposa le atribuye al esposo un hijo que no es suyo a sabiendas de esta situación, está dirigiendo su acción a causar vergüenza y deshonor a su marido; Décimo.- que, más aún esta conducta no constituye un hecho aislado, sino permanente, porque ha durado hasta que el esposo, consiguió que por sentencia de juicio de impugnación de paternidad se declare que él no era el padre y todo ello contra la oposición de la esposa que en dicho proceso continuó insistiendo que el marido era el progenitor, por lo que ella actuando de esta manera ha atentado contra su fama, su honor, su estima y respeto de la dignidad; Décimo Primero.- que, la circunstancia de que los esposos se encontraran separados de hecho, no impide que esta conducta deshonrosa haga insoportable la vida en común, porque no se puede concebir que vivan en común el esposo, con la cónyuge, que le ha atribuido un hijo que no es suyo y que ha tenido que seguir una acción judicial para que se declare que no es el progenitor; Décimo Segundo.- que, cuando el Código Civil señala como causal de divorcio la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no se refiere a que si los cónyuges anteriormente han estado separados o unidos, sino si después de la conducta deshonrosa pueden o no vivir juntos; Décimo Tercero.- que, todo esto determina que ha existido una errónea interpretación del inciso sexto del Artículo trescientos treintitrés del Código Civil; Décimo Cuarto.- que, por las razones expuestas y de conformidad con el Artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil; declararon FUNDADO el Recurso de Casación de fojas ciento cuarentisiete interpuesto por don ... y en consecuencia CASARON la

sentencia de vista de fojas... y Actuando en Sede de Instancia aprobaron la sentencia consultada de fojas noventa, su fecha ocho de agosto de mil novecientos noventa y seis, corregida a fojas ..., que declaró fundada en parte la demanda de fojas ..., sólo respecto de la causal de conducta deshonorosa y que la obligación del demandante hacia su cónyuge cesa de pleno derecho y ésta pierde los eventuales gananciales que pudieran corresponderle en los bienes propios del actor, señalándose la suma de... por concepto de Indemnización por el daño moral que deberá abonar la demandada al actor, con lo demás que contiene; ...

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE OCTUBRE DE 1998<sup>264</sup>

Cuarto:

...Que en relación a la interpretación errónea del inciso sexto del mencionado artículo trescientos treintitrés, se afirma que marido y mujer se encuentran separados de hecho, esto es, que no hacen vida en común. ...Quinto: Que, la precitada causal no requiere que los esposos hagan vida en común, sino que los dos queden acreditados, es decir, si la conducta de la demandada es realmente deshonorosa y si, en efecto, tornaría insoportable la convivencia, presupuestos que han quedado establecidos en el proceso y que resultan inmodificables en vía casatoria. ...

Requerir la vida en común como condición de esta causal, resulta en muchos casos limitativo del derecho del cónyuge agraviado; la expresión "que haga insoportable la vida en común", es comprendido plenamente si los cónyuges cohabitan en un mismo domicilio conyugal. No obstante, cabe preguntarnos ¿Qué ocurre en aquellas situaciones en que los cónyuges viven separados precisamente por la notoria deshonra que provoca en uno de ellos, la conducta del otro?

La conducta deshonorosa no puede configurarse acaso como causal de divorcio, cuando por sus características "torna insoportable la reanudación de la vida conyugal". En este supuesto la vida en común debía ser comprendida extensivamente, permitién-

---

264 Casación N° 1285-98/ Lima

dose de ese modo que un cónyuge inocente se libere de un vínculo matrimonial, que lo une a un cónyuge que desde fuera del hogar le procura deshonor y/o maledicencia en su ámbito social, profesional, etc.

#### **6.4. Hechos que dan lugar a la causal de conducta deshonrosa**

Nuestra legislación, al igual que en la injuria grave, la sevicia y otras causales, ha preferido no definir qué actos constituyen conducta deshonrosa, son los jueces los que han de apreciar los hechos a fin de determinar la procedencia del divorcio por esta causal.

Son considerados actos deshonrosos: la homosexualidad, hoy consignado como una causa distinta de divorcio; otras aberraciones sexuales que no constituyen adulterio; del mismo modo la dedicación a actividades ilegales como el tráfico ilícito de drogas, el juego habitual, así también los estados de vagancia del marido, embriaguez permanente, entre otros.

En relación al caso de embriaguez, la siguiente resolución admitió la configuración de la causal a pesar de que el problema había tenido su origen antes del matrimonio.

##### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE MARZO DE 1986 <sup>265</sup>**

La Corte Suprema, con lo expuesto por el Señor Fiscal, declaró Haber Nulidad en la de vista, que revocando la apelada declaraba infundada la acción, la que reformándola declararon fundada por las causales de conducta deshonrosa e injuria grave.

El Ministerio Público opinó por el contrario que:

En cuanto al informe médico de fs. ..., de su texto se infiere que el estado de alcoholismo del demandado se origina en fecha anterior al matrimonio y que se acentuó después por motivos de la separación conyugal a que hacen referencia las par-

---

265 Exp. 1127-85 / Lima.

tes; además de no revelar conducta deshonrosa y menos injuria que haga insoportable la vida en común.

Calificar el alcoholismo dentro de una de las causales previstas en nuestro régimen de divorcio, se sujeta a alguna controversia, pues como lo ha hecho la ejecutoria precedente suele ser comprendido por sus signos exteriores como conducta deshonrosa; no obstante, por la naturaleza y características de la dolencia, se insertaría con mayor propiedad dentro del uso habitual e injustificado de sustancias que puedan generar toxicomanía, como lo comentaremos al tratar esta causal.

Respecto a la comisión de actos delictuosos, otra ejecutoria señalará que no son suficientes para efectos de la causal los antecedentes policiales, requiriendo que los hechos hayan sido objeto de condena.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE ENERO DE 1980 <sup>266</sup>

Que la misma actora expresa que su cónyuge tiene antecedentes y en la certificación de fs. ...se constata que tiene dos antecedentes policiales; que aunque hay prueba testifical en relación a los dos hechos anotados, sin embargo, al no mediar condena contra el demandado, los elementos glosados no son suficientes para acreditar la causal alegada.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE JULIO DE 1992 <sup>267</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que, los cheques que en fotocopia corren a fojas veintisiete y treintiuno reconocidos fictamente por la demandada por resolución de fojas cuarentidós vuelta del treintiuno de mayo de mil novecientos ochentitrés, revelan que fueron girados por ella, el primero a favor de ...y el segundo al Portador y que ambos fueron cobrados por éste, sin que dicha demandada haya probado que ellos fueron abonados por honorarios profe-

---

266 Exp. 3004-79 / Lambayeque.

267 Exp. 1766-91 / Lima.

sionales como alega, tanto más si la minuta presentada por ella a fojas doscientos cincuentisiete es posterior al giro del primer cheque aludido; que por otro lado, la tesis esgrimida por ella en ese sentido, no tiene justificación valedera para que con cargo a una cuenta corriente mancomunada de ambos esposos, se paguen obligaciones que no son de cargo de la sociedad conyugal ni de alguno de los cónyuges.

Declararon fundada la demanda por conducta deshonrosa.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1993 <sup>268</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal, declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de conducta deshonrosa apreciando que:

...de la partida de matrimonio religioso de fs. 25, en la que figura el acto sacramental celebrado en fecha posterior al matrimonio civil que se intenta disolver y con persona distinta de su cónyuge, documento éste que no ha sido observado por la emplazada y más bien admite conocer a ...en su confesión de fs. 24...

- *Actos que no dan lugar a la causal:*

*Actos de mera negligencia no configuran conducta deshonrosa.*

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE FEBRERO DE 1983 <sup>269</sup>

“Que la advertida negligencia por parte del demandado en el desempeño de su función profesional no configura la causal de conducta deshonrosa”.

*No utilizar el apellido del marido no constituye violación de deber matrimonial*

---

268 Exp. 1556-92 / Arequipa.

269 Exp. 1333-82 / La Libertad.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE MAYO DE 1992 <sup>270</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Conforme a lo dispuesto por el art. 24 del Código Civil, la mujer tiene el derecho, mas no la obligación de llevar el apellido del marido agregado al suyo, por tanto el que haya solicitado su libreta electoral y luego registrado en la Compañía de Teléfonos con su nombre de soltera, no constituye ninguna grave violación a los deberes derivados del matrimonio siendo por otro lado una prueba inadecuada o impropia para acreditar un adulterio o una conducta deshonrosa.

*La venta unilateral de un bien de la sociedad conyugal no constituye acto deshonroso.*

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE AGOSTO DE 1992 <sup>271</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal estableció:

De la revisión de los actuados se aprecia que el accionante sustenta una de las causales de su demanda en el hecho de que su cónyuge habría dispuesto de un inmueble que pertenecía a la sociedad conyugal, habiendo sido suplantado al suscribirse la escritura pública de traslación de dominio, hecho que considera deshonroso y que hace insoportable la vida en común.

La escritura cuyo testimonio obra de fs. 7 a 13, es un instrumento público que produce fe respecto de la realidad del acto verificado ante el Notario o Funcionario que lo extendió y produce sus efectos mientras no se decida judicialmente si le afecta algún vicio, por disponerlo así los arts. 401 y 405 del Código de Procedimientos Civiles, por lo que siendo un acto válido cuya celebración además no puede considerarse atentatoria de la estimación y respeto que se deben los cónyuges, que es lo que califica la conducta deshonrosa, la demanda en este extremo es infundada.

---

270 Exp. 2369-90 / Callao.

271 Exp. 1837-91 / Lima.

## 6.5. *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 adulterio.

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JULIO DE 1982 <sup>272</sup>

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...

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró 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.

### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE ENERO DE 1986 <sup>273</sup>

En esta resolución 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

---

272 Exp. 599-82 / Lima.

273 Exp. 1486-85 / Lima.

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 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 ...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 02 DE JUNIO DE 1992 <sup>274</sup>

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.

---

274 Exp. 2273-90 / Lima.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 AGOSTO DE 1992 <sup>275</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Definiéndose el adulterio, como el yacimiento carnal que realiza una persona con otra distinta de su cónyuge, 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; que en todo caso pueden determinar la comisión de otra causal, como la conducta deshonrosa, más no el adulterio.

##### ***6.5.1. La conducta deshonrosa y el adulterio deben sustentarse en hechos autónomos***

Respecto al ámbito de aplicación de ambas causales, la jurisprudencia uniformemente ha sostenido:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE MAYO DE 1963 <sup>276</sup>

“Que contemplando el citado art. 247 del C.C. como causales distintas de divorcio el adulterio y la conducta deshonrosa, éstas deben sustentarse en hechos autónomos por ser aquellas diferentes y no poder ser involucradas, por consiguiente, en una sola causal”.

Sin embargo, existen ciertas situaciones que no permiten una calificación tan excluyente de ambas causales, y que más aún pueden admitir las dos posibilidades, por lo que en el ejercicio forense se suelen invocar conjuntamente, teniendo como fundamento las mismas circunstancias, generándose diversas apreciaciones judiciales, como podrá observarse seguidamente.

---

275 Exp. 2950-88 / Lambayeque.

276 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 247, Octubre de 1963, p. 1369.

6.5.1.1. *Se configura la conducta deshonorosa y no el adulterio*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JUNIO DE 1982<sup>277</sup>

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 N° 5 del motel "Cinco y Medio", en compañía de un tercero distinto a su cónyuge. Este grave incidente da motivo a que se interponga demanda de divorcio contra la cónyuge, sustentándose en las dos causales.

Primera Instancia declaró infundada la demanda.

La Corte Superior revocó la apelada, declarando fundada la demanda por conducta deshonorosa.

El Fiscal y la Corte Suprema declararon No Haber Nulidad en la de vista, pronunciándose a favor de la demanda por dicha causal.

6.5.1.2. *Se considera procedente el divorcio por adulterio mas no por conducta deshonorosa*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1982<sup>278</sup>

Que del oficio de fs. ...y del informe emitido por el representante de la Compañía de Aviación Air France obrante a fs. ...se establece que con fecha ...la demandada viajó en vuelo de la Compañía mencionada con destino a Estados Unidos sin autorización del actor, abandonando a sus 2 menores hijos para irse a vivir adulterinamente con don ..., conforme a la carta que la propia demandada dirigiera al demandante el ...que corre de fs. a, ratificada con la carta dirigida por la misma demandada conjuntamente con don ...en la misma fecha de la anterior, al Dr. ... que corre a fs. ...; que la autenticidad de las cartas en referencia ha quedado plenamente establecida con el examen pericial grafotécnico presentado por don...

---

277 Exp. 1632-81 / Lima.

278 Exp. 1098-82 / Lima.

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda por las causales de adulterio y conducta deshonrosa.

La Corte Superior aprobó la recurrida.

El Fiscal Supremo opinó No Haber Nulidad.

La Corte Suprema considerando:

Que los hechos expuestos en la demanda y la prueba actuada acreditan únicamente la causal de adulterio, en que ha incurrido la demandada; resultando infundada la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común invocada también por el actor esgrimiendo los mismos fundamentos de hecho.

Declararon No Haber Nulidad en cuanto se declaró fundada la demanda por adulterio, y Haber Nulidad en referencia a la causal de conducta deshonrosa, que declararon infundada.

6.5.1.3. *Se admite la demanda por ambas causales*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE ENERO DE 1983 <sup>279</sup>

En ésta la cónyuge es demandada por adulterio y conducta deshonrosa, al haber sido encontrada *in fraganti* por su esposo, realizando el acto sexual con tercero, mientras que simultáneamente en otras habitaciones de la casa conyugal se hallaban su menor hija de 17 años de edad, y dos profesoras más, en circunstancias similares.

En Primera Instancia y la Corte Superior se declaró infundada la demanda mientras que el Fiscal y la Corte Suprema declararon Haber Nulidad en la recurrida y reformándolas declararon fundada la demanda por ambas causales.

---

279 Exp. 1418-82 / Ancash.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE FEBRERO DE 1983 <sup>280</sup>

Que con las constancias policiales de fs. ...referentes a un operativo policial se establece la conducta deshonrosa de la demandada quien fue sorprendida "en los bajos fondos" y conducida al local policial en circunstancias en que realizaba la prostitución clandestina en un "cuarto" del inmueble ubicado en ..., con el individuo ...; que las mismas constancias acreditan que la demandada ha incurrido en la causal de adulterio habiendo mantenido relaciones sexuales con diferentes personas distintas de su esposo.

En Primera Instancia se declaró fundada la demanda por ambas causales.

La Corte Superior confirmó en todos sus partes la sentencia apelada.

El Fiscal y la Corte Suprema declararon No Haber Nulidad en la de vista.

### 6.5.1.4. *Las relaciones extramatrimoniales de carácter permanente y la causal de conducta deshonrosa*

En los siguientes casos, podemos apreciar cómo la relación extramatrimonial permanente de uno de los cónyuges con tercera persona, es considerada conducta deshonrosa, siendo ésta también admitida en su oportunidad, como pudo verse en la primera causal, al referirnos al adulterio continuado.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE AGOSTO DE 1982 <sup>281</sup>

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

---

280 Exp. 1549-82 / Piura.

281 Exp. 615-82 / La Libertad.

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 deshonorosa...

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 deshonorosa, reformándola confirmaron la de Primera Instancia que declaró fundada la demanda por la referida causal.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE ENERO DE 1984 <sup>282</sup>

Los partes policiales corrientes a fs. ...y que en cierta forma se ratifica con la confesión de fs. ... (21ª 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 deshonorosa que revela una manifiesta infidelidad ...

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE JUNIO DE 1984 <sup>283</sup>

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 deshonorosa que no hace posible la vida en común...

Se declaró: Haber Nulidad en la de vista que confirmando la

---

282 Exp. 935-83 / Cuzco.

283 Exp. 1513-82 / Cajamarca.

apelada declara infundada la demanda; reformando la primera y revocando la segunda, declararon fundada la demanda.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 03 DE JULIO DE 1992 <sup>284</sup>

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 treintisiete al responder la segunda repregunta, la demandada admite haber firmado la instrumental de fojas catorce, fechada el cinco de mayo de mil novecientos ochentinueve 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.

En la próxima resolución, a diferencia de los anteriores, la relación concubinaria no va a ser considerada conducta deshonrosa, al entenderse como mera repercusión del adulterio.

---

284 Exp. 1976-90 / Piura

## 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1984<sup>285</sup>

La Corte Suprema declaró infundada la demanda por la causal de conducta deshonrosa estimando que:

De las partidas de nacimiento corrientes a fs. ...de los menores ...y ..., nacidos el 20 de mayo de 1978 y 20 de enero de 1981, respectivamente, en la ciudad de Chiclayo, aparece que tanto el demandado como la madre de los citados menores tienen el mismo domicilio, circunstancia que permite inferir fácilmente que hay continuidad convivencial; que lo anotado en el considerando precedente lleva a la convicción que el demandado ha hecho abandono continuo del hogar conyugal, por más de dos años, sustrayéndose maliciosamente a las obligaciones que impone el deber conyugal; que la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común no está acreditada en autos, por cuanto los fallos inferiores se sustentan en las repercusiones que emanan del adulterio, sin considerar que las causales de divorcio son taxativas e independientes unas de otras, en cuanto a su probanza se refiere, sin que eso signifique que pueden ser concurrentes; que en autos no se ha aportado prueba específica que acredite tal comportamiento.

El Ministerio Público opinó lo contrario, señalando que:

Los fundamentos que sustentan la demanda se encuentran plenamente acreditados en autos no sólo con la velada afirmación del demandado sino también con las partidas de nacimiento de fs. ..., hijo común de los litigantes nacido en 1977 habido en la reconciliación alegada, así como con las partidas de fs. ...y ..., que corresponden a los hijos extramatrimoniales del demandado en los años de 1978 y 1981, respectivamente, que prueban que el demandado incumplió su promesa de fidelidad para con la demandante, haciendo vida pública con tercera persona que lógicamente afecta la institución matrimonial configurándose la conducta deshonrosa y abandono malicioso del hogar conyugal.

El adulterio y la conducta deshonrosa aparecen en la práctica como causales muy vinculadas. A menudo, se invocan juntas o

indistintamente frente a situaciones semejantes. De la misma manera, los hechos planteados son apreciados y calificados algunas veces como adulterio y otros como conducta deshonrosa, incluso, en algunas oportunidades, como fundamento de ambas.

En este aspecto, cabe señalar que si bien es cierto existen actos que se encuentran incursos excluyentemente dentro de cada una de ellas, también lo es que existe otro tipo de falta conyugal que suele comprenderse en cualquiera de las dos. Es el caso de las relaciones de carácter convivencial que suponen una relación sexual continua, configurando adulterio por existir acceso carnal con persona distinta al cónyuge, pero que por su carácter habitual y público es considerada también conducta deshonrosa. Son estos márgenes los que permiten arribar a quienes las invocan o juzgan a posiciones contradictorias, como las reflejadas en las resoluciones antes presentadas.

La situación descrita hace necesaria la búsqueda de mayores coincidencias. Es necesario ir delimitando los alcances de estas dos causales, taxativamente diferenciadas por la ley. En ese sentido, constituiría una propuesta alternativa la progresiva exclusión de la relación sexual verificable del ámbito de la causal de la conducta deshonrosa, la que operaría plenamente con otra clase de inconductas, siendo el adulterio el que tipificaría dichas relaciones ya sean eventuales o permanentes, salvándose de la caducidad a estas últimas gracias al criterio también jurisprudencial del “adulterio continuado”, por el cual el cómputo del plazo legal empieza a operar desde el momento que cesa la infracción conyugal.

## **6.6. 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.

### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1997<sup>286</sup>**

CONSIDERANDO:

---

286 Casación N° 64-96/Piura

Primero.- Que en efecto de la revisión de los actuados se tiene que, ... interpone demanda de divorcio por la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común contra ...; fundando su pretensión en los argumentos fácticos siguientes: Que con fecha once de febrero de mil novecientos sesentisiete contrajeron matrimonio civil por ante el Concejo Distrital de Suyo Ayabaca; que, se encuentran separados de hecho siendo imposible la reconciliación, que la demandada ha sido condenada por delito de Tráfico Ilícito de Drogas a diez años de pena privativa de la libertad; que asimismo ha procreado un hijo con su conviviente ...Segundo.- Que, los hechos en que se sustenta la causal de divorcio, contemplada en el artículo trescientos treintitrés inciso sexto del Código Civil, no subsisten en la actualidad, porque con la partida de nacimiento, de fojas cuatro del citado acompañado, del menor ..., se prueba que dicho nacimiento se produjo en el año mil novecientos ochenta; que respecto al ilícito cometido, también se observa que fue sentenciada en el año de mil novecientos ochenticuatro (fojas noventaiocho del acompañado), por lo que no se dan las condiciones señaladas en la última parte del artículo trescientos treintinueve del Código Civil; en consecuencia la demanda debe desestimarse.

SENTENCIA:

Resolvieron declarar FUNDADO el recurso de casación de fojas ochentidós y, en consecuencia CASAR la sentencia de vista de fojas setentisiete, su fecha quince de noviembre de mil novecientos noventicinco; y actuando en sede de instancia REVOCARON la apelada de fojas cincuenta, su fecha ocho de setiembre del mismo año, que declara fundada la demanda de fojas siete, REFORMANDOLA declararon INFUNDADA dicha demanda...

## **7. EL USO HABITUAL E INJUSTIFICADO DE DROGAS ALUCINOGENAS O DE SUSTANCIAS QUE PUEDAN GENERAR TOXICOMANIA**

### ***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 acostumbramiento, de dependencia psíquica y fisiológica, que generan en el individuo lesiones físico-mentales de carácter irreversible.

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

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).<sup>287</sup>

## ***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 "enfer-

---

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

medad" no es contagiosa, sí puede influir induciendo a su uso tanto al consorte sano como al resto de la familia.

### **7.3. Caracteres**

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 precedente.

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:

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

Los dos últimos patrones de uso implican un mayor riesgo individual y social, correspondiendo precisamente a los conceptos de abuso y dependencia del DSM-III (R) (APA, 1987)<sup>288</sup>

Diferenciados los patrones de uso de drogas de acuerdo a su condición legal y al contexto cultural, así como su modalidad de consumo, puede señalarse que desde el punto de vista jurídico son los patrones de uso intenso y compulsivo de las denominadas drogas ilegales, las medicinas legales no usadas para efectos terapéuticos y las legales como el alcohol, las que ameritarían la configuración de la causal de divorcio prevista en el inciso 7mo. del art. 333 del C.C.

En ese entendido, su uso debe ser siempre injustificado, con el propósito de obtener placer y sensaciones diversas, de lo contrario, si su ingestión se produce por razones terapéuticas o por prescripción médica, no daría mérito a la causal, que si bien busca amparar al consorte inocente, no por ello deja de sancionar al que deliberadamente y en forma inmotivada adquirió este problema.

Las dolencias que requirieran para su tratamiento, el uso permanente de cierto tipo de sustancias para controlar el dolor u otras aflicciones, eximen de culpa a aquél que las emplea.

La jurisprudencia no es muy prolija en lo concerniente a esta causal, sólo dos ejecutorias son las que se han podido encontrar en las que la Corte Suprema haga referencia expresa a ella, lo que hace suponer que casos como éstos, por su nivel de incidencia social, en su mayoría serían resueltos por la vía convencional.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE DICIEMBRE DE 1953<sup>289</sup>

La Corte Suprema declaró Haber Nulidad en la de vista, que revocando la apelada declaraba infundada la demanda por las

---

288 Citado por ICARES, *Drogadependientes: Reinserción Laboral*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 36

289 *Revista del Foro*, N° 1, Enero-Abril de 1954, pp. 182-183.

causales de uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes y abandono malicioso del hogar, reformándola declararon fundada la demanda en todos sus extremos.

El fallo, de conformidad con el dictamen fiscal, reprodujo sus argumentos, disponiendo que:

Se ha probado suficientemente que el demandado no sólo ha sido negociante de drogas heroicas, sino consumidor de ellas, esto es que lleva en sí el vicio degradante del cocainómano. La investigación policial de fs. ..., corroborada por el testimonio de las personas que declaran a fs. ..., revelan tal hecho. Aunque el esposo haya sido sobreseído del negocio ilícito al que estuvo dedicado, queda en pie la conducta deshonrosa, que hace insoportable la vida en común. Por estas razones estimó acertada la sentencia de Primera Instancia, que disuelve el vínculo matrimonial, amparando a la mujer, que por causas justificadas no quiere continuar al lado del demandado...

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1982 <sup>290</sup>

La demandante manifiesta que desde la primera semana de vida conyugal advirtió situaciones inexplicables en el cónyuge, quien salía de la casa después de desayunar y regresaba a las 5 ó 6 de la mañana enteramente desorbitado y se encerraba en el dormitorio hasta las primeras horas de la tarde para regresar otra vez a sus desapariciones inexplicables. Que después de escenas sumamente mortificantes y de recibir maltratos y ofensas al exigir una explicación a tan insólita conducta consiguió llevar al demandado donde un médico quien con sólo verlo diagnosticó un estado de drogadicción sumamente grave [...]. Que en cuanto a la causal de uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes en autos obra el instrumento público de fs. ...procedente del Hospital Central N° 2 donde consta que el demandado ingresó al Centro Hospitalario por consumo excesivo de Lorazepán, y manifiesta haber consumido pasta básica desde hace 3 años en dosis variables.

En Primera Instancia se consideró que aquella prueba no era

---

290 Exp. 756-82 / Lima

suficiente para acreditar la causal, en tanto es indispensable que exista una habitualidad en el uso de la sustancia estupefaciente.

En la Corte Superior, apreciando además que del informe oral sobre hechos vertidos por la demandante ha expresado a la Sala en forma meridiana que el demandado consumía pasta desde hace 6 años cuando aún eran enamorados y a los 15 días de su matrimonio se dió cuenta de su drogadicción, mientras que el abogado informante de la propia actora manifestó que recién en Noviembre la demandante se percató de tal hecho, incurriendo ambos en contradicción. Se confirmó por ello la sentencia inferior que declaraba infundada la demanda.

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

De acuerdo con el inc. 3° del art. 1074 del C. de P.C., las resoluciones judiciales deben apoyarse en el mérito del proceso y en la ley. La recurrida hace referencia a lo expresado por la actora y su abogado en el informe que expusieron ante la Sala, pero las expresiones que se atribuye a ellos no consta en ningún actuado; en tal virtud no se ajusta a la seriedad, corrección y rectitud que corresponde a los fallos judiciales invocar hechos que no constan del proceso.

El informe del Hospital Central del Empleado, corriente a fs. ...es sumamente explícito haciendo constar que el demandado manifestó haber consumido pasta básica de cocaína desde hace 3 años en dosis variables. Ese largo período de drogadicción constituye la causal contemplada por el inc. 7° del art. 247 del C.C., no se refiere a un hecho aislado o circunstancial, corroborándose el drama conyugal con las cartas que corren...

La conducta del demandado no puede ser amparada por la institución del matrimonio con sacrificio de la cónyuge.

De ahí que, declararon Haber Nulidad en la de vista, y por lo tanto fundada la demanda por esa causal.

#### **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.

### **8. LA ENFERMEDAD VENEREA GRAVE CONTRAIDA DESPUES DE LA CELEBRACION 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 extrasexual (que excepcionalmente también puede darse).

#### **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. 2º, concordado con el art. 241 inc. 2º 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 vínculo.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE JUNIO DE 1951<sup>291</sup>

### Hechos principales

- Los cónyuges contrajeron matrimonio el 11 de mayo de 1946.
- La esposa interpone demanda de divorcio contra su cónyuge el 10 de agosto de 1949, fundándose en las causales de sevicia, injuria grave y enfermedad venérea grave.
- En Primera Instancia, de conformidad con lo dictaminado por el Agente Fiscal, se declaró fundada la demanda, sólo por la causal prevista en el inc. 8° del art. 247.
- La Corte Superior, con lo expuesto por el Señor Fiscal, confirmó la apelada.
- El Fiscal Supremo, deteniéndose en las pruebas aportadas, en la que figura el oficio del Coronel Director del Hospital Militar "San Bartolomé", por el que envió el Juzgado el informe de fs. ...evacuado por el Capitán encargado del Centro de Recepción de enfermos del que resulta que desde el 17 de marzo al 20 de abril de 1942, el entonces Subteniente don ...estuvo hospitalizado para atenderse de CHANCRO BLAN-DO; que del 15 de febrero al 21 de abril de 1949 el Teniente ...fue atendido de una LUES, que del 12 de julio al 26 de julio de 1947 sufrió y fue atendido de una disentería amebiana y que del 15 de marzo al 1° de junio de 1941 el Capitán ...salió del Hospital con el diagnóstico de padecer de una "AORTITIS LUETICA".

El examen del informe permite establecer que el demandado ha sufrido de enfermedad contagiosa desde el mes de marzo de

---

291 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 91, Agosto de 1951, p. 879.

1942 y que ha requerido tratamiento médico hasta el día en que, con fecha 28 de octubre de 1949, se expide el informe por los médicos del Hospital "San Bartolomé".

Concluyendo el Fiscal que:

Lo que sí resulta notorio es que cuando se celebró el matrimonio, el 11 de mayo de 1946, el contrayente padecía de LUES, fs. ...v., siendo tratado el proceso luético desde el año de 1947, fs. ...v., por el Capitán ...De haberse sabido la existencia del mal, la familia de la contrayente, menor de 16 años, seguramente, no habría consentido en el acto nupcial por el riesgo para la convivencia en común. El control periódico que aconsejan los médicos, fs. ...v., indica que el mal no ha desaparecido al tiempo de expedirse el informe [...].

La vida en común en el domicilio conyugal pone en peligro la salud de la cónyuge actora. La separación se ha producido, según resulta de autos.

Por lo que considera que debe declararse No Haber Nulidad en la sentencia de vista.

- La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal y considerando además que el certificado médico de fs. ...acredita que el demandado ha contraído la enfermedad de que adolece después de la celebración del matrimonio, declaró No Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada por la causal de enfermedad venérea grave e infundada por las otras.
- El voto singular del Vocal Sr. Sayán objetando el fallo argumentó:

Considerando: que la aortitis luética raramente presenta síntomas en el transcurso de la primera década de la lúes adquirida, ya que según Hugh Morgan en el Tratado de Medicina interna de Russel Cocil, el período de tiempo medio entre las infecciones por treponema Palli y el desarrollo de dichos síntomas de la enfermedad supera en mucho ese término, que la lesión cardiovascular diagnosticada el año 1947 como aparece del certificado corriente a fs. ..., no ha podido ser contraída

por el demandado después de la fecha de celebración de su matrimonio en 1946, como requiere el inc. 8º del art. 247 del Código Civil para la procedencia del divorcio por esta causal, mi voto es porque se declare Haber Nulidad en la sentencia de vista de fs. ..., que confirmando la apelada de fs. ..., declara el divorcio de don ...y doña ..., y porque reformando la primera y revocando la segunda se declare infundada la demanda.

Asuntos a tratar:

- Oportunidad en que fue contraída la enfermedad.
- Procedencia del divorcio a pesar de que fuera contraída antes del matrimonio
- Acción que debió interponerse.

Del contenido del dictamen fiscal, se colige que el informe médico presentado por el Hospital San Bartolomé verifica la oportunidad en que el demandado contrajo la enfermedad, en el año 1942, cuando sufrió un Chancro Blando. Luego en 1946 tuvo lugar el matrimonio y en 1947 el cónyuge padecía ya de aortitis luética, que como lo explica el Vocal Dr. Sayán en su voto en contra, es una fase posterior de un proceso venéreo que se inició tiempo atrás. Desde un punto de vista estrictamente legal, la demanda de divorcio debió ser declarada improcedente, ya que el inc. 8º del art. 247 (art. 333 C.C. 1984), establece inequívocamente que es causal de divorcio la enfermedad venérea grave contraída después del matrimonio; que en el caso materia de examen y de acuerdo a la legislación anterior, lo que debió hacer la demandante fue iniciar un proceso de nulidad de matrimonio sustentándolo en el art. 147 (C.C. 1936), que preceptuaba que el matrimonio era anulable cuando había sido contraído en la ignorancia de un defecto sustancial que haga insoportable la vida en común, tratándose de un vicio que constituye grave peligro para la prole.

Por razones de equidad, y evaluando el juzgador las circunstancias especiales que rodearon el caso, a fin de emitir la solución más justa y conveniente en pos de la integridad y seguridad de los miembros de la familia, amparó la demanda, por cuanto no se podía obligar a mantener vínculo matrimonial a una persona con

alguien que representa una seria amenaza tanto para su salud como para la descendencia, siendo eso lo que precisamente protege la causal, aunque se refiera a la enfermedad adquirida después del matrimonio.

De otro lado, como se puede inferir de las fechas, la acción por nulidad habría prescrito al haber transcurrido más de dos años de la celebración del matrimonio (art. 149 C.C. 1936), por lo que la única solución posible al problema planteado era admitir el divorcio.

Nuestro ordenamiento vigente ha traído reformas muy saludables en este aspecto, al incorporar como causal distinta de invalidación del matrimonio, el incurrir uno de los cónyuges en impedimento de sanidad (art. 277 inc. 2do.). En especial para lo referido al plazo en el cual puede interponerse la respectiva acción, ya no son dos años a partir de la celebración del matrimonio, que como vemos podía dejar en desamparo situaciones desesperadas como la de la resolución citada, sino que señala el plazo de un año a partir del conocimiento de la dolencia o vicio, lo que posibilita que en circunstancias similares a la referida, pueda comprenderse que recién se esclarece la cognición de la oportunidad en que se contrajo la enfermedad, durante el desarrollo del proceso de divorcio, dando tiempo a la parte perjudicada a iniciar la acción pertinente.

Modificación importante, en especial por los caracteres propios de esta enfermedad, incluida dentro de esa causal de invalidez y cuyo límite con la causal de divorcio se halla en el momento en que fue contraída y no en el que se manifiesta, margen que en la realidad puede ser no muy claro.

El Dr. Gaylord Anderson en su obra *Control de Enfermedades Transmisibles* nos dice: "La prueba sanguínea generalmente se vuelve positiva al final de la etapa de chancro y permanece positiva durante la duración de la infección"<sup>292</sup>

---

292 Gaylord Anderson, Margaret Arnstein y Mary Lester, *Control de Enfermedades Transmisibles*, México, Editorial Interamericana, 1965, p. 393

Se puede deducir que existe un período en la enfermedad en el cual ella aún no aparece, a pesar de haber afectado al individuo, en los respectivos exámenes sanguíneos, que como sabemos son requisito formal previo a contraer matrimonio, y que siendo muy importantes por sus posibles efectos, es muchas veces hábilmente evadido.

De ahí que puedan presentarse problemas como:

- Que cumpliendo con la prueba, no aparezca signo del mal.
- Que evadiéndola, se cause graves perjuicios al otro cónyuge y en especial a la familia que puedan generar.

La primera dificultad puede remediarse mediante la interpretación comprensiva, en algunos casos, del art. 277 inc. 2º, permitiéndose accionar al agraviado por anulabilidad de matrimonio; ya que como se ha anotado el divorcio apreciado con un criterio formalista no sería procedente.

La segunda, que suele presentarse a través de certificados médicos de favor u otros, hace necesario que la ley y las autoridades no escatimen en sus exigencias al requerir un examen de tanta importancia como éste, cuyas repercusiones son decisivas en la constitución de un futuro hogar.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1985<sup>293</sup>

Con lo expuesto por el Señor Fiscal, la Corte Suprema; consideró:

“Que no se ha acreditado en autos que el demandado hubiera padecido de enfermedad venérea y transmitido a ésta”. Declaró infundada la demanda de divorcio incoada por la cónyuge.

El dictamen fiscal por el contrario opinó:

Con el mérito del certificado médico de fs. ..., resumen de la hoja clínica de fs. ...y de laboratorio de fs. ..., reconocidos en su

---

293 Exp. 103-85 / La Libertad

contenido y firma por por el médico Dr. ...en la diligencia de fs. ..., se ha probado que dentro de la vigencia del matrimonio contrajo la enfermedad venérea grave, causal de divorcio prevista en el inc. 8° del art. 247 del C.C. (D.) [...] los referidos certificados médicos están corroborados por el silencio que ha guardado el demandado al no haber contradicho los fundamentos de la demanda no obstante de haber sido notificado con las formalidades legales, lo que induce a pensar que no ha tenido ningún argumento que desvirtúe el contenido del escrito de fs. ...

Cabe recalcar que la demanda no se funda en hecho propio, pues de la simple lectura surge que la actora ha atribuido la autoría del contagio de que ha sido víctima en forma expresa al demandado que en todo caso ha debido contradecir y probar en aplicación del principio de la carga de la prueba.

La Ejecutoria es explícita al considerar que no es suficiente acreditar que la cónyuge demandante padece de un mal venéreo contraído durante el matrimonio, sino que además y fundamentalmente es necesario verificar; que el autor del contagio es, en efecto, el cónyuge emplazado. Como en el caso de autos no se logró esa evidencia, lo propio fue declarar infundada la acción, por cuanto como sabemos es el demandante y no el demandado quien tiene la carga de la prueba (*Actore non probante reus absolvitur*, art. 200 C.P.C.).

### **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.

## **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 él <sup>294</sup>

## **9.2. Efectos de su inclusión en nuestro ordenamiento**

El art. 333 en su inc. 9º 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 legislación.

## **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 inclinaciones.

Se discute acerca de las causas físico-endocrinológicas o de carácter psicológico de la homosexualidad. En este sentido, se dirá que, si bien es cierto que algunos casos responden a deficiencias congénitas en la estructura hormonal del individuo, la gran mayoría se presenta ante todo como un asunto de origen psico-social.

La homosexualidad no es una disendocrinopatía, sino una alteración psicosexual, es decir, a nivel del sistema de la organización neuropsíquica de la sexualidad <sup>295</sup>

---

294 Joseff Rattner. Psicología y psicopatología de la vida amorosa. México, Siglo XXI, 1966, p. 163

295 Juan José López Ibor. El libro de la vida sexual, Barcelona, Ed. Océano-Danae, p. 432.

Esta anomalía sexual es entendida como manifestación de un trastorno de personalidad, cuya posible fuente se halla en la experiencia vital del sujeto, en las inquietudes y frustraciones que hayan rodeado sus primeros años, y su entorno social que hubiera favorecido o precipitado aquellos desequilibrios.

En ocasiones el matrimonio ofrece la fachada convencional tras la cual puede vivirse y desahogarse la tendencia sexual anómala; a veces incluso la homosexualidad ha hecho erupción justamente después de contraer matrimonio <sup>296</sup>

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

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 justificada.

Dicha preocupación se verifica al distinguimos Marañón entre cuatro variedades de manifestación homosexual:

Homosexualidad completa y duradera, que puede presentarse sin recato alguno o encubierta por una cierta pudibundez; ho-

---

296    Joseff Rattner. Op. Cit., p. 164

mosexualidad latente, con manifestaciones episódicas; homosexualidad profesional, tal la de las prostitutas; y una falsa homosexualidad, la de los neuróticos.<sup>297</sup>

Hay dos posibles situaciones que pueden inducir a error en cuanto al momento de la percepción en la desviación sexual:

Es el caso de la homosexualidad latente, cuyas manifestaciones no son continuas, y su percepción por el cónyuge inocente es posterior al matrimonio, pero su existencia se remonta a tiempo anterior a él. Otra circunstancia de similares efectos puede generarse para aquél cuyo cónyuge sea bisexual, y descubra dicho fenómeno durante su vida matrimonial y lo crea propio de esa etapa, determinándose lo contrario, pero ya lamentablemente durante el séquito de un determinado proceso.

Caso semejante contempló nuestra jurisprudencia en relación a la causal de enfermedad venérea grave, vista en la ejecutoria suprema del 26 de junio de 1951. En aquel caso, se acreditó plenamente durante el juicio de divorcio que el mal invocado fue contraído antes del matrimonio. La causal señala al igual que lo hace ésta, que debe ser posterior al casamiento. La ejecutoria suprema declaró finalmente fundada la demanda, pero se pudo apreciar el voto en contra de un magistrado que sostuvo una posición que lo denegaba y que, en *strictu sensu*, se encontraba arreglada a ley.

#### 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°.

---

297 Citado por Juan José López Ibor. Op. Cit., p. 435.

## 10. LA CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS, IMPUESTA DESPUES DE LA CELEBRACION 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 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 facultad.

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 separación<sup>298</sup>

### 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

---

298 Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil Op. Cit., p. 553.

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 torna 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”<sup>299</sup>

El crimen causa la vergüenza, y no el patíbulo; [...] la deshonra resulta mucho más de la gravedad de la falta imputada que de su sanción.<sup>300</sup>

Aspecto importante a discutir en esta materia, es el relativo a la procedencia o no de la causal, en los casos en que la condena dictada es de carácter condicional.

Esta interrogante resulta por demás trascendente, frente a los términos de nuestra actual legislación penal, que ha extendido la condena condicional a delitos cuya sanción alcanza hasta los cuatro años de privación de la libertad, cuando antes su límite temporal era el de dos años; por lo que su procedencia se ha proyectado a la gran mayoría de delitos.

Como lo señala el Dr. Alejandro Solis E. en su libro *Ciencia Penitenciaria*: “el régimen de ejecución penal en libertad, tiene en la doctrina y en la experiencia internacional, diferentes denominaciones en los países en los que tiene vigencia. Generalmente se ha considerado dos variantes principales, el anglo americano o “probation” y el franco-belga o “sursis”.<sup>301</sup>

La condena condicional también denominada “sursis”, fue instituida en nuestro país inicialmente por el Código Penal de 1924, solamente para casos de delitos que mereciesen una pena no mayor de seis meses, posteriormente modificada por la ley 9014,

---

299 Héctor Cornejo Chávez. Op. Cit., p. 360.

300 Henry y Jen Mazeaud. Op. Cit., p. 415.

301 Alejandro Solis Espinoza. *Ciencia Penitenciaria*, Lima, Editorial Desa, 1990, p.267.

restringiéndose para los delitos culposos; el Código de Procedimientos Penales la estipuló tanto para delitos culposos como dolosos que mereciesen multa o prisión que no excediera de seis meses; la Ley 21895 extendió el plazo de pena hasta no mayor de dos años de prisión; el Decreto Legislativo 126 precisó que procedía cuando se dictara condena a pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, contra persona que no haya sido objeto de condena anterior, nacional o extranjera, o cuando los antecedentes y carácter del condenado permitan prever que no cometerá nuevo delito, el Tribunal podrá suspender la ejecución de la pena impuesta. Actualmente, el Art. 57 del Código Penal ha ampliado sus alcances, admitiéndola en los casos de personas sancionadas con penas privativas de libertad no mayores de cuatro años.

¿Dentro de este marco legal, el señalamiento de una condena condicional mayor de dos años, permite la configuración de la causal de divorcio en examen?. Creemos de acuerdo a su fundamentación jurídica y características, que puede afirmarse ello, por cuanto la condena condicional, es una forma de ejecución de la pena en libertad, sujeta a determinadas reglas de conducta, y su inobservancia conduce a su revocación; por tanto, existe una penalidad.

Hernando Baquero Borda, expresa con claridad su carácter de pena al señalar: “Este instituto penal reconoce el juicio de desvalor ético-social contenido en la sentencia, fortalecido con la amenaza de ejecutar la pena en el caso de incumplirse por el condenado las obligaciones impuestas...”.<sup>302</sup>

La condena condicional mayor de dos años, ameritaría la sanción civil del divorcio.

Es conveniente señalar que la condena impuesta debe responder a la punición de un delito común, de tal manera se dirá

---

302 Hernando Baquero Borda. “La Condena de Ejecución Condicional y la Libertad Condicional”, en Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Nro.19, Enero-Abril 1983, p.38.

que no se incorpora dentro de la causal; por ejemplo, el caso del **delito político**. Hugo Lindo comentando la ley salvadoreña manifiesta: “El legislador no ha querido obligar a nadie a llevar vida matrimonial con un ser perverso. Y ya expresamos que, a juicio de los padres de la ley, el delincuente político no es un perverso, sino un fracasado”<sup>303</sup>

### 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 divorcio.

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”<sup>304</sup>

- 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 mas no la condena ni el hecho punible.

---

303 Hugo Lindo. Op. Cit., p. 91.

304 Hernán Larraín Ríos. Op. Cit., p. 194.

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 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.

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.

Aspecto importante a discutir es el relativo a la procedencia o no de la causal en los casos en que la condena dictada es de carácter condicional.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE AGOSTO DE 1943<sup>305</sup>

##### Resolución Suprema:

Vistos; en discordia; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que la demanda interpuesta por doña ...se funda en el inc. 9º del art. 247 del Código Civil, que establece que es causa de divorcio la condena a pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta a uno de los cónyuges; que las disposiciones legales no pueden aplicarse de un modo abstrac-

---

305 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 1, Octubre de 1943, pp. 25-26.

to, sin tomar en consideración los antecedentes y circunstancias de los hechos controvertidos y, principalmente, sus fundamentos jurídicos y de justicia; que del expediente criminal por el delito de homicidio en que el demandado don ...fue condenado a tres años de prisión, ofrecido por él como prueba en el acto de comparendo y que se ha tenido a la vista al pronunciarse las sentencias de Primera y de Segunda Instancia, resulta comprobado que la demandante con su conducta incorrecta, fue la que realmente motivó el referido delito, lo que determinó notable atenuación de la pena; que en tal virtud, sería injusto y hasta inmoral que se declarara fundada la demanda de divorcio entablada por doña ..., alegando como único fundamento la condena impuesta a su cónyuge; y que el demandado en el comparendo expuso claramente que convenía en el divorcio, "pero sustentándolo en las causales que contiene el art. doscientos cuarentisiete del C.C., en sus incisos cuarto y sexto, o sea, injuria grave y conducta deshonrosa, suficientemente acreditada en el expediente criminal agregado, especialmente con las cartas de fs. ...y ...y con las cuestiones de hecho ..., votadas por el Tribunal Correccional: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha 12 de junio de 1942, que aprobando la de Primera Instancia de fs. ..., su fecha 14 de octubre de 1941, declara fundada la demanda de divorcio entablada por doña ..., reformando la primera y revocando la segunda, declararon sin lugar la demanda y fundada la reconvencción y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial por las causales alegadas por el demandado...

#### Votos discordantes:

- Estando al mérito de la ejecutoria recaída en la instrucción seguida contra ..., por delito de homicidio en la persona del Dr. ..., y al de la prueba actuada en la misma, de la que aparecen comprobadas las causales invocadas como fundamento de la reconvencción: nuestro voto es porque se declare No Haber Nulidad en la sentencia de vista y que Hay Nulidad en la parte que declara infundada la reconvencción, la que debe declararse fundada. Ballón Velarde Alvarez.

- Atendiendo: a que la causal prevista en el inc. 9º del artículo doscientos cuarentisiete del Código Civil en que se funda la demanda interpuesta por doña ...contra su esposo don ...para obtener el divorcio está debidamente acreditada con la ejecuto-

ria suprema recaída en la causal seguida contra el demandado ...por homicidio del Dr. ...; a que la reconvencción formulada por el demandado para el divorcio se declare por las causales de injuria grave y conducta deshonrosa en que afirma ha incurrido la demandante, no está legalmente comprobada en autos, en ninguno de sus extremos, desde que el expediente criminal ofrecido como única prueba con ese propósito, carece de eficacia probatoria en este caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos cuarentidós del Código de Procedimientos Civiles, toda vez que doña ...no fue parte en ese juicio. Por estas razones mi voto es por la No Nulidad de la sentencia de vista que declara fundada la demanda e infundada la reconvencción. Samanamud.

Como se dijo al expresar el fundamento de esta causal, lo que trata de sancionar es la grave ofensa y el perjuicio que sufre el cónyuge inocente por el delito cometido por el otro. En este caso, ocurre todo lo contrario, ya que la demandante no puede verse afectada moralmente por las consecuencias de un acto que motivó ella misma, lo cual ha sido plenamente comprobado en el proceso. Además, el art. 335 del C.C. establece que ninguno de los cónyuges puede fundar su acción de divorcio en hecho propio, si bien es cierto la cónyuge no sufrió la condena, sí constituyó el elemento fundamental en la comisión del delito.

Resulta odioso [...] que un cónyuge invocara una condena por hechos de colaboración con el enemigo, en los que él mismo habría participado o que habría aprobado. El adulterio o la condena no son ya entonces causas, sino pretextos, para el divorcio; y los tribunales deben excluirlos<sup>306</sup>

#### **10.4. Emplazamiento judicial a demandados interdictos**

- El demandado que sufre interdicción civil debe ser emplazado judicialmente a través de su representante legal.

---

306 Henry León y Jean Mazeaud. Op. Cit., p. 413.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE MAYO DE 1990<sup>307</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

La actora a fs. 11 interpone demanda de divorcio contra su esposo ...por la causal establecida por el art. 333 inc. 10° del Código Civil, manifestando que contrajeron matrimonio en el Concejo Distrital de Bellavista en julio de 1975, habiendo procreado a los menores ...y ...

Adjunta para acreditar su solicitud, copia certificada de la sentencia expedida por el Noveno Tribunal Correccional de Lima el 5 de noviembre de 1986, que impone al demandado la pena de 6 años de penitenciaría.

Citadas las partes y el Señor Fiscal Provincial a comparendo, éste se realiza sin la concurrencia del demandado conforme aparece del acta de fs. 14 de 21 de junio de 1987 en la que el Juzgado dió por contestada la demanda en rebeldía del demandado.

A fs. 25 obra el oficio dirigido al Juzgado por el Director Técnico Penitenciario de la Casa de SemiLibertad de San Miguel, adjuntándole, a su solicitud, el informe respectivo en el que se expresa que el demandado se halla gozando del beneficio de semilibertad desde el 28 de mayo de 1987, y que domicilia en...

A fs. 31 el Juzgado expide sentencia declarando fundada la demanda y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial, por considerar que la causal alegada ha quedado debidamente comprobada con el mérito de la copia certificada de la sentencia.

Elevada en consulta la sentencia de fs. 31, la Sala Civil citó a las partes y al Señor Fiscal Superior a comparendo, el mismo que no se realizó por inconcurrencia de las partes.

A fs. 39 el Señor Fiscal Superior emite dictamen opinando porque se confirme la sentencia consultada.

A fs. 40 la Sala Civil, con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando que el demandado fue condenado a las penas accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil durante la condena que vence en noviembre de 1990, y que se ha incurrido en causal de nulidad al emplazársele judicialmente en forma personal; declara nula la sentencia consultada e insubsistente lo actuado desde fojas 13, y dispone que el Juzgado tramite la causa con arreglo a ley.

---

307 Exp. 2209-89 / Callao.

Del análisis y revisión de lo actuado se desprende:

- a) Que el matrimonio cuya disolución se solicita está acreditado con la partida de fs. 3;
- b) Que de la copia certificada de la sentencia de fs. 4 se desprende que el demandado fue condenado por el Noveno Tribunal Correccional de Lima a la pena de 6 años de penitenciaría, más las accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil por el término de la condena que vence el 12 de noviembre de 1990;
- c) Que, de conformidad con lo establecido por el art. 32 del Código Penal y los arts. 44y 564 del Código Civil, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil son relativamente incapaces sujetos a curatela, no pudiendo ser emplazados judicialmente en forma personal sino en la forma establecida por el art. 26 del Código de Procedimientos Civiles;
- d) En el caso de autos el demandado sujeto a interdicción civil hasta el 12 de noviembre de 1990 fue emplazado con la demanda en forma personal y no a través de su representante legal el 8 de julio de 1987, incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el art. 1085 inc. 13 del C.P.C.

Por las consideraciones expuestas, este Ministerio Público opina porque NO HAY NULIDAD en la recurrida que declara nula la sentencia consultada de fs. 31 e insubsistente lo actuado desde fs. 13.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE AGOSTO DE 1992<sup>308</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Abierta la causa a prueba, la actora presenta las siguientes: a fs. 23, una solicitud dirigida al Señor Prefecto de la Provincia de Lima, pidiendo Garantías Personales, debido a que su cónyuge ha intentado agredirla; de fecha 24 de junio de 1987; a fs. 24 y 25, dos Constancias Policiales por agresión a la actora y por haberse llevado a su menor hija, respectivamente; a fs. 27, copia certificada de la sentencia emitida por el Primer Tribunal Correccional de Lima, la cual condena a siete años de prisión al emplazado por el delito contra el patrimonio (Asalto y robo)...

Del estudio de lo actuado se tiene que se ha incurrido en causal de nulidad prevista en el inc. 13° del Art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles al no haberse notificado personalmente al representante del demandado, por estar éste sometido a interdicción civil, conforme lo señala el art. 564 del Código Civil, concordado con el art. 595 del mismo cuerpo de leyes, privándose del derecho de defensa en contravención a lo dispuesto por el art. 233, inc. 9° de la Constitución Política, concordante con el art. 3°, inc. b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

*- El interno procesado que aún no ha sido condenado ni se le ha inhabilitado, debe ser emplazado en el Centro penal en el que se encuentre.*

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE SETIEMBRE DE 1996<sup>309</sup>

CONSIDERANDO: Primero.- Que el recurso de casación fue concebido a fojas ciento veinticinco y fue declarado procedente por resolución de cinco de diciembre de mil novecientos noventicinco, por la causal invocada; Segundo.- Que si bien se encuentra acreditado que el demandado se encontraba cumpliendo condena privativa de la libertad por delito de narcotráfico en el Centro Penitenciario Cras San Pedro "Ex Luriganchu" ello no impedía que se le notificara la demanda en dicho centro de reclusión; Tercero.- Que el artículo ciento sesenta del Código Procesal Civil, establece la forma en que tiene que hacerse la notificación por cédula, que en este caso no se ha practicado, porque en el auto admisorio de la instancia se dispuso se designara curador procesal al demandado; Cuarto.- Que el curador procesal al contestar la demanda a fojas ... reconoció la veracidad de la causal de divorcio y de la pretensión alimenticia, lo que importaba un allanamiento, incumpliendo lo dispuesto por el inciso segundo del artículo trescientos treintidós del Código Procesal Civil; Quinto.- Que ante estas dos graves infracciones procesales que originan la nulidad de todo lo actuado, carece de objeto pronunciarse sobre las demás que se mencionan en el recurso de casación; Sexto.- Que habiéndose incumplido la formalidad procesal de los artículos ciento sesenta y trescientos treintidós inciso segundo del Código Adjetivo, la Sala Civil de la Corte Suprema FALLA:

---

309 Casación N° 646-95/ Callao

DECLARANDO FUNDADO el recurso de casación interpuesto por don ... y en consecuencia se CASA la sentencia pronunciada por la Sala Civil ..., su fecha ..., y actuando en sede de instancia declara NULA dicha sentencia, INSUBSISTENTE la apelada ... y nulo todo lo actuado desde fojas ..., debiendo dictarse un nuevo auto admisorio de la instancia con arreglo a ley ...

### **10.5. 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.

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1991<sup>310</sup>**

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

En cuanto al extremo de la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, tampoco podría ampararse ya que según refiere el actor, este hecho ocurrió en el año de 1959 y conforme a lo previsto en el Art. 339 del Código Civil esta causal ha caducado.

---

310 Exp. 1601-88 / Lima.



### **CAPITULO III**

#### *LAS CAUSALES DE DIVORCIO Y LOS MEDIOS PROBATORIOS*



## **1. DECLARACION DE PARTE**

### ***1.1. 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.

### ***1.2. Valor Probatorio***

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

### ***1.3. 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, 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).

Acompañada la declaración de otras pruebas, es apreciada integralmente por el juez. Con 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 (Art. 218 y 282 C.P.C.).

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE JULIO DE 1982 <sup>311</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal apreció:

...en cuanto al carácter malicioso del abandono, su definición surge, en este caso, del hecho de que la demandada se muda del hogar conyugal sin consentimiento y en la ausencia de su esposo; actitud que se acentúa por el hecho de que la demandada no emplea los recursos de la defensa, ya que no concurre al comparendo ni a prestar la confesión solicitada...

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE MAYO DE 1992<sup>312</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que la propia demandada admite haberse separado del hogar conyugal alegando que fue por mutuo acuerdo, lo que no se

---

311 Exp. 270-82 / Lima.

312 Exp.1757-90/ Lima.

ha probado ...declaró fundada la demanda, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial.

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

...3.- Por otro lado, el actor que ha participado activamente en el proceso, no acude a prestar confesión de ahí que por resolución de fs. 43 vta. se manda que en efectividad del apercibimiento decretado, se tenga por contestado en sentido afirmativo el pliego interrogatorio de fs. 41 quedando con dicha confesión ficta desvirtuadas las aseveraciones expresadas en su demanda.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE MAYO DE 1993<sup>313</sup>

“La causal invocada se encuentra probada no sólo por el reconocimiento expreso que en juicio hace la emplazada, sino por el informe evacuado por la Iglesia..., de fs. 07 en el que se hace saber de su confesión y de la medida disciplinaria impuesta por esa institución religiosa”.

## 2. DECLARACION DE TESTIGOS

### 2.1. *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”<sup>314</sup>

### 2.2. *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.

---

313 Exp. 2116-92 / San Martín

314 Ernesto Perla Velaochaga. Op. Cit., p. 291

### **2.3. Prohibiciones para declarar**

Estarán prohibidos de declarar, las personas incursoas en las causales señaladas en el art. 229 del C.P.C., que taxativamente dispone:

Se prohíbe que declare como testigo:

1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222;
2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad;
3. 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;
4. El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y,
5. El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.

### **2.4. Alcances de la prueba de declaración de testigos en los procesos de divorcio**

El valor probatorio de la prueba testimonial como el de las otras pruebas deberá ser apreciado de manera conjunta, el juez habrá de determinarlo siguiendo las reglas de la crítica, analizando los otros testimonios y las demás pruebas actuadas. Para su apreciación lo sustantivo no es el número sino la calidad de los declarantes. En algunos casos se ha podido distinguir que, como prueba única, ha sido suficiente inclusive para ameritar una causal y acompañado de otras fue determinante en la decisión del juzgador; pero ello no es lo general, porque la sospecha en la poca idoneidad de la declaración, hace que sea evaluada cuidadosamente, a fin de evitar un juicio arbitrario.

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE MARZO DE 1979 <sup>315</sup>

Que la primera causal alegada (injuria grave), no ha sido acreditada suficientemente con la probanza actuada y las simples testimoniales de fs. ..., de personas que no dan debida razón de sus dichos, que señalan a la esposa como persona de carácter fuerte y que anotan le escucharon, en alguna ocasión de fecha no precisada, expresarse en términos impropios acerca del demandante, tal vez ya en época coincidente a esos litigios, que naturalmente hubieran de originar la desarmonía de los cónyuges, sin revelar en la esposa actitud permanente de afrontar gravemente a su marido, no constituye el medio probatorio debido, ni los hechos que puedan permitir el divorcio pedido.

### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE MARZO DE 1983 <sup>316</sup>

Que los testigos ofrecidos por el demandante, que deponen a fs. ..., no corroborados con otra prueba, devienen insuficientes para acreditar la causal de conducta deshonrosa, en efecto, dichos testigos se pronuncian en forma imprecisa, cuando no referencial, y además los dos primeros son hermanos del accionante y su declaración debe ser tomada con reservas; que, por otro lado, las testimoniales de fs. ...son favorables a la demandada; que en esta circunstancia no puede considerarse con seriedad que el demandante ha probado su acción.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE ENERO DE 1981 <sup>317</sup>

“Y en cuanto a la testifical de fs. ..., en relación al interrogatorio de fs. ..., resulta inverosímil que el supuesto amante confiese, en presencia del testigo y del esposo de la demandada, que mantiene relaciones convivenciales con ésta”.

Declararon Haber Nulidad en la de vista que confirmando la apelada declaraba fundada la demanda por conducta deshonrosa.

Como se ha advertido, los testigos al ser examinados deben dar razón de sus dichos, ya sea como testigos presenciales o de

---

315 Exp. 361-79 / Lima

316 Exp. 232-82 / Arequipa

317 Exp. 2623-80 / Lambayeque

primer grado (más significativo), o como testigos referenciales o de segundo grado, teniendo que ser sus respuestas suficientemente motivadas, es decir, indicándose el lugar, tiempo y modo de los hechos que dan cuenta, en caso contrario serán descalificados por los jueces. Asimismo, el contenido de la declaración no puede apartarse de las reglas lógicas y generales de conducta, como acertadamente se estima en la última resolución, al decirse que es inverosímil concebir que el amante va a manifestar su culpa frente al esposo y un testigo, lo que resulta improbable al menos en condiciones normales.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE MARZO DE 1993 <sup>318</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

En la etapa procesal de la prueba, el accionante no aporta ninguna que acredite la veracidad de los hechos que invoca en su demanda, apareciendo mas bien a fs. 16 una solicitud presentada por las testigos de su parte que lo desautorizan por constarles el comportamiento honorable de la demandada.

##### 2.4.1. *La declaración de parientes próximos*

En los juicios de divorcio, por la naturaleza tan privada de los asuntos que se ventilan, son casi siempre los parientes más próximos los que pueden dar mejor cuenta de los hechos en cuestión. Incluso, a veces, son los únicos que tienen conocimiento de ellos, por lo que los jueces se ven precisados a tenerlos en cuenta para ameritar o no la existencia de la causal invocada.

En las siguientes ejecutorias, se habrá de considerar la declaración de los propios hijos de las partes, como otro elemento de convicción en el proceso.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE MAYO DE 1982 <sup>319</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró fundada la demanda de divorcio.

---

318 Exp. 1376-92 / Piura.

319 Exp. 44-82 / Cajamarca

La causal de adulterio se encuentra acreditada con las testimoniales uniformes de fs. 38, 39, 43 y 49, historia clínica de fs. 45, identificación de fs. 62, declaraciones de los propios hijos de la demandada actuadas [...] de las que resulta que la demandada dio a luz el 2 de setiembre de 1978 una criatura de sexo femenino como resultado de sus relaciones con persona distinta de su esposo.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE MAYO DE 1993<sup>320</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Para acreditar su dicho el accionante presenta la copia certificada de la denuncia policial de fs. 7, que contiene únicamente la manifestación de su parte, la cual es desvirtuada posteriormente por sus hijos ...y ...al prestar sus declaraciones testimoniales a fs. 69 y 71, las que merecen fe por tratarse el asunto de relaciones familiares y además por haber manifestado el actor que las mismas se encuentran bajo su amparo y protección, no obstante ser mayores de edad, y por ende no podrían haber falseado la verdad...

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE FEBRERO DE 1981<sup>321</sup>

Que las testimoniales de fs. ...no son suficientes para acreditar las causales de injuria grave y sevicia invocadas por el demandante como fundamento de su acción, y no sólo porque los deponentes no dan razón de sus dichos sino porque además siendo el primero de ellos padre del demandante y los dos últimos empleados que trabajan bajo las órdenes del actor, hay que tomar con reserva sus declaraciones.

### *2.4.2. La declaración de los dependientes y su trascendencia en los juicios de divorcio*

En este aspecto, la declaración de los empleados domésticos a pesar de la subordinación existente, en los procesos de divorcio

---

320 Exp. 1093-92 / Lima.

321 Exp. 3632-80 / Lima

es muy considerada, en virtud de la proximidad que los une con la realidad de los problemas conyugales.

Así lo han establecido ejecutorias como:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE JUNIO DE 1980 <sup>322</sup>

Que la carta corriente a fs. ...dirigida por la demandada a don ...el quince de junio de mil novecientos setentiocho, y cuyo mérito no ha sido objetado, corroborada con la declaración testimonial prestada a fs. ...por doña ..., quien fuera doméstica en casa del matrimonio, y que confiere valor de prueba plena a la declaración suscrita por la cónyuge conforme al documento de fs. ..., acreditan fehacientemente el adulterio.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE SETIEMBRE DE 1956 <sup>323</sup>

La otra causal de injurias ha sido demostrada con las declaraciones de los domésticos, testigos excepcionales y pertinentes que escuchaban las palabras ultrajantes e interjecciones empleadas por el esposo, sin considerar la elevada educación y cultura de su esposa. No es necesario para el caso, constancias policiales ni otros elementos de investigación, puesto que hay testigos, que al ser repreguntados por el demandado, dan detalles de las frecuentes desavenencias promovidas por éste, como es de verse a fs. ...y ...

#### 2.4.3. *Valor de la prueba testimonial en razón a las calidades personales de sus ponentes*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE DICIEMBRE DE 1954 <sup>324</sup>

“La causal que como fundamento de la demanda de divorcio, invoca el actor en su escrito está plenamente acreditada con las testimoniales precisas y concordantes de fs. ...y ..., prestadas

---

322 Exp. 54-80 / Lima.

323 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 155, Diciembre de 1956, p. 1454-1455.

324 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 137, Junio de 1955, p. 2223-2224

por quienes en su calidad de vecinos de los litigantes pudieron apreciar los repetidos incidentes provocados por la demandada, que constituyen injurias graves, y dan mérito para declarar el divorcio.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE JULIO DE 1954 <sup>325</sup>

Que la sevicia o trato cruel inferida por el demandado a su esposa, está debidamente acreditada con las declaraciones del Ingeniero don ..., corriente a fs. ..., quien al ser repreguntado por el demandado, precisa y concreta los escándalos promovidos por éste en su hogar, al extremo de haberse visto obligado a solicitar la intervención de la policía.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 1954 <sup>326</sup>

En los juicios acumulados de alimentos y divorcio, entre los esposos ...y ..., se ha producido amplia prueba, para demostrar el abandono del hogar conyugal por la primera, para el efecto de convivir con ...hecho público, al que se remiten testigos de solvencia moral absoluta, como los presentados por el esposo ofendido, y que son objeto de mención especial en uno de los considerandos de la sentencia de Primera Instancia de fs. ...

## 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE SETIEMBRE DE 1982 <sup>327</sup>

La testimonial del Guardia Civil ...de fs. ...la certificación de fs. ..., expedida por el Puesto Policial de Chiquián, dejando establecido que la demandada fue ubicada en la localidad de Pomapata juntamente con ...; que la demandada no ha justificado el motivo por el que se dirigió a Pomapata viajando a pie toda la noche, ya que si trataba de retirarse del hogar hubiera viajado a Lima, donde posteriormente fue notificada con la demanda como consta en fs. ..., que los hechos mencionados se corroboran con la declaración uniforme de los testigos propuestos por el actor y que obran de fs. ... a ...

---

325 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 134, Marzo de 1955, p. 1839-1841.

326 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 138, Julio de 1955, p. 78-79.

327 Exp. 682-82 / Ancash

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró fundada la demanda por la causal de conducta deshonrosa.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE MARZO DE 1990 <sup>328</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Lo actuado en el ofrecido sobre entrega de menor, concretamente las certificaciones policiales de fs. 5 y 7, atestado policial de fs. 27 y siguientes e instrumental de fs. 37 que guardan correspondencia con las testimoniales prestadas en autos de fs. 28 y 30, esta última del padre de la emplazada, acreditan de manera indubitable el abandono del hogar que de forma injustificada y con el ánimo de sustraerse a las obligaciones propias del matrimonio realizó la demandada a la vez que con su actitud demuestra una conducta deshonrosa que hace insoponible la vida en común con el actor, por lo que la recurrida se encuentra dictada con arreglo a ley.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE MAYO DE 1993 <sup>329</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró fundada la demanda de divorcio por adulterio, ameritando:

En la demanda de fs. 09 el actor apoya su acción en la causal de adulterio, prevista en el inciso 1) del art. 333 del C.C. Refiere que el día 18 de octubre de 1991, su esposa le confesó que había cometido adulterio con ..., como consecuencia de increparle su actitud de dejar a su hijo ...enfermo en la casa común al cuidado de una vecina. Al día siguiente, la demandada ratificó la infidelidad ante el Pastor ...de la IEPP haciendo abandono del hogar el 20 de octubre para luego ser convocados al Consistorio de la Iglesia, a la que pertenecen, al siguiente día en la que se impuso a ella una sanción disciplinaria.

---

328 Exp. 175-87 / Lima

329 Exp. 2116-92 / San Martín.

La causal invocada se encuentra probada no sólo por el reconocimiento expreso que en juicio hace la emplazada, sino también por el informe evacuado por la Iglesia ... de fs. 07 en el que se hace saber de su confesión y de la medida disciplinaria impuesta por esa institución religiosa....

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE OCTUBRE DE 1993 <sup>330</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...en la demanda no se ha señalado donde estuvo constituido el hogar conyugal, ni en qué fecha se produjo el supuesto abandono, requisitos indispensables para interponer una acción basada en esta causal, los que no pueden quedar salvado ni supeditados a la información que se proporcione en la secuela del proceso, puesto que la prueba esta dirigida a demostrar precisamente los fundamentos de la demanda.

Que la certificación de fs. 65 otorgada por el Gobernador del Distrito de Catac, no constituye prueba plena o determinante para disolver el matrimonio de las partes de este proceso, puesto que su tenor mismo es en sí una declaración testimonial, no actuada con arreglo a ley, pues se observa que la otorga como vecino y autoridad del lugar, además de que el domicilio en él señalado difiere del indicado por el accionante en el documento de fs. 64 al sentar una denuncia policial, asimismo no se infiere de este documento las causas de la separación de los cónyuges, advirtiéndose más bien de la quinta y octava pregunta de los pliegos interrogatorios de fs. 34 y 42, que ha motivado la iniciación de este proceso la demanda de alimentos que le ha formulado su cónyuge ante el Poder Judicial.

En los procedimientos de divorcio al igual que en otras causas, la prueba de testigos es contemplada con mucha reserva, comprendiendo los errores de carácter intelectual y ético al cual puede verse sometida. De ahí que frecuentemente por si sola es insuficiente para acreditar una causal, aunque excepcionalmente puede lograrse, en mérito a las calidades propias del declarante, ya sea por su proximidad a los cónyuges, es el caso de los domésti-

---

330 Exp. 904-93 / Ancash

cos o vecinos, o el de aquellos que por su reconocida solvencia moral otorgan al testimonio, poder de convicción en el juzgador. Situación similar se genera cuando existe uniformidad en las declaraciones, lo que permite cierta convicción de los acontecimientos.

### 3. DOCUMENTOS

#### 3.1. *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 Estado.

#### 3.2. *Documentos públicos que con mayor frecuencia se presentan en los juicios de divorcio*

##### 3.2.1. *Partidas de nacimiento y de matrimonio extendidas en los registro del estado civil o en libros parroquiales*

Es evidente que la presencia de una partida de nacimiento, que acredita la existencia de un hijo extra-matrimonial resulta determinante en la procedencia de un divorcio.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE ABRIL DE 1968<sup>331</sup>

Que la partida de fs. ...acredita la existencia de la menor habida en las relaciones extramatrimoniales de la cónyuge; ...que el referido instrumento público es una prueba preconstituida e inobjetable que justifica la disolución del vínculo matrimonial.

En la siguiente ejecutoria veremos cómo este documento, a pesar de verificar un hecho posterior a la instauración de la demanda, es apreciado plenamente.

---

331 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 292, Mayo de 1968, pp. 604-605.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE ENERO DE 1969<sup>332</sup>

Que aún cuando ordinariamente no se puede comprobar directamente el yacimiento carnal, las pruebas indirectas de este hecho deben ser de tal naturaleza que no permiten construir sobre ellas otra alternativa que la comisión del adulterio; que en el caso de autos está probado que la demandada ha mantenido relaciones íntimas con persona distinta a su esposo, e inclusive que, como fruto de dichas relaciones extramatrimoniales, ha alumbrado a la menor ..., el 5 de agosto de 1967, partida de fs. ...; que si bien es cierto que dicho instrumento se refiere al nacimiento de la referida menor producido después de la interposición de la demanda también lo es que dicha partida constituye un valioso elemento corroborante de la afirmación formulada en la demanda, probada mediante la prueba glosada en las sentencias expedidas, de que la demandada mantenía relaciones extramatrimoniales precisamente con quien figura como padre de la menor citada y reconocida por éste en el acto de sentarse la respectiva partida ...

Para que la partida de nacimiento pueda surtir efectos probatorios en contra de uno de los cónyuges, es necesario que esté debidamente suscrita por aquél.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1980<sup>333</sup>

Que en la inscripción de la partida de nacimiento de fs. ...no ha intervenido la demandada, por lo que no puede atribuírsele la maternidad del menor ...para los efectos de fundamentar el abandono malicioso del hogar conyugal en que se apoya la demanda.

Asimismo, no es amparable la pretensión del marido de querer acreditar el adulterio de su cónyuge, mediante la partida de nacimiento de un hijo de ella, que no ha sido expresamente reconocido por éste.

## 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE FEBRERO DE 1983<sup>334</sup>

Que la partida de nacimiento de fs. ...del menor ... si bien no se encuentra declarada por el padre, en ella aparece el nombre

---

332 El Peruano, edición del 6 de marzo de 1969.

333 Exp. 421-80 / Lima

334 Exp. 1348-82 / Lima.

del actor; que los hijos nacidos dentro del matrimonio tienen como padre al marido mientras no se acredite lo contrario.

- No es considerada la partida de nacimiento como prueba suficiente para declarar el divorcio.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE ABRIL DE 1993<sup>335</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

...La sola partida de nacimiento de fs. 06 resulta insuficiente para acreditar la causal y para destruir la presunción "pater is" consagrada en el artículo 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.

Efecto similar a las partidas de nacimiento, tienen las partidas de bautizo.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE ENERO DE 1980<sup>336</sup>

"...con la partida de bautizo de fs. ...de la mencionada menor, pruebas no impugnadas y que se hallan corroboradas con las testimoniales de fs. ..., está acreditada la causal de adulterio ...".

Son también muy importantes las partidas de matrimonio de uno de los cónyuges con distinta persona.

"Es suficiente la prueba de la celebración del nuevo matrimonio para suponer la realización de las relaciones sexuales

---

335 Exp. 922-92 / Lima.

336 Exp. 2574-79 / Ancash

extra-conyugales, ya que ello es lo ordinario en las personas que contraen matrimonio. Lo extraño sería lo contrario”<sup>337</sup>

#### 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MAYO DE 1983<sup>338</sup>

Que se ha probado que la separación material del demandado fue maliciosa como fluye de los documentos presentados entre ellos la partida de matrimonio de fs. ...que revela el matrimonio del emplazado con doña ...realizado en el condado de Honolulu el ...lo que constituye prueba del adulterio que sustenta la demanda.

Incluso las partidas de matrimonio religioso, aunque carezcan de efectos civiles, por lo que no se configura el delito de bigamia, sí resultan suficientes para ameritar la declaración de un divorcio.

#### 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE SETIEMBRE DE 1980<sup>339</sup>

Que el matrimonio religioso contraído por el accionante en calidad de soltero, no obstante hallarse vigente el vínculo conyugal con la demandada, es un hecho continuado [...] declararon fundada la mencionada reconvencción sobre divorcio también por la causal de adulterio imputable al cónyuge...

#### 9. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1993<sup>340</sup>

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...la partida de matrimonio religioso de fs. 25, en la que figura el acto sacramental celebrado en fecha posterior al matrimonio civil que se intenta disolver y con persona distinta de su cónyuge, documento éste que no ha sido observado por la emplazada y más bien admite conocer a ...en su confesión de fs. 24...

---

337 Marta Behamon y Olga Helo. Op. Cit., p. 33

338 Exp. 69-83 / Lima.

339 Exp. 727-80 / Ica.

340 Exp. 1556-92 / Arequipa

En relación a las partidas de matrimonio, la legislación colombiana ha establecido expresamente la presunción de la ocurrencia del adulterio al señalar “se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un segundo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia”. (última parte de la causal 1a del artículo 4to de la Ley 1a de 1976)...<sup>341</sup>

Las partidas de nacimiento aludidas, cuando no adolecen de alguna deficiencia legal, surten efectos plenos, para acreditar causales como adulterio sustancialmente, aunque también la de conducta deshonrosa y abandono de la casa conyugal.

En el primer caso es de considerar que el periodo de caducidad (antes prescripción) de la acción por adulterio, hace que puedan apreciarse sus efectos probatorios sólo hasta los seis meses si el hecho es conocido por el agraviado y aunque fuese ignorado por éste el plazo máximo será el de cinco años. Lo que no obsta que se aplique en las causas que puedan admitirlo, el criterio del adulterio continuado que impide que dicho término sea computado.

#### 10. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE SETIEMBRE DE 1983<sup>342</sup>

Conforme se ve de la partida corriente a fs. ... que el accionante no ha alegado que el adulterio imputado a su esposa sea continuado y, en consecuencia para los efectos del cómputo señalado por el artículo doscientos cincuentidós del Código Civil, hay que tomar únicamente como extremos las fechas del nacimiento del referido menor y del planteamiento de la acción; que entre ambas ha transcurrido más de los cinco años que determina el mencionado artículo...

Por el contrario, las consecuencias de la caducidad no se dan cuando dichos instrumentos acompañan la demanda por abandono, en la cual si ameritan lo injustificado de sus razones.

---

341 Juliana Sarmiento y Eusebio Carbo. Op Cit, p.63.

342 Exp. 603-83 / Ica.

## 11. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE JULIO DE 1982 <sup>343</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

Que la partida de nacimiento que en copia corre a fs. ...y en original a fs. ..., de la menor ...nacida el 18 de diciembre de 1964, fruto de las relaciones ilícitas entre don ...y doña ...cuando estaba vigente su matrimonio civil con don ...prueba el abandono malicioso del hogar conyugal por más de dos años cometido por ésta, que se ha invocado en la demanda.

Otra posibilidad se da, respecto a la causal de conducta deshonrosa, en la que estas partidas susceptibles de haber caducado para adulterio, pueden servir de elemento de juicio para acreditar la continuidad de la relación extramatrimonial.

### *3.2.2. Los expedientes judiciales y sus repercusiones en cada causal.*

#### *3.2.2.1. En las causales de sevicia y atentado contra la vida del cónyuge*

- Expedientes sobre faltas contra el cuerpo y la salud.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE OCTUBRE DE 1980 <sup>344</sup>

“Que fundándose la demanda de divorcio en la causal de sevicia, consistente en un acto delictuoso intencional sujeto a procedimiento penal [...]; que el delito por el que se condenó a la cónyuge es de lesiones, más no por atentado contra la vida ...”.

Declararon fundada la demanda por la causal de sevicia e infundada la de atentado contra la vida del cónyuge.

---

343 Exp. 1837-81 / Ica.

344 Exp. 1530-80 / La Libertad.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE ENERO DE 1982<sup>345</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró fundada la demanda de divorcio por las causales de sevicia e injuria grave.

Lo actuado en los expedientes sobre faltas contra el cuerpo y la salud y lo actuado en la querrela por difamación, que se tienen a la vista, en los que constan que la demandada reconoce haber mordido y arañado a su esposo y haberlo difamado diciéndole “que tenía una amante”, habiendo incluso agredido a ...quien se indicaba como amante de su esposo, para posteriormente tanto ante el Juzgado de Paz Letrado como ante el Juzgado de Instrucción retractarse y reconocer su falta, habiendo sido condenada por el Juzgado de Instrucción como autora de las faltas contra el cuerpo y la salud.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MAYO DE 1993<sup>346</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal estimó:

El demandante ha acreditado con idoneidad que por lo menos dos de las denuncias policiales de las siete asentadas ante esa autoridad (de fs. 7 a 20) fueron objeto de apertura de instrucción penal: la primera obra a fs. 116 y los hechos son tipificados como faltas contra la vida, el cuerpo y la salud, mientras que la segunda es por faltas contra las buenas costumbres y el orden público. También corre a fs. 115, 136, 137 y 138 sendos certificados médico-legales, donde se hace saber de diversas lesiones corporales a las que ha sido sometido el demandante en fechas distintas, pruebas éstas que junto con la solicitud de garantías policiales de fs. 21, carta notarial de fs. 22 e instrumentos ofrecidos por la parte demandada de fs. 46, 48, 50, 52, 54, 56 y 58 hacen absoluta convicción de la comisión reiterada de agresiones mutuas que hacen intolerable la vida en común.

---

345 Exp. 1005-82 / Ica.

346 Exp. 1900-92 / Lima.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JUNIO DE 1993 <sup>347</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...los actuados policiales y judiciales que obran en el proceso penal que sobre faltas contra el cuerpo y la salud se le siguió al demandado, acreditan este extremo de la demanda incoada; mas aún si se tiene en cuenta que en dicho proceso el demandado fue condenado por el Juzgado que instruyó la causa, habiendo sido archivado el proceso porque operó la prescripción, manteniéndose por tanto intacto el valor probatorio de lo actuado, en cuanto acredita la causal de sevicia invocada en la demanda.

En la causal de atentado contra la vida del cónyuge, con mayor razón la existencia de un procedimiento penal, que determine la responsabilidad del cónyuge infractor, en el acto delictuoso, es decisivo; en tanto permite apreciar la intención deliberada de causar un grave daño corporal al otro, lo que ha de ocurrir a través de su autoría y también, por medio de otras formas de participación criminal.

##### 3.2.2.2. *En la causal de injuria grave*

En relación a la causal de injuria grave, con relativa frecuencia se pretende acreditar mediante la existencia de acciones judiciales incoadas entre los cónyuges, en ese sentido serán declaradas infundadas las demandas cuando se interpreta que fueron actuadas en el ejercicio regular de un derecho, y por el contrario si carecen de fundamento legal y sólo pretenden el descrédito del otro cónyuge, serán por lo general fundamento seguro para lograr el divorcio.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE MAYO DE 1982 <sup>348</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró infundada la demanda de divorcio.

---

347 Exp. 1823-92 / Lima.

348 Exp. 118-82 / Cuzco

“Que estando a la sentencia condenatoria recaída en el proceso sobre abandono de familia y el informe pericial que obra en el otro proceso por delito de lesiones, la demandada ha tenido motivos suficientes para instaurar estos procesos en el ejercicio regular de su derecho”.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE JUNIO DE 1979<sup>349</sup>

...que dicha denuncia dió lugar a la apertura de instrucción contra don ...por el delito de tentativa de homicidio en agravio de su referida esposa, instrucción que concluyó por auto del Tribunal Correccional de la Corte Superior de Piura, ...declarándose la improcedencia del juicio oral y el archivamiento definitivo de la instrucción [...] que el hecho que la cónyuge atribuye el esposo la comisión de un delito constituye la causal de injuria grave.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE SETIEMBRE DE 1983<sup>350</sup>

...la demandada inició un procedimiento para que lo declarara interdicto, el mismo que en su oportunidad fue declarado improcedente al no encontrarle indicios de enajenación; que del mismo modo le ha iniciado procedimiento ante la Prefectura para la prestación de garantías por supuestos rasgos de enajenación mental y denuncias ante diferentes juzgados de instrucción, por supuestos delitos, todas las cuales han terminado con orden de archivamiento al no encontrarse los elementos constitutivos de los delitos imputados.

Declararon fundada la demanda por injuria grave.

### 3.2.2.3. *En la causal de abandono injustificado de la casa conyugal*

Los expedientes judiciales son pruebas importantes para justificar el alejamiento de uno de los cónyuges, y en otros casos pueden ameritar su expresa negativa de reanudar la vida conyugal.

---

349 Exp. 1140-79 / Piura

350 Exp. 617-83 / Lima.

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 1980<sup>351</sup>

...que de autos no consta que el esposo requiriera a la cónyuge para que volviera al hogar y por el contrario consta que ésta le ha seguido procesos por alimentos y separación de bienes a fin de que cumpliera con sus obligaciones maritales”.

La acción de restitución al hogar, que como tal no existe en nuestro ordenamiento legal, es en algunos casos empleada como prueba por el cónyuge para acreditar lo injustificado del apartamiento de su esposa.

### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JULIO DE 1980<sup>352</sup>

que la demanda sobre restitución al hogar a que se contrae el expediente acompañado fue declarada improcedente por ejecutoria de la Segunda Sala Civil de esta Corte Suprema, a fs. ..., su fecha veinticinco de abril de mil novecientos setentiocho, ... por lo que lo actuado en ese juicio no tiene mérito para ser apreciado en la presente controversia.

En la última ejecutoria no ha sido ameritada, no obstante, en otros casos, se ha tenido en cuenta, en concordancia con las demás pruebas, este proceder judicial que como acción legal no existe, entre otras razones, por la imposibilidad que representaría la ejecución de la sentencia. Pero que es útil en la medida que denota en el actor la voluntad de reanudar su convivencia matrimonial y de otro lado exterioriza el rechazo del consorte requerido, que para efectos de la causal sí es significativa.

Situación similar nos presentan las cartas notariales enviadas por uno de los cónyuges solicitando el retorno del otro.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE AGOSTO DE 1966<sup>353</sup>

Doña ...no ha probado que su cónyuge don ..., haga abandono del hogar conyugal, antes bien por el contrario, con las cartas

---

351 Exp. 1386 / Piura

352 Exp. 2047-80 / Piura.

353 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 273, Octubre de 1966, p. 1345-1346

notariales de fs. ..., el cónyuge ha solicitado a su esposa regresar al hogar conyugal que vive al lado de sus progenitores, documentales que no han sido observadas.

Declararon infundada la demanda de divorcio.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE AGOSTO DE 1984<sup>354</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal considera:

...De los autos resulta que de acuerdo a las instrumentales presentadas por el actor éstas no prueban fehacientemente la causal invocada y en todo caso el abandono del hogar conyugal para dar lugar al divorcio debe estar inspirado en la intención o voluntad manifiesta de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales y de no continuar la vida en común sin ningún motivo atendible, hecho no acreditado ni probado por el actor, no resultando suficiente la carta notarial que obra a fs. ...y las certificaciones policiales de fs. ...

En la ejecutoria precedente se observa cómo no se ha dado mayor significación a la carta notarial enviada por el demandante a su cónyuge, a diferencia de lo que pudo apreciarse al examinarse los aspectos sustantivos de la causal de abandono de la casa conyugal, en la que algunas resoluciones demandaban para su configuración, que el agraviado invoque el retorno del infractor.

De otro lado, se ha llegado incluso a tener en cuenta la conducta procesal seguida por uno de los cónyuges en otro proceso.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE JUNIO DE 1981<sup>355</sup>

...que en el juicio de alimentos acompañado, pre-existente a esta acción, el obligado no reconvino la extinción del derecho por causal de abandono malicioso del hogar conyugal imputable a la esposa y, por el contrario, fluye de la confesión ficta

---

354 Exp. 416-84 / Callao.

355 Exp. 2271-80 / Lima.

de aquél, decretada a fs. ...conforme el pliego de fs. ..., que se constituyó propiamente dicho hogar...

Declararon No Haber Nulidad en la sentencia de vista que desaprobando la consultada declaraba infundada la demanda.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE JUNIO DE 1993 <sup>356</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

...tampoco aparece con la claridad requerida que la dejación material del esposo de la casa común haya tenido como propósito sustraerse de las obligaciones que exige el matrimonio, no resultando suficiente las sentencias de alimentos de fs. 75 y 76, que suponen el ejercicio regular de un derecho y no necesariamente trasunta intención de incumplir con obligaciones alimentarias. Sobre todo que el emplazado ha acreditado que realiza actos vinculados a la protección física de su familia con los documentos de seguro médico de fs. 19 a 36, a la educación de sus hijos con los recibos de fs. 37 y a la satisfacción de los gastos que se originan de servicios públicos inmobiliarios con los instrumentos de fs. 38 a 51 ...Declararon infundada la demanda de divorcio.

#### 3.2.2.4. *En las causales de conducta deshonrosa y condena a pena privativa de la libertad*

Los actuados judiciales resultan también convincentes en causales como conducta deshonrosa, cuando de aquellos se desprende la participación del cónyuge en actos sancionados por la ley, es el caso de procesos seguidos por delitos contra el honor sexual, tráfico ilícito de drogas, delitos contra el patrimonio, etc. <sup>357</sup>

Ha de considerarse también las declaraciones efectuadas en otros procesos, en los que se afirmen la realización de actos comprometedores.

---

356 Exp. 848-92 / Lima

357 Ejec. Supr. del 1° de Diciembre de 1953, en Revista del Foro, año XLI, Enero-Abril de 1954, N°1, ps. 182-183.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE MAYO DE 1980<sup>358</sup>

...que en la diligencia judicial contenida en el documento de fs. ..., la demandada acepta haber mantenido relaciones amorosas con persona distinta de su cónyuge, estando casada, que se corrobora con las testimoniales de fs. ..., lo que prueba la existencia de la causal de conducta deshonrosa ...

Así también dicha causal suele acreditarse con la relación de antecedentes judiciales del cónyuge culpable, aunque en la siguiente ejecutoria este documento no le pareció suficiente al Supremo Tribunal.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 1982<sup>359</sup>

Dictamen fiscal:

“Atendiendo a que con el expediente que se tiene a la vista se acredita que por Ejecutoria Suprema del 7 de Agosto de 1981 el demandado fue condenado a la pena de 3 años de prisión por delito de estafa en agravio de ...; que en cuanto a la conducta deshonrosa se acredita con el documento de fs. ...que contiene la relación de sus antecedentes judiciales”.

Resolución Suprema:

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y considerando: “que en autos no existe prueba que acredite la causal de conducta deshonrosa invocada también en la demanda”, declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de condena por delito a pena privativa de la libertad, mayor de dos años, e infundada la de conducta deshonrosa.

Es en la condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años, que resulta indispensable para admitir su procedencia, el tener a la vista el expediente penal y en especial la resolución ejecutoriada en donde se establece la pena.

---

358 Exp. 3381-79 / Ancash

359 Exp. 1021-82 / Junín.

### 3.2.3. *Certificaciones expedidas por la policía y sus repercusiones en cada causal.*

Son los instrumentos que con más frecuencia se presentan en los procedimientos de divorcio y para las distintas causales, por lo que examinaremos, entonces, qué valor se le atribuye en cada una de ellas.

#### 3.2.3.1. *En la causal de adulterio*

Los referidos documentos usualmente no surten efectos significativos, siempre que no estén corroborados por supuesto con otros elementos de convicción. De esta manera nuestros tribunales han sostenido:

##### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE ABRIL DE 1982 <sup>360</sup>

“...que las certificaciones policiales corrientes a fs. ...no constituyen prueba suficiente para declarar el divorcio por la causal de adulterio, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 338 del C.P.C. ...”.

Planiol nos dice refiriéndose a los medios probatorios que:

“El adulterio se prueba a menudo mediante un acta de delito flagrante levantada por un comisario de policía, requerido al efecto por el marido para la comprobación del delito <sup>361</sup>”.

Apreciando esta prueba, la Corte Suprema ha dispuesto:

##### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE OCTUBRE DE 1982<sup>362</sup>

“Que las simples constancias policiales corrientes a fs. ...resultan por sí solas insuficientes para acreditar la causal de adulterio alegada en la demanda de fs. ...”.

---

360 Exp. 2300-81 / Piura.

361 Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 393.

362 Exp. 1011-82 / Lima

En el dictamen fiscal se mencionó al respecto:

Que el demandado ha procreado una hija llamada ...en sus relaciones extra-matrimoniales con doña ...y de la constancia policial anteriormente mencionada, resulta que el demandado fue sorprendido por la policía en el domicilio conyugal en circunstancias en que practicaba el acto sexual con ...en la noche del 15 de diciembre de 1980 ...”.

En el siguiente fallo el parte policial que da cuenta del adulterio, sí va a tener significativa repercusión.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE AGOSTO DE 1985<sup>363</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal ameritó:

Conforme el inc. 1° del art. 247 del Código Civil (D) el adulterio como causal de divorcio constituye las relaciones sexuales habidas con persona diferente al de su cónyuge lo que se acredita con las instrumentales de fs. ...la confesión ficta de fs. ... de la demandada y el parte policial de fs. ...en el cual se prueba que la demandada se alojó con ...en el Hotel “Santa Rosa” en el mes de mayo de 1980..

En esta resolución incluso la sola declaración de la cónyuge ante la Guardia Civil, ha de tenerse en cuenta plenamente.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE JULIO DE 1980<sup>364</sup>

...la demandada manifestó ante la Guardia Civil, haber mantenido relaciones sexuales con persona distinta a su cónyuge en el mes de mayo de mil novecientos setentiocho, manifestación que ha producido sus efectos, al no haberse demostrado su nulidad o falsedad, en atención a lo prescrito por el art. 405 del Código de Procedimientos Civiles; que dicha prueba se halla corroborada con la confesión ficta de la demandada decretada a fs. ..., conforme al pliego interrogatorio de fs. ..., resultando así acreditada la causal de adulterio invocada por el actor..

---

363 Exp. 862-84 / Lima

364 Exp. 119-80 / Lima.

### 3.2.3.2. *En la causal de violencia física o psicológica*

Las copias certificadas de denuncias policiales por maltratos, son poco consideradas por entenderse como declaraciones de la parte interesada. No obstante a veces por su número, resultan representativas de la causal y en especial cuando se acompañan con el certificado médico-legista, en el que consta el grado y tipo de lesiones sufridas. Este último documento sí es valorado significativamente para la comprobación de dicha falta conyugal. Por lo demás, aunque aún no es un criterio judicial uniforme, el requerimiento de la reiterancia como constitutivo de la causal, viene flexibilizándose adquiriendo por tanto, mayor relevancia estos documentos y particularmente los actuados judiciales por lesiones.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1983<sup>365</sup>

Resolución Suprema:

“...que no se ha acreditado en autos la causal de sevicia invocada en la demanda, resultando insuficiente para el efecto la simple constancia policial de fs.46 que no fue objeto de investigación alguna ...”.

Dictamen fiscal:

Atendiendo a que resulta evidente de la instrumental de fs. 49, 52 y 55 corroborada en circunstancias y sentido, que han existido reiteradas y permanentes controversias conyugales, que de las constancias expedidas por la autoridad policial obrantes a fs. 37, 40, 43 y especialmente de fs. 46 resulta acreditada la conducta agresiva del demandado hacia la esposa, maltratándola física y psíquicamente y originando actos escandalosos que trascienden el ámbito familiar.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE JUNIO DE 1981<sup>366</sup>

Que la demanda de divorcio por la causal de sevicia no se encuentra probada en autos; que, en efecto, las copias certifica-

---

365 Exp. 1504-82 / Lima.

366 Exp. 669-81 / Cuzco

das de las denuncias policiales de fs. 85, 89, vta., 100 vta., 132 y 135, así como la carta de fs. 139, son insuficientes para acreditar la causal invocada por tratarse de declaraciones unilaterales formuladas por la demandante no corroboradas con elemento probatorio alguno...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MAYO DE 1982<sup>367</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

Que la actora con la certificación policial de fs. 13 y la copia del certificado expedido por Médico Legista de fs. 15 concordante con el Atestado de fs. 27 a 34, ha acreditado que el demandado agredió a la actora el 31 de enero de 1981 ocasionándole traumatismos y lesiones que determinaron una incapacidad de dos días con asistencia médica por ocho días para el trabajo que según es de verse de la copia certificada de fs. 9 y la copia autenticada notarial de fs. 11, con anterioridad el demandado había maltratado también a la actora, no obstante hallarse en avanzado estado de embarazo; declara fundada la demanda.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE ENERO DE 1983<sup>368</sup>

Que las causales de sevicia e injuria se hallan acreditadas con las denuncias policiales corrientes a fs. 10, 13, 16, 134 y 137 formuladas por la actora por continuos maltratos físicos y psíquicos inferidos por su esposo el demandado, dando lugar a que dicha dependencia policial oficiara al Médico Legista realizándose el reconocimiento según partida N° 1118-L corriente a fs. ...y cuyo resultado fue de dos días de incapacidad para el trabajo por un día de asistencia médica y según partida N° 46042 corriente a fs. ...resultó con tres días de incapacidad para el trabajo por un día de asistencia médica, documentos que no han sido observados ..."

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró fundada la demanda sólo por sevicia.

---

367 Exp. 348-82 / Lima.

368 Exp. 1231-82 / Lima

### 3.2.3.3. *En la causal de injuria grave*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE AGOSTO DE 1982<sup>369</sup>

Que las causales invocadas se encuentran debidamente acreditadas con las copias autenticadas de las denuncias policiales que obran a fs. 22, 25, 32, 33, 34 y 42, de las que se establece que el demandado en reiteradas oportunidades fomenta escándalos en el hogar, maltratando de palabra y obra a la esposa, que los hechos injuriosos y agresivos se encuentran corroborados con el mérito que presta la copia autenticada de la sentencia penal corriente a fs. ...

Como ha podido verse de esta última ejecutoria, en la causal de injuria grave también puede ameritarse las constancias policiales, cuyo valor se encontrará ligado a la calidad de las otras pruebas aportadas, ya que solas, de común, no producirán efectos muy satisfactorios.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE MARZO DE 1983<sup>370</sup>

Atendiendo a que las constancias policiales de fs. 46, 48, 71, 73, 133, 136 y 139, las dos primeras se refieren a denuncias hechas por el actor contra la demandada por formularle escándalos en su centro de trabajo en dos oportunidades, no habiéndose acreditado que se hubiese agotado las investigaciones sobre la veracidad de las mismas, por lo que son insuficientes para acreditar alguna de las causales invocadas.

### 3.2.3.4. *En la causal de abandono injustificado de la casa conyugal*

La causal en la que más se hace uso de este tipo de certificaciones policiales, es en la de abandono de la casa conyugal. Ello se debe a la necesidad de establecer la oportunidad del apartamiento del cónyuge. En cuanto a su valor probatorio, al igual que en las otras causales es relativo, y más aún en la que estamos

---

369 Exp. 509-82 / Lima.

370 Exp. 1482-82 / Lima.

examinando, en donde además se requiere acreditar el elemento subjetivo de la misma.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE OCTUBRE DE 1982<sup>371</sup>

“Que la denuncia que en copia certificada corre a fs. ...sólo contiene el dicho del denunciante, sin ninguna constatación”, y siendo las otras pruebas insuficientes declararon infundada la demanda por abandono malicioso de la casa conyugal.

Los jueces exigen para apreciar debidamente la certificación policial, que ésta no se limite a ser una simple denuncia de parte, sino que se encuentre seguida de la investigación policial correspondiente, verificándose el hecho del abandono; para que en esas condiciones y en armonía a lo aportado por otras pruebas pueda ameritarse el divorcio demandado.

Requerimiento dado, en razón de que como lo señala Arnaldo Estrada Cruz: “La mera denuncia y la copia del asiento respectivo, sólo constituyen una testimonial desnaturalizada o una mera afirmación de la parte interesada hecha ante la Policía, unilateralmente, pero sin comprobación alguna”<sup>372</sup>. Sin embargo dicha condición se flexibiliza, cuando el abandono sufrido por el cónyuge es prolongado en el tiempo:

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE ABRIL DE 1982<sup>373</sup>

“Que el hecho que don ...haya abandonado su hogar conyugal por más de diecinueve años, pone en evidencia la intención maliciosa de sustraerse a las obligaciones inherentes al matrimonio”.

Declararon fundada la demanda por dicha causal. Mientras que el dictamen manifestó:

---

371 Exp. 934-82 / La Libertad

372 Arnaldo Estrada Cruz. Op. Cit., p. 55.

373 Exp. 1717-81 / Lima.

“Que la simple denuncia de abandono de hogar no es prueba suficiente como para resolver la disolución del vínculo, por lo que no habiéndose actuado otra prueba que corrobora con ello”.

Opinó se declare infundada la demanda.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE FEBRERO DE 1984<sup>374</sup>

Que si bien las constancias policiales de fs. ... fueron sentadas en época de la que no había transcurrido el término de dos años a que se contrae el inc. 5° del Art. 247 del C.C., la de fs. ...si lo fue desde que en ella se aprecia que fue asentada el 4 de noviembre de 1978, esto es mucho más de dos años antes de entablar la demanda de fs. ..., refiriendo que el demandado hizo abandono más de diez años antes “a mediados del año 1968, sin hasta el momento conocer su domicilio o paradero” lo que corrobora la malicia aludida por incumplimiento de deberes conyugales.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE SETIEMBRE DE 1993<sup>375</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

...que el emplazado ha sido debidamente notificado con los actos procesales materia de la presente acción; que, sin embargo, no se ha apersonado en el procedimiento, evidenciando con ello desinterés en su defensa; que de otro lado, dado el tiempo transcurrido entre la fecha de la denuncia de abandono del hogar conyugal -veinte de enero de mil novecientos ochentiuno- corriente a fojas cuatro, repetido en copia a fojas veintidós, y la interposición de la demanda, -veintiuno de diciembre de mil novecientos ochentinueve-, hace presumir fundadamente que el demandado no desea restituirse al hogar conyugal; que por consiguiente, la demanda debe ser amparada...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

...El acto unilateral de la demandante representado por esta denuncia policial, no prueba siquiera la dejación material del ho-

---

374 Exp. 143-83 / Callao.

375 Exp. 1250-92

gar conyugal menos la injustificación o maliciosidad que debe conllevar...

En la causal de abandono hay un certificado policial que surte plenos efectos probatorios, y es precisamente el que otorga la Dirección de Migraciones de la Policía de Investigaciones del Perú, utilizado para acreditar certeramente la oportunidad del retiro del cónyuge culpable. En algunos casos, los menos, su singularidad le ha disminuido mérito suficiente para amparar la causal.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MARZO DE 1981<sup>376</sup>

Que de la certificación que corre a fs. ...expedida por la Dirección de Migraciones de la Policía de Investigaciones del Perú, y de los autos sobre alimentos que se tienen a la vista, resulta acreditado que el cónyuge de la actora salió del país el 22 de julio de 1976 sin que hubiera ingresado posteriormente; que esta actitud mantenida durante más de dos años revela el propósito del demandado de sustraerse al cumplimiento de los deberes que le impone la ley por el hecho del matrimonio, por lo que esa conducta constituye abandono malicioso del hogar conyugal.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE ABRIL DE 1993<sup>377</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Primero.- El actor ha presentado como única prueba el certificado sobre movimiento migratorio de la demandada que obra a fs. 11, ampliado a fs. 28, del que aparece que la actora salió del país el 5 de noviembre de 1988 y retornó el 24 de agosto de 1990, habiendo estado ausente menos de dos años.

Segundo.- Tal certificación, en la que se expresa que ella se deriva de la información y estadística de la Dirección de Migraciones de los años 1980 a 1990, no acredita se haya producido abandono injustificado del hogar conyugal ni que él mismo haya tenido una duración superior de dos años.

---

376 Exp. 1724-80 / Lima.

377 Exp. 1471-92 / Lima

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE MAYO DE 1993<sup>378</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...Que el Certificado de Movimiento Migratorio de la demandada que corre a fs. 50, no acredita en forma alguna la causal de abandono injustificado de la casa conyugal imputable a la emplazada.

## 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE AGOSTO DE 1993<sup>379</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal consideró:

Que la instrumental de fojas treintitrés es suficiente para acreditar la causal invocada por la accionante; que en este sentido aparece la certificación migratoria, que el demandado ...desde mil novecientos ochentiséis ha viajado al extranjero en varias oportunidades sin que se haya restituido al hogar ...declara FUNDADA dicha demanda; y, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial...

De otro lado el Ministerio Público opinó:

...la causal de abandono injustificado del hogar por parte del demandado, alegada como fundamento de la demanda, no ha sido acreditada en autos, pues según se desprende del movimiento migratorio expedido por el Ministerio del Interior corriente a fs. 33, el demandado, si bien salió del país el 14 de noviembre de 1986 con destino a Cuba, regresó al país el 18 de diciembre de 1987, para volver a salir el 19 de febrero de 1988 con destino a Rusia, regresando vía Cuba el 30-09-90, volviendo a salir por último a Cuba con fecha 2-11-90; lo cual contradice lo manifestado en la demanda en el sentido de que hizo abandono del hogar en el mes de noviembre de 1986 al extranjero para no regresar más...

También se suele presentar como prueba documental la constancia de prestación de garantías, tramitada por ante la Sub-Pre-

---

378 Exp. 984-92 / Lima.

379 Exp. 2090-92 / Lima

fectura de la ciudad y la Comisaría de la jurisdicción, nuestros tribunales la ameritan con cautela, particularmente si no hay pruebas de amenazas tangibles a la integridad del denunciante a la que puedan servir de soporte.

#### 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1992<sup>380</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal estimó:

Los documentos presentados por la accionante de fs. 06 a 14, contienen una solicitud de garantías presentada a la Sub-Prefectura de Lima, que fuera tramitada en la Comisaría de Ciudad y Campo, de cuyo Informe No. 337-23, punto Cuarto, se desprende claramente que los hechos invocados por la solicitante no han sido probados y si bien, se le otorga una constancia de prestación de garantías cuya copia corre incerta a fs. 10, ello no varía el contenido del informe referido.

Son también observadas las certificaciones expedidas por otra clase de instituciones, es el caso de las áreas hospitalarias o centro de salud, teniendo valor pleno lo que en ellas se expresa.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE DICIEMBRE DE 1981<sup>381</sup>

La demandada ha negado la firma que aparece en la copia fotostática de fs. ..., según la cual fue atendida el 8 de abril de 1978, en el servicio de Maternidad del Hospital de Collique. A continuación de la firma negada obra la constancia expedida por el Director de dicho Hospital y por el Servicio de Estadística del mismo, sobre el hecho de que ..., recibió atención médica en la Sala de Hospitalización de Gineco-Obstetricia, del 7 al 10 de abril de 1978.

Dicha constancia se halla de acuerdo con el informe médico de fs. ...remitido con el oficio de fs. ..., por el Sub Director del A.H. N° 7.

---

380 Exp. 1519-91 / Lima

381 Exp. 3461-80 / Lima

Por lo que con el mérito de la confesión de la demandada, en la que expresa no haber mantenido ningún tipo de vinculación con el demandante, y con la instrumental glosada, declararon fundada la demanda por adulterio y abandono malicioso.

Caso semejante nos presenta la siguiente resolución cuando aprecia, inclusive, el certificado médico legalizado y reconocido por su otorgante de haber asistido a la demandada por un parto normal.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE OCTUBRE DE 1982 <sup>382</sup>

Que atendiendo a que con la constancia de fs. ..., ...y ...y certificado médico legalizado corriente a fs. ...reconocido por su otorgante Dr. ...a fs. ...y copia certificada de fs. ..., se ha acreditado que la demandada ha procreado un hijo fuera del matrimonio incurriendo en adulterio [...]

A fs. ...corre el oficio del Jefe de Estado Mayor ..., comunicando que la demandada el día 23 de diciembre de 1979 fue atendida por el CAP SAN (R)... de un parto normal; teniendo como ayudante al T C 3a. Enf., ...y que la criatura fue retirada del Policlínico a las 2 horas de nacida por un familiar y la señora ...solicitó su alta, abandonando el Policlínico Médico.

Por las consideraciones precedentes declararon fundada la demanda por esa causal.

### 3.3. *Documentos privados*

Se suelen presentar en los procesos de divorcio:

#### 3.3.1. *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

---

382 Exp. 670-80 / Lima

carta no puede exhibirse judicialmente más que con el consentimiento de aquel que la haya recibido”<sup>383</sup>

Son varias las situaciones que pueden suscitarse alrededor de estos documentos:

3.3.1.1. *Que las cartas presentadas sean de propiedad del cónyuge culpable*

Nuestra jurisprudencia ha sostenido:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE JUNIO DE 1981<sup>384</sup>

...que según el ofrecimiento de pruebas que corre a fs. ..., las cartas de fs. ...están dirigidas a la demandada; que consecuentemente no surten efecto ni pueden ser tomadas en cuenta judicialmente por haber sido ofrecidas por el actor, sustrayéndolas de su verdadera propietaria, tal como lo preceptúa el Art. 66 de la Constitución del Estado de 1933; vigente al tiempo de los hechos...

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE ABRIL DE 1982<sup>385</sup>

“...teniendo en consideración que las cartas que corren a fs. ...y ..., han sido obtenidas mediante presión, por lo que carecen de valor de conformidad con lo prescrito en el apartado J. del Art. 2° de nuestra Constitución Política ...”.

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró infundada la demanda por adulterio.

Se ha establecido que no tienen efectos probatorios las cartas obtenidas ilícitamente, al violarse una garantía constitucional, impidiéndosele al cónyuge infractor que pueda obtener provecho de las consecuencias de un delito.

---

383 Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 444.

384 Exp. 337-81 / Lima

385 Exp. 1997-81 / Lambayeque.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE ABRIL DE 1981<sup>386</sup>

La Corte Suprema declaró fundada la demanda de divorcio por adulterio, pese a lo expresado por el voto discordante del Sr. Rodríguez que afirmó:

Que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 66 de la Constitución del Estado de 1933, vigente al momento de interponerse la demanda, no produce efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos, por lo que las cartas corrientes a fs. ...y ..., al no haber sido presentadas por su destinatario, carecen de mérito probatorio.

Su voto fue porque se declare No Haber Nulidad en la de vista que revocando la inferior declaraba infundada la demanda por la causal de adulterio.

No obstante lo expresado, es posible advertir que, ¿Siempre han de ser inidóneos los medios para adquirir este tipo de pruebas? ¿A quién corresponderá, entonces, acreditar la ilicitud de la acción? Colin y Capitant opinan que:

Nunca se presume el empleo de medios ilícitos, y que, por consiguiente, el que presenta las cartas no tiene que probar que han llegado a sus manos normalmente, por el contrario, el que pretende destruir estas pruebas es quien tiene que demostrar que su presentación actual es el resultado de una maniobra desleal, o por lo menos abusiva<sup>387</sup>

La cita anterior se fundamenta en el principio jurídico *Dolum non nisi prespicuis judiciis convenit*, el dolo no se presume, debe probarse en juicio. En ese sentido se comprende que una carta comprometedor puede llegar a manos del agraviado no necesariamente por medio de su sustracción o coacción, pudiendo ocurrir de manera casual. Es el caso de aquella correspondencia enviada por uno de los cónyuges a tercera persona, y que es devuelta por correo por error en la dirección u otra causa, o bien porque una persona extraña se lo entrega al cónyuge agraviado, etc.; en tales casos, aunque muy even-

---

386 Exp. 147-81 / Lambayeque

387 Ambrose Colin y Henry Capitant. Op. Cit., p. 466.

tuales podría ser ameritada. De lo contrario de ocurrir un acto delictuoso, ni la ley ni la justicia han de ampararlo, la Constitución así lo prevé en el art. 2 inc. 10° que consagra el principio de inviolabilidad y secreto de las comunicaciones y documentos privados.

De criterio distinto M. Geny considera "Que el juez puede hacer prevalecer "los derechos del matrimonio sobre los de las confidencias epistolares". La cuestión del mantenimiento o la ruptura de una familia es de tal importancia social que tiene preferencia sobre el derecho al secreto de las cartas"<sup>388</sup>

3.3.1.2. *Si las cartas son de propiedad de una persona distinta a los cónyuges*

¿Qué ocurre cuando las cartas son de propiedad de un tercero? Este caso ha sido contemplado por la resolución que sigue.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE MAYO DE 1980 <sup>389</sup>

...que el tenor de la carta de fs. ...y ..., cuya copia corre a fs. ...del acompañado, debidamente reconocida por la demandada en su contenido y suscripción, como escrita por ella y dirigida a persona distinta de su cónyuge acredita la causal de conducta deshonrosa invocada en la demanda.

Las cartas son documentos privados que requieren ser reconocidos para surtir efectos plenos. En algunos casos, han sido fundamento suficiente para amparar una causal, en la mayoría no tienen este efecto, dependiendo fundamentalmente del tipo de conducta al que se refieren.

3.3.1.3. *Valor de las cartas según el tipo de falta conyugal*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE SETIEMBRE DE 1982 <sup>390</sup>

En la Primera Instancia se consideró entre otras pruebas una carta señalándose: "Que asimismo está demostrado el adulterio

---

388 Exp. Citado por Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 445.

389 Exp. 3133-79 / Lima

390 Exp. 721-82 / Lima

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.

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

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE ABRIL DE 1980 <sup>391</sup>

Que la carta de fs. ...dirigida por el actor a su esposa, contiene términos que ultrajan sus sentimientos y su dignidad; que dicha carta no ha sido observada por el demandante, y resulta corroborada con la confesión de fs. ...al absolver el actor la décimo cuarta pregunta, razón por la que se acredita la causal de divorcio prevista en el inc. 4° del art. 247 del C.C.

Acreditar el adulterio o la conducta deshonrosa mediante una carta, es posible, ha podido apreciarse en alguna resolución, pero la naturaleza de estas causales hace requerible otro tipo de pruebas más contundentes. Lo mismo no ocurre con la injuria, en la que el solo documento puede manifestar la ofensa, configurando la causal. Por lo que en aquel caso, en que al parecer el demandado manifiesta a su cónyuge sus relaciones amorosas con persona distinta, la carta bien hubiera podido acreditar la grave injuria sufrida y no tanto el adulterio invocado, para el cual no tuvo efectos muy satisfactorios.

Cuestión similar a la examinada la plantean documentos tan personales como el diario privado del cónyuge.

---

391 Exp. 3803-79 / Cuzco.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE JUNIO DE 1985 <sup>392</sup>

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 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.

#### 3.3.2. *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.

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE FEBRERO DE 1983 <sup>393</sup>

“Que las facturas corrientes a fs. ...y ..., no impugnadas por la demandada y denuncia policial de fs. ..., se acredita que la emplazada hizo abandono de la casa conyugal para irse a convivir con don ...”.

Según lo señalado por el dictamen fiscal, en dicha factura la demandada aparece con el apellido de su conviviente, dirá además que “si bien no están reconocidas, tienen el valor que les asigne el prudente arbitrio del Juez conforme al art. 433 del C. del P.C. y en este caso están corroboradas con la denuncia de fs. ..., y

---

392 Exp. 710-84 / Lima

393 Exp. 1515-82 / La Libertad

con la fotografía de fs. ...en la que la demandada está con ...en traje de baño". La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró fundada la demanda de divorcio.

### 3.3.3. *Apreciación judicial de las fotografías y las publicaciones*

La ejecutoria anterior nos hizo referencia a las fotografías, las que suelen ser un elemento presente en la mayoría de los expedientes, y que nuestra actual legislación procesal admite como documentos.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE JUNIO DE 1980<sup>394</sup>

"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 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 cónyuge.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE ENERO DE 1982<sup>395</sup>

"Que las publicaciones hechas en el Diario Oficial El Peruano, si bien es cierto, demuestran el hecho de haberse cumplido

---

394 Exp. 3469-79 / Lambayeque

395 Exp. 1514-81 / Apurímac

con un requisito de orden procesal, no pueden tenerse como pruebas que acrediten la causal de divorcio invocada en la demanda”.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 1982 <sup>396</sup>

Atendiendo a que se ha acreditado el abandono del hogar por parte del demandado desde el 21 de noviembre de 1977, tanto con las publicaciones verificadas en los Diarios “El Peruano” de Lima y “Correo” de Tacna, como la prueba testimonial actuada; declara fundada la demanda [...]

El abandono del hogar está constituido también por el incumplimiento de los deberes que impone el matrimonio de conformidad con lo dispuesto por el art. 158 y siguientes del C.C. como son alimentar y educar a los hijos, recíproca fidelidad y asistencia y hacer vida común en el domicilio conyugal, deberes que en este caso no se cumplen por el demandado.

La Corte Suprema, de conformidad en parte con el dictamen fiscal, declaró fundada la demanda por la causal de abandono.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE AGOSTO DE 1982 <sup>397</sup>

En Primera Instancia:

Atendiendo a que se encuentra ausente, habiendo sido emplazado mediante el Diario Oficial, lo que pone de manifiesto su propósito de sustraerse a las obligaciones que le imponen los arts. 160 y 164 del C.C., hecho corroborado con las declaraciones testimoniales ..., habiéndose dado los presupuestos contenidos en el inc. 5° del art. 247 del C.C., declara fundada la demanda.

La Corte Superior, por sus fundamentos y considerando además que el demandado se alejó del hogar conyugal sin motivo justificado por más de 10 años, aprueba la consultada.

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró No Haber Nulidad en la resolución recurrida.

---

396 Exp. 1075-82 / Tacna

397 Exp. 737-82 / Ica.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE JULIO DE 1983 <sup>398</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de abandono malicioso de la casa conyugal.

La ausencia injustificada del hogar conyugal se corrobora por la condición de ausente con que viene actuando en estos autos doña ...toda vez que no obstante las publicaciones periodísticas no se ha hecho presente para defender su derecho de esposa frente al actor a quien ni siquiera ha demandado por alimentos, ausencia que se ve corroborada por la prueba testifical actuada a la que sirve de referencia la constancia policial, circunstancias que dado el tiempo transcurrido, más de diez años, manifiestan la voluntad de no cumplir con los deberes conyugales, involucrado en el inc. 5° del art. 247 del citado Código.

#### 4. PERICIA

##### 4.1. *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.

##### 4.2. *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

---

398 Exp. 651-83 / Lima

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.

## 5. INSPECCION JUDICIAL

### 5.1. *Definición*

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

### 5.2. *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 periciales.

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 derechos. 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.

### **5.3. Alcances de la prueba de inspección judicial en los procesos de divorcio**

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1981<sup>399</sup>**

...que la diligencia de inspección ocular de fs. ..., llevada a cabo en el libro de Registro de Pasajeros del Hotel Ferrocarril de Huancayo, es notoriamente insuficiente para ser considerada como prueba de que la demandada se alojó en dos fechas en aquél en compañía de personas distinta a su cónyuge, ya que el mencionado Registro no aparece firmado por ella y además la anotación respectiva figura inscrita con tinta negra a diferencia de las restantes...

#### **2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1982<sup>400</sup>**

...la inspección ocular practicada a fs. ...en el inmueble ubicado en la Unidad Centenaria Block ...se acredita que el actor vive junto con sus hijos ..., ...y ...; la nueva sentencia ...atendiendo a que con el escrito ...e inspección ocular de fs. ...de los de la materia, si bien se acredita que aquella hizo abandono del hogar conyugal por espacio superior a 2 años, no se ha demostrado que ese alejamiento fue malicioso; ...

En Primera Instancia se declaró infundada la demanda, la Corte Superior confirmó el fallo, y la Corte Suprema declaró No Haber Nulidad.

Las causales de adulterio y conducta deshonrosa, se les ha pretendido acreditar mediante la verificación del Registro de Huéspedes que llevan los hoteles, listas de pasajeros en líneas aé-

---

399 Exp. 1599-81 / Junín.

400 Exp. 830-82 / Callao

reas o terrestres. Las primeras por ser casi siempre no suscritas directamente por la parte afectada resultan poco convincentes, además de poder facilitar posibles irregularidades. Cuestión algo distinta plantea la constatación que pueda hacerse en la lista de una línea aérea, en concurrencia de otros elementos, puede permitir cierta credibilidad en el juzgador, a fin de suponer la existencia de una relación extra-matrimonial, para efecto de las referidas causales, o para la apreciación del elemento subjetivo en el abandono.

De otro lado, como nos refirió la segunda resolución, esta constatación de ausencia del cónyuge infractor sirve sólo para verificar el hecho de su apartamiento físico, más no comprueba la oportunidad, ni las razones que lo motivaron, por lo que se requiere de mayores elementos de convicción.

## **CAPITULO IV**

### *ASPECTOS PROCESALES DE INTERES*



## 1. JUEZ COMPETENTE

### 1.1. *Definición de competencia*

Siendo la jurisdicción la facultad genérica de conocer, dar trámite y resolver los conflictos, la competencia constituye la distribución legal de esta potestad entre los diversos jueces, en razón al territorio, naturaleza del asunto, grado, cuantía y turno.

### 1.2. *Reglas para determinar la competencia*

De manera general, diremos que son dos las reglas principales para determinar la competencia.

- La sumisión voluntaria de las partes a un juez determinado.
- A falta de ésta será juez competente el del domicilio del demandado.

Existen casos especiales en los que la ley admite que el demandante opte por ese último u otro, según se trate del lugar del cumplimiento de la obligación, el de ubicación del bien, aquél donde se fijó la administración del negocio, etc. Algo semejante ocurre con los casos de divorcio en los cuales, como lo señala el inc. 2 del art. 24 del C.P.C., el demandante a su elección podrá interponer su acción ante el Juez del lugar del domicilio del demandado, o ante el Juez del último domicilio conyugal.

### 1.3. *Algunos casos sobre competencia en los juicios de divorcio*

Si la acción de divorcio o separación de cuerpos se interpone ante juez distinto al dispuesto por el art. 24, norma especial para este tipo de juicios, los de nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio y patria potestad, el demandado tiene pleno derecho a cuestionar la competencia ante el juez que considere el propio, interponiendo la inhibitoria, o excluyentemente deducir la excepción de incompetencia, pidiendo la declinatoria de jurisdicción del incompetente (arts. 446 al 451, 478 y 552 C.P.C.)

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE AGOSTO DE 1950<sup>401</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal, declaró:

Conforme el art. 50 del Código de Procedimientos Civiles, en los juicios sobre divorcio, es competente el Juez del último domicilio conyugal o el del lugar donde reside el demandado, a elección de la parte demandante.

De lo actuado en la competencia promovida por doña ..., resulta acreditado que el último domicilio de la sociedad conyugal ..., fue el distrito de Yunyugo, Provincia de Chucuito, lugar que, además ha sido y es de residencia de la demandada.

La demanda de don ...contra doña ..., sobre divorcio, ha sido interpuesta ante el Juez incompetente, como es el de Puno, por la consideración expuesta anteriormente. Su conocimiento corresponde al Juez de Chucuito y la resolución que así la declara, está arreglada a ley.

Vistas las dos posibilidades anteriores, pensemos en una tercera, ¿qué ocurre si el demandado no hace uso de los dos medios legales con los que cuenta, para hacer efectivas las reglas de competencia? ¿Puede admitirse el sometimiento tácito del demandado previsto en el art. 26 del Código procesal, también para los juicios de divorcio?

---

401 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 80, Setiembre de 1950, p. 1104

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE FEBRERO DE 1985<sup>402</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando:

Que la parte demandada no ha planteado contienda de competencia ni excepción de jurisdicción por lo que no resulta viable la nulidad declarada en la de vista, declararon: NULA la sentencia de vista de fs. ...; su fecha ...; MANDARON: que la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución con arreglo a ley ...

El Ministerio Público entre tanto opinó:

Según recurso de fs. ..., el actor solicita se declare la disolución del vínculo matrimonial que contrajo con la demandada, al haber incurrido ésta en la causal de abandono malicioso del hogar prevista en el inc. 5° del art. 247 del Código Civil (D). Sostiene el actor que por su condición de miembro de la Guardia Civil, fue destacado en el año 1973 de la ciudad de Iquitos, donde estaba fijado el hogar conyugal, a la ciudad de Lima, negándose la demandada a seguirlo a su nuevo centro de trabajo donde iba a instalar su nuevo domicilio conyugal.

El art. 50 del Código de Procedimientos Civiles, señala en forma inequívoca la competencia del Juez para el caso de divorcio y de nulidad de matrimonio.

Del propio texto de la demanda y lo actuado en autos, se desprende que el último domicilio conyugal estuvo señalado en la ciudad de Iquitos, lugar donde aún sigue viviendo la emplazada, por lo que el Juez que se avocó al conocimiento de esta causa no era el realmente competente para conocer de este asunto, debiendo señalarse que no es de aplicación lo dispuesto en el art. 43 del mismo cuerpo de leyes, por ser esta disposición de carácter general y la primeramente citada ser una norma especial únicamente para los casos que ella contempla.

En la última resolución, el asunto a examinar está dado por la aplicabilidad o no del art. 26 del C.P.C. (art. 43 C.P.C. deroga-

do), como norma del carácter general que regula el caso de prórroga tácita de competencia territorial, a los juicios de divorcio re-rogados de forma especial por el art. 24 del C.P.C. (art. 50 C.P.C. derogado).

El Ministerio Público sostiene que en este tipo de procesos debe prevalecer las reglas señaladas por el art. 50 (art. 24 del C.P.C. actual), habiendo sido correcto el fallo que declaraba nulo lo actuado, al no ser de aplicación el art. 43 (art. 26 del C.P.C. actual) por su carácter general.

Mientras que, por el contrario, la Corte Suprema resolvió, declarando que habiendo operado por la conducta de la emplazada la sumisión tácita no ha lugar la nulidad declarada.

Al respecto, ha de indicarse que la prórroga de la competencia a través de la sumisión expresa o tácita debe tener lugar, respecto a jueces, a quienes corresponda el conocimiento de juicios de la misma clase y cuantía del asunto a tratarse, operando sólo el sometimiento a juez diferente en razón del territorio; por entenderse éste como un elemento renunciable de la competencia, creado para beneficio de los litigantes y cuya alteración no vulnera el ordenamiento jurisdiccional a diferencia de los otros componentes.

La sumisión tácita, discutida en este fallo, tiene lugar respecto al actor por el hecho de interponerse la demanda a determinado juez, en tanto que opera en el demandado al no hacer uso de los recursos legales que impiden la intervención del juez incompetente, ya sea interponiendo la inhibitoria o por medio de la excepción de incompetencia.

El art. 24 inc. 2 de nuestro actual Código Procesal Civil, si bien es cierto establece una norma propia de los juicios de divorcio, separación de cuerpos y otros, estableciendo uno de los casos de competencia optativa, no impide que pueda aplicarse la regla general de competencia, cual es la sumisión voluntaria de los interesados a un juez determinado, mas aún si no se ve afectado el orden público, tratándose de un juez capaz de conocer juicios de esa clase.

## 2. LA SEPARACION DE CUERPOS Y EL PROCESO DE CONVERSION

### 2.1. *La separación de cuerpos*

#### 2.1.1. *Definición*

Como el maestro Planiol refiere, la separación de cuerpos consiste en el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos, difiere del divorcio porque los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, suprimiéndose la obligación relativa a la vida en común.

#### 2.1.2. *Vías legales para obtener la separación de cuerpos en el Perú*

La separación de cuerpos en nuestro medio ha devenido en un estado transitorio, antesala frecuente de divorcios absolutos. A éste se llega a través de dos vías legales.

La separación convencional: causal contemplada en el inc. 11 del art. 333 del C.C. Requiere de dos condiciones: el consenso de los cónyuges para la separación y un plazo mínimo de 2 años de matrimonio para poder ser solicitada.

La otra forma de acceder a aquél es mediante la invocación de cualquiera de las diez causales que enumera el art. 333 del C.C., las que para prosperar requieren estar debidamente acreditadas durante el proceso.

La ley es terminante al señalar que sólo por la vía convencional puede declararse la separación de cuerpos, no admitiéndose que pueda llegarse directamente al divorcio por esa causa, nuestra jurisprudencia ha corregido errores de denominación al pretenderse calificar a acciones de este tipo como divorcios convencionales; incluso, ha sancionado como inadmisibles a aquellas que han tenido como propósito obtener la disolución mediando únicamente el acuerdo de los cónyuges.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE OCTUBRE DE 1959<sup>403</sup>

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen fiscal cuyos fundamentos reprodujo:

La ley no permite el divorcio por mutuo disenso. Sólo puede solicitarse la separación de cuerpos por ese hecho. Si la demanda que aparece presentada únicamente por don ..y que aparece firmada, no obstante por la mujer, doña ...puede estimarse como entablada por mutuo disenso, las sentencias inferiores no pueden declarar el divorcio, sino únicamente la separación de cuerpos.

Hay nulidad en la sentencia recurrida, reformándola y desaprobando la de primera instancia, la Corte Suprema se servirá declarar que es nulo todo lo actuado e inadmisibles la demanda de fs. ...

### ***2.1.3. Efectos legales de la separación de cuerpos***

La separación de cuerpos requiere de un pronunciamiento judicial, que así lo declare, a solicitud de una o ambas partes según sea el caso, siendo precisamente ello lo que le distingue de la simple separación de hecho, la que carece de efectos para la ley; excepto lo previsto por el art. 324; que en el aspecto patrimonial, conduce al cónyuge culpable a perder el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

Por su declaración se pone fin a la sociedad de gananciales, quedando los cónyuges liberados de la obligación de hacer vida en común, manteniéndose en suspenso los deberes de mesa, lecho y habitación. Sin embargo el vínculo matrimonial aunque debilitado se encuentra vigente, de manera tal que el deber de fidelidad, la sumisión de alimentos y la imposibilidad de contraer nuevas nupcias con tercera persona, han de ser observados por los cónyuges, ya que de lo contrario, podrían incurrir en causales como adulterio, e incluso en el delito de bigamia previsto en el art. 139 del Código Penal.

### ***2.1.4. Procedimiento a que se sujeta la separación de cuerpos***

Varía según se trate de una acción convencional o por causal.

---

403 Anales Judiciales, t. LIV, 1959, p. 13-14

- La separación de cuerpos convencional, se someterá al siguiente procedimiento.

De manera general está regido por las reglas correspondientes al proceso sumarísimo, debiendo además observarse otras especiales, propias de su naturaleza (Título III, Sub Capítulo II, separación convencional y divorcio ulterior, arts. 573 al 580 del C.P.C.).

En las demandas de separación convencional se exige como requisito esencial, que se anexe la propuesta de convenio firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales, conforme inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

Aspecto importante a resaltar es el relativo a la eficacia jurídica de los acuerdos del convenio anexado a la demanda luego de expedido el auto admisorio de la misma, ello sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia.

Ambos cónyuges y el Ministerio Público son citados a la audiencia única, de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia. La audiencia única es un acto de singular trascendencia, por cuanto, cualquiera de los cónyuges tiene la potestad de revocar su voluntad de separarse de manera expresa e incluso tácita por medio de su inconcurrencia, dejando sin efecto el proceso iniciado. Cabe anotar que la exigencia de que concurren personalmente los cónyuges a la diligencia de comparendo, dispuesta por el derogado Decreto Legislativo 310, se ha modificado permitiendo que en las actuaciones judiciales las partes puedan participar a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.

En el caso del Fiscal Provincial, en su calidad de parte en este juicio, deberá ser notificado de la fecha en que ha de llevarse a cabo la audiencia única, más a diferencia de los cónyuges su inconcurrencia no impide la realización de la diligencia.

#### 2.1.4.1. *Revocación del consentimiento*

Debe señalarse, además, que cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento aunque lo haya ratificado en la audien-

cia única dentro de los 30 días naturales posteriores a su realización, teniendo como efecto el cese de la acción. Al respecto cabe precisar que la ley contempla la revocatoria unilateral de la decisión de separarse, como figura procesal distinta al desistimiento de la pretensión. Luego de este término legal no ha lugar a revocación unilateral alguna, ya que la causa sigue su tramitación propia a iniciativa de cualquiera de las partes. En esta situación sólo la reconciliación de los cónyuges puede poner fin a la acción, que de darse, debe ser puesta en conocimiento del juez de la causa.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1993 <sup>404</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el Ministerio Público declaró nula la sentencia de vista mandando se expida nuevo fallo con arreglo a ley, su argumento fue:

Es fundamento de la Corte Superior que uno de los cónyuges, en tiempo oportuno, revocó su consentimiento en la separación de cuerpos y no obstante, el Juez dispuso la legalización previa de la firma, desnaturalizando el procedimiento e incurriendo en causal de nulidad.

Este criterio no es compartido por esta Fiscalía Suprema por cuanto la resolución del Juez que originó el escrito de fs. 09 se dictó cumpliendo con una exigencia prevista en la ley, expresamente en el art. 263 del C. de P. Civiles, que dispone que el desistimiento se formulará en escrito con firma legalizada. Al no cumplirse con este requisito formal, pese a haber sido notificado a la casilla del Colegio de Abogados que señaló como domicilio procesal (constancia de fs. 10), el proceso siguió según su estado derivando las posteriores resoluciones a que se hacen referencia.

Además, es de verse de autos que la sentencia de primera instancia que dió por finalizado el juicio de separación de cuerpos por mutuo disenso no fue objeto de recurso de apelación por ninguna de las partes, elevándose en consulta en aplicación del artículo 359 del C. Civil; con lo que se ratifica la condición de inalterable de las resoluciones expuestas y la caducidad del derecho de las partes de invocar la revocación prevista en el artículo 344 del mismo cuerpo de leyes.

---

404 Exp. 276-93 / Lima

Concluida la audiencia única el Juez podrá expedir sentencia, acogiendo el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes de la patria potestad y derechos de los menores de edad o incapaces. En caso de reservar su decisión pronunciará fallo en un plazo que no excederá de 10 días contados desde la conclusión de la audiencia.

La normatividad procesal no prevé actualmente la consulta en los casos de separación convencional. Por lo que normalmente estas causas quedarán en Primera Instancia, excepto se interponga eventualmente el recurso impugnatorio de apelación.

De otro lado, la separación de cuerpos por causal, está sometida a las normas del proceso de conocimiento, observando además sus reglas propias, previstas en el Capítulo II disposiciones especiales, Sub Capítulo I Separación de Cuerpos o Divorcio por causal arts. 480 al 485 del C.P.C. Esta acción, por su carácter eminentemente contradictorio, se desarrolla de manera semejante a los de divorcio, por lo que nos remitimos a lo que venimos refiriendo sobre aquél.

## ***2.2. Proceso de conversión***

Mediante éste, los cónyuges que han obtenido previamente la separación de cuerpos, pueden convertirla en un divorcio absoluto, tras seguir un corto procedimiento.

De acuerdo al art. 580 del Código Procesal Civil procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos 6 meses de notificada la sentencia de separación, el Juez expedirá sentencia, luego de 3 días de notificada la otra parte.

La redacción original del art. 354 del Código Civil permitió que la jurisprudencia estableciera varias interpretaciones respecto a la oportunidad para iniciar el cómputo del plazo, la predominante fue que debía considerarse desde la fecha que fue declarada aprobada la sentencia de primera instancia; no obstante se dieron otras dos interpretaciones que estimaban que el cómputo debía efectuarse desde que los autos bajaban a primera instancia y otra

desde que se notificaba la sentencia ejecutoriada al Ministerio Público. Estas discrepancias interpretativas han concluido con la modificación del texto del art. 354, que precisa expresamente que el plazo deberá contarse desde la notificación de la sentencia de separación convencional.

En los casos de conversión, por tratarse de una resolución que declara el divorcio de conformidad con lo dispuesto por el art. 359 del Código Civil deberá elevarse en consulta al Tribunal Superior.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE OCTUBRE DE 1996<sup>405</sup>

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La recurrente fundamenta su recurso en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada que habiendo quedado consentida la sentencia de separación y no habiendo nadie cuestionado la legitimidad de sus trámites no puede declararse al pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial la nulidad de todo lo actuado, por lo que se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; que asimismo se ha infringido el artículo doscientos uno y no se ha aplicado el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil.

**CONSIDERANDO:** Primero.- Que concedido el recurso de casación a fojas cincuentisiete, fue declarado procedente por resolución de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventicinco, por la causal invocada;

Segundo.- Que la sentencia de separación convencional, no fue materia de recurso de impugnación por ninguna de las partes;

Tercero.- Que el artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil, modificado por la Primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo número setecientos sesentiocho, Código Procesal Civil dispone que transcurrido seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, puede pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio;

Cuarto.- Que en este caso habían transcurrido más de seis meses de la sentencia de separación convencional, cuando se solicitó la disolución del vínculo matrimonial y el fallo del A' quo que de-

---

405 Casación N° 606/ Junín

claró el divorcio, tampoco fue materia de recurso impugnativo, por lo que la sentencia fue elevada en consulta al superior, de acuerdo con el artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil;

Quinto.- Que de acuerdo al estado del proceso, la Corte Superior solo podía examinar si habían transcurrido los seis meses exigidos para declarar el divorcio;

Sexto.- Que esto no supone, que si existiera algún derecho de las partes para solicitar la nulidad del proceso, no puedan ejercitar tal derecho;

Setimo.- Que la sentencia de vista no ha cumplido con pronunciarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenticuatro antes citado y ha desaprobado la consultada, por razones procesales derivadas de la sentencia de separación convencional, que no ha sido objeto de recurso impugnativo y que no es materia de la consulta;

Octavo.- Que en consecuencia se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y resulta de aplicación el inciso tercero del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil;

Nueve.- Que por las razones expuestas y de conformidad con el acápite dos punto uno del artículo trescientos noventiseis del Código Adjetivo, la Sala Civil de la Corte Suprema FALLA: DECLARANDO FUNDADO el recurso de casación de fojas cincuenticuatro y, en consecuencia, CASA la resolución pronunciada por la Sala Civil de la Corte Superior de ...,y actuando en sede de instancia, declara nulo dicho fallo y dispusieron se expida nueva sentencia con arreglo a ley; en los seguidos por doña ... y otro con el Ministerio Público, sobre separación convencional; ...

El art. 354 en su segundo párrafo se refiere a la acción de conversión en los casos de separación de cuerpos por causal, restringiéndose al cónyuge inocente, denegándola expresamente al culpable, lo que no ocurría en el anterior régimen.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE AGOSTO DE 1991<sup>406</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró disuelto el vínculo matrimonial.

El dictamen fiscal argumentó:

De la revisión y análisis de lo actuado se desprende que por sentencia de fs. 129 la Segunda Sala Civil modificó la sentencia de fs. 111 declarando separados legalmente a los cónyuges ...y ...por las causales de sevicia en agravio de la demandada y por la causal de conducta deshonrosa en agravio del demandante; que desde la notificación a las partes del "por devueltos, cúmplase lo ejecutoriado" de fs. 131 y 131 vta. el 22 de enero de 1990, hasta la resolución de fs. 134 ha transcurrido el plazo de 6 meses establecido por el art. 354 del C.C. Sin embargo no teniendo ninguno de los cónyuges la condición de inocente en la separación por causal específica, la solicitud de fs. 134 formulada por el apoderado del demandante que es culpable de la separación por la causal de sevicia, no es procedente.

Pues, conforme a lo dispuesto por el art. 354, segunda parte, sólo el cónyuge inocente tiene derecho a solicitar la disolución del vínculo.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE AGOSTO DE 1992 <sup>407</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal estimó:

Los accionantes interponen demanda de Separación de Cuerpos por Mutuo Disenso, en los términos y condiciones que aparecen del recurso de fs. 6, al amparo de lo dispuesto por el artículo 333 inciso 11 del Código Civil.

Seguida la causa por los trámites pertinentes, se dicta sentencia a fs. 20, declarando fundada la demanda de fs. 6, en consecuencia, separados a los referidos cónyuges, poniéndose fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejándose subsistente el vínculo matrimonial.

Elevado en consulta a la instancia superior, es aprobada la referida sentencia mediante resolución de fs. 26.

Empero, el cónyuge ...a fs. 34, presenta recurso de oposición a la prosecución de los autos, teniendo en consideración que por

---

407 Exp. 1904-91 / Lima.

ante el Primer Juzgado Civil de Lima, Secretario ..., ha interpuesto juicio de nulidad de matrimonio contra su cónyuge coaccionante, por tener la misma, al momento de contraer matrimonio, condición de casada con ..., por ante el Concejo distrital de ..., provincia de ..., Departamento de ..., conforme acreditará oportunamente, cosa que no ha hecho durante la escuela de este procedimiento.

A fs. 39, se declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre las partes, por haber transcurrido en exceso el término exigido por el artículo 354o. del Código Civil, sentencia que al ser apelada por el coactor ..., es confirmada mediante resolución de fs. 46. Tanto la apelada como la recurrida, en mi opinión han sido expedidas con arreglo a Ley, por lo que dictaminó, se declare NO HABER NULIDAD en la de vista.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE MAYO DE 1994<sup>408</sup>

VISTOS: con el acompañado: con lo expuesto por el Señor Fiscal y ATENDIENDO : a que el concesorio del recurso de nulidad a que se refiere la resolución de fojas ciento setenticinco se ha dictado por mandato de este Supremo Tribunal, como consta de la resolución de fojas ciento setenticinco, por lo que carece de sentido analizar si el aludido concesorio es procedente o no; a que analizados los fundamentos expuestos en el recurso de nulidad planteado a fojas ciento cincuentiuno si bien conforme al segundo párrafo del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio tratándose de la separación por causal específica, también es cierto que dicha norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido, si a ello agregamos que en el proceso como el presente, por los elementos de juicio que obran en autos, la reconciliación de los esposos es impracticable; a que, en tales circunstancias, cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que sólo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio, en el fondo, constituiría amparar la omisión abusiva de un derecho, la que está vedada por el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil:

---

408 Diálogo con la Jurisprudencia, Año III, N° 6, p. 133-135.

declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarentiséis, su fecha dieciséis de marzo de mil novecientos noventitres, que aprueba la consultada de fojas ciento siete su fecha once de diciembre de mil novecientos noventidós, declara FUNDADA la solicitud de fojas ciento seis y, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por don (...) con doña (...) el seis de setiembre de mil novecientos sesentiocho, ante la Municipalidad de Breña, con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso y multa de ley a la parte que lo interpuso; en los seguidos por (...) con (...) sobre separación de cuerpos y los devolvieron.

#### LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR URRELO ALVAREZ

a parte de los glosados, es como sigue; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además: a) que en los primeros años de puesto en vigencia el Código Civil de mil novecientos treintiséis, la jurisprudencia interpretó el artículo doscientos setentiséis, en el sentido que la petición para convertir la separación de cuerpos en divorcio vincular, sólo podía formularlo el cónyuge inocente, por considerar cierta incongruencia con el artículo doscientos cuarentinueve de dicho Código; b) que posteriormente el criterio jurisprudencial varió o por lo menos no ha sido uniforme, en base al texto literal del glosado artículo doscientos setentiséis; c) que el segundo párrafo del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil vigente, haciendo referencia al primer párrafo de este numeral, precisa que igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica, pero obviamente no prohíbe en forma expresa que similar derecho tenga el cónyuge culpable, lo que se explica tanto porque el legislador no ha querido establecer un castigo cuanto porque la separación de cuerpos es un estado temporal y no permanente que debe concluir cuando se han desvanecido las posibilidades de una conciliación

EL VOTO DEL SEÑOR ALMENARA BRYSON, es como sigue:

CONSIDERANDO: que a diferencia del Código Civil de mil novecientos treintiséis, con el que hubo jurisprudencia interpretativa variada respecto de la aplicación de los artículos doscientos cuarentinueve y doscientos setentiséis, el Código Civil vigente tiene en la segunda parte del artículo trescientos

cincuenticuatro una regla inequívoca y clara: sólo el cónyuge inocente de la separación por causal específica puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial: que la ratio legis de esta norma se sustenta en que el cónyuge inocente puede optar, cuando hay causal específica, entre el proceso judicial de separación o el de divorcio; que al escoger la separación significa que el cónyuge inocente rechaza en principio, la idea del divorcio: que, por tanto, no procede interpretar en forma distinta las reglas del proceso permitiendo al cónyuge culpable utilizar un derecho que la ley le niega, y obligando al inocente que actuó de buena fe con la premisa de la seguridad jurídica que otorga la ley, a aceptar un status no querido; que de la secuencia procesal en estos autos se advierte a fojas ciento seis que (...), sin cita legal alguna, pide la disolución del vínculo, ante cuya petición, el a-quo haciendo alusión genérica del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil ampara la solicitud, esto es, que ambos, no aplicaron la norma en su segundo párrafo o decidieron no tenerla en cuenta; que en segunda instancia la cónyuge ha objetado la validez de los actos procesales que concluyeron con la disolución matrimonial: MI VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que aprobando la consultada, declara la disolución del vínculo matrimonial contraído por (...) con (...); y reformando la de vista y revocando la apelada se declare IMPROCEDENTE la solicitud de fojas ciento seis.

EL VOTO DEL SEÑOR RONCALLA VALDIVIA es como sigue: y, CONSIDERANDO: que de acuerdo al artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil, transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio, e igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica; que no cabe duda alguna, que la disolución del vínculo matrimonial por conversión se dicta obligatoriamente en perjuicio del esposo contra quien la separación se ha pronunciado; que, en consecuencia, no puede el juzgador romper el matrimonio contra la mujer siendo que cualquiera que sea el método de interpretación de la Ley que se utilice, no puede autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma, y sí solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego requiere en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones sobre tendencias que han penetrado ya en el sistema de la le-

gislación positiva; que en el caso, la facultad concedida en el precitado dispositivo legal corresponde ejercerla únicamente a la cónyuge: por estas razones, MI VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que aprobando la consultada, declara la disolución del vínculo matrimonial contraído por (...) con (...): REFORMANDO la primera y DESAPROBANDO la segunda: se declare IMPROCEDENTE la solicitud de fojas ciento seis.

### *2.2.1. La reconciliación y el proceso de conversión*

Durante el proceso de conversión no es admisible la oposición de una de las partes a la declaración de disolución. La conversión tiene lugar a instancia de cualquiera de los cónyuges, en los casos de mutuo disenso y por el inocente en los de causal. Quedando sin efecto dicha solicitud si quien la pidió se desiste de ella, o los cónyuges se han reconciliado.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE ABRIL DE 1954 <sup>409</sup>

Por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal y considerando además: que no habiéndose solicitado la reconciliación autorizada en el artículo doscientos ochentisiete del Código Civil por los cónyuges doña ...y don ..., en el juicio de divorcio que siguieron y que terminó por sentencia declarando la separación de cuerpos, la presente solicitud materia del recurso de nulidad interpuesto, resulta procedente de acuerdo con lo que dispone el artículo doscientos setentiséis del citado Código: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs. ..., su fecha cinco de octubre del mismo año, que declara fundada la solicitud formulada a fs. ...por don ...y, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial celebrado con doña ...; con los demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron”.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE ENERO DE 1985<sup>410</sup>

La Corte Suprema:

---

409 Anales Judiciales, t. L, 1954, p. 15-16

410 Exp. 423-84 / Cuzco

“...de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; y estando a lo dispuesto en el artículo doscientos setenticinco del Código Civil derogado; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ..., que desaprobando la consultada de fojas ..., de fecha ..., declara IMPROCEDENTE la solicitud de fojas ...que pide la disolución del vínculo matrimonial; y, en consecuencia, declararon: sin efecto la separación de cuerpos a que se contrae la sentencia de Primera Instancia ...”.

El dictamen fiscal señala:

En mérito de la Partida de Nacimiento de fs. ..., no impugnada por el cónyuge, el menor ..., ha nacido el 6 de noviembre de 1982, dentro del término que señala el art. 276 del Código Civil (D), habiéndose producido la reconciliación tácita que precribe el art. 275 del citado Código, en consecuencia el petitionerario ha perdido su derecho para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, por lo que debe desaprobarse la recurrida.

Por las razones expuestas este Ministerio Público opina NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE SETIEMBRE DE 1984 <sup>411</sup>

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal que expresaba:

En cuaderno separado doña ...pide se declare terminada la separación de cuerpos por reconciliación con su cónyuge de conformidad con el art. 278 del C.C.

Tramitada la solicitud conforme a ley, actuadas las ofrecidas se dictó la sentencia de fs. ..., declarando disuelto el vínculo matrimonial contraído por don ...con doña ...interpuesto recurso de apelación la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima pronunció la sentencia de vista de fs...., confirmando la recurrida, lo que ha dado origen al recurso de nulidad interpuesto por doña...

---

411 Exp. 144-84 / Lima

De las pruebas actuadas en el incidente de reconciliación y el principal, se tiene que ambos cónyuges no obstante domiciliar en la calle ...; viven en habitaciones separadas, tal como aparece de la inspección ocular de fs. ..., esta circunstancia da motivo a que se produzca incidentes entre ambos que terminan en injurias y agresiones, como es el caso del expediente tramitado de fs. ...a ...seguido ante el Juez de Paz de La Molina por faltas contra la vida, cuerpo y la salud; en tal sentido al subsistir discrepancias entre los cónyuges quienes no acreditan haberse reconciliado ni demuestran interés alguno por reconciliarse procede a que queden vigentes los efectos de la disolución del vínculo matrimonial.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 03 DE MAYO DE 1993 <sup>412</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró fundada la solicitud y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial, por los siguientes argumentos:

La impugnante considera que debe cortarse el proceso por haberse reconciliado las partes, habiendo llegado a procrear al menor ..., quien nació el 13 de diciembre de 1990 conforme consta de la copia certificada de la partida obrante a fs. 21.

Si bien se ha demostrado la existencia del menor a que se hace referencia el mismo que por la fecha de su nacimiento fue concebido inclusive antes de aprobarse la sentencia de separación de cuerpos según puede observarse de fs. 16, para los efectos de lo dispuesto por el art. 346 del C.C. debió darse a conocer dicha reconciliación por ambos cónyuges, pues el documento de fs. 21 por sí solo no acredita tal afirmación, máxime si el menor ha sido declarado por la peticionaria.

La reconciliación de los cónyuges, es el único evento capaz de poner fin a todo avance dado hacia la disolución del matrimonio. El art. 346 nos refiere que si ésta se lleva a cabo durante el proceso de separación tiene como efecto cortarlo en el momento que se produzca. De serlo luego de ejecutoriada la sentencia que la declaró, debe hacerse presente al juez que conoce la causa, a

---

412 Exp. 775-92 / Piura.

efectos de que se disponga su inscripción en el registro personal. El art. 356, en tanto, normando la conversión como segundo nivel, establece que queda sin efecto por la reconciliación de los cónyuges o el desistimiento de quien lo solicitó.

El problema, a saber, se presenta cuando no se cumple en su oportunidad con poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la reconciliación de los cónyuges, y luego uno de ellos pretendiendo ignorar su ocurrencia, solicita la conversión, pudiendo aparentemente pedirla en cualquier momento transcurrido el plazo legal. De ocurrir este hecho, el otro cónyuge habrá de promover un incidente en donde tendrá que acreditar la reconciliación anterior, prueba que resulta compleja, más aún si no existen hechos que lo evidencien como un embarazo o el nacimiento de un menor.

La cuarta ejecutoria es esclarecedora en cuanto al último supuesto mencionado, al exigir que el nacimiento del menor y por tanto la reconciliación debe ser declarada por ambos cónyuges para que surta los efectos de ley.

### **3. LA AUTORIZACION JUDICIAL PARA VIVIR SEPARADO DEL HOGAR CONYUGAL**

El art. 485 del Código Procesal Civil permite como medida cautelar la separación provisional de los cónyuges.

#### ***3.1. Procedencia de esta autorización sólo en los juicios de divorcio y separación de cuerpos***

La jurisprudencia se ha pronunciado uniformemente señalando que la facultad que tiene el juez de autorizar la separación provisional de los cónyuges, -a instancia de cualquiera de éstos-, es sólo procedente cuando dicha solicitud se formula durante un procedimiento de separación de cuerpos o de divorcio. Por lo tanto, es inadmisibles cualquier acción que pretenda tal objetivo por medio de un trámite diverso.

Cuestión distinta es la que posibilita la ley sobre violencia fa-

miliar, que contempla el retiro del agresor de la casa común, como medida de protección.

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE DICIEMBRE DE 1965 <sup>413</sup>

Que el art. 281 del C.C. permite al Juez autorizar al cónyuge a vivir separado de la casa común, cuando se ha interpuesto demanda de divorcio o de separación por causal que justifique tal autorización; que la cesación de la obligación de los cónyuges de hacer vida común en la sociedad conyugal, prevista en segunda parte del art. 160 del mismo Código, es derecho concedido a los cónyuges para exonerarse de tal obligación sin que para ello tengan necesidad de instancia judicial, susceptible de decisión del Juez, mucho menos en el presente caso en que la cónyuge se ha apartado del hogar común, como se deja constancia ante la autoridad policial, conforme aparece en la copia certificada que ha acompañado a su solicitud de fs. ...; que la sustentación de éste, como demanda en vía ordinaria, por no tener tramitación especial, conduciría a controvertir los fundamentos de una acción de divorcio, que no ha sido expresamente demandada: declararon NULO el auto de vista de fs. ...; insubsistencia el apelado de fs. ..., y nulo todo lo actuado, e inadmisibile la solicitud de fs. ...formula-da por doña ...en los seguidos con ..., sobre autorización para residir fuera del hogar conyugal.

### 3.2. *Efectos de la autorización*

Una vez decretada la autorización los cónyuges tienen derecho a fijar domicilios independientes, encontrándose plenamente justificado el apartamiento del cónyuge que lo solicitó, no siendo susceptible de incurrir en la causal de abandono, como ya lo mencionáramos al tratar aquella, al menos durante el periodo que dure su vigencia. No obstante, en algunos casos con esta autorización se ha pretendido amparar ciertos excesos.

La autorización judicial para vivir separado del hogar común, es de carácter provisional, debiendo entenderse que se halla

---

413 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 263, Diciembre de 1965, p. 1466-1468

sujeta a la duración y resultados del juicio de separación o divorcio en el que se le ha promovido (Ver causas de justificación del hogar conyugal apartado 5.3.5.2).

Concluido el proceso por sentencia denegatoria, por desistimiento o abandono de instancia, la autorización judicial debe entenderse revocada, y aunque no exista un mandato expreso, el cónyuge que la obtuvo tiene la obligación de reincorporarse de inmediato al hogar común, de no hacerlo incurre en falta conyugal sancionable, capaz de configurar la causal de abandono injustificado del hogar conyugal. Lo contrario significaría amparar a un cónyuge malicioso, que bajo una orden judicial, se vería apartado de sus obligaciones legales. Observación que resulta más importante, al admitirse que los plazos de abandono puedan ser sumados a otros anteriores, situación que podría permitir se constituya una causal de divorcio o de separación.

#### **4. VARIACION DE LA DEMANDA DE DIVORCIO A SEPARACION DE CUERPOS**

##### **4.1. Alcances de esta facultad.**

El art. 482 del Código Procesal Civil en concordancia a lo dispuesto por el art. 357 del Código Civil, establece que en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.

Como puede advertirse esta norma difiere de las reglas generales del Derecho Procesal, que sólo admite la modificación de la demanda y reconvenición antes de que sean notificadas (art. 428 C.P.C.)

Esta norma propia de la institución del divorcio, confiere esta facultad al cónyuge actor o reconviniente, que inicialmente ha planteado una pretensión de disolución matrimonial, posibilitando la varíe por una de separación de cuerpos, ello como es natural en el deseo social de conservar la institución del matrimonio.

La norma sustantiva y procesal es clara al expresar que habiéndose demandado el divorcio por causal, esta acción puede ser variada por una de separación de cuerpos por causal. Mas a este supuesto, la jurisprudencia ha admitido asimismo, que los cónyuges pueden variar una acción litigiosa de divorcio a una separación de carácter convencional, como podrá advertirse en la siguiente ejecutoria:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE MAYO DE 1990 <sup>414</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal, declaró:

Que no constituye violación de las normas de procedimiento el que demandante y demandada varíen la demanda de divorcio a una de separación de cuerpos por mutuo disenso; que esta variación constituye una garantía para las partes, las que se acogen a un derecho consagrado en el Código Civil, ejerciendo su voluntad y cumpliendo los requisitos de forma y de fondo; que la variación ha sido tramitada conforme a ley, se ha dado intervención al Ministerio Público y se ha realizado el comparendo con la asistencia personal de los cónyuges a quienes el Juez preguntó sobre la variación; que por tanto no existe vicio de nulidad alguno.

Por el contrario el Ministerio Público sostuvo:

En la demanda que corre a fs. 12, la actora interpone acción de divorcio por la causal de sevicia, patria potestad y pensión alimenticia; manifestando haber contraído matrimonio con el demandado el 15 de Enero de 1983, que la vida en el hogar se desenvolvía normalmente, hasta que a partir del mes de agosto de 1987, por causa que ignora y que no tiene explicación, su esposo cambió totalmente de conducta, vertiendo expresiones injuriosas lesivas a su honor y sus familiares, con lo que tiene escandalizado al vecindario; el 9 de noviembre de 1987, sumando a los frecuentes malos tratos que era objeto la actora, le propinó una fuerte golpiza que le produjo lesiones en el cuerpo y el rostro, cuyo reconocimiento médico legal arrojó dos días de reposo por tres días de descanso; con fecha 3 de enero de 1988, fue nuevamente golpeada por el

---

414 Exp. 1377 - 89/ Lima.

demandado, siendo ambos hechos de conocimiento de la policía y posteriormente del Juez de Paz Letrado de Barranco y Miraflores; solicita además una pensión alimenticia para la demandante y sus menores hijos procreados dentro del matrimonio al igual que se le conceda la patria potestad de la misma.

A fs. 20, aparece el acta de la diligencia de comparendo, en la que la actora se ratifica en los extremos de su demanda, no habiendo asistido el emplazado, se dió por contestada la demanda en su rebeldía.

A fs. 50, ambos litigantes, solicitan variar la demanda por una de separación de cuerpos de mutuo propio y de común acuerdo, al amparo del Art. 357 del C.C.

A fs. 57, aparece el acta de la nueva diligencia de comparendo, en la que la demandante se ratifica en su demanda y la variación de la demanda de divorcio absoluto a mutuo disenso y ambas partes manifiestan su deseo de separación legal y consecuentemente la disolución del vínculo matrimonial.

A fs. 72, el Juzgado de origen emite sentencia, declarando fundada la variación de demanda, en consecuencia separados legalmente los cónyuges en litigio, quedando subsistente el vínculo matrimonial.

A fs. 78, obra la sentencia de segunda instancia que declara nula la sentencia consultada e insubsistente todo lo actuado desde fs. 52 vta., dispusieron la continuación de la causa según su estado, debiendo proveerse de acuerdo a ley el escrito de fs. 50 a 52.

El Art. 357, faculta AL DEMANDANTE, a variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación, en cualquier estado de la causa; más no existe norma legal alguna que faculta al DEMANDANTE y al DEMANDADO a variar la demanda por una de separación de cuerpos de mutuo propio y de común acuerdo; lo que de hecho equivaldría a una nueva demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso; en consecuencia habiéndose expedido la sentencia de vista de acuerdo a ley, este Ministerio Público opina NO HABER NULIDAD en la misma.

En la práctica judicial con alguna frecuencia se presentan estas variaciones de demanda de divorcio por causal por pretensiones convencionales de separación de cuerpos y divorcio ulterior,

representando una práctica procesal admitida, que de alguna manera evita se agudicen aún más los conflictos de pareja y de familia a través de un proceso judicial altamente controvertido. No obstante, sólo acotaremos los riesgos que ofrece a la parte demandante y presuntamente inocente de la causal, admitir este tipo de variación, por cuanto dicho acto procesal tiene efectos similares al desistimiento, en tanto ambos suponen la dispensa de la falta conyugal.

El problema se presenta en los casos que producida la variación de la acción litigiosa a la convencional, el cónyuge inicialmente demandado se desiste en el tiempo de ley a la separación convencional. En estos casos se han dado hasta tres respuestas judiciales: se tiene por concluído el proceso convencional; la segunda se anula lo actuado en lo convencional, y se repone la causa al estado previo a la solicitud de conversión y finalmente no se admite la revocatoria de la separación convencional, por tratarse del ejercicio abusivo de un derecho por parte del cónyuge a quién se le imputó la causal.

## **5. FACULTAD DEL JUEZ DE DECLARAR SOLO LA SEPARACION DE CUERPOS AUNQUE HAYA SIDO DEMANDADO O RECONVENIDO EL DIVORCIO**

### ***5.1. Interpretación Judicial del art. 358 del C.C.***

“Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien”.

#### ***5.1.1. Interpretación predominante***

El art. 358 del Código Civil recoge en su integridad la norma contenida en el art. 287 del C.C. de 1936, por lo que la jurisprudencia que corresponde a ese periodo, pese a estar referida a dicho dispositivo, conserva su vigencia, permitiéndonos reconocer cómo viene comprendiéndose los alcances de esta facultad en el tiempo.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE JULIO DE 1983 <sup>415</sup>

“La facultad que concede el art. 287 del Código Civil, para declarar simplemente la separación de los cónyuges aunque la demanda tenga por objeto el divorcio, es para el caso de que se considere probable que los cónyuges se reconcilien, y ésto, en el caso de que estuvieran probadas las causales de divorcio invocadas”.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE JUNIO 1991 <sup>416</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, por sus fundamentos, declaró la separación legal de los cónyuges:

...1) Si bien es cierto que las relaciones entre los cónyuges, ha sido y siguen siendo insostenibles, por los continuos conflictos entre las partes, haciendo imposible seguir haciendo la vida en común, también es cierto, que durante el comparendo realizado ante el Juez de Paz de la Molina, a fs. 11 a 15, por las constantes mortificaciones y agresiones verbales de que es objeto la demandante, el emplazado, promete rectificar su conducta, al decir: “en forma solemne que su carácter fuerte y un poco impulsivo que tengo, para mi felicidad, de mi hogar, de mi esposa y mis hijos, trataré de cambiar y controlarme en la mejor medida que pueda” y más adelante agrega: “voy a implorar al todo poderoso para que mi carácter cambie mucho y con sus dos hermosos hijos que lo adoran, y que estas promesas no sean por cierto tiempo sino sean para toda la eternidad”, lo cual permite colegir, que existe la probabilidad de que los cónyuges se reconcilien.

2) El inciso 10 del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 310, dispone: “Aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez puede declarar sólo la separación, cuando parezca probable la reconciliación de los cónyuges”. En tal virtud, en opinión de este Ministerio, la sentencia venida en grado, que confirma la apelada en todos sus extremos, está arreglada a derecho.

---

415 Exp. 543-83 / Lima.

416 Exp. 1979-88 / Lima.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE JUNIO DE 1991 <sup>417</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

...que el actor no ha acreditado las causales aducidas en la demanda, resulta que carece de facultad el juzgador para declarar la separación de cuerpos por no darse el presupuesto del artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil...

El Ministerio Público en el mismo sentido opinó:

Del estudio y análisis de lo actuado y de los acompañados, se tiene que el actor no ha acreditado los extremos de su demanda en cuanto a las causales de sevicia, injuria grave y atentado contra la vida del cónyuge; en cuanto a la causal de adulterio, acreditada con la partida de nacimiento que corre a fs. 7, la acción ha caducado en razón de que dicho documento fue expedido con fecha 8 de setiembre de 1978, lo que acredita que el actor que presentó dicha prueba como recaudo de su demanda tuvo conocimiento de la existencia de dicha menor desde esa fecha; además desde la fecha de nacimiento de la menor a la interposición de la demanda han transcurrido más de cinco años; en consecuencia de conformidad con el art. 339 del Código Civil la acción ha caducado.

Por otra parte de conformidad con el artículo 358 del Código Civil en las demandas de divorcio el Juez puede declarar la separación, SI PARECE PROBABLE QUE LOS CONYUGES SE RECONCILIEN; en autos ha quedado meridianamente demostrado que no existe ánimo de reconciliación entre los cónyuges litigantes, existiendo al contrario un conflicto permanente entre los cónyuges, inclusive con intervención directa de la prole.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE ENERO DE 1991 <sup>418</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal estimó:

---

417 Exp. 1810-90 / Junín.

418 Exp. 1592-90 / Piura.

...que si bien el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil establece que aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien; que en el caso de autos no se ha acreditado la probabilidad de tal reconciliación; que, por otro lado, el criterio jurisprudencial tiene establecido que puede hacerse uso de la facultad que contempla el indicado artículo cuando se han acreditado las causales o una de las causales; que, sin embargo en el caso de autos ninguna de las causales deviene fundada; que, por último el sólo transcurso de una separación de hecho no puede dar lugar a la aplicación del artículo trescientos cincuentiocho del Código Sustantivo...

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE JUNIO DE 1992 <sup>419</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...que en autos no hay prueba idónea que acredite las causales de divorcio invocadas por el demandante; que esta apreciación es compartida tanto por el personal del juzgado como por la Sala Superior; sin embargo, pese a no estar probados los fundamentos de la demanda, las instancias inferiores, haciendo mal uso de la facultad contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil, han declarado la separación de los cónyuges, disolviendo la sociedad legal; que el supuesto legal a que se contrae la referida norma es para el caso que se encuentre acreditada la causal o causales de divorcio en que se apoya la demanda, circunstancia que no se da en el presente caso: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista ..., declara INFUNDADA la demanda ...; declararon NULA la misma resolución en cuanto confirmando la de primera instancia declara la separación de los cónyuges...

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE AGOSTO DE 1996<sup>420</sup>

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La demandada ..., sustenta su recurso en lo dispuesto por el inciso primero del artículo trescientos ochentisís del Código Procesal Civil, señalando que

---

419 Exp. 1001-90 / Puno

420 Casacion N° 454-95/ La Libertad

se ha aplicado indebidamente e interpretado erróneamente la norma de derecho material contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil...

Segundo.- Que, la recurrente fundamenta su recurso en que la Sala al expedir la recurrida ha aplicado indebidamente e interpretado erróneamente la norma de derecho material contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil, indicando que la norma antes citada solo se aplica cuando se ha probado las causales de divorcio invocadas, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

Tercero.- Que, la presente litis versa sobre divorcio por las causales de violencia física y psicológica e injuria grave, las cuales durante la secuela del proceso no han sido probadas indubitablemente conforme se desprende de la recurrida, sin embargo al momento de absolver el grado, el colegiado confirmando la apelada dispone la separación de los cónyuges, en aplicación de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil.

Cuarto.- Que, la norma antes citada establece que aunque en la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez solo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien, empero en la presente causa el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio; que, al no haber probado el actor su pretensión, no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime aún que no fue solicitada.

Quinto.- Que, en consecuencia no resulta aplicable al caso la norma contenida en el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil, ya que las causales invocadas para el divorcio no se han probado.

RESOLVIERON: Estando a las conclusiones antes vertidas y estando a lo dispuesto en el inciso primero del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil: DECLARARON FUNDADO el recurso de casación por la causal contenida en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del citado Código Adjetivo; y en consecuencia CASARON la resolución de vista de fojas ..., su fecha ..., en el extremo que dispone la separación de los cónyuges el que declararon NULO EL CITADO extremo; y en consecuencia sin objeto pronunciarse sobre la separación de los cónyuges; en los seguidos por ... con ... sobre divorcio.

En este sentido se han pronunciado:

6. Ejecutoria Suprema del 23 de marzo de 1946<sup>421</sup>
7. Ejecutoria Suprema del 9 de agosto de 1946<sup>422</sup>
8. Ejecutoria Suprema del 15 de noviembre de 1966<sup>423</sup>
9. Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1971<sup>424</sup>
10. Ejecutoria Suprema del 4 de julio de 1972<sup>425</sup>
11. Ejecutoria Suprema del 21 de abril de 1983<sup>426</sup>
12. Ejecutoria Suprema del 15 de noviembre de 1985<sup>427</sup>

### 5.1.2. *Otras interpretaciones asumidas en la administración de justicia*

La interpretación precedente es la predominante en los medios judiciales. Sin embargo, también se han dado otras dos comprensiones distintas, señalándose que:

- El juez puede hacer uso de esta facultad aunque las causales invocadas no hayan sido acreditadas, en algunos casos, si es probable que los cónyuges se reconcilien y en otros, cuando la situación reflejada demuestra la imposibilidad de la vida en común de los cónyuges.

- Puede emplearse esta facultad de declarar la separación, si existe allanamiento de una de las partes, lo que refleja su deseo recíproco de separarse, asemejándose a la figura de la separación convencional.

Examinemos entonces las ejecutorias que ponen de manifiesto dichas interpretaciones:

---

421 Anales Judiciales, t. XLII, 1946, ps. 283-285.

422 Anales Judiciales, t. XLII, 1946, ps. 176-178.

423 Anales Judiciales, t. LXI, 1966, p. 14.

424 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 338, Marzo de 1972, p. 337

425 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 342, Julio de 1972, pp. 854-855.

426 Exp. 211-82 / Puno.

427 Exp. 161-85 / Ancash.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE JUNIO DE 1941<sup>428</sup>

La Corte Suprema reprodujo los fundamentos del dictamen fiscal que expresaba:

Considera el Juez, que no están suficientemente probados los hechos que recíprocamente se imputan los cónyuges, pero que se ha acreditado la separación, por graves desavenencias en el hogar. Por tal motivo, ejercita la facultad que en el art. 287 del C.C. da al juzgador, conforme a su criterio. No puede negarse al Juez, la facultad que le asiste para resolver en este sentido, si como expresa, no se han probado suficientemente las causales invocadas, pues si lo estuvieran, el Juez tendría que declarar fundada la demanda o la reconciliación. El marido que demandó el divorcio se ha conformado con la resolución que lo deniega, lo que revela que es posible su reconciliación en el transcurso del tiempo fijado por la ley.

Por lo que declararon Haber Nulidad en la de vista, reformándola, confirmaron la apelada, que declaraba la separación.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1953<sup>429</sup>

Dictamen Fiscal:

El abandono malicioso de la casa conyugal, por un periodo continuado mayor de dos años, previsto en el inc. 5° del art. 247 del C.C., como causal de divorcio, imputado por don ...a su esposa doña ..., no resulta acreditado en autos.

Por el contrario, la cónyuge demandada ha comprobado que continúa viviendo en el hogar conyugal establecido por el marido en ...de la ciudad de Cajamarca.

Consta en autos que el demandante, por haber formado en el Fundo "Collambay", otra familia, ilegítima, pretende alcanzar el divorcio haciendo recaer en la demandada su propio abandono del hogar.

Las circunstancias de que los cónyuges se encuentren separa-

---

428 Anales Judiciales, t. XXXVII, 1941, p. 102 a 108.

429 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 124, Mayo de 1954, p. 568-569.

dos de hecho desde hace 24 años, no justifica la demanda por causa que no ha provocado la demandada y sólo obedece a que la mujer, en resguardo de su legítimo derecho, ha interpuesto acción de separación de bienes.

Por lo que el Fiscal Supremo fue de opinión que se declare infundada la demanda.

#### Resolución Suprema:

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; y estando a lo prescrito en el artículo doscientos ochentisiete del Código Civil; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ..., que revocando la apelada de fojas ..., declara infundada la demanda de divorcio interpuesta por don ...contra ...; y a tenor del numeral citado: declararon la separación de cuerpos de los nombrados cónyuges.

En las siguientes ejecutorias en oposición a lo resuelto por la Corte Suprema, el Ministerio Público ha sostenido:

#### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE SETIEMBRE DE 1983<sup>430</sup>

##### Dictamen Fiscal:

“El fundamento de la demanda es la injuria grave, que dio origen a la separación de facto de parte del actor y que no obstante el tiempo transcurrido, persiste. Del análisis de la confesión de fs. ..., con arreglo al interrogatorio precedente, evadiendo las respuestas a la octava pregunta así como tercera y cuarta repregunta, se vislumbra el ánimo de la demandada de su negativa a la normalización de las relaciones conyugales y que en cierto modo ratifican la demanda al haberse producido menosprecio de la esposa que dice ser profesora frente al marido que es Guardia Civil; se ha roto la armonía y afectado la finalidad moral y social del matrimonio situación que no es dable amparar, antes por el contrario debe propenderse a que tal estado concluya, propiciando una conciliación. La testifical actuada en autos, es insuficiente para acreditar los fundamentos de la demanda. Por estas consideraciones con el espíritu que anima el art. 287 del C.C., este Ministerio conceptúa que la Sala puede declarar la simple separación de cuerpos de los casados”.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE AGOSTO DE 1983<sup>431</sup>

Dictamen Fiscal:

Si bien de la prueba actuaba por el demandante no aparece que éste haya acreditado que la demandada haya incurrido en las causales que invoca en su demanda, resulta evidente que la serie de juicios que se han iniciado entre las partes ha traído como consecuencia una desarmonía entre los cónyuges, provocado todo esto por las desavenencias en el hogar y que indudablemente afectan la estructura del matrimonio y su estabilidad moral, situación que debe terminar propiciándose una conciliación, en consecuencia resulta aconsejable ordenar la separación legal de los casados.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 8 DE MAYO DE 1984<sup>432</sup>

El voto en contra del fallo supremo y el dictamen fiscal consideraron que:

La Sala, puede ejercitar la facultad que el art. 287 del C.C. da al Juzgador, cuando se acredita la separación por graves desavenencias en el hogar, tanto más cuando esta separación ha dado lugar a juicios de divorcio y otros que sólo han servido para ahondar resentimientos y consiguientes desarreglos familiares.

#### 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE AGOSTO DE 1991<sup>433</sup>

VISTOS; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, CONSIDERANDO: que, la causal invocada por el actor como fundamento de su demanda, no ha sido probada en forma alguna, pero el tenor del escrito de la demanda como de la contestación de la misma, se desprende que existe una probable reconciliación entre los cónyuges, por lo que al caso de autos es de aplicación lo dispuesto por el artículo trescientos cincuentiocho del Código Civil; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia

---

431 Exp. 528-83 / Arequipa

432 Exp. 115-84 / Lima

433 Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica Año 1 N° 1

de vista de fojas ciento treintinueve, su fecha dieciséis de Octubre de mil novecientos noventa, que revocando la apelada de fojas noventa y siete, fechada el veintidós de Mayo del mismo año, declara improcedente la demanda interpuesta a fojas siete; reformando la resolución recurrida y revocando la apelada; declararon: la separación de cuerpos de los cónyuges ... y ... en consecuencia: suspéndanse los derechos relativos al lecho y habitación, y pongase fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, quedando subsistente el vínculo matrimonial contraído el veintiséis de enero de mil novecientos ochentisiete por ante el Concejo Distrital de Pueblo Libre ; en los seguidos por ... contra ..., sobre divorcio absoluto, por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal; y los devolvieron.

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE MAYO DE 1993<sup>434</sup>

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal y considerando:

...que acciones como la presente tienen sólo por objeto que se declare la separación legal de los cónyuges y posteriormente la disolución del vínculo matrimonial; que para que ocurra lo primero es menester que la causal que se invoca haya sido debidamente acreditada y que no [SIC]exista la posibilidad de reconciliación entre los cónyuges; que transcurrido el término de ley el cónyuge agraviado y no el culpable, puede solicitar la disolución del vínculo como lo dispone el artículo trescientos cincuenticuatro última parte, del Código Civil y sólo cuando alguna de esas declaraciones se hayan producido y en ejecución de sentencia debe procederse a la liquidación de la sociedad conyugal de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos veinte y siguientes del mismo Código, que resulta contradictorio que el Juez en su sentencia de fojas cincuentiuno sostenga que las causales invocadas por las partes litigantes no han sido acreditadas y sin embargo declare la separación de aquellas, sentencia que inexplicablemente es confirmada por el Superior Tribunal a fojas sesenticuatro; que sin embargo ésta última ha quedado consentida y en tal virtud sólo cabe por mandato expreso del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil que el Juez, transcurrido el tiempo en él previsto declare la disolución del vínculo matrimonial,

---

434 Exp. 526-92 / Loreto.

hecho éste que fue declarado por sentencia de fojas noventa y cuatro, sin embargo, la Sala Civil por la de fojas ciento dos la declaró nula bajo el fundamento que en ella se indica, cuando sólo correspondía que se pronunciara sobre si la disolución del vínculo se había dictado con arreglo a ley; ... Declararon fundada la solicitud de conversión.

El art. 200 del C.P.C. prescribe expresamente que es al demandante a quien le corresponde la carga de la prueba, *Actori incumbit probatio*, en caso de no acreditar la acción debe ser absuelto el demandado. Motivo por el cual nuestros tribunales han establecido que la facultad otorgada a los jueces por el art. 358 C.C. (art. 287 C.C. 1936), sólo puede ser ejercida cuando las causales se encuentren debidamente acreditadas, y esto en vía de excepción porque en estricto debería proceder la disolución demandada. Mas, la ley considerando las posibilidades de reconciliación de los cónyuges, admite que el juez pueda declarar la separación, pese a no haber sido lo peticionado.

Pretender la aplicación del mencionado dispositivo, cuando no se han probado las causales invocadas, y existen posibilidades de reconciliación o, por el contrario cuando, es realmente imposible la vida en común de los cónyuges, significaría dotar al juez de la facultad excepcional de declarar la separación sin mediar ninguna de las causales establecidas por la ley; ya que aquí no intervendría ni siquiera el acuerdo de los cónyuges, por cuanto la mera voluntad de uno de ellos, imputando hechos que no acredita al otro, le permitiría lograr una separación que puede constituir el paso previo a una disolución definitiva.

El otro inconveniente se presenta al momento de solicitarse la conversión. En la actualidad le es negada al cónyuge culpable de la separación, lo que antes en una aplicación literal de la norma fue admitido en algunas resoluciones. Así, en los casos referidos, la conversión al divorcio podía ser iniciada indistintamente por cualquiera de ellos, lo que ahora no acontece, ya que en los procesos que no son convencionales sino, como éstos que han ventilado causales específicas, se requiere de la determinación de un cónyuge responsable de la ruptura matrimonial, a quien la ley le impida solicitar la disolución. Culpabilidad que ha de establecerse mediante

la prueba pertinente de la falta conyugal, la que de resultar insuficiente debe conducir a que la acción sea declarada infundada.

La otra línea interpretativa, que considera que esta facultad de declarar la separación puede emplearse también cuando existe allanamiento de una de las partes, será examinada en el Sub Capítulo 8 sobre los efectos del allanamiento y otros.

## **6. LA CONSULTA Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION EN ESTOS JUICIOS**

### ***6.1. La consulta de las resoluciones que declaran el divorcio***

El C.C. de 1984, en su art. 359, dispone que si no se apela de la sentencia que declara el divorcio, será consultada, el D. Leg. 310 derogado señalaba que las sentencias de separación de cuerpos, como las de divorcio, debían ser elevadas al Tribunal Superior, si no lo fueran en grado, en consulta, a decir del art. 12 sin trámite previo. Actualmente el Código Procesal Civil no prevé este supuesto, por lo tanto la consulta sólo procede en los casos de divorcio.

La consulta es una etapa de suma importancia en el nombrado proceso, por cuanto si la resolución de Primera Instancia, que declara el divorcio, no es revisada por la Corte Superior, dicho pronunciamiento carece de efectos legales. Trátese de acciones de divorcio por conversión o por causal.

Fallada aprobatoriamente la causa por la Corte y consentida la resolución, recién en esa oportunidad se pasan los partes correspondientes a Registros Públicos del divorcio, de manera tal que pueda ser inscrito el divorcio en el registro personal. Indiquemos al respecto que el divorcio surte efectos entre los cónyuges desde el momento en que es consentido o ejecutoriado el fallo que lo declara así, mientras que para los terceros sus efectos operan desde su inscripción en el registro.

Distingamos algunas resoluciones en torno a este rubro:

*- Si no fue elevada en consulta la sentencia que declaró el divorcio, subsiste la obligación de prestar alimentos a la cónyuge.*

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MAYO DE 1948 <sup>435</sup>

Vistos; con los pedidos; con lo expuesto por el Señor Fiscal, y considerando: Que si bien se pronunció sentencia en primera instancia declarando el divorcio entre las partes litigantes, dicha sentencia no fue elevada en consulta, como lo requería el decreto número seis mil ochocientos noventa, del ocho de octubre de mil novecientos treinta, ratificado por la ley siete mil ochocientos noventitres; que la consulta de la sentencia como procedimientos especial, ha sido mantenida por el régimen establecido en el actual Código Civil; que al no haber terminado el juicio subsiste el vínculo matrimonial y las obligaciones de él derivadas: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., declara fundada la demanda de alimentos interpuesta por doña ...y manda que don ...le acuda con la pensión alimenticia de quinientos soles oro mensuales desde el mes de mayo de mil novecientos cuarentiseis; con lo demás que contiene; sin costas; y los devolvieron.

*- En los juicios de divorcio el trámite obligatorio de la consulta, permite que mientras ella no sea resuelta, la demandada pueda desistirse de su acción reconvenzional.*

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ABRIL DE 1960 <sup>436</sup>

“Que el trámite obligatorio de la consulta al Superior determina que mientras ésta no sea resuelta, los interesados pueden desistirse de aquella parte de la sentencia que les favorece”.

*- La consulta procede sólo cuando ha sido declarado el divorcio, y no cuando ha sido desestimada la demanda o en la parte en la cual no prosperó.*

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE SETIEMBRE DE 1971 <sup>437</sup>

Vistos; con el acompañado, y CONSIDERANDO: que conforme al art. 290 del Código Civil sólo es materia de consulta la

---

435 Anales Judiciales, t. XLIV, Año Judicial de 1948, p. 97- p. 100.

436 Anales Judiciales, t. LV, 1960, p. 16 a 18.

437 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 332, Setiembre de 1971, pp. 1124-1125.

declaración de divorcio o de separación; que el Tribunal Superior se ha pronunciado sobre la sentencia de Primera Instancia en cuanto desestima la demanda y ha omitido resolver la parte estrictamente consultada que declara el divorcio por la causal de adulterio invocada por la cónyuge en su reconvencción: declararon NULA la sentencia de vista.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE JULIO DE 1980<sup>438</sup>

Vistos; con los acompañados; y CONSIDERANDO: que la sentencia de primera instancia de fs. ...está arreglada a ley y a mérito de lo actuado; que la resolución de vista de fs. ...adolece de nulidad en la parte en que se pronuncia sobre la causal de conducta deshonrosa por cuanto habiéndose declarado infundada la demanda en ese extremo no puede ser materia de consulta...

*- La consulta procede sólo respecto a la disolución mas no puede conocer sobre los aspectos patrimoniales de la misma.*

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE JULIO DE 1979<sup>439</sup>

VISTO; Y CONSIDERANDO: que la sentencia de fs. ..., su fecha ..., que declara fundada en todos sus extremos la demanda de divorcio absoluto de fs. ..., variada a fs. ..., ha quedado consentida al no ser apelada; que en esta situación la elevación en consulta de la referida sentencia tiene por finalidad que el organismo jurisdiccional superior cautele y garantice la subsistencia del matrimonio, base de la sociedad, como fluye de lo dispuesto en el art. 290 del Código Civil, pero no incide sobre aspectos patrimoniales que son de orden privado; que, de lo expuesto se desprende que el Tribunal Inferior ha incurrido en exceso al pronunciarse sobre el extremo de la demanda relativa a la pérdida de gananciales así como respecto de la reconvencción de divorcio por la causal de sevicia y la excepción de prescripción deducida, con referencia a esta última, que se declaran infundadas, por lo que es del caso hacer uso de la facultad que confiere el inc. 3º, in fine, del art. 1086 del Código de Procedimientos Civiles; declararon NULA la sentencia de vista de fs. ..., su

---

438 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 436 - 443, Mayo-Diciembre de 1980, p. 370.

439 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 432 - 433, Enero-Febrero de 1980, pp. 64-65.

fecha ..., completada a fs. ..., fechada ..., en la parte que se pronuncia sobre la pérdida de gananciales por la demandada, la reconvencción y excepción de prescripción deducida en cuanto a ésta; en los seguidos por don ...con doña ..., sobre divorcio; y los devolvieron.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 1971 <sup>440</sup>

“Conforme al art. 290 del C.C. sólo es materia de consulta de declaración de divorcio o de separación, más no lo resuelto sobre aumento de la pensión alimenticia en vía de reconvencción”.

- *En consulta el Tribunal Superior sólo puede examinar si han transcurrido los seis meses o no para declarar el divorcio*

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE OCTUBRE DE 1996<sup>441</sup>

### FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La recurrente fundamenta su recurso en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada que habiendo quedado consentida la sentencia de separación y no habiendo nadie cuestionado la legitimidad de sus trámites no puede declararse al pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial la nulidad de todo lo actuado, por lo que se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; que asimismo se ha infringido el artículo doscientos uno y no se ha aplicado el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil.

### CONSIDERANDO:

Primero.- Que concedido el recurso de casación a fojas cincuentisiete, fue declarado procedente por resolución de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, por la causal invocada;

Segundo.- Que la sentencia de separación convencional, no fue materia de recurso de impugnación por ninguna de las partes;

Tercero.- Que el artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil, modificado por la Primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo número setecientos sesentiocho, Código Procesal Civil dispone que transcurrido seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de

---

440 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 337, Febrero de 1972, pp. 211-212.

441 Casación N° 606-95/ Junín

los cónyuges, basándose en ella, puede pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio;

Cuarto.- Que en este caso habían transcurrido mas de seis meses de la sentencia de separación convencional, cuando se solicitó la disolución del vínculo matrimonial y el fallo del A quo que declaró el divorcio, tampoco fue materia de recurso impugnativo, por lo que la sentencia fue elevada en consulta al superior, de acuerdo con el artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil;

Quinto.- Que de acuerdo al estado del proceso, la Corte Superior sólo podía examinar si habían transcurrido los seis meses o no exigidos para declarar el divorcio;

Sexto.- Que esto no supone, que si existiera algún derecho de las partes para solicitar la nulidad del proceso, no pueden ejercitar tal derecho;

Setimo.- Que la sentencia de vista no ha cumplido con pronunciarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenticuatro antes citado y ha desaprobado la consultada, por razones procesales derivadas de la sentencia de separación convencional, que no ha sido objeto de recurso impugnativo y que no es materia de la consulta;

Octavo.- Que en consecuencia se han contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y resulta de aplicación el inciso tercero del artículo trescientos ochentiseis del Código Procesal Civil;

Nueve.- Que por las razones expuestas y de conformidad con el acápite dos punto uno del artículo trescientos noventa y seis del Código Adjetivo, la Sala Civil de la Corte Suprema FALLA: DECLARANDO FUNDADO el recurso de casación de fojas cincuenticuatro y, en consecuencia, CASA la resolución pronunciada por la Sala Civil de la Corte Superior de ... de ... y actuando en sede de instancia, declara nulo dicho fallo y dispusieron se expida nueva sentencia con arreglo a la ley; en los seguidos por doña ... y otro con el Ministerio Público, sobre separación convencional;

## **6.2. Recurso de Casación**

### **6.2.1. Definición**

“La Casación es un medio de impugnación para obtener, en ciertas condiciones, el reexamen desde el punto de vista de su co-

rección jurídica de las sentencias de vista expedidas por las Cortes Superiores y de los autos que en revisión ponen fin al proceso.<sup>442</sup>

Como COUTURE lo sostiene este recurso tiene por objeto “la justa aplicación de la ley y la unidad de la jurisprudencia”. Se encuentra regulado por los artículos 384 al 400 del Código Procesal Civil.

El Dr. Juan Monroy Gálvez, opinando respecto a este medio impugnatorio nos dirá:

“Específicamente es un recurso, porque permite la revisión de una resolución judicial para conseguir su cambio o su anulación, pero sólo porque; a) La norma jurídica no ha sido aplicada debidamente; b) La interpretación de ésta ha sido incorrecta; c) No se ha aplicado la norma respectiva; o d) Se han afectado normas procesales esenciales para que haya un proceso válido.

El recurso lo presenta un interesado –regularmente un litigante– afirmando que la resolución lo agravia, y además, describiendo algunos de los supuestos antes anotados. La actividad profesional del abogado de procurar adecuar la sentencia desfavorable a su cliente a las hipótesis antes descritas, así como la rigurosa función de calificación de tales supuestos, acto realizado por la Corte de Casación, determinan que sea un recurso extraordinario, además de complejo”<sup>443</sup>.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE ABRIL DE 1998<sup>444</sup>

... y ATENDIENDO: 1º) Que en el escrito de fojas ciento siete se denuncia la interpretación errónea del inciso quinto del Artículo trescientos treintitrés del Código Civil, al considerar que

---

442 César A. Mansilla Novella, Los Medios de Impugnación en el Nuevo Código Procesal Civil, en revista del Foro, año LXXX, N.1, Enero-Junio 1992, p.98.

443 Juan Monroy Galvez, Recurso de Casación, en El Comercio, Lima, 19 de Setiembre de 1994, p. A.6.

444 Casación N° 395-98 / La Libertad.

los medios probatorios actuados durante el proceso no han logrado crear convicción respecto al abandono injustificado del hogar conyugal por parte de la demandada, considerando que el carácter injustificado del abandono debe probarse necesariamente con investigación judicial y/o policial, cuando justamente los medios probatorios que ha actuado como son la denuncia hecha ante el Juez de Paz y las testimoniales ofrecidas y actuadas, han acreditado los presupuestos contenidos en la citada norma, máxime si la demandada no ha comparecido al proceso a pesar de haber sido debidamente notificada lo que generó la presunción legal de veracidad relativa a los hechos expuestos en la demanda; 2º) Que el agravio denunciado está referido a criterios de valoración probatoria y persigue la revaloración de los medios probatorios actuados en el proceso, lo cual no es objeto de la causal invocada; 3º) Que no habiéndose cumplido con lo establecido por el numeral dos punto uno del inciso segundo del Artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil y en aplicación de lo dispuesto por el Artículo trescientos noventidós del acotado: declararon IMPROCEDENTE el Recurso de Casación interpuesto ...

### **6.2.2. Casos en que procede**

El artículo 385 del C.P.C. establece que el recurso de casación sólo procede contra:

1. Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores.
2. Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y
3. Las resoluciones que la ley señale.

Las ejecutorias siguientes se refieren al recurso extraordinario de nulidad, que como bien sabemos es sustancialmente diferente al de casación, la Corte Suprema no está facultada en este caso para revisar el proceso en plenitud como lo podía hacer antes, no le corresponde pues reconsiderar ni revalorar los hechos, ha de pronunciarse únicamente sobre la aplicación debida del derecho. No obstante los fallos que se citan, conservan su utilidad, en la medida que, nos clarifican la importancia, que como requisito de fondo tiene el hecho que el recurrente no haya consentido previamente la resolución adversa de primera instancia.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE ABRIL DE 1983<sup>445</sup>

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y CONSIDERANDO: que la sentencia de primera instancia no fue objeto de apelación por la parte demandada, la misma que se elevó en consulta a la Corte Superior; que, en consecuencia, dicha parte carece de derecho para interponer recurso de nulidad respecto de resolución de vista aprobatoria de la consultada; declararon NULO el concesorio de fs. ..., su fecha ..., e IMPROCEDENTE al recurso de su materia...

En el mismo sentido se pronunciaron:

2. Ejecutoria Suprema del 5 de febrero de 1982<sup>446</sup>
3. Ejecutoria Suprema del 14 de junio de 1982<sup>447</sup>
4. Ejecutoria Suprema del 3 de noviembre de 1971<sup>448</sup>

## 7. PARTICIPACION DEL MINISTERIO PUBLICO

### 7.1. *Caracteres generales de la institución*

Nuestra Constitución, en el art. 158, establece como lo hacía la Carta de 1979, la autonomía del Ministerio Público en relación a los demás poderes del Estado, aunque es evidente su estrecha vinculación con el Poder Judicial.

El Ministerio Público ya no es simplemente el representante del Estado en juicio, sus atribuciones van mucho más allá. Se le ha encargado la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley, no le corresponde la calidad de Defensoría del Pueblo, la que actualmente es autónoma de conformidad a lo dispuesto por el art. 161 de la Constitución.

En el proceso civil su participación es más limitada que en el

---

445 Exp. 259-83 / Lima.

446 Exp. 1747-81 / Ancash.

447 Exp. 458-82 / Lima.

448 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 337, Febrero de 1972, pp. 211-212

penal, demandándose en aquellos casos en los que por sus repercusiones al margen del interés privado que pudiera ventilarse, yace un interés público que hace necesaria su intervención.

Se han instituido fiscales en lo civil en las tres instancias judiciales, variando sus funciones según se trate, como lo refiere el Dr. José Hurtado Pozo, de que participe como consejero jurídico *ope legis* de los jueces, como parte, y por último como requirente de la nulidad del procedimiento al momento de emitir dictámenes <sup>449</sup>.

## **7. 2. Participación del Ministerio Público en los procesos de divorcio**

Inquirir sobre este aspecto, supone remitirnos a lo preceptuado por el art. 481 y 574 del Código Procesal Civil y a lo señalado por la Ley Orgánica del Ministerio Público D. Leg. 52.

### **7.2.1. Citación a la audiencia**

El Fiscal Provincial, al igual que los cónyuges, deben ser citados a la audiencia, pero a diferencia de éstos no es necesario que sea notificado por la vía postal.

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE ENERO DE 1982 <sup>450</sup>**

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró fundada la demanda, dispuso la separación legal de los cónyuges. El Fiscal Supremo opinó.

Por Recurso de Nulidad del Señor Fiscal Superior quien invoca omisión procesal al no haberse notificado por vía postal al Fiscal Provincial, llega a la Corte Suprema y este Ministerio considera que la Sala puede resolver declarando QUE NO HAY NULIDAD en la Sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que aprobando la consultada de fs. ..., su fecha ..., declara fundada la solicitud de fs. ...contiene y que no es necesaria citación postal al Fiscal Provincial.

---

449 José Hurtado Pozo. El Ministerio Público, Lima, Eddili, 1984, p. 66

450 Exp. 1788-81 / Arequipa.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1952<sup>451</sup>

Que siendo parte el Agente Fiscal en los juicios de divorcio, no aparece de autos haberse cumplido respecto de él con lo dispuesto en el art. 948 del C.P.C.: declararon NULA la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., insubsistente la de Primera Instancia de fs. ..., vuelta y nulo todo lo actuado desde fs. ..., a cuyo estado repusieron la causa sobre divorcio seguida por don ...con doña ..., para que se proceda con arreglo a ley.

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE ENERO DE 1991<sup>452</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Resulta inoficioso emitir dictamen sobre el fondo del asunto controvertido, por cuanto del estudio y análisis de lo actuado se desprende que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inc.13° del art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles, al no haberse notificado el auto admisorio de la demanda al representante del Ministerio Público, a fin de que intervenga como parte, ejercitando los recursos que le concede la ley, conforme lo señala el inc. 1° del art. 96 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, concordando con el art. 1° del mismo cuerpo de leyes y el inc. 1° del art. 12 del Dec. Leg. 310, el cual señala que para estas clases de juicios el Ministerio Público es parte.

### *7.2.2. Contestación de la demanda*

El representante del Ministerio Público, al intervenir en calidad de parte en estos procesos, en primera instancia, contesta la demanda; no obstante, presentaremos seguidamente una ejecutoria, que dictada durante la vigencia del ordenamiento procesal precedente, consideró que el Ministerio Público no siendo demandado en los juicios de divorcio, no le corresponde contestar la demanda, por lo que su omisión no debe sancionarse con nulidad.

---

451 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 212, Mayo de 1953, p. 585-586.

452 Exp. 1580-90 / Junín.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 5 DE ABRIL DE 1947<sup>453</sup>

El dictamen fiscal sostuvo:

En el juicio seguido por don ...con doña ..., sobre divorcio absoluto, se realizó a fs. ...vta., la diligencia de comparendo, con la concurrencia del demandante y del Agente Fiscal, no así de la demandada, en cuya rebeldía se dió por contestada la demanda; y tramitada la causa el Juzgado de Primera Instancia de Huari pronunció la sentencia de fs. ... que declara fundada la demanda. La Corte Superior de Ancash a fs. ..., ha declarado insubsistente la expresada sentencia y todo lo actuado desde el comparendo inclusive, porque en este acto el Agente Fiscal no hizo exposición alguna en defensa del vínculo.

Efectivamente en la referida diligencia el Agente Fiscal se limitó a hacer acto de presencia y no contestó la demanda en forma alguna. Conforme el art. 280 del C.C., el Ministerio Público es parte en todos los juicios de divorcio y separación, y si concurrió al comparendo debió, en consecuencia, contestar la demanda. Esta omisión es causal de nulidad, conforme el inc. 4° del art. 1085 del C. de P. Civiles.

Lo expuesto justifica la omisión del Fiscal en el sentido de que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución recurrida.

La Corte Suprema, con lo expuesto por el Señor Fiscal, resolvió:

Que el Ministerio Fiscal al intervenir en juicio de divorcio, conforme al art. 280 del C.C., no es demandante ni demandado, sino parte en defensa del vínculo conyugal y para atender el exacto cumplimiento de la ley, por lo que no le corresponde contestar los hechos en que se funda la demanda: declararon NULA la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., en la causa sobre divorcio seguido por don ...con doña ...: mandaron que la Corte Superior de Ancash absuelva el grado con arreglo a ley.

### 7.2.3. *Participación en la audiencia*

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE ABRIL DE 1945<sup>454</sup>

La presencia del representante del Ministerio Público, en el comparendo de los juicios de divorcio, es potestativa.

---

453 Anales Judiciales, t. XLIII, Año Judicial de 1947, pp. 300 - 301.

454 Anales Judiciales, t. XLI, Año Judicial 1945, pp. 246-247.

En el mismo sentido se pronunció.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE MAYO DE 1963<sup>455</sup>

La realización del comparendo en los juicios de separación y de divorcio, antes del vencimiento de la media hora de tolerancia, (quince minutos art. 183 del C. de P.C. según D. Leg. 127)\* estando presente los cónyuges, pero no el señor Agente Fiscal, no puede invalidar el fallo porque la concurrencia del Ministerio Fiscal a estas diligencias es potestativa mas no obligatoria.

### 7.2.4. *Respecto al dictamen del Fiscal Provincial*

El Fiscal Provincial no tiene obligación de emitir dictamen en estas causas.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE MARZO DE 1982<sup>456</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal declaró que "...conforme al art. 96 de la L.O. del M.P., el Fiscal Provincial, interviene como parte en acciones como la presente, en tal virtud no tiene obligación de dictaminar para pronunciar sentencia".

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 5 DE ENERO DE 1983<sup>457</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

...El Fiscal Superior interpone recurso de nulidad fundándose en que se ha dictado auto de prevención conforme al art. 1108 del C. de P.C. incurriéndose en la nulidad sancionada por el inc. 7° del art. 1085 del acotado. Dichos dispositivos son aplicables al juicio ordinario. El art. 85 del L.O. del M.P. se refiere a las causas en las que debe emitir dictamen el Fiscal Supremo en lo Civil y no resulta pertinente como sustento del recurso de nulidad. El inc. 1° del art. 96 de dicha Ley Orgánica deter-

---

455 Anales Judiciales, t. LVIII, 1963, p. 50-51.

456 Exp. 2542-81 / Piura.

457 Exp. 1151-82 / La Libertad.

mina la intervención del Fiscal Provincial como parte en los juicios de divorcio, lo que excluye su facultad de dictaminar.

De acuerdo con el art. 1086 del C. de P.C., inc. 3° No Hay Nulidad si la subsanación de los vicios procesales no ha de influir en el sentido de la resolución y el art. 1087 del acotado establece que en ningún caso se declarará la nulidad ni de oficio ni a petición de parte, por causal no prevista expresamente en la ley. Una sencilla razón de economía procesal no permite declarar la nulidad planteada por el Fiscal Superior tanto más que la causal de adulterio se halla plenamente acreditada con instrumento público que ni siquiera ha sido impugnado.

La ley designa un importante rol a los representantes del Ministerio Público en estos juicios, al fiscal especializado de Familia se le encarga la difícil tarea de ser defensor del vínculo matrimonial, en ese aspecto las posibilidades de actuación del Ministerio Público son cualitativamente mayores en la actualidad.

Por ser parte en defensa del vínculo matrimonial, posee amplias facultades para la actuación de pruebas, la interposición de recursos impugnatorios, presentación de informes, etc., mientras que como agente ilustrativo su función era emitir un dictamen fiscal cuyo contenido era imparcial y muchas veces favorable a la disolución.

## **8. EFECTOS DEL ALLANAMIENTO, DESISTIMIENTO Y COSA JUZGADA EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO**

### **8.1. *El allanamiento***

#### **8.1.1. *Definición***

El Código Procesal Civil en su artículo 330°, distingue las figuras procesales de allanamiento y reconocimiento, en el caso de allanamiento, el demandado acepta la pretensión dirigida contra él, legalizando su firma ante el auxiliar jurisdiccional mientras que en el reconocimiento además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda.

El allanamiento es un acto de disposición, de efecto inmediato sobre un derecho material, por lo que únicamente es admisible en aquellos casos que versan sobre derechos renunciables. Es incondicional y por su trascendencia requiere cuando no lo plantea la persona del demandado, de un poder especial que otorgue al apoderado la facultad expresa para su ejercicio (art. 75 del C.P.C.).

### 8.1.2. *Efectos del allanamiento en los juicios de divorcio*

Los Tribunales han sostenido por lo general, que el allanamiento resulta improcedente en los procesos de divorcio, debido a la calidad jurídico-social de la cuestión ventilada en el proceso, que trascendiendo el interés privado de los cónyuges se convierte además en un asunto de orden público, en el que se ventilan derechos irrenunciables .

Reiteradas resoluciones se han pronunciado declarando su improcedencia: “Es improcedente el divorcio por las causales de adulterio y abandono fundamentado en el allanamiento de la parte demandada” .<sup>458</sup>

En la práctica judicial si bien generalmente no se admite el allanamiento como tal, si es tenido en cuenta al momento de resolver, como manifestación de voluntad que conjuntamente con los medios probatorios actuados en el proceso, mediante su apreciación conjunta y razonada puede dar mérito al divorcio peticionado.

- *El divorcio no es un derecho disponible de las partes.*

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE AGOSTO 1996<sup>459</sup>

... Segundo.- Que, habiéndose sustentado el recurso de casación en vicios in procedendo, al afirmar que al haberse declarado rebelde, han debido de notificarla con la resolución que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento, conforme lo establece el artículo cuatro-

---

458 José Taramona. Op. Cit., p. 85; Revista de los Tribunales, 2-7-43.

459 Casación N° 572-95/ Ica

cientos cincuentinueve de la Legislación Procesal citada.

Tercero.- Que, de autos aparece que la demanda fue admitida por resolución de fojas diecisiete, apersonándose la demandada al proceso por medio del escrito de fojas veinte, a quien se le declara rebelde por resolución de fojas ..., y se resuelve declarar saneado el proceso conforme consta de fojas veintiocho; que si bien la declaración de rebelde causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda como se establece en la primera parte del artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Procesal Civil, sin embargo el mismo dispositivo acotado hace la salvedad cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible, como es precisamente el caso de autos, ya que el divorcio no es un derecho disponible de las partes.

Cuarto.- Que, siendo así, no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos sesentiocho del cuerpo legal acotado que dispone la fijación del día y la hora para la realización de la audiencia de conciliación después de expedido el auto que declara saneado el proceso, por lo que se ha incurrido en causal de nulidad insubsanable, dada la naturaleza del proceso en el que es imperativo que se propicie la conciliación como forma de mantener la unidad familiar si fuera posible, siendo de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo ciento setentiséis del Código Procesal Civil.

Quinto.- Que, en consecuencia al no haberse procedido conforme a las consideraciones precedentes se han infringido las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. RESOLVIERON: Estando a los fundamentos expuestos declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por ... con su escrito de fojas ..., en consecuencia NULA la resolución de vista de fojas ..., su fecha ..., e INSUBSISTENTE la apelada de fojas ... su fecha ..., NULO todo lo actuado hasta fojas ..., y DISPUSIERON que es prosiga el proceso conforme a su estado: en los seguidos por ... con ... sobre divorcio

### **8.1.3. *Otra interpretación atribuida al allanamiento en los juicios de divorcio***

De modo excepcional se ha admitido que el allanamiento, si bien no produce efectos para declarar la disolución del vínculo, sí es suficiente para declarar la separación, asemejándosele a la separación convencional.

### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE SETIEMBRE DE 1996<sup>460</sup>

“el curador procesal al contestar la demanda ... reconoció la veracidad de la causal de divorcio y de la pretensión alimenticia, lo que importaba un allanamiento, incumpliendo lo dispuesto por el inciso segundo del artículo trescientos treintidós del Código Procesal Civil;”

### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE AGOSTO DE 1954<sup>461</sup>

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando: que por mutuo disenso sólo procede la separación de cuerpos de los casados; que en el caso sub-júdice de declaración de divorcio por el simple allanamiento del demandado importaría admitir el divorcio por el disenso de los cónyuges el cual no está permitido por la ley, sin que en el presente caso la confesión ficta del mismo demandado pueda modificar la situación creada por el allanamiento; que los mismos fundamentos en que se ampara la demanda permiten presumir que los cónyuges puedan reconciliarse, de conformidad con el art. 287 del C.C.; declararon Haber Nulidad en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que desaprobando la de Primera Instancia de fs. ..., su fecha, declara fundada la demanda de divorcio interpuesta a fs. ...por doña ...contra ...; reformando la primera y revocando la segunda: declararon la separación legal de los mencionados cónyuges, de conformidad con la disposición legal antes citada; y los devolvieron.

Los votos singulares de los siguientes fallos admiten efectos al allanamiento en estos juicios.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE SETIEMBRE DE 1947<sup>462</sup>

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal, y considerando: que no se ha acreditado la causal de adulterio invocada en la

---

460 Casación N° 646-95/ Callao.

461 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 132, Enero de 1955, pp. 1573-1575.

462 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 42-43, Agosto-Julio de 1947, pp. 411-412.

demanda; y que la forma en que se ha conducido el proceso y actuado la prueba implicaría el desconocimiento de la prohibición contenida en el art. 249 del C.C. declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ...que desaprobando la consultada de fs. ..., su fecha ...declara infundada la demanda de divorcio interpuesta por doña ...con ...; sin costas y los devolvieron.

“Mi voto es por la nulidad de la sentencia que declara fundada la demanda, por los siguientes fundamentos: que el art. 249 del C.C. prohíbe hacer uso de la acción de divorcio fundándola en hecho propio, pero no altera, respecto del demandado, ninguno de los preceptos generales del juicio civil, entre los que no puede dejar de estar vigente el art. 322 del C.P.C.; que en el caso de autos el demandado no ha negado el fundamento de la demanda, prueba que ha sido corroborada con la declaración de testigos, por lo que la acción interpuesta resulta legalmente acreditada”.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE ENERO DE 1980 <sup>463</sup>

La Corte Suprema declaró infundada la demanda de divorcio.

El voto en contra se expresó:

Porque, dejando insubsistentes las sentencias de primera y segunda instancias, se declare la separación de cuerpos del matrimonio ..., en base a las siguientes consideraciones: la separación de cuerpos por mutuo disenso, obedece a la necesidad social y familiar de evitar el estrépito judicial que podría ocasionar el divorcio con causal, en detrimento moral de los hijos y de los cónyuges. A este fin, se encamina el procedimiento especial que configuran los arts. 279 y siguientes del C.C., que sólo requieren de la decisión bilateral de los cónyuges, para separarse, con autonomía de la voluntad y con pleno concierto de propósitos y responsabilidades; poniendo de este modo, fin a los deberes conyugales, sin prueba alguna y durante un año, para después, si no hay reconciliación, pedir unilateralmente, la disolución del vínculo matrimonial. Similar objetivo se puede alcanzar, según el art. 287 de la ley sustantiva, cuando la de-

---

463 Exp. 2832-79 / Lima.

manda o la reconvencción, tengan por objeto el divorcio. En el caso de autos, doña ..., ha demandado divorcio absoluto por abandono malicioso del hogar; y el marido, en el comparendo se ha "allanado con la demanda". Aunque el "allanamiento" no es recurso idóneo para declarar el divorcio y destruir la institución jurídica y social del matrimonio; sin embargo, esa expresión debe tomarse, como la manifestación explícita del marido para disolver la sociedad conyugal; coincidente, sobre la materia, con la voluntad de la mujer expresada en el divorcio. El caso, indudablemente, se asimila al mutuo disenso; y en su virtud, puede declararse la separación de cuerpos, como prescribe el numeral 287, concordante con el art. 286, que permite al demandante, en cualquier momento, variar su demanda de divorcio en una de separación de cuerpos. En el mutuo disenso, no es preciso demostrar ninguna causal.

En tanto que en la acción de separación de cuerpos a que se contrae el art.270, se debe probar las causales alegadas. El mutuo disenso, es una excepción a las reglas del Derecho Probatorio y facultá al juez dictar el fallo, declarando la separación, sin prueba alguna. Este resultado se puede alcanzar por dos causas: el procedimiento de los arts. 279 y siguientes y el caso previsto por el numeral 287. En ambos casos, el juez ejercita la función excepcional de prolar sentencia de separación, sin pruebas y sin caer en los vicios anulatorios que señalan los incs. 9º y 10º del art. 1085 del C.P.C. En el caso de autos, la actora no ha probado el divorcio, de haberlo hecho, el juez habría tenido la obligación de declarar fundada la demanda. Estando de manifiesto, el consenso y la decisión de ambos cónyuges, para poner fin a la sociedad de gananciales, carece de objeto, de parte del juzgador, sostener un vínculo, resquebrajado hondamente, a través de veintidós años de facto, según la versión de la demandante. La denegatoria de la acción, no conduciría a nada y por el contrario, podría ahondar las diferencias que ya han enfrentado a ambos cónyuges. Por estas consideraciones: MI VOTO es porque se declare la separación de cuerpos, dejando sin efecto, las sentencias de primera y segunda instancia.

## **8.2. El desistimiento**

### **8.2.1. Definición**

Es el medio procesal por el que un litigante renuncia de manera expresa a continuar el proceso o algún acto procesal de éste, o a la pretensión formulada.

### 8.2.2. Efectos del desistimiento en los juicios de divorcio

Los arts. 343 y 344 del C.P.C. establecen cuáles son sus efectos:

- Si se trata del desistimiento del proceso o del acto procesal, tratándose del primero lo da por concluido sin afectar la pretensión, en el caso del desistimiento de un medio impugnatorio, tiene como consecuencia dejar ejecutoriada la resolución que se reclamó.

- Si se trata del desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada. Por tanto, ni el que se desistió, ni sus sucesores pueden interponerla nuevamente contra la misma persona, ni contra las que de ella deriven su derecho, a diferencia del abandono, que siendo una renuncia tácita no impide a *posteriori* iniciar una nueva acción.

Sólo pueden desistirse quienes litigan como parte en un proceso, de actuarse por medio de apoderado, éste requiere de un poder especial para hacer uso de dicha potestad dispositiva (art. 75° del C.P.C.).

Examinemos dos resoluciones que se amparan en el desistimiento de una acción de divorcio previa, para declarar improcedente la posteriormente interpuesta.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE JULIO DE 1982 <sup>464</sup>

Que como aparece del acompañado sobre divorcio por la causal de adulterio, seguido entre las mismas partes, el mismo que concluyó por desistimiento del actor, los hechos en que se funda éste son los mismos en que basa la presente acción de divorcio por la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; que ambas causales son diferentes y, por lo tanto, no pueden sustentarse en los mismos hechos, sino que éstos tienen que ser autónomos.

La Corte Suprema declaró improcedente dicha demanda.

---

464 Exp. 2015-81 / Cajamarca

Mientras que el dictamen fiscal opinó por declarar No Haber Nulidad, en la de vista que declaraba fundada la demanda de divorcio.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE MAYO DE 1982 <sup>465</sup>

La Corte Suprema, declaró de conformidad con el dictamen fiscal No Haber Nulidad en la sentencia de vista que declaraba infundada la demanda, sobre divorcio por la causal de abandono malicioso.

Siendo sus fundamentos:

La sentencia de vista de fs. ...de conformidad con lo opinado por el Fiscal Superior y considerando además que la anterior acción de divorcio por la causal de abandono malicioso del hogar intentada por el actor ante el 11° Juzgado Civil terminó por desistimiento; que esta nueva acción viene a ser reiteración de aquella, confirma la sentencia de fs. ... que declara infundada la reconvencción planteada por la demandada e infundada la demanda de fs. ...

El desistimiento tiene efectos similares a la cosa juzgada, de entablarse otra acción, como en los casos precedentes, no procederán si reúnen los requisitos de identidad de procesos, a saber, las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitório y el interés para obrar, sean los mismos (art. 452 C.P.C.). Al respecto, los demandados, por lo que aparece de ambas resoluciones, no hicieron uso del recurso de defensa que la ley les facultaba mediante la excepción de pleito acabado, hoy excepción de desistimiento de la pretensión (art. 446 inc. 9° del C.P.C.), ya que incluso en la primera, las instancias inferiores y el Fiscal Supremo se pronunciaron por declarar fundada la demanda.

En referencia a la segunda ejecutoria, la causal de abandono de la casa conyugal fue dispensada por el desistimiento, lo que no impide al actor, de no retornar su cónyuge, iniciar un nuevo cómputo de abandono que dé lugar otra vez a la causal. En general, la ocurrencia de cualquier falta conyugal posterior al desistimien-

---

465 Exp. 272-82 / Lima

to o anterior a él, pero desconocida por el agraviado, da origen a una acción distinta de divorcio.

### **8.3. *La cosa juzgada***

#### **8.3.1. *Definición***

El efecto sustantivo que puede alcanzar una sentencia es constituir cosa juzgada.

La cosa juzgada es la que genera la inmutabilidad definitiva de la sentencia, de manera tal que ni las partes, ni los que de ella derivan su derecho, pueden volver a plantear la acción. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

El art. 123 del C.P.C. establece los casos en que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada.

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

Respecto a aquéllos, debemos tener presente que toda sentencia de Primera Instancia que declare el divorcio ha de elevarse necesariamente en consulta para ser sujeta de pronunciamiento por el Tribunal Superior.

#### **8.3.2. *Alcances de la cosa juzgada en los juicios de divorcio***

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE OCTUBRE DE 1985 <sup>466</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen fiscal, de-

---

466 Exp. 980-85 / Cajamarca.

claró fundada la demanda por la causal de adulterio, e impropcedente por la causal de conducta deshonrosa.

En cuanto a la causal de conducta deshonrosa que hace insoporlable la vida en común, la sentencia dictada por la Corte Suprema de la República y que corre a fs. ...del acompañado sobre Divorcio, tiene calidad indiscutible de Cosa Juzgada de conformidad con lo dispuesto en el art. 1018 del C.P.C. e inc. 2° del art. 233 de la Constitución Política, por lo que la demanda deviene en impropcedente en este extremo. Es menester aclarar que la acción de divorcio, por su naturaleza, no crea cosa juzgada en relación a la invocación de hechos sobrevinientes a la sentencia que deniega la disolución del vínculo, no sucediendo lo mismo con aquellos que tuvieron lugar durante o antes de la época del litigio, aunque se argumente que ellos no se conocían por el cónyuge ofendido, porque ello sería establecer excepciones al principio de Cosa Juzgada y podría originar la repetición indiscriminada de procesos judiciales ya objeto de juzgamientos previos.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE ENERO DE 1991 <sup>467</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal cuyos fundamentos reproduce, declaró:

Del estudio y análisis de lo actuado en autos aparece que, se ha invocado como causal de la acción el abandono injustificado de la casa conyugal y para que ello prospere se requiere probar que fue realizado con la intención de no continuar la vida común que dicha actitud sea injustificada y que el abandono se prolongue por más de dos años contínuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda de dos años.

Las pruebas ofrecidas por el actor no pueden prosperar en esta nueva acción, es más, no ha desvirtuado la afirmación hecha por la demandada en la diligencia de comparendo a fs. 7, cuando sostiene que jamás ha abandonado el hogar conyugal, que lo cierto es que estuvieron viviendo en casa de los padres del demandante en el Jirón ..., que al no haberse preocupado de fijar el propio domicilio les cortaron el servicio de agua, y fluido eléctrico por lo que de acuerdo con el demandante se mudaron jun-

---

467 Exp. 980-85 / Cajamarca.

to con sus menores hijos a casa de propiedad de los padres de la emplazada sito en el Jirón ...del indicado distrito, y que precisamente de este último domicilio el demandante se retiró para ir a convivir maritalmente con doña ...y en cuyas relaciones adulterinas ha procreado una hija.

Asimismo, a fs. 14 doña ...en la diligencia de confesión reafirma lo anteriormente expuesto.

Es principio rector de derecho que las partes deben probar los hechos que aleguen, salvo los que se presumen de acuerdo a Ley, que en el presente proceso el demandante no ha probado los fundamentos de la acción incoada; en cambio la emplazada ha demostrado con el expediente acompañado que existe sentencia Ejecutoriada pronunciada a su favor por la Quinta Sala Civil de Lima, por la que confirmando la apelada de fs. 50, la declaró infundada en todas sus partes, incluyendo la causal de abandono malicioso del hogar, que también fue invocada en dicho proceso.

En consecuencia, este Ministerio Público, opina HABER NULLIDAD en la recurrida, debiendo declararse improcedente la sentencia de origen en cuanto declara fundada por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, y reformándola declare fundada la excepción de cosa juzgada deducida por la demandada.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE AGOSTO DE 1992<sup>468</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el inciso undécimo del artículo doscientos treintitrés de la Carta Magna y artículo mil ochentidós del Código de Procedimientos Civiles, prohíben revivir procesos fenecidos que han pasado en la autoridad de cosa juzgada; que en el juicio que se tiene a la vista, seguido por las mismas partes, se declaró infundada la demanda de divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal imputable a la esposa; que en este nuevo proceso el marido pretende repetir dicha acción por el mismo hecho, sosteniendo igualmente que el abandono de su esposa se produjo en julio de mil novecientos ochentuno, lo cual ya fue objeto de análisis y pronunciamientos sobre

el fondo de la cuestión controvertida; que por tanto, la nueva demanda resulta improcedente; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticinco, su fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventiuno, que confirmando la apelada de fojas treinticuatro, fechada el dos de julio de mil novecientos noventa, declara infundada la demanda de fojas tres; reformando la de vista y revocando la apelada, declararon IMPROCEDENTE la demanda; ...

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE ENERO DE 1993 <sup>469</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal sostuvo:

Refiere la actora, que interpone esta acción en razón de que su esposo le da un trato excesivamente cruel, la ultraja de hecho sin importarle los límites y el recíproco respeto que supone la vida en común, que dichos maltratos son físicos como se apreciará por los daños materiales que la ha causado, viéndose obligada a salir corriéndose de su casa para evitar los golpes que le ocasiona todos los días, agresiones que ha denunciado a la Policía Técnica frecuentemente.

En la diligencia de comparendo que corre a fs. 8, la actora se ratifica en los extremos de su demanda, en tanto que el emplazado por intermedio de su abogado, antes de contestar la demanda, deduce la excepción de cosa juzgada, considerando que ante el mismo Juzgado se tramitó el juicio de separación de cuerpos por la causal de sevicia, el mismo que ha terminado en sentencia que declara infundada la demanda, confirmada en la instancia superior. Contestando la demanda, la niega y contradice en todos sus extremos por ser completamente falsos los hechos que le imputa.

Entre las pruebas aportadas por la actora obran en autos las siguientes: La confesional del demandado prestada a fs. 76; fotocopias de Certificado Médico-Legal de fs. 14, 15, 16 y 17 practicadas a la demandada por lesiones ocasionados por el demandado; copia de las garantías personales solicitadas al Sub-Prefecto Provincial del Santa de fs. 20; actuados sobre el

---

469 Exp. 2884-91 / Ancash.

juicio oral sobre Faltas contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en agravio de la demandante por parte del demandado, de fs. 25/37; copia certificada de la sentencia expedida por el Juez Instructor del Santa, de fs. 38 en la que condena al demandado a la pena de dos meses de condena condicional, por faltas contra el cuerpo y la salud en agravio de la actora; Atestado Policial No. 75-37 sobre faltas contra el cuerpo y la salud, ocasionada por el demandado contra la actora, de fs. 40/46, Dictamen Pericial de Grafotécnica para establecer autoría de manuscritos infamantes contra la actora de fs. 192/193; escritos objeto de la pericia de fs. 194/201; Expediente No. 272-89 sobre faltas contra el cuerpo y la salud seguido contra el inculpa-dado-demandado en agravio de la actora, que consta de 73 fs y es uno de los acompañados, el mismo que terminó con sentencia condenatoria de tres meses de prisión.

Por su parte el demandado, no aporta pruebas que rebatan los hechos que le imputa la actora, por el contrario, en sus recursos manifiesta que ella presenta signos de psicosis y delirio de persecución, niega ser el autor de los manuscritos de fs. 194 a 201, no obstante la pericia grafotécnica prueba lo contrario; por último, mediante recurso de fs. 249 se allana a la demanda de autos, por lo que la Juez de la Causa, la tiene por allanado según Resolución No. 36 de fs. 249 vta.

Del estudio y análisis de los actuados, se advierte, que la causal de sevicia en la que la actora funda su demanda, se encuentra fehacientemente acreditada en autos con las pruebas aportadas por la accionante y a las que se menciona anteriormente, tan es así que el demandado se ha allanado a la demanda.

Declaró fundada la demanda sobre separación de cuerpos por la causal de sevicia.

## **9. EL OTORGAMIENTO DE PODERES EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO**

### ***9.1. Comparecencia de las personas naturales***

Las personas que ejercen por sí sus derechos civiles pueden comparecer en juicio de dos maneras:

- Personalmente.
- Por medio de apoderado.

Mientras que los incapaces sólo pueden hacerlo por medio de sus representantes legales.

Refirámonos al caso de comparecencia mediante otra persona, para lo cual examinaremos qué exigencias legales y jurisprudenciales se han establecido para los poderes en los juicios de divorcio.

### ***9.2. Requerimientos legales y jurisprudenciales de los poderes en los juicios de divorcio***

Las normas sobre divorcio no han consignado expresamente las condiciones que debe satisfacer un poder otorgado por el cónyuge demandante o reconviniendo, por lo que desde tiempo atrás se ha venido aplicando analógicamente la norma sobre nulidad de matrimonio (art. 152 C.C. 1936, 280 C.C. 1984).

Como es natural, se ha considerado insuficiente el poder general para pleitos, fundado en el art. 74 del C.P.C., requiriéndose del otorgamiento de poder especial (art. 75 del C.P.C.), que faculte interponer la acción de divorcio o separación y más aún, se ha sancionado con nulidad aquellos casos en los que no se ha hecho mención taxativa de las causales a invocarse, deficiencia que con cierta frecuencia se da en la práctica.

En los casos de separación de cuerpos convencional y divorcio ulterior, se permite que los cónyuges puedan comparecer a través de apoderado, investido con facultades específicas para el proceso (art. 577 del C.P.C.), resultando fundamental se autorice al apoderado, muchas veces el abogado, a solicitar el divorcio ulterior.

Por lo expuesto, el representado deberá otorgar facultades específicas y no solo especiales para accionar por divorcio o separación de cuerpos por causal, lo que supondrá la determinación precisa de las causales a invocar.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE SETIEMBRE DE 1950<sup>470</sup>

La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal, declaró nulo todo lo actuado.

Del testimonio de poder conferido por doña ...a favor del doctor ..., que corre a fs. ..., facultándolo para la iniciación de un juicio de divorcio contra don ..., aparece que no se ha expresado la causal o causales que deben ser invocadas, infringiéndose lo dispuesto por el art. 152 del Código Civil, que expresamente así lo dispone, y que es aplicable, por sus efectos, a los juicios de divorcio, cuya consecuencia es de anular el matrimonio contraído.

Mientras que el voto singular sostuvo:

Que el mandato otorgado por escritura pública que corre a fs. ..., con la expresa facultad de entablar acción de divorcio constituye poder especial suficiente para solicitar la disolución del vínculo matrimonial; y que el artículo ciento cincuentidós del Código Civil se refiere exclusivamente a las acciones sobre nulidad de matrimonio: Mi voto, con lo expuesto por el Señor Fiscal, es porque se declare NULA la sentencia de vista, debiendo la Corte Superior absolver el grado con arreglo a ley aprobando o desaprobando la consulta. Delgado.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1982<sup>471</sup>

Dictamen Fiscal:

El Poder corriente a fs. ...es explícito en cuanto a la facultad que el mandante confiere al mandatario, para iniciar la acción de divorcio; se halla legalizado por el Cónsul Peruano del lugar de otorgamiento del Mandato y la firma de este funcionario a su vez está debidamente legalizada como consta a fs. ... La apoderada es la propia hija de su mandante; la causal de adulterio está plenamente acreditada. En tal virtud opino que la Sala puede servirse declarar que HAY NULIDAD en la recurrida y reformándola confirmar la sentencia de fs. ..., salvo mejor parecer.

---

470 Anales Judiciales, t. XLVI, 1950, p. 29.

471 Exp. 854-82 / Lima.

## Resolución Suprema:

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; por los fundamentos pertinentes de la resolución recurrida; y CONSIDERANDO: que en el poder otorgado por la demandante, el mismo que corre a fs. ..., no aparece indicada la causal por la cual se pretende obtener el divorcio, requisito indispensable en esta clase de procedimientos: declararon No Haber Nulidad en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que desaprobando la consultada de fs. ..., fechada ..., declara IMPROCEDENTE la demanda de divorcio por la causal de adulterio interpuesta a fs. ...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE ABRIL DE 1983 <sup>472</sup>

#### Dictamen Fiscal:

La demandada interpone apelación y la sentencia de vista de fs. ...considerando que el apoderado del actor sólo fue autorizado para demandar la separación de cuerpos ó divorcio sin indicar causal alguna y que el mandatario ha incoado la demanda de divorcio por la causal de injuria grave para lo que no está autorizado, declara insubsistente la sentencia apelada de fs. ..., nulo lo actuado e inadmisibile la demanda.

El poder cuyo testimonio obra a fs. ...reune los requisitos que para el poder para pleitos requieren los arts. 8° y 9° del C. de P.C. Además la demandada no objetó la personería del mandatario mediante la excepción correspondiente por lo que no procede declarar de oficio la nulidad sancionada por la sentencia de vista, más aún si se tiene en cuenta lo dispuesto en la última parte del art. 1087 del acotado, precepto según el cual en ningún caso se declarará la nulidad ni de oficio ni a petición de parte por causal no prevista expresamente en la ley.

Por las consideraciones precedentes opino que la Sala puede servise declarar nula la recurrida y disponer que la Sala de origen expida sentencia pronunciándose sobre el fondo del problema.

## Resolución Suprema:

La Corte Suprema en discordia en conformidad con el dicta-

---

472 Exp. 1053-82 / Arequipa.

men fiscal ordenó que la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa expidiera nuevo fallo sobre el fondo del asunto.

Los votos en contra expresaron:

“Con lo expuesto por el Señor Fiscal; por los fundamentos de la resolución recurrida: NUESTRO VOTO es porque se declare No Haber Nulidad en la sentencia de vista que declare insubsistente la apelada de fs. ..., nulo todo lo actuado; e inadmisibile la demanda”.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE SETIEMBRE DE 1986<sup>473</sup>

“Que para entablar demanda de divorcio por apoderado se necesita que en el poder se exprese la causal que se invoca”.

Declararon Haber Nulidad en la de vista que declaraba fundada la demanda, la que declararon improcedente.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE AGOSTO DE 1992<sup>474</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declararon IMPROCEDENTE la demanda:

De la revisión y análisis de lo actuado se desprende que a fs. 5 ...y ...representado por ..., demandan separación de cuerpos por mutuo disenso. El Juzgado a fs. 15 pronuncia sentencia declarando fundada la demanda de fs. 5, la cual a fs. 23 la Sala Civil, con lo expuesto por el Fiscal Superior en su dictamen de fs. 21 la desaprueba considerando que el representante del cónyuge ...no estaba facultado para plantear la acción de separación de cuerpos por mutuo disenso. En el recurso de nulidad de fs. 26 el apoderado del esposo manifiesta que habiéndosele otorgado poder para divorcio se entiende que puede demandar la separación de cuerpos en nombre de su mandante.

El propio mandante ...en su escrito dirigido a la Sala de su presidencia, adjunta testimoni o de ratificación de todos los actos que en su nombre y representación efectuara su apoderado en

---

473 Exp. 1650-85 / Loreto.

474 Exp. 636-91 / Lambayeque

el presente juicio y fundamenta el recurso de nulidad presentado por su apoderado manifestando que la ratificación mencionada de conformidad con el art. 162 del C.C. tiene efectos retroactivos, quedando con plena eficacia lo actuado en autos.

De conformidad con lo establecido por el art. 12 inciso 1o. del Decreto Legislativo 310, los cónyuges tienen la obligación de concurrir personalmente a la diligencia de comparendo. Aún cuando la demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso se formule por intermedio de apoderado, es obligatoria la concurrencia personal de los cónyuges a tal diligencia, no habiendo sucedido así en el caso de autos, como se aprecia del texto del acta del comparendo del fs. 7, diligencia a la que concurren la esposa y el apoderado del esposo.

Del testimonio de fs. 3 se advierte que el cónyuge ...otorgó poder a ...para que lo represente especialmente en el juicio de alimentos así como para iniciar el juicio de divorcio por abandono injustificado del hogar conyugal. Por tanto, carecía de poder para presentar demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso.

Si bien es cierto que en aplicación del art. 162 del C.C., la demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso puede ser ratificada, tal ratificación sólo puede verificarse observando la forma prescrita para su celebración, como dispone el referido art. 162 del C.C., es decir mediante escrito dirigido al Juez de la causa y antes de que se pronuncie sentencia en virtud del principio de preclusión a que están sujetos los actos jurídicos procesales.

En consecuencia, la ratificación contenida en el testimonio adjuntado sobre ratificación y otorgamiento de poder no es idónea por no estar realizada con sujeción a lo establecido por el art. 162 del C.C. y contraviene lo dispuesto por el art. 1132 del C. de P.C.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE MARZO DE 1993 <sup>475</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

---

475 Exp. 943-92 / Arequipa

Siendo el espíritu de la ley de que ...quien solicita -por intermedio de apoderado- lo haga con plena conciencia y conocimiento del acto a realizar conforme lo prescribe el art. 155° del C.C. segunda parte, corroborado por el art. 10° del C.P.C.; lo que no sucede con la instrumental de fs. 2/3 observándose allí sólo un poder para pleitos, sin indicar el deseo preciso de divorciarse y por que causal; y, siendo esta norma de orden público resulta de cumplimiento obligatorio.

La justicia nacional se ha inclinado, salvo casos excepcionales, a afirmar que en los juicios de divorcio el poder especial debe contener no sólo la facultad de accionar por la disolución del vínculo, sino que ha de incluir la mención expresa de las causales a invocarse en la demanda.

Antes se fundamentaba dicha interpretación en el art. 152 del C.C. de 1936, que a la letra decía: "La nulidad de matrimonio no puede ser demandada por apoderado, si éste no tiene poder especial en que se exprese la causa que se invoca". Actualmente, el art. 280 omite esta última parte precisando que "la invalidez del matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

Como se expusiera anteriormente, considerando lo dispuesto por los arts. 577 y 75 del C.P.C., ¿Va a seguirse requiriendo que el poder especial señale las causales objeto de la acción, o va a ser suficiente el otorgamiento de la facultad de accionar por el divorcio? Creemos, haciendo una interpretación integrada de dichos dispositivos, que la expresión facultades específicas, supone el señalamiento de las causales a invocar, tratándose de hechos de índole tan privada cuyo conocimiento y cuenta, entraña únicamente al cónyuge agraviado, quien es el indicado a expresarlo, lo contrario podría prestarse a ciertas distorsiones.

## **10. EL ART. VII DEL TITULO PRELIMINAR DEL C.C. Y SU APLICABILIDAD EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO**

### **10.1. Alcances doctrinarios del principio *iura novit curia***

Santiago Sentis Melendo, Concluye en que el " Significado exacto del aforismo, es el conocimiento del derecho objetivo, de la

norma jurídica, por parte del juez. La extensión del aforismo y aplicación normal del mismo alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes".<sup>476</sup>

El Dr. Marcial Rubio señala que dicha definición guarda congruencia con lo establecido por el artículo VII, con otra forma de expresión: "El juez conoce el Derecho y debe aplicarlo, no importando para ello las deficiencias o la ignorancia en que haya incurrido la parte correspondiente".

Cabe señalar respecto a este artículo, que no posee antecedentes en nuestra legislación, fue el Dr. Silva Vallejo quien presentó la propuesta a la Comisión Revisora del Código Civil, que recogía el espíritu de este aforismo entre otros, finalmente se acogió legislativamente la iniciativa pero fue modificada.

Esta norma mereció severas críticas, la primera referida a la competencia material de la norma, al incluirse dentro de un título preliminar de un ordenamiento sustantivo, un aforismo procesal. Otro aspecto es el relativo a su ámbito de aplicación, la norma contenida en el Código Civil se coloca en el supuesto de la omisión más no del error en la cita de la norma jurídica.

Así también su formulación restrictiva al señalar que es de aplicación cuando no haya sido invocada en la demanda, debiéndose interpretar extensivamente dicha expresión, considerando al demandado reconviniendo.

Lo cierto es que el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil establece un deber del juez de fallar aplicando la norma jurídica que corresponda con prescindencia de la actividad o inactividad de las partes.

El Dr. Lorenzo Zolezzi incidirá en que "la atribución contenida en el artículo VII del Título Preliminar sólo puede ejercitarse cuando no afecta ni el derecho de defensa ni el principio contradictorio, es

---

476 Citado por Marcial Rubio Correa. Para Leer el Código Civil III, Título Preliminar, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, p.132.

decir, cuando no altera en nada las pretensiones planteadas por las partes ni los hechos alegados y sometidos a probanza. De lo contrario, cabría deducir la nulidad de la resolución respectiva".<sup>477</sup>

El Código Procesal Civil en el artículo VII de su Título Preliminar corrige deficiencias de la formulación del artículo sustantivo, se ubica así dicho aforismo en su lugar pertinente, posibilitándose su aplicación tanto a la omisión como al error del derecho invocado por las partes, puntualizando además que su aplicación no puede ir más allá del petitorio, ni fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes.

## ***10.2. Apreciación judicial de la norma en los casos de divorcio***

### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE JUNIO DE 1991<sup>478</sup>**

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal consideró:

Que, de conformidad con el inciso tercero del artículo mil ochentis y seis del Código de Procedimientos Civiles, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintisiete, no procede declarar la nulidad de las resoluciones cuando la subsanación del vicio procesal que la afecta no ha de influir en el sentido de la resolución; que, en el caso de autos, al dictarse la resolución de vista, no han tomado en cuenta la norma legal citada, omitiendo pronunciarse sobre los puntos demandados y sobre el exceso incurrido en la apelada; declararon: NULA la sentencia de vista de fojas ciento treinticinco, su fecha veintiocho de octubre de mil novecientos ochentisiete...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

Viene en recurso de nulidad la sentencia de vista de fs. 135 que declara nula la apelada de fs. 117 a 119, ordenando que el Juez de origen expida nueva sentencia de acuerdo a ley en los seguidos por doña ...contra don ...sobre divorcio.

---

477 Lorenzo Zolezzi I. y otros. Para Leer el Código Civil II, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica, 1987, p. 154.

478 Exp. 3100-87 / Huánuco

Fundamento de la recurrida es que, el Juez de origen ha resuelto sobre punto no demandado y no controvertido incurriendo en causal de nulidad prevista en el numeral 9° del art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles.

En efecto la actora solicitó la disolución del vínculo matrimonial contraído con el emplazado ante el Concejo Distrital de Monzón por las causales de sevicia y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años después de la celebración del matrimonio previstas en los incs. 2° y 10° del art. 333 del Código Civil. Sin embargo, el Juez de la causa resuelve en la sentencia apelada declarar infundada la demanda de fs. 3, por las causales invocadas por la actora y ampararla por la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, prevista en el inc. 6° del art. 333 del Código acotado, que no ha sido invocada por la demandante, basándose en el art. VII del Título Preliminar del Código Civil, que señala la obligación de los jueces de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda, empero, en el caso de autos no es de aplicación la norma antes citada, puesto que no se menciona la causal de conducta deshonrosa en los fundamentos de derecho y menos en los fundamentos de hecho que hagan presumible que la intención de la actora ha sido invocar la referida causal, en tal sentido se ha resuelto sobre un punto no controvertido, no demandado, incurriéndose en causal de nulidad.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE AGOSTO DE 1992<sup>479</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

La sentencia de primera instancia, considera que de las pruebas aportadas por las partes en conflicto, se ha llegado a establecer, que la demandada ha dado un trato humillante y vejatorio al demandante, profiriendo insultos y vejámenes, hechos que constituyen, causal de divorcio por injuria grave y que aún cuando el inc. 4 del art. 333 del C.C., no ha sido invocado como causal de divorcio en el presente proceso, es obligación

---

479 Exp. 2156-91 / Lambayeque.

del juzgador aplicar dicha norma jurídica como causal, por determinar así el art. VII del Título Preliminar del C.C.

La sentencia de segunda instancia, considera que habiéndose planteado en la demanda acción por causal específica de sevicia y haber el juez fallado por la causal de injuria grave que no ha sido invocada en la demanda, ha trasgredido lo previsto en el art. 1074 inc. 2 y 3 del C. de P.C. y por consiguiente incurrido en vicio de nulidad. Del examen de lo actuado se aprecia, que el Juez de la causa al emitir sentencia, falla declarando fundada la demanda por una causal no invocada en la demanda, omitiendo todo pronunciamiento sobre la causal de sevicia que fue el fundamento de la acción de divorcio incoada, incurriendo en esta forma en la causal de nulidad prevista en el inc. 9 del art. 1085 del C. de P.C.; por lo que este Ministerio opina NO HABER NULIDAD en la recurrida, debiendo declararse nula la sentencia de primera instancia e insubsistente todo lo actuado con posterioridad, debiendo reponearse la causa al estado de que el Juzgado de origen expida nuevo fallo con arreglo a ley.

Ambas ejecutorias coinciden en señalar, que el juez no puede pronunciarse sobre una causal no invocada en la demanda, que no se menciona en los fundamentos de derecho y menos en los fundamentos de hecho que hagan presumible que la intención de la parte actora ha sido invocar la referida causal; en ese sentido se ha resuelto sobre punto no controvertido, ni demandado, incurriéndose en un caso claro de *plus petita*, totalmente excluido del ámbito de aplicación del principio *iura novit curia*, recogido deficientemente por el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y aclarado en el texto del Código Procesal (Art.VII del T.P. del C.P.C.).

Al respecto resulta muy pertinente la observación formulada por el Dr. Juan Monroy Gálvez, al comentar este aforismo, señalando: "El juez está impedido de agregar hechos al proceso y asimismo, de interpretar éstos. Si se presentara un caso en que las partes equivocaran la descripción de los hechos, aún cuando el juez pudiera advertir tal circunstancia de la prueba actuada, no se encuentra facultado a interpretarlos. Siempre se estaría ante una

demanda infundada, porque no se probaron los hechos en que se sustenta".<sup>480</sup>

El Juez por la actual norma procesal tiene el deber de fallar aplicando el derecho correcto, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, pero no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados por las partes. En ese entendido el Juez no puede interpretar los hechos que son de competencia exclusiva de las partes.

## **11. CASOS EN QUE NO PROCEDE LA ACCION DE DIVORCIO**

Son dos los casos sobre los cuales indagaremos:

¿Qué ocurre cuando uno de los cónyuges ha incurrido en bigamia y se pretende obtener la disolución del segundo enlace?

¿Qué sucede si durante el desarrollo de un proceso de divorcio, uno de los cónyuges fallece?

### **11.1. Matrimonios Ilegales**

Incurre en bigamia aquél que estando casado contrae nuevas nupcias con persona distinta.

Las ejecutorias que presentaremos declararán improcedente el divorcio de un segundo enlace, por tratarse de un matrimonio inválido. En este aspecto habremos de distinguir los ámbitos legales del divorcio y la invalidez del matrimonio.

#### **11.1.1. Diferencias entre la institución del divorcio y la invalidez matrimonial**

El divorcio como institución tiene por objeto poner fin a un matrimonio válidamente contraído, de efectos plenos, cuya diso-

---

480 Juan F. Monroy Gálvez. El Aforismo "Iura Novit Curia" (Art.VII del T.P. del Código Civil de 1984), En Revista del Foro, Año LXXIII, No 1, 1986, p.332.

lución tiene lugar por hechos que han ocurrido con posterioridad a su perfeccionamiento. A diferencia de la invalidez del matrimonio, que declara la insubsistencia de un vínculo, que desde su origen adoleció de un vicio legalmente sancionado.

El Dr. Héctor Cornejo Chávez, refiriéndose a los casos de invalidez del matrimonio nos dice: la distinción entre la nulidad y anulabilidad en la ley peruana:

Se funda en el hecho de que mientras la invalidación del casamiento nulo es requerida por un interés social, a la subsistencia de un matrimonio anulable sólo se opone un interés privado. Mientras en el primer caso, la sociedad peligra más o menos seriamente en su estabilidad, por lo cual es preciso desembocar en una declaración invalidatoria; en el segundo, si el interés particular no se siente bastante ofendido, la sociedad tolera y aún busca la subsistencia del vínculo, en aras de la estabilidad familiar <sup>481</sup>

#### ***11.1.2. El matrimonio del casado como causal de nulidad de matrimonio***

El art. 274, inc. 3°, sanciona como nulo el matrimonio del casado. Este acto es inconfirmable e imprescriptible, salvo que el primer cónyuge del bigamo haya muerto, o el primer matrimonio haya sido invalidado o disuelto por divorcio. En estos supuestos el matrimonio antes nulo adquiere los caracteres del anulable. Limitándose la acción al segundo cónyuge del bigamo, fijándose el plazo de caducidad de un año a partir de la fecha que tuvo conocimiento del matrimonio anterior, para que se demande la invalidez, de no hacerlo queda confirmado.

#### ***11.1.3. Titulares de la acción de nulidad***

La acción de nulidad, a diferencia de la anulabilidad, puede ser intentada por el Ministerio Público, y por quienes tengan un interés legítimo y actual. Interés que puede ser económico o moral (arts. 275 y VI del Título Preliminar).

---

481 Héctor Cornejo Chávez. Op. Cit., p. 229

“La madre de los hijos ilegítimos tiene facultad para demandar la nulidad de su segundo matrimonio celebrado por el padre de dichos menores”<sup>482</sup>

“El hombre casado carece de derecho para demandar la nulidad de su segundo matrimonio, porque lo contrajo de mala fe; pero esa nulidad puede ser declarada de oficio, o a pedido del Ministerio Fiscal según el art. 1124 del C.C. (1936)”<sup>483</sup>

#### **11.1.4. Ejecutorias Supremas que declararon la improcedencia del divorcio por tratarse de un matrimonio inválido**

##### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1980<sup>484</sup>**

...que conforme consta de los instrumentos públicos corrientes a fs. ...y de la confesión de fs. ..., el actor cuando contrajo matrimonio con la demandada tenía la condición civil de casado, por lo que este segundo matrimonio resulta nulo conforme a lo dispuesto en el inc. 1° del art. 132 del C.C., concordante con el inc. 5° del art. 82 del mismo; que tratándose de una nulidad absoluta y manifiesta a la que se refiere el art. 134 del C.C., dicho matrimonio no produce efectos civiles entre los cónyuges ni da lugar a la acción de divorcio, porque ésta tiene la finalidad de obtener la ruptura del vínculo matrimonial que en el presente caso resulta inexistente: declararon la resolución de vista ...e IMPROCEDENTE la demanda ...

##### **2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE ENERO DE 1986<sup>485</sup>**

Resolución Suprema:

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; con el acompañado; y considerando: que del expediente sobre bigamia que viene

---

482 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 298. Revista Jurídica, N° 3, 1963, p. 240

483 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 298. Revista de Jurisprudencia Peruana. 1976, p. 72.

484 Exp. 2046-80 / Ica.

485 Exp. 158-85 / Lima.

acompañado aparece que, el demandado don ...contrajo matrimonio con doña ...el 8 de octubre de 1960 y, a fs. ...de los mismos autos corre la partida de matrimonio celebrado por el mismo cónyuge con la demandante doña ...el 28 de abril de 1962; que no existiendo en el proceso prueba alguna que acredite que el primero de dichos enlaces hubiera sido disuelto o invalidado en alguna de las formas requeridas por ley, obvio es que no puede emitirse pronunciamiento referente a las causales de divorcio invocadas en este juicio, pues ello significaría que ante la ausencia de la anotada prueba se considera a este segundo matrimonio con valor legal, no obstante la existencia de la causal de nulidad de este vínculo a que se refiera el inc. 1° del art. 132 del C.C. (D); que, consecuentemente, no resulta viable la acción de divorcio propuesta a fs. ...; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ...; su fecha ..., que desaprobando en una parte y aprobando en otra la de primera instancia de fs. ..., de fecha ..., declara inadmisibles la demanda de fs. ..., respecto de la causal de adulterio, e infundada la misma por las causales de atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y abandono malicioso de la casa conyugal; e inadmisibles la reconvencción de fs. ...; reformando la recurrida y revocando la apelada; declararon: IMPROCEDENTE la referida demanda; en los seguidos por doña ...con don ..., sobre divorcio por las causales de adulterio, injuria grave, atentado contra la vida del cónyuge y abandono malicioso de la casa conyugal; y los devolvieron.

#### El dictamen fiscal sustentó tesis contraria:

La demandante interpone recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia de vista de fs. ..., que desaprobando la consultada de fs. ..., declara inadmisibles la demanda.

Sin embargo, contradictoriamente, aprueba la sentencia en cuanto declara infundada la demanda por las causales de atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y abandono malicioso del hogar conyugal; así como en los extremos que declara inadmisibles la reconvencción, con lo demás que contiene.

El fundamento del fallo se apoya en el dictamen fiscal de fs. ..., que considera nulo el segundo matrimonio, materia de la litis, porque el demandado al celebrarlo el 28 de abril de 1962 estaba casado con doña ...

Doña ...demanda a su cónyuge ...para que se declare el divorcio del matrimonio que contrajeron ante el Concejo Distrital de Yarabamba en Arequipa en 1962 en el que procrearon 3 menores hijos, así como adquirieron bienes, según los detalles que constan a fs. ..., invocando los incs. 1º, 3º, 4º y 5º del art. 247 del C.C.; la misma que es absuelta negativamente en la diligencia de comparendo al que sólo concurrió el demandado; en que reconvino para que se declare fatua a la accionante (fs. ...).

Se han suscitado oposiciones, impugnaciones y nulidades. La sentencia de fs. ..., subsanando las omisiones anotadas en la sentencia de vista de fs. ..., declara fundada la demanda por la causal de adulterio cometido por el cónyuge, discierne la patria potestad de los hijos, quedando el mayor con el padre y los menores ...y ...con la madre, fija el régimen de visitas, que los alimentos rijan según el juicio especial; infundada la demanda por las causales de atentado contra la vida, injuria grave y abandono malicioso del hogar conyugal; inadmisibles la reconvencción; e infundadas las oposiciones e impugnaciones. Elevada en consulta, al desestimarse la apelación del demandado, se expide el fallo consignado en la primera parte de este dictamen.

Si bien el matrimonio contraído por don ...con doña ...está incurso en el inc. 2º del art. 132 del C.C. (D) en caso de no haberse disuelto el primer matrimonio, para que surta sus efectos legales esa nulidad debe ser declarada por el juez, en la acción pertinente, pero de ninguna manera puede declararse en esta acción, que como fluye de estos antecedentes el segundo matrimonio ha venido considerándose como válido entre las partes. Existencia que ha subsistido incluso después de iniciado el proceso penal por bigamia en el que se consideró agravada a la propia demandante.

En tanto no se haya entablado la demanda de nulidad cabe considerarse como válido el segundo matrimonio, tanto más si el primer matrimonio de 1960 tuvo una duración de apenas dos meses (fs. ...y ...del proceso penal) desconociéndose la situación de la primera contrayente y la buena fe de la accionante no ha sido desvirtuada.

Sentada esta premisa, debe entenderse procedente el divorcio solicitado si se tiene en cuenta que el demandado ha incurrido en adulterio conforme se acredita con la partida de nacimiento

de fs. ...y el documento privado no impugnado de fs. ..., lo que hace amparable la acción por esta causal.

Por estas consideraciones este Ministerio Público opina que HAY NULIDAD en la sentencia materia del grado, y modificándosela, debe aprobarse la sentencia de fs. ..., que disuelve el vínculo matrimonial por la causal de adulterio, con lo demás que contiene.

En los casos en referencia de autos, ambas resoluciones supremas sostienen que no existiendo en el proceso prueba alguna que acredite que el primer matrimonio ha sido disuelto o invalidado, no es posible pronunciarse sobre el divorcio demandado, por cuanto ello significaría dotar al segundo matrimonio de efectos legales de los que carece al estar incurso en causal de nulidad, declarando el Tribunal la improcedencia de la demanda.

El dictamen fiscal del segundo caso opina, en cambio, que si bien el segundo matrimonio estaría incurso en causal de nulidad, de no haberse disuelto el primero, dicha nulidad debe ser declarada por el juez en la acción pertinente. Mientras tanto, el referido matrimonio surte efectos legales, por lo que debe considerarse procedente el divorcio.

Comentando ambas posiciones debemos expresar que una partida de matrimonio civil surte efectos plenos entre los cónyuges y frente a terceros, hasta que no sea declarada judicialmente la invalidez del acto que contiene. Invalidez que ha de ser pronunciada en el proceso de conocimiento correspondiente, o de oficio, por el juez en cualquier otro proceso, si se trata de una nulidad manifiesta.

La pregunta inmediata que surge, es si la verificación de dos partidas de matrimonio son suficientes para revelar una nulidad manifiesta, que permita la declaración de oficio del juez. Por sí solas no lo ameritarían al desconocerse si el primer matrimonio conserva su vigencia o no, cuestión que calificaría al segundo casamiento como nulo o anulable, y que incluso podría, según las circunstancias, hallarse tácitamente confirmado por el cónyuge agraviado.

Respecto a los fallos en examen, aquellos se pronuncian por la improcedencia de la acción de divorcio, sin resolver expresamente nada sobre el segundo matrimonio, quedando la situación jurídica de este último en suspenso indefinidamente al no haberse declarado su invalidez.

La declaración de improcedencia de la demanda de divorcio debe suponer previamente resolver la invalidez del segundo matrimonio. Si se logra verificar de las pruebas actuadas en el expediente que continúa vigente el primero, por tratarse de un caso de nulidad manifiesta, debe ser declarada de oficio por el juez, de lo contrario si de autos no surgen las pruebas necesarias que declarar la nulidad, el tribunal ha de pronunciarse sobre el fondo del divorcio.

De declararse infundada la acción, pero en atención a una posible nulidad, el Ministerio Público debería iniciar las acciones correspondientes a fin de que en el proceso de conocimiento respectivo, se ventile la invalidez de la segunda relación, y de serlo ha de ponerse fin a una unión ilegal atentatoria de los principios de orden público que cautelan la estabilidad matrimonial.

## ***11.2. Muerte de uno de los cónyuges durante el proceso de divorcio***

### ***11.2.1. La muerte de uno de los cónyuges, extingue la acción de divorcio***

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE AGOSTO DE 1942 <sup>486</sup>**

La Corte Suprema declaró fundada la demanda de divorcio de conformidad con el dictamen fiscal, que opinaba por:

Doña ...demandó el divorcio de su esposo ..., por causales que alegó a fs. ..., y sustanciada la demanda, el Juez la declaró fundada, declarando disuelto el vínculo matrimonial, a fs. ...; y consultada esa sentencia el Tribunal Superior la desaprobó a fs.

---

486 Anales Judiciales, t. XXXVIII, Año Judicial de 1942, pp. 225-227.

..., declarando sólo la separación; pero por dos votos, con el distinto de fs. ... Interpuso recurso de nulidad, esta Suprema Corte, por la ejecutoriada de fs. ..., declaró nula la resolución de vista y mandó al Tribunal Superior absolviera el grado, por las razones del dictamen Fiscal allí inserto. Cuando debía cumplirse esa ejecutoria, el demandado ..., acompañando la partida de defunción de fs. ..., que acredita el fallecimiento de su esposa, la demandante, ..., pide que se corte el proceso, y como ..., en su carácter de personero de ..., a quien doña ...había instituido su heredero universal por testamento, se opone a la pretensión del demandado y pretende que el juicio continúe su sustentación, con la intervención de su poderdante, tramitada esa oposición, la resuelve el Tribunal, por auto de fs. ...vta., declarando sin objeto la absolución de grado; improcedente la oposición; sin personería a el opositor para intervenir en este juicio, y manda se devuelva el expediente a Primera Instancia. Este auto es materia de recurso de nulidad de ..., a fs. ..., concedido por auto de su vuelta.

Acreditado el fallecimiento de la demandante y tratándose de un juicio de divorcio, en el que se persigue la disolución de un vínculo que ya no existe desde aquel hecho, carece de objeto su prosecución; ya que las otras cuestiones que pueden derivarse con referencia a los intereses y a los hijos, tiene que ser materia de otro procedimiento; en consecuencia, opina el Fiscal que No Hay Nulidad en el auto recurrido.

*- La madre del cónyuge fallecido durante la secuela del juicio, no es parte en una causa de divorcio.*

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 1939<sup>487</sup>

La Corte Suprema declaró extinguida la acción de divorcio en oposición a lo sostenido por el dictamen fiscal. Apreciemos ambas oposiciones:

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que habiéndose extinguido el matrimonio por el fallecimiento de uno de los cónyuges, carece de objeto la absolución del grado en la Corte Superior, declararon NO HABER NULIDAD en el

---

487 Anales Judiciales, t. XXXV, Año Judicial de 1939, pp. 286-287

auto superior de fs. ...vta., su fecha ..., que declarando que la recurrente doña ...no es parte en esta causa, mandaron estar a lo resuelto en el de fs. ..., su fecha ...; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Mi voto es por la nulidad del auto de vista, de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal y por los fundamentos en que se apoya.

#### Dictamen Fiscal:

El divorcio declarado no sólo produce la disolución del vínculo y la sociedad legal, produce otros efectos jurídicos, expresados en los art. 265 y 266 del C.C.

Por lo mismo a la madre del cónyuge fallecido, que interpuso la demanda fallada favorablemente en primera instancia, le asiste derecho para pedir que continúe la segunda instancia, como lo ha resuelto implícitamente el Tribunal al declarar fundada su queja, por denegatoria del recurso de nulidad.

Hay Nulidad en el recurrido de fs. ...vta., que deniega la personería de doña ...y reformándolo, procede mandar que se acceda a su solicitud de fs. ...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1992<sup>488</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

Que el fallecimiento de uno de los cónyuges disuelve el vínculo conyugal y la sociedad de gananciales; que en el presente caso el actor falleció el trece de febrero de mil novecientos ochentinueve conforme a la partida de defunción de fojas noventinueve, hecho sucedido antes que quede consentida o ejecutoriada la sentencia de primera instancia, que amparaba el divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal; que siendo la acción de divorcio de carácter personal se extingue ésta con el fallecimiento referido, por lo que dicha acción no puede proseguir al haberse ya quedado disuelto el vínculo y la sociedad legal, que en este orden y

---

488 Exp. 1461-91 / Junín

en base a las consideraciones expuestas las resoluciones de fojas ciento treintidós de fecha dieciocho de junio de mil novecientos noventa y de fojas ciento treintiocho de fecha seis de diciembre de ese año sólo pueden tener efectos con relación al nombramiento del defensor de herencia hasta que se ha dictado la resolución que es materia del grado; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesenta, su fecha diez de mayo de mil novecientos noventiuno, que declara sin objeto pronunciarse acerca de la resolución recurrida de fojas noventiuno, entendiéndose que queda EXTINGUIDA la acción de divorcio por fallecimiento del demandante; sin costas

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE SETIEMBRE DE 1993 <sup>489</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que con arreglo a lo preceptuado en el artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil, si no se apela de la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, lo que obviamente da lugar a dos situaciones de orden legal que necesariamente deben ser tenidas en cuenta para resolver la cuestión planteada y ellas son: la primera, con relación a las partes en el proceso, como titulares del interés privado; y, la segunda, que tiene relación con la intervención del Estado en protección al matrimonio y la familia de acuerdo con el Capítulo II, del Título I, de la Constitución; que en cuanto a la sentencia de fojas sesentisiete, no la impugnaron y en tal virtud cabe entender que con relación a ellas dicha resolución quedó consentida; que respecto a la segunda, los autos deben elevarse en consulta, como ha sucedido en el presente caso, a la Sala Superior, debiéndose advertir que esta consulta que responde al acatamiento de una norma de carácter imperativo, no persigue la absolución del grado, porque no hay grado que absolver, sino sencillamente su examen o conformidad con lo resuelto por la Sala Civil, si no ha mediado en la tramitación y el fallo errores de forma y fondo que subsanar; que en consecuencia para la aprobación o desaprobación del fallo consultado no se requiere del interés privado sino del interés social que tiene su sustento

---

489 Exp. 436-93 / Lima.

precisamente en una norma de orden público, esto es, independientemente del aludido interés de las partes que con su conducta procesal han definido en cuanto ellos la disolución de su matrimonio y que sólo está pendiente la aprobación del órgano jurisdiccional que no puede sustraerse al cumplimiento exacto de sus obligaciones utilizando fórmulas que no absuelven la consulta e incurriendo por tanto en vicio de nulidad: declararon NULA la resolución de vista de fojas ciento ochenticuatro, su fecha quince de diciembre de mil novecientos noventidós; MANDARON que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por ... con ...sobre divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, y los devolvieron.

#### Los fundamentos del primer voto en discordia:

Aparte de los que se consignan en la resolución que antecede; son los siguientes; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, CONSIDERANDO: que si bien nuestro ordenamiento sustantivo civil no regula la situación jurídica derivada de la muerte del cónyuge demandante durante la tramitación del proceso de divorcio, -ni tampoco lo hizo el Código Civil del año treintiséis- y por lo tanto, no hay norma aplicable al caso subjudice, es necesario proceder a una interpretación sistemática para definir si se trata de un vacío legal, o si existe un silencio intencional que debe interpretarse como una presunta voluntad negativa; que, por consiguiente, es del caso apreciar los alcances que el Código vigente otorga a las manifestaciones de voluntad en sus diferentes matices y atendiendo a la diversidad de instituciones afines reguladas; que en lo extrapatrimonial debe apreciarse la regulación contenida en la norma sustantiva para el caso de nulidad de matrimonio, instituto que aún cuando difiere del divorcio, se identifica con sus efectos y con la especial tutela derivada del interés público con que se trata el derecho de familia en general, observándose que los artículos doscientos setentiocho y doscientos setentinove establecen un derecho subjetivo en favor de los herederos para continuar el proceso de nulidad de matrimonio que hubiera iniciado el causante, lo que en esencia significa que la voluntad declarada por el titular del derecho a demandar tiene fuerza vinculante para los herederos; que la diversidad de causales de nulidad previstas como suficientes para autorizar la continuación del proceso por los herederos demuestran que el legislador tutela por so-

bre todo el interés de los sucesores, puesto que si precisara sólo la disolución del vínculo matrimonial, no cabría explicación lógica para continuar un proceso cuando dicho vínculo ha desaparecido; que, además, es el caso apreciar que en los supuestos del artículo doscientos setenticuatro, inciso octavo y artículo doscientos setentisiete inciso octavo del acotado es posible continuar el proceso por la comisión de irregularidades administrativas que, objetivamente, tienen menos trascendencia que las causales de un divorcio; que, por ende, una interpretación orgánica y sistemática de nuestra ley civil, demuestra que el legislador ha regulado causales de menor importancia social para permitir la continuación del proceso por los herederos; que establecida esta premisa, a fortiori, el legislador tendría que reconocer el mismo derecho subjetivo a los herederos de quien inició un proceso de divorcio basado en causales que objetivamente son de mayor trascendencia personal y social; que, en el mismo contexto extrapatrimonial, en el capítulo de divorcio, el Código Civil establece una sola situación que hace factible la terminación del proceso sin decidir sobre el fondo controvertido y es la prevista en el numeral trescientos cincuentiséis de dicho cuerpo legal, para el caso de la reconciliación; que por lo tanto, es lógico concluir que la voluntad del legislador no es la que supone la sentencia recurrida; que, de otro lado jurídicamente es necesaria una decisión jurisdiccional sobre el fondo, por cuanto, de conformidad con el artículo trescientos diecinueve del acotado, la sólo interposición de la demanda genera una consecuencia jurídica irreductible, referida a que, de la resolución que solucione este estado de las cosas otorga calidad de cosa juzgada, pues una decisión inhibitoria deja en el desamparo los derechos expectativos de quienes son los herederos de las partes; que, a mayor abundamiento, es del caso precisar que la doctrina civilista nacional es indicativa de la duda que existe sobre la materia, siendo la opinión predominante que el proceso debe continuar hasta su culminación; que, además, en lo patrimonial se puede establecer que nuestro Código Civil acepta, igualmente, la fuerza vinculante post mortem de una declaración de voluntad unilateral, al determinar en el artículo mil trescientos ochentitres que la muerte no priva de eficacia a la oferta contractual, la cual obliga a sus herederos, norma que reafirma que el legislador se adhiere a la protección de las declaraciones de voluntad, inclusive, después de la muerte de quien las manifestó generando una especie de status quo pro mortis; que, por consi-

guiente la declaración de voluntad del difunto por la que se expresa la intención de divorciarse por la causal alegada, subsiste en favor de sus herederos y, por lo tanto, debe concedérseles la tutela jurisdiccional reclamada por su solicitante; que, por lo expuesto, la sentencia inhibitoria por supuesta sustracción de la materia controvertida, carece de sustento legal, pues no admite que tratándose de un vacío legal, deben aplicarse los principios que inspiran el derecho peruano, los que fluyen del análisis anotado: MI VOTO es porque se declare NULA la sentencia de vista; SE MANDE que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, expida nueva resolución con arreglo a ley.

### Los fundamentos del segundo Voto en discordia:

Aparte de los que consignan en la resolución que antecede; son los siguientes; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, CONSIDERANDO: que la existencia de un proceso judicial significa, en estricto sentido, la presencia de un conflicto de intereses muchas veces con consecuencias patrimoniales; que, precisamente, en un juicio de divorcio por causal específica donde el resultado puede originar la pérdida de ciertos gananciales y la extinción de todo derecho hereditario, exige el pronunciamiento judicial sobre el petitorio amparándolo o denegándolo según sea el caso; que el fallecimiento de quien alegó ser el cónyuge inocente, no puede dar lugar al archivamiento del proceso judicial, porque ello produciría como corolario inesperado, al decir de Héctor Lafaille en su libro *Curso de Derecho Civil (Sucesiones)*, el de acordar una amnistía completa al consorte, por culpable que fuese; que en esa misma línea de razonamiento Héctor Cornejo Chávez en su libro *Derecho Familiar Peruano* sostiene que “se podría sostener la tesis de que si uno de los cónyuges muere durante la tramitación del juicio, éste debiera continuar con quienes lo representen legalmente, a fin de determinar si el fallecido o el sobreviviente debe perder los gananciales en cuestión o si éste último debe perder la herencia”; que, desde el punto de vista estrictamente procesal, precisa remarcar que un juicio concluye por sentencia o en alguna de las formas especiales admitidas por la doctrina y la ley, entre las que no se encuentra la de declarar “sin objeto pronunciarse sobre la sentencia materia de la consulta y mandar se archive oportunamente” como lo ha hecho la Sala Superior en la resolución impugnada: MI VOTO es porque se declare NULA la sentencia de vista;

SE MANDE que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución con arreglo a ley.

El Dictamen del Ministerio Público fue el siguiente:

Se ha concedido recurso de nulidad por resolución de fs. 215, en cumplimiento de la ejecutoria suprema de fs. 212 que acoge una queja de derecho, de la sentencia de vista de fs. 184 que declara sin objeto pronunciarse sobre la sentencia consultada de fs. 67, mandando que se archive el proceso; en los seguidos por don ...con doña ..., sobre divorcio.

La demanda de fs. 6, persigue el divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años, originando la sentencia de primera instancia de 31 de enero de 1992, que la declara fundada y disuelto el vínculo matrimonial.

Se comparte el criterio contenido en la sentencia de vista, con los fundamentos adicionales del voto del Señor..., en cuanto que apareciendo de la copia literal certificada de partida de defunción de fs. 104, que el demandante ...falleció el 09 de agosto de 1992 en Madrid-España, y tratándose la acción procesal de divorcio de naturaleza personalísima, ésta se ha extinguido por muerte de uno de los litigantes y por ende la relación matrimonial ha concluído.

Es preciso agregar, discrepando en esta parte con la recurrida, que la acción judicial de divorcio no se transmite a los herederos, ni el derecho mismo de acción ni el de continuación del proceso ya empezado, por lo que apareciendo de autos que a la fecha del fallecimiento del demandante aún no había concluído el proceso al haberse remitido la sentencia en consulta a la Corte Superior en estricto cumplimiento del art. 359 del Código Civil, cabe declarar además la insubsistencia de la sentencia de Primera Instancia, en razón que no es legal consentir una resolución que no ha culminado su tránsito obligatorio de la instancia plural.

Por lo expuesto, esta Fiscalía Suprema considera que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida, aclarando que debe declararse sin objeto pronunciarse sobre la sentencia consultada, insubsistente la misma de fs. 67, nulo todo lo actuado y extinguida la acción.

La acción de divorcio, al igual que la separación de cuerpos, es de carácter personal; sólo los cónyuges pueden pretender poner fin o relajar su vínculo matrimonial.

Excepción a ese principio, es el supuesto previsto en el art. 334 del C.C., al admitir que si alguno de los cónyuges fuera incapaz por enfermedad mental o ausencia, la acción puede ser ejercida por cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica, o en su defecto el curador especial representará al incapaz.

Se fundamenta en el hecho de que la ley no puede amparar el incumplimiento deliberado de uno de los cónyuges de sus deberes conyugales, valiéndose del estado de incapacidad del otro que no le permite defenderse.

Se establece así sólo la posibilidad de accionar en la vía litigiosa invocando cualquiera de las diez primeras causales del art. 333 del C.C., pero en ningún caso se admitirá, que un tercero pueda solicitar con el acuerdo del otro cónyuge la separación convencional o pretender la conversión de divorcio del cónyuge incapaz.

En los casos presentados de autos, fue el cónyuge agraviado quien personalmente interpuso la acción de divorcio, mas durante la secuela del proceso falleció, siendo sus herederos los que intentaron continuar la acción. Los Tribunales han interpretado en estos casos, a diferencia de la acción de nulidad de matrimonio, que no ha de permitirse a los herederos continuar la acción iniciada por su causante. Como lo indican las ejecutorias, la muerte pone fin al matrimonio, por lo que la declaración de divorcio carece de objeto.

La última ejecutoria, apartándose de antecedentes judiciales similares dispuso que el tribunal superior cumpla con absolver la consulta; pese a haber fallecido el demandante.

Se consideró que al no haber grado que resolver, solo corresponde la absolución de la consulta por el órgano jurisdiccional.

Al respecto, comentando la última resolución en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia, el doctor Fernando Vidal Ramirez,

opinó que la consulta procede "sólo si la resolución no es apelada para dar paso a la Revisión de la sentencia en cautela de intereses supra individuales, toda vez que los individuales, los de las partes, han quedado satisfechos al no haberse interpuesto apelación. Como la consulta debe dar lugar a la aprobación o desaprobación de la resolución consultada, es obvio que ésta no puede surtir efectos hasta que sea aprobada, de lo que resulta que su eficacia - como lo vengo sosteniendo- sea ab origine y la de la resolución aprobatoria ex-tunc, desde que la falta de apelación causó ejecutoria o estado respecto de las partes".<sup>490</sup>

De lo que concluye que la sentencia de primera instancia que declaró el divorcio adquirió un carácter constitutivo, pues es a partir de ella que quedó disuelto el vínculo matrimonial, habiéndose producido la muerte a posteriori de ésta.

---

490 Vidal Ramírez, Fernando, El Divorcio: Consulta de la Sentencia en Diálogo con la Jurisprudencia, año II N° 2, Diciembre 1995, pp.124



## **CAPITULO V**

### *PRINCIPALES EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DEL DIVORCIO*



## 1. RESPECTO A LOS CONYUGES

### 1.1. *Ruptura plena y definitiva del vínculo matrimonial*

En relación a los cónyuges, el divorcio tiene como primer y fundamental efecto poner fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial. Así lo establece el art. 348 del C.C.

La disolución opera *ex nunc.*, no modificando los efectos que el matrimonio hubiese producido en el pasado, a diferencia de la nulidad de matrimonio que sí lo aniquila retroactivamente.

Precisemos el momento desde el cual opera la disolución. Mazeaud en lo relativo a este aspecto manifiesta: "El divorcio produce sus efectos entre los esposos desde el día en que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada"<sup>491</sup>. El divorcio como tal, se produce desde que la sentencia es ejecutiva, y no desde su transcripción en el Registro, que se constituye en una formalidad, a decir de Planiol, con el objeto de dar a conocer a terceros la disolución del matrimonio.

Como consecuencia de este sustancial efecto, se derivan otros como:

---

491 Henry y Jean Mazeaud. Op. Cit., p. 480.

## 1.2. *Los cónyuges pueden contraer nuevo matrimonio*

Al quedar disuelto el vínculo matrimonial, ambos cónyuges se hallan en aptitud de contraer nuevas nupcias. No obstante, se prescriben ciertas limitaciones, como la dispuesta para la mujer, señalándole la ley un tiempo mínimo dentro del cual no puede casarse nuevamente. Este es conocido como el plazo de viudez. El art. 243 determina que no es permitido contraer matrimonio, inc. 3º: “a la viuda en tanto no transcurran por lo menos trecientos días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz” en nuestro caso será de aplicación desde que se declara el divorcio. Dicho dispositivo ha sido modificado por la Ley N° 27118 publicada el 23 de mayo de 1999, estableciéndose la dispensa del plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente.

La *ratio legis* de esta norma, es evitar una confusión en la paternidad, el mismo art. 243 luego consigna los casos en que el juez puede dispensar de la prohibición, y son aquellos en los cuales es imposible que la mujer se halle embarazada por obra del marido. Por esta razón no rige la prohibición en los casos de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.

Otra restricción que afecta a ambos cónyuges, es la que les impide contraer matrimonio con sus parientes afines en línea recta y colaterales en segundo grado, mientras el ex-cónyuge viva, en virtud a que el parentesco por afinidad producido por el matrimonio no desaparece, pese a la disolución.

Asimismo, no existe impedimento alguno para que los esposos divorciados puedan casarse nuevamente, para lo que se exige por supuesto la celebración de un nuevo matrimonio.

En otras legislaciones se disponen prohibiciones mayores como: las que impiden al cónyuge culpable contraer un nuevo matrimonio (Albania), o las que señalan personas con las cuales

no puede contraerlo, sea el caso del cómplice del adulterio (Alemania, Austria, Haití) <sup>492</sup>

### ***1.3. La cónyuge debe dejar de hacer uso del apellido de su ex-esposo***

Nuestra legislación ha sufrido notables modificaciones al consagrar que “El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales” (art. 234 del C.C.).

A diferencia del C.C. derogado, que establecía a la mujer la obligación de llevar el apellido del marido agregado al suyo en tanto no contrajera nuevo matrimonio. El art. 24 del C.C. concibe ello como un derecho, siendo facultativo ahora su empleo. Sin embargo, no podemos apartarnos de lo que en la realidad ocurre, y en especial de nuestros hábitos sociales, que conducirán a que en muchos sectores de la sociedad se continúe manteniendo la costumbre, por lo que en los casos que se decida hacer uso del apellido del otro cónyuge, producido el divorcio, deberá entenderse que cesa también el uso de esta facultad.

Con el divorcio se pone fin al matrimonio y a todas las obligaciones y derechos que nacieron de él, eso en principio, ya que como lo señala el Dr. Cornejo Chávez:

La ley no puede convertir en extraños a quienes realmente han convivido íntima y legalmente durante un lapso más o menos prolongado. De aquí que, [...] El Derecho atribuye a los ex-cónyuges ciertos derechos, obligaciones y relaciones que hacen directa referencia al anterior estado matrimonial <sup>493</sup>

Derechos y obligaciones, que los veremos reflejados en algunos de sus efectos pecuniarios, que la ley prevé y que trataremos seguidamente.

---

492 Hernán Larraín Ríos, Op., Cit., p. 291.

493 Héctor Cornejo Chávez. Op. Cit., p. 396

## **1.4. Derecho alimentario entre los ex-cónyuges**

### **1.4.1. Regulación legal de los alimentos en el divorcio**

El art. 350 del C.C. preceptúa, como principio general, que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los ex-cónyuges, aunque dispone excepcionalmente que:

Cuando el divorcio es declarado por culpa de uno de los cónyuges, el inocente tendrá derecho a percibir alimentos, siempre que concurra alguno de estos requisitos:

- Que carezca de bienes propios o gananciales suficientes.
- Que esté imposibilitado de trabajar.
- Que no puede subvenir a sus necesidades por otro medio.

El monto de la pensión alimenticia será fijada por el juez, no debiendo exceder a la tercera parte de la renta del obligado.

De otro lado, el ex-cónyuge que se encuentre en estado de indigencia, incluso aquél al que le sea imputable el divorcio, podrá solicitar la prestación de alimentos a quien fue su consorte, medida razonable, por cuanto a pesar de lo acaecido no pueden ser indiferentes a la miseria que padezca uno de ellos.

La obligación alimentaria cesa automáticamente cuando el alimentista contrae nuevo matrimonio, similar supuesto contenía el art. 268 del C.C. de 1936, cuando en su vigencia la jurisprudencia lo interpretó extensivamente, señalando que: "Aunque la ley no ha previsto la situación de la mujer divorciada que contrae relaciones sexuales con otros hombres, es indudable que las disposiciones contenidas en el citado art. 268 se hacen extensivas a tales casos"<sup>494</sup>

---

494 Exp. 586-49, Lima. Resolución Suprema del 6 de octubre de 1949, Anales Judiciales, tomo XLV, 1949, pp. 21-22.

### 1.4.2. *Naturaleza jurídica del derecho alimentario del cónyuge inocente*

La naturaleza jurídica de los alimentos, que puede percibir el cónyuge inocente del divorcio, se ha sometido a dos opiniones doctrinarias: Una que sostiene su carácter estrictamente alimentario, mientras que la otra la considera indemnizatorio.

“La pensión alimenticia que se concede al esposo vencedor en el pleito es la reparación de un perjuicio injustamente sufrido”<sup>495</sup>

Eduardo Fanzolato precisará aún más “Con la disolución del connubio el amplio derecho alimentario *iure coniugii* se torna imposible, porque los divorciados ya no son cónyuges; pero, como la imposibilidad de que subsista el derecho es imputable a la conducta antijurídica del que dio causa al divorcio, los alimentos conyugales se trasuntancian en una prestación compensatoria en favor del inocente que experimenta el perjuicio...

Así, por obra del divorcio se pasa del campo del derecho matrimonial a la esfera jurídica patrimonial del resarcimiento, ya que si estamos frente a una reparación de daños causados por un proceder reprochable, la prestación no tiene naturaleza asistencial sino que es sustancialmente compensatoria, aunque tenga la “forma” periódica de una renta alimentaria”.<sup>496</sup>

Según este criterio, lo que se pretendería entonces sería indemnizar al cónyuge que, sin culpa suya se ve desprotegido ante la desaparición del deber de socorro. Beneficio que no impide a la víctima solicitar, además, la reparación del daño causado por los hechos que dieron lugar al divorcio.

Posición que permitiría deducir, que el deber alimentario no

---

495 Henry Capitant y Ambroise Colin. Op. Cit., p. 734.

496 Eduardo Fanzolato. Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 31-32

se extingue “por la muerte del culpable obligado a prestarlos. Por tanto, los herederos del mismo deben seguir pagando la renta”<sup>497</sup>

De otro lado, los que la atribuyen un carácter estrictamente alimentario afirman.

“El precepto no permite autorizar ninguna pensión más que en cuanto el esposo inocente no pueda vivir con los bienes que posea o con los productos que perciba de la liquidación del régimen matrimonial. De donde se ve que la pensión tiene el carácter de alimentos”<sup>498</sup>

En ese entendido, es el estado de necesidad el que haría justificable su prestación, desaparecido éste, no tendría lugar la obligación, que cesaría también con la muerte del ex-cónyuge obligado.

#### ***1.4.3. Fijación de los alimentos en las sentencias de divorcio y separación de cuerpos***

Discusión semejante a la anterior ha tenido lugar en nuestra jurisprudencia, al exigirse o no la solicitud expresa de los alimentos por parte del cónyuge beneficiado. Disponiéndose que:

“Es nula la sentencia de divorcio en la parte que fija una pensión alimenticia que no ha sido demandada por la mujer”<sup>499</sup>

En el mismo sentido se pronunciaron:

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE MAYO DE 1955<sup>500</sup>**

“No es nula la sentencia que declara la separación de los cónyuges por mutuo disenso si omite fijar la pensión alimenticia

---

497 Ludwing Enneccerus. Theodor Kipp y Martin Wolff. Op. Cit., p. 243.

498 Marcelo, Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 496.

499 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 410. Revista de los Tribunales, 1942, p. 326.

500 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 141, Octubre de 1955 p. 452-453.

con que debe acudir el marido a la mujer, porque tratándose de un derecho concerniente a personas plenamente capaces, puede ser objeto de renuncia”.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE DICIEMBRE DE 1965 <sup>501</sup>

El representante del Ministerio Fiscal no está facultado para reclamar pensión alimenticia para la cónyuge, si no ha sido fijada en la sentencia. Por esto no procede el recurso de nulidad interpuesta por dicha causa.

- “En los juicios de divorcio y de separación de cuerpos, la sentencia debe fijar necesariamente la pensión alimenticia que corresponda salvo que medie renuncia expresa a ese beneficio” <sup>502</sup>

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE SETIEMBRE DE 1963 <sup>503</sup>

El hecho de que no se haya invocado alimentos en la demanda ni en el comparendo, no excluye al marido de acudir con una pensión alimenticia para su cónyuge, obligación que quedaría exonerada, si expresamente se rehusara, lo que no es del caso, por lo que de acuerdo con el art. 288 del C.C., debe fijarse una pensión para la cónyuge, más aún que se trata de un divorcio por mutuo disenso.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE JULIO DE 1982 <sup>504</sup>

Que en las demandas de divorcio o separación, el Juez señalará alimentos tanto para los hijos como para la cónyuge, tal como lo dispone el art. 288 del C.C.; que de autos no aparece que doña ...haya hecho renuncia expresa a este derecho, por lo que las instancias inferiores han incurrido en la causal de nulidad prevista por el art. 1085 inc. 10°, del C. de P.C. al no pronunciarse al respecto.

---

501 Fernando Guzmán Ferrer, Op. Cit., p. 410. Revista de Jurídica, 1966, p. 30.

502 Fernando Guzmán Ferrer, Op. Cit., p. 410. Anales Judiciales, 1952, p. 12.

503 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 326, Octubre de 1963, pp. 1250-1251

504 Exp. 1531-81 / Junín.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1984 <sup>505</sup>

“Que de acuerdo con las facultades acordadas a la Corte Suprema en razón del art. 241 de la Constitución se ha quebrantado lo dispuesto en el art. 288 del C.C. en lo referente a la pensión alimenticia de la cónyuge no renunciante, la que debe quedar asegurada cuidadosamente”, declararon: NULA la sentencia de vista.

De las ejecutorias presentadas puede apreciarse la posición un tanto paternalista que asumía el C.C. de 1936 respecto de la cónyuge, equiparando su situación a la de los hijos menores, presumiéndose en ambos su estado de necesidad, lo que permitía en el caso de la consorte fijar incluso de oficio una pensión alimenticia. El actual Código, a diferencia del derogado, consagra la igualdad de deberes y derechos entre marido y mujer, por lo que el estado de necesidad económica de uno de ellos, indistintamente, precisa ser acreditado. El Código Procesal Civil establece en su art. 483 que podrán acumularse a la pretensión principal de divorcio entre otras la de alimentos tanto de los hijos como de los cónyuges, a fin de que sea resuelto también con la sentencia.

Frente a aquellas dos interpretaciones judiciales, la primera resultaría la más compatible con el actual régimen legal en Derecho de Familia, al establecerse que el Juez debe abstenerse de otorgar una pensión que no ha sido solicitada; por cuanto, si consideramos la naturaleza asistencial asumida por nuestro sistema en relación a la prestación alimentaria entre los ex-cónyuges, conforme la regulación del art. 350 del Código Civil, la fijación de alimentos exige la concurrencia de dos requisitos: necesidad en quien los pide y posibilidad de quien debe prestarlos, en ese entendido el hecho de que uno de los cónyuges no los demande permite comprender que no los necesita.

#### *1.4.4. Los alimentos en la sentencia de conversión de separación de cuerpos a divorcio*

En cuanto a la prestación alimenticia luego del proceso de

---

505 Exp. 255-84 / Lima.

conversión a divorcio en los tribunales interpretándose el art. 288 del C.C. de 1936 se manifestó:

“La pensión alimenticia asignada a la esposa en la sentencia de separación de cuerpos no termina con la conversión en divorcio. La liberación de esta obligación debe solicitarse en el juicio correspondiente, o sea, en el de exoneración”<sup>506</sup>

En el mismo sentido se pronunciaron:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE JULIO DE 1950<sup>507</sup>

Asumida por el cónyuge en la demanda de separación por mutuo disenso, la obligación de pasar alimentos a su cónyuge, sin determinar plazo de duración, no se extingue esa obligación, con la sentencia que disuelve el vínculo civil, ella subsiste de acuerdo con los arts. 272 y 288 del C.C.”.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1º DE JUNIO DE 1955<sup>508</sup>

Si en el escrito de demanda de separación de cuerpos, los esposos convinieron en el monto de la pensión alimenticia, y si en la sentencia que declaró la separación de cuerpos, se fijó dicha pensión, al transformarse esta situación en divorcio absoluto, no puede el juez de oficio, disminuir esa pensión. El obligado puede pedir en vía distinta la disminución o la exoneración, como la alimentista, el aumento.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE JULIO DE 1963<sup>509</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

---

506 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 410. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1964, p. 89

507 José Taramona. Op. Cit., p. 95

508 Revista de Jurisprudencia Peruana, año XIII, N° 143, Diciembre de 1955, pp. 723-724.

509 Anales Judiciales Tomo LVIII, 1963, p. 83.

Por los fundamentos de la sentencia apelada y considerando además que es un procedimiento separado donde debe solicitarse se dé término a la prestación alimenticia, pues no puede estimarse que, luego de la separación de cuerpos, cese de pleno derecho dicha prestación al pronunciarse la sentencia de divorcio vincular ya que es menester contemplar una serie de cuestiones, como la culpabilidad o inculpabilidad de los cónyuges frente al divorcio, sus medios económicos y gananciales, su habitualidad a trabajar o su imposibilidad para ello ...que deben ser objeto de un pronunciamiento detenido ...

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE SETIEMBRE DE 1974 <sup>510</sup>

Si el ex-esposo en la demanda de separación de cuerpos, se comprometió a pasar alimentos, en favor de la mujer, sin determinar el plazo de duración, subsiste esa obligación, aún después de haberse convertido en divorcio, salvo que exista alguna causal extintiva de ese derecho.

El art. 350 del C.C. establece que por la disolución del vínculo cesa la obligación alimenticia entre los cónyuges, excepto en los casos ya referidos en la primera parte de este tema, y que contemplan los supuestos en los cuales el cónyuge inocente en un proceso de divorcio por causal se hace acreedor de una pensión de alimentos. En los casos de separación convencional, es fundamental la propuesta del convenio, firmada por los cónyuges que regulan entre otros, el régimen de alimentos de éstos y de los hijos menores de edad.

El juez, no acogerá el contenido del convenio si éste no asegura adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores e incapaces. En ese entendido, bien pueden los cónyuges expresar su voluntad de no desear percibir pensión de alimentos del otro cónyuge, como también podrán omitirlo, no regulándolo expresamente, y ello constituiría el ejercicio libre del derecho, de no ejercitar su derecho alimentario. En ese sentido, el juez no podría compeler a

---

510 José Taramona, Op. Cit., p. 95.

dos sujetos capaces para que uno de ellos sea acreedor de una pensión alimenticia que no necesita o, en última instancia, no desea, y que en todo caso de necesitarla o quererla, tiene expedito los procedimientos legales para hacerla valer. De ahí que una posición judicial sostiene que no es posible la fijación de oficio de una pensión alimentaria a favor de uno de los cónyuges que no ha sido peticionada o materia de convenio.

Otro aspecto que resulta preocupante en la práctica, son los términos en los cuales se propone el régimen de alimentos en el aludido convenio, que por lo general se limita a señalar un monto o porcentaje a favor de uno de los cónyuges y de los hijos menores, en algunos casos distinguiendo las asignaciones por alimentista, y en otros fijando un monto o porcentaje global para la prestación.

En este aspecto, es importante considerar que durante el período comprendido entre la demanda y la declaración de la disolución del vínculo, los alimentos entre cónyuges son obligatorios y tienen su fuente obligacional en la ley, ellos en el convenio, tan sólo están regulando su cumplimiento, pero luego de la disolución, por mandato también de ley, artículo 350 del Código Civil se establece como regla que los ex-cónyuges no se deben alimentos entre sí, excepto dos supuestos específicos que se tratarán más adelante; por tanto, como puede comprenderse, resulta de particular importancia el texto del convenio entre los cónyuges que puede dirigirse a regular tres situaciones:

- La no fijación de pensión alimenticia a favor de los cónyuges.
- Establecer la pensión de alimentos que uno de ellos prestará al otro mientras sea su cónyuge.
- Fijar un régimen de alimentos a favor de uno de ellos, para el período que dure el proceso, y que se prolongará luego de la disolución del vínculo.

En este último caso, ya no es la fuente legal sino la convencional la que establece la subsistencia de la pensión alimenticia pese a la disolución del vínculo. Si ése es el propósito de las par-

tes, primero debe hacerse explícito en el convenio y, como es natural, regularse claramente los montos, incrementos, porcentajes y demás condiciones en las que deba cumplirse la prestación, luego del divorcio.

En los casos en que se establezca pensión de alimentos a favor de varios alimentistas, debe discriminarse sus asignaciones de un modo individual, a fin de evitar problemas y procesos innecesarios a futuro, cuando cese, se extinga o se configure algún supuesto de exoneración de la obligación alimentaria contra alguno de ellos.

Suele advertirse, en la práctica forense, que los cónyuges acuerdan una pensión de alimentos a favor de uno de ellos, en términos puros y simples, sin añadir ningún tipo de aclaración en el convenio anexo a la demanda de separación de cuerpos, luego, éste es acogido por la sentencia que declara la separación. Posteriormente, a los seis meses de solicitada la conversión, la sentencia de divorcio dispone, asimismo, subsistan los acuerdos materia de convenio incorporados en la sentencia de separación, finalmente, este fallo en consulta es aprobado por el Tribunal Superior. Se trata, pues, de una práctica judicial de más de 50 años, que mantiene una pensión de alimentos luego del divorcio, por el solo hecho que fue mencionada en el convenio anexo a la demanda de separación.

En la práctica judicial existen dos posiciones en cuanto al cese de la pensión de alimentos del cónyuge por efecto del divorcio, los que son de opinión que debe operar automáticamente por su declaración excepto que expresamente se acuerde lo contrario y los que requieren una acción judicial posterior de exoneración por la causal de disolución del vínculo matrimonial.

Cierto es que, los "alimentos" a posteriori del divorcio ulterior, exigen claridad en su tratamiento, estamos frente a una tarea conjunta de abogados y magistrados, los primeros que deben orientar a sus patrocinados para que expresen en términos precisos su voluntad en materia alimentaria como en otros aspectos, porque no hay mejor convenio que aquel que es fácilmente

entendible por las partes y no requiere mayor interpretación en sus términos; y de los magistrados que exijan esta necesaria claridad en la expresión de la voluntad de los cónyuges, en el admisorio de la demanda, en la audiencia de conciliación, a fin de que no haya posibilidad de excederse al aprobar divorcios, cuyo régimen alimentario no necesariamente debería subsistir a posteriori del divorcio, porque no es voluntad de uno o ambos cónyuges.

Exigir términos explícitos al momento de evaluar el convenio que será objeto de aprobación judicial, es una forma más equitativa, si ése es el propósito, de proteger a la eventual parte débil de esta relación, que confiada en una práctica tradicional, puede considerar que se encuentran debidamente aseguradas sus futuras pensiones alimenticias, que pudieron ser acordadas verbalmente, o comprendidas así silenciosamente durante un proceso, que incluso son incorporadas en su fallo de divorcio, para luego estas expectativas desvanecerse cuando en cualquier momento después del divorcio, y como una suerte de espada de Damocles, la contraparte invocando legalmente el artículo 350° del Código Civil logrará el cese de esta obligación.

Luego del divorcio, no será la ley de modo general, sino la convención como en este caso, o la autonomía de la voluntad de uno de los ex-cónyuges si se diera esa liberalidad, la fuente sustentadora de la “pensión alimenticia” a brindarse<sup>511</sup>.

“no tratándose de alimentos necesarios, estamos en el campo de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad”.<sup>512</sup>

Los alimentos entre ex-cónyuges se tornarán en un deber legal asistencial, en el caso de incurrir alguno de ellos en estado de indigencia, derecho que se le otorga incluso al culpable del divorcio.

---

511 Cabello Matamala, Carmen Julia. Derecho Alimentario entre Cónyuges. En Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 50. Lima 1996

512 Eduardo Fanzolato, Op. Cit., p. 169.

#### 1.4.5. Oportunidad desde la cual opera la pensión de alimentos dispuesta en la sentencia de divorcio

Concluyendo el rubro de la prestación alimenticia que se deben los ex-cónyuges, preguntémosnos desde qué oportunidad debe operar la pensión alimenticia señalada en los juicios de divorcio.

##### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1981<sup>513</sup>

“...fijaron en la suma de ...el monto de la suma que por concepto de alimentos abonará el demandado a favor de la demandante y de su menor hijo ..., pensión alimenticia que regirá a partir de la fecha de la citación con la demanda ...”

La ejecutoria en examen permite considerar cómo se dió el mismo tratamiento a la pensión alimenticia, fijada en el juicio de divorcio, que a la dispuesta en el proceso de alimentos por el derogado D. Leg. 128, en su art. 19, ordenándose su efectividad desde la fecha de la notificación de la demanda. Se le otorgó, así, carácter retroactivo pese a ser fijada en una resolución cuyos efectos son *exnunc*, es decir, que operan desde el momento que es declarado y no antes.

Dicha medida generó, en la práctica, algunos inconvenientes, pues, como bien sabemos, los divorcios por causal son procesos por lo general prolongados, durante los cuales normalmente la parte necesitada accionaba en cuerda separada juicio de alimentos, y los sucesivos aumentos de pensión alimenticia. El ordenar los alimentos retroactivamente en la resolución de divorcio, conllevó a aquellas pensiones abonadas en calidad de definitivas en el proceso paralelo se convirtieran por ese mandato en pago a cuenta, debiendo abonar el cónyuge obligado el respectivo reintegro, correspondiente a los varios años que duró el litigio de divorcio, atentándose de esta manera con las garantías necesarias de seguridad jurídica.

---

513 Exp. 3056-80 / Lima.

Problema como el planteado no volverá a presentarse, el Código Procesal Civil ha traído innovaciones importantes en esta materia, al establecer la obligación de acumular a la pretensión principal de divorcio o separación de cuerpos, los alimentos, suspensión o privación de patria potestad, así como las demás relativas a los derechos y obligaciones de los cónyuges y de éstos con sus hijos.

Se dispone que después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre alimentos entre otros. En casos como los planteados ya no existirán procesos paralelos, por lo que durante el séquito del juicio de divorcio se fijará una pensión alimenticia cautelatoria y luego cuando se resuelva el problema principal se fijará de ser el caso la pensión alimenticia correspondiente, cuyos efectos como el divorcio serán *ex nunc*.

### 1.5. *Fin de la sociedad de gananciales*

Por el divorcio fenece el régimen de sociedad de gananciales (art. 318 inc. 3º) al cual se sometían los bienes durante el matrimonio. El Código Civil otorga a los cónyuges, la facultad de elegir entre dos regímenes patrimoniales:

La separación de patrimonios o la sociedad de gananciales, pudiendo optar por cualquiera de ellos, antes de contraer matrimonio o durante su transcurso. El Código Civil de 1936, imponía este último, no pudiendo los cónyuges renunciar a él ni a sus efectos.

La consecuencia patrimonial en examen será de aplicación para aquellos cónyuges que se hayan acogido al régimen de sociedad de gananciales, siendo así presumido mientras no conste la adopción del otro régimen por escritura pública debidamente inscrita en el registro personal.

## 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE AGOSTO DE 1992<sup>514</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

El art. 332 del Código Civil señala expresamente que la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. En el presente caso por resolución de fojas 49 la Sala Civil aprobó la consultada declarando fundada la demanda y separados los cónyuges, suspendiéndose los deberes relativos al lecho y la habitación, dejando subsistente el vínculo matrimonial; consecuentemente con esta resolución se puso término al proceso de separación de cuerpos aceptándose en su totalidad la separación de bienes contenida en la demanda de fojas 4 en donde no se consignó la pretensión que ahora argumenta la recurrente, la misma que no fue deducida en forma oportuna dentro de la etapa procesal correspondiente.

Por lo expuesto; el pedido que menciona la parte que interpone el recurso de nulidad no puede ser materia de pronunciamiento en la sentencia de divorcio, por lo que esta Fiscalía es de la opinión que NO HAY NULIDAD en la recurrida de fojas 62, su fecha 26 de julio de 1991, que confirmando la apelada, y no la consultada como erróneamente se ha consignado, de fojas 57, de fecha 19 de junio del mismo año declara disuelto el vínculo matrimonial.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE MAYO DE 1993<sup>515</sup>

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal estimó:

...que no es en las sentencias que se emiten en las acciones de divorcio o separación por causales en las que el juez debe pronunciarse sobre los bienes adquiridos por la sociedad conyugal, toda vez que lo que es objeto de ellas es la causa invocada y de

---

514 Exp. 2157-91 / Tacna.

515 Exp. 526-92 / Loreto

ampararse ésta, en ejecución de sentencia debe procederse a la liquidación de la sociedad conyugal, oportunidad en que las partes podrán acreditar la existencia y calidad de los bienes; que a pesar de que es objeto del recurso de nulidad la sentencia de fojas cuarenticinco, éste Supremo Tribunal no puede dejar de señalar que tanto ésta como la de fojas ciento dieciséis y la de fojas ciento dos se han expedido infringiéndose los considerandos precedentes pronunciándose respecto de los extremos que no eran materia del grado y de los bienes que se dicen adquiridos dentro de la sociedad conyugal, incurriéndose en estos extremos en causal de nulidad: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarenticinco, su fecha trece de setiembre de mil novecientos noventiuno, que confirmando la apelada de fojas ciento dieciséis, su fecha once de mayo de mil novecientos noventa, declara disuelto el vínculo matrimonial; declararon NULOS los extremos de ambas sentencias en cuanto se pronuncian sobre los bienes que se precisan; MANDARON que en ejecución de sentencia se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal, previo inventario de todos los bienes que aparezcan como de aquella, en la forma prevista por el artículo trescientos veinte y siguientes del Código Civil...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE MAYO DE 1992 <sup>516</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...que en la demanda de fojas dos, ampliada a fojas trece se ejercitan dos acciones acumuladas; separación de cuerpos por mutuo disenso y liquidación de gananciales, en armonía con lo previsto en el inciso segundo del artículo trescientos dieciocho del Código Civil; que dichas acciones están sometidas por la ley a procedimientos distintos, esto es, a normas procesales que por ser de orden público son de estricta observancia, de modo que bajo este aspecto la recurrida está arreglada a ley; que sin embargo, los escritos de fojas dos y trece en cuanto se refiere al convenio asumido por los interesados respecto de los bienes sociales, ratificado en la diligencia de fojas quince, conservan el mérito que nuestro ordeamiento jurídico confiere a la prueba instrumental, para los fines que le son propios: DE-

---

516 Exp. 713-91 / Lima.

CLARARON NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas veintitrés su fecha veintiocho de enero de mil novecientos veintiuno que aprobando en un extremo y desaprobando en otro la consultada declara fundada la demanda interpuesta a fojas dos, variada a fojas trece, en consecuencia separados legalmente los cónyuges ...y ...quedando subsistente el vínculo matrimonial e insubsistente la parte en que se pronuncia sobre la adjudicación de los inmuebles; con lo demás que contiene; y los devolvieron...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

En la sentencia de separación de cuerpos o de divorcio el Juez de conformidad con lo establecido por el art. 12 inciso 11 del Decreto Legislativo 310 y por el art. 342 del C.C. señala la pensión alimenticia del cónyuge y de los hijos, las reglas relativas a la guarda de los hijos, no teniendo facultad para pronunciarse sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, que se realiza conforme a lo dispuesto por los arts. 320 a 324 del C.C. mediante convención extrajudicial o en el procedimiento judicial correspondiente.

En relación a las ejecutorias presentadas, sólo mencionaremos las ventajas que ofrece el actual régimen procesal, al permitir la acumulación de acciones como la separación de bienes gananciales y otros con el divorcio o separación de cuerpos; por cuanto, hoy el Juez podrá resolver de manera conjunta aspectos tan estrechamente vinculados a la disolución del matrimonio, como fue la materia patrimonial en los casos examinados, sin las limitaciones que en esos momentos existían.

Respecto a la naturaleza de esta acumulación un sector sostiene que se trata de una acumulación legal objetiva originaria de carácter accesorio, que está sujeta por tanto a que se declare fundada la pretensión principal a efecto de que se amparen también las demás.

De otro lado, otros atendiendo al carácter de cada pretensión señalan que estamos frente a una acumulación de pretensiones autónomas, conexas, lo que posibilitaría que aunque la pretensión de divorcio o separación de cuerpos sea desestimada, de ame-

ritarse en autos, alguna de las otras, se ampararían extremos de importancia como el de alimentos, señalamiento de bien propio, etc.

### ***1.6. Pérdida de los gananciales provenientes de los bienes del otro cónyuge por el culpable del divorcio.***

Este es un efecto de alto contenido punitivo, que trata de introducir una sanción pecuniaria al causante del divorcio, y de esa manera evitar un beneficio injusto con el producto de los bienes del otro cónyuge, que resultó perjudicado con una disolución en la cual no era culpable.

El texto del art. 352 es claro al precisar que sólo se ven afectados los gananciales provenientes de los bienes propios del cónyuge inocente; seguidamente apreciaremos algunas ejecutorias que se han pronunciado en contra de las demandas que pretendieron extender el ámbito de la sanción al total de los gananciales.

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE SETIEMBRE DE 1984<sup>517</sup>**

La Corte Suprema declaró:

Improcedente la demanda en cuanto a la pérdida de los gananciales respecto del bien común adquirido.

#### **2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1984<sup>518</sup>**

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

La pérdida de gananciales al que se refiere el art. 266 del C.C., es consecuencia del juicio de divorcio y como tal está sujeta a los efectos de la disolución de la sociedad legal conforme a las reglas previstas en los arts. 199 al 204 del C.C. y la pérdida es

---

517 Exp. 1453-83 / Lima

518 Exp. 25-84 / Tacna.

con respecto a los gananciales que producen los bienes propios del cónyuge inocente, debiendo tenerse en cuenta que en el caso de autos, cesaron para el marido los gananciales desde el ...en que hizo abandono real del hogar conyugal, en consecuencia el mayor derecho a la proporción que le pueda corresponder a la actora lo hará valer en el proceso pertinente.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE FEBRERO DE 1985<sup>519</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Que la pérdida de gananciales por ser consecuencia del divorcio, conforme lo dispone el art. 266 del C.C. derogado, no puede desvincularse de la acción para proponerse acumulativamente. [...] declararon: HABER NULIDAD en el extremo que ordena la pérdida de gananciales, el mismo que declararon: IMPROCEDENTE.

Al respecto el Dictamen Fiscal sostuvo:

No obstante que la pérdida de gananciales, es como consecuencia del divorcio declarado, tal regla conforme lo señala el art. 266 del C.C. (D) sólo opera respecto de los bienes propios del otro cónyuge, teniendo según la actora los bienes que señala en su demanda, la calidad de comunes, el extremo de la apelada que contempla la pérdida de los gananciales por parte del demandado y confirmado por la de vista, resulta improcedente.

### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE ENERO DE 1998<sup>520</sup>

CONSIDERANDO: Primero.- Que la sentencia de divorcio una vez consentida o ejecutoriada origina importantes efectos en cuanto a los cónyuges y al patrimonio de la sociedad de gananciales, entre ellos se encuentra aquel por el cual el cónyuge culpable pierde los gananciales que procedan de los bienes de otro tal como dispone el artículo trescientos cincuentidós del Código Civil.

---

519 Exp. 1217-84 / Lima.

520 Casación N° 836-96/ Lima

Segundo.- Que la razón esencial de la norma sub-examine se fundamenta como así lo expone Héctor Cornejo Chávez, en que es reprochable que el cónyuge culpable pretendiere obtener beneficios de los bienes del inocente cuando de por medio no supo cumplir sus deberes morales y legales, esto es cuando su conducta que da lugar al divorcio fractura la íntima comunidad de vida e intereses sobre la que se funda el régimen de gananciales...

Tercero.- Que en efecto, la norma invocada obedece propiamente al carácter punitivo por el cual se sanciona al cónyuge culpable que ha incurrido en una de las causales previstas en la ley que da lugar a la ruptura del vínculo matrimonial, que en el caso de autos constituye la causal de uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.

Cuarto.- Que es menester señalar que el cónyuge culpable o cónyuge divorciado por su culpa es aquel que con su conducta en forma deliberada motivada o no, incurre en una de las causales previstas en la ley sustantiva que da lugar a la declaración judicial del divorcio.

Quinto.- Que de consiguiente, el concepto culpa contenida en la norma acotada no se refiere a la reprochabilidad que se hace al autor sobre su conducta sino al solo hecho que el cónyuge aparece como causante del divorcio previamente declarado por resolución judicial; siendo así, la recurrida al aplicar la norma bajo comentario no infringe su ratió legis y que si bien no es la norma que propiamente resuelve la pretensión incoada sin embargo sirve de fundamento junto con otras para desestimarla, tanto más que la recurrida ha hecho suyos los fundamentos de la apelada resolvieron in totum los fundamentos de la pretensión.

Sexto.- Que si bien, la pretensión de la recurrida está dirigida a solicitar que los derechos que le corresponde a su ex-cónyuge se le adjudique, precisando que debe aplicarse los principios generales del derecho ya que no existe norma que ampare esta pretensión, cabe señalar que este extremo ha sido objeto de análisis por la resolución apelada y recogida en sus fundamentos por la recurrida de tal modo que el re-examen de este extremo no es posible hacerse en esta sede por ser incompatible con sus fines, tanto más aún que la recurrente no ha hecho valer el cargo conforme a la causal que sea pertinente para su respectivo control casatorio.

Sétimo.- Que en todo caso la reparación del supuesto agravio sufrido por la impugnante con ocasión de la conducta del em-

plazado y que configuró la causal de divorcio se halla normado por el artículo trescientos cincuentiuno del Código Civil.

SENTENCIA: Estando a las conclusiones que preceden declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por ..., en consecuencia, NO CASAR la resolución de fojas ..., su fecha ...; en los seguidos con don ..., sobre declaración de pérdida de gananciales; ...

### ***1.7. Pérdida del derecho a heredar entre los cónyuges***

A diferencia del efecto anterior, su naturaleza no es punitiva, en la medida que involucra tanto al cónyuge culpable como al inocente del divorcio. Tiene su fundamento en principios de carácter sucesoral, por cuanto la vocación hereditaria sólo nace por parentesco o matrimonio, el divorcio pone fin a este último, de ahí que no existe entre aquellos que alguna vez fueron esposos.

De esta manera, el divorcio provoca una ruptura más radical del matrimonio que la que pueda producir la muerte misma, al desaparecer los derechos hereditarios entre los ex-cónyuges.

### ***1.8. Indemnización del daño moral con motivo de los hechos que dieron lugar al divorcio***

El art. 351 del C.C., al igual que lo hacía el art. 264 del C.C. de 1936, concede al cónyuge inocente la posibilidad de ser indemnizado cuando los hechos que han determinado el divorcio han comprometido gravemente su interés personal. Eso independientemente de la pensión alimenticia que pudiese percibirse.

Nuestra legislación establece la reparación del daño moral, en tanto no contempla el daño material que también puede tener lugar. Así la indemnización no incorporará el perjuicio corporal que pudiera sufrirse, producto de maltratos o del contagio de una enfermedad venérea.

En cuanto al fundamento del daño moral, algunos sostienen que tiene un carácter resarcitorio, siendo su fin el reparar en algo el menoscabo sufrido por la víctima. Otro sector minoritario lo

considera punitivo, tratándose entonces de una pena civil que recae sobre el culpable.

Respecto a esta consecuencia pecuniaria, Omar Barbero en su obra *Daños y Perjuicios derivados del Divorcio* plantea una opinión ecléctica respecto a la naturaleza de la indemnización. "Es cierto que hay un resarcimiento para la víctima, pero eso no excluye que también se castiga al culpable", y en especial pone énfasis en el efecto ejemplificador que debe producir, como advertencia y estímulo para los demás integrantes de la comunidad. De esta manera nos dirá: "Tengamos fe en el derecho y confianza en nuestra obra. No será estéril, que si fracasamos por no lograr disminuir los divorcios injustos, al menos mejoremos la situación del cónyuge inocente y la de los hijos, indemnizándolos"<sup>521</sup>

En la resolución que sigue, la parte actora pretendió amparar la indemnización del daño moral derivado de las causales de divorcio en las normas relativas a daños y perjuicios, correspondientes al título de responsabilidad extracontractual.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE SETIEMBRE DE 1982<sup>522</sup>

El Ministerio Público sostuvo:

La indemnización reclamada por la actora por daño moral y económico, se ampara en los arts. 1136 y 1148 del C.C., de los actos ilícitos. El primero constituye regla general de responsabilidad extra contractual, el segundo permite al fijar la indemnización tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima, en cuanto a los casos regulados por el título IX del Libro V del C.C.

El derecho invocado por la actora se encuentra amparado por el art. 264 del acotado, precepto según el cual si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el

---

521 Omar Barbero. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1977, pp. 121, 140.

522 Exp. 728-82 / Piura.

interés personal del cónyuge el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación por daño moral.

Evidentemente que la causal de adulterio en que ha incurrido el demandado ha afectado en su dignidad y propia estima a la cónyuge ofendida pero los alcances del dispositivo antes citado no comprenden el daño económico y es que las normas son distintas entre las que rigen las responsabilidades extra contractuales y las que regulan los efectos del divorcio conforme al art. 253 y siguientes del cuerpo de leyes varias veces citado.

Por las consideraciones precedentes opino que la Sala puede servirse declarar que HAY NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto confirma la apelada en el extremo que declara fundada en parte la demanda sobre indemnización y fija en S/. 15'000,000.00 el monto de dicha indemnización, reformando la primera y revocando la segunda en este extremo fijar prudencialmente en la suma de S/. 1'000,000.00 el monto de dicha indemnización y que NO HAY NULIDAD en lo demás que la recurrida contiene.

La Corte Suprema declaró:

Que el Juez de la causa no admitió la acción indemnizatoria amparada en los artículos mil ciento treintiséis y mil ciento cuarentiocho del Código Civil, por ser de naturaleza ordinaria, limitándose a decretar "Téngase presente" en dicho extremo, como se ve del admisorio de la instancia de fs. ...que, en consecuencia, las instancias inferiores han resuelto punto no controvertido, incurriendo así en la causal de nulidad prevista en el inciso noveno del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles [...] declararon NULA la indicada resolución de vista e INSUBSISTENTE la apelada en la parte que se pronuncian sobre la demanda de indemnización.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE JUNIO DE 1991 <sup>523</sup>

La Corte Suprema por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal y de la recurrida; consideró:

---

523 Exp. 1708-88 / Lima

Que en la sentencia de vista de la Corte Superior se ha pronunciado en todos los extremos que ha sido materia de la apelación y adhesión a dicho recurso; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochentiséis, su fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos ochentisiete, en cuanto confirmando la apelada de fojas sesentiuno, señala en la suma de diez mil intis la indemnización que debe pagar el demandado a la demandante por concepto de daño moral; reformando la resolución recurrida y revocando la de primera instancia en dicho extremo: FIJARON la referida indemnización en cuarenta mil intis; declararon: NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

De la demanda de fs. 7, se desprende, que la accionante contrajo matrimonio civil con el emplazado, el 15 de junio de 1955 por ante el Concejo Distrital de Huallanca, acreditado con la partida respectiva de fs. 2, habiendo procreado dentro de dicha unión conyugal a sus hijos ..., ..., ...y ..., acreditado con las partidas de nacimiento corrientes a fs. 3 a 6. Refiere la actora que en marzo de 1986, familiares y amigos, le informaron haber visto al demandado en el Club El Bosque, acompañado de una mujer y menores de edad, así como también exhibiéndose con la misma, en una peña de Barranco, por lo que le pidió explicaciones, pues igualmente había sido visto por uno de sus hijos llamado ..., ingresando a un espectáculo en Barranco, contestándole, que en efecto, mantiene relaciones extramatrimoniales con ...con quien ha tenido hijos extramatrimoniales; agrega, que durante su vida matrimonial han adquirido bienes inmuebles y muebles, así como valores, dinero en cuenta corriente y ahorros, detallados en la demanda; que la infidelidad de su esposo le ha inferido grave daño moral, por lo que pide le indemnice con la cantidad de I/. 300,000.00 así como que le pase una pensión alimenticia de I/. 15,000.00 intis mensuales para sus dos menores hijos...

...3.- Debido a que por efecto de la inflación se ha envilecido el valor adquisitivo de nuestro signo monetario, el monto de la indemnización por daño moral fijado en I/. 10,000.00 según sentencia consultada de fs. 61, su fecha 6 de julio de 1987, debe incrementarse a I/. 40,000.00...

Sólo anotaremos que un error de fundamento legal, como el observado en aquel proceso, en la actualidad puede ser subsanado gracias al imperativo del art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que ordena a los magistrados que “tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda”. En el caso de autos, la actora solicitó se le indemnizara por el daño moral que le fuera irrogado, pero equivocó su fundamentación legal; al amparo de este dispositivo el Juez podría haber fijado una suma por ese concepto de acuerdo a la norma de divorcio, pese a que la indemnización demandada se amparó en las disposiciones sobre daños y perjuicios en general.

## 2. RESPECTO A LOS HIJOS

“El divorcio no modifica los derechos de los hijos nacidos del matrimonio”<sup>524</sup>

Este es uno de los aspectos más delicados y de mayor importancia, que ha de regular la ley con respecto al divorcio. Son dos los temas que trataremos a continuación:

- El ejercicio de la patria potestad.
- El derecho alimentario de éstos.

### 2.1. *El ejercicio de la patria potestad*

Como sabemos, durante la vigencia del matrimonio, esta facultad era compartida por ambos padres, con la disolución surge la necesidad de elegir quien ha de ser el más apto para continuar, mientras que el otro quedará suspendido en su ejercicio (art. 340 conc. 420 y 466 inc. 4º).

Es durante el procedimiento judicial donde se determinará la persona a la que se confiará el cuidado de los hijos menores, serán

---

524 Henry Capitant y Ambroise Colin. Op. Cit., p. 492.

en principio cualquiera de sus padres los designados, pero cuando la situación lo justifique, podrá recaer incluso en un tercero, en lo posible pariente próximo, abuelo, hermano o tío. La ley establecerá entonces ciertas pautas, que el juez deberá tener en cuenta, pero será él quien evaluando los hechos decidirá lo más conveniente para la protección y bienestar de los menores.

En los divorcios por causal, los hijos serán confiados al cónyuge a cuyo favor se ha dictado la sentencia, salvo que el juez considere que el otro padre, u otra persona mediando motivos graves, se encuentran en mejor aptitud de salvaguardar su persona y bienes.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE FEBRERO DE 1993<sup>525</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

Que si bien se ha demostrado la causal de adulterio invocada por el demandante, de la prueba actuada en el proceso y de la propia manifestación del accionante en esta causa así como en la de alimentos y de divorcio absoluto por abandono injustificado del hogar acompañados, se evidencia que los menores habidos en la relación matrimonial, se han encontrado bajo el cuidado y protección de la madre en forma exclusiva desde el año de 1984, la que tuvo que acudir al Poder Judicial para que el padre cumpla con su obligación alimentaria.

Esta prolongada separación del padre, han fortalecido los vínculos y sentimientos de afecto de los menores con su madre, quien además dispondría de más tiempo para su atención, pues el demandante en su condición de miembro de la Policía de Seguridad, está sujeto a las normas internas de servicio y de disponibilidad propias de su institución, por lo que otorgar el ejercicio de la patria potestad a éste, no resultaría beneficiosos para dichos menores, existiendo inclusive el riesgo, dada su edad, de 12, 11 y 10 años, de que pueda afectarse el desarrollo equilibrado de su personalidad, por lo que atendiendo a

---

525 Exp. 2237-91 / Ancash.

lo dispuesto por el art. 340 del C.C., deberá disponerse que sea la madre la que continúe en el ejercicio de la misma.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE MAYO DE 1993<sup>526</sup>

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

En cuanto a la reconvencción, esta articulación deviene en improcedente, al no estar sometida la acción de entrega de menores al mismo procedimiento que el divorcio ni ser de competencia del Juez de Primera Instancia en lo Civil. Sin embargo, conforme a la facultad que el art. 340 del C.C. concede al Juzgador, los hijos deben confiarse al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno al otro cónyuge.

En este sentido, cabe analizar el informe de servicio social que obra de fs. 73 a 77, del que se concluye que si bien la demandada vive con sus familiares en un inmueble menos amplio y aparente que donde reside el padre, es también apto para el desarrollo de su personalidad. Además, el arrepentimiento demostrado por ella a través de este juicio ante la autoridad de su iglesia y su nivel cultural, agregado a la corta edad de los hijos de ambos, cinco y seis años, obligan a este Ministerio a sugerir que los menores ...y ...permanezcan en poder de su madre...

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE MARZO DE 1991<sup>527</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además: que conoce de los presentes autos este Supremo Tribunal por haberse declarado fundada la queja interpuesta por doña ...declaró infundada la oposición de fojas ...

El Ministerio Público sostuvo:

---

526 Exp. 2116-92 / San Martín.

527 Exp. 2070-87 / Tacna

Viene para vista fiscal, el incidente de Oposición de Entrega de Menor seguidos por don ... contra doña ... De los acompañados se establece que don ...interpuso una demanda de divorcio (Exp. N° 847-84) por ante el Segundo Juzgado Civil de Tacna, Secretario Lincoln Salas Ponce, por las causales de injuria grave y abandono malicioso del hogar conyugal; señala haber procreado al menor ...; esta causa se tramitó conforme a su naturaleza, y a fs. 37 se dictó sentencia declarando FUNDADA la demanda por la causal de abandono malicioso del hogar conyugal e INFUNDADA por la causal de injuria grave; elevada en consulta por sentencia de vista de fs. 45 aprobaron la consultada y completando dicho fallo declararon que la patria potestad de dicho menor será ejercida por el padre ...; habiendo quedado consentida esta Resolución; a fs. 54 se requiere a la emplazada para que en el término de un día cumpla con hacer entrega de su menor hijo ..., bajo apercibimiento de detención; la misma que se opuso a la entrega; lo que motivó el auto de fs. 59 que declaro INFUNDADA dicha oposición.

Tramitado el incidente conforme a su naturaleza, a fs. 142 se emite una Resolución que confirma el auto apelado que en fotocopia se adjunta a fs. 37 que declara infundada la oposición de fojas 35.

Del análisis de lo actuado se desprende que con la sentencia de vista de fs. 45 del Expediente de divorcio N° 847-84 de fecha 26 de Febrero de 1985 se completa la sentencia consultada con respecto al régimen de la patria potestad y de la pensión alimenticia y el menor ...queda bajo la patria potestad de su padre..., pudiendo la madre visitarlo periódicamente en fecha y horario oportuno; dicha sentencia está en ejecución de sentencia y no puede alterarse por haber quedado consentida y ejecutoriada y mucho menos modificarse en lo sustancial por lo que debe procederse conforme a lo dispuesto en el art. 1154 del Código de Procedimientos Civiles.

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE DICIEMBRE DE 1996<sup>528</sup>

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña ... mediante recurso de fojas ..., contra la

sentencia de vista de fojas ..., expedida por la ..., que confirmando la apelada de fojas ... declaró disuelto el vínculo matrimonial existente entre don ... con doña ..., celebrado ante el Concejo Distrital de ..., con fecha ... y que la patria potestad de los hijos menores la ejercerá el actor, quedando en suspenso la de la madre, quién podrá visitarlos los días sábados y domingos de cada semana de nueve ... a seis ..., con lo demás que contiene.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**La recurrente funda su recurso en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentado el inciso segundo en la inaplicación de una norma de derecho material, por haberse dejado de aplicar el artículo trescientos cuarenta del Código Civil, en concordancia con los artículos noventidós y noventitrés del Código de los Niños y Adolescentes, cuando se refiere a las hijas mujeres menores, como es el caso de su hija ...

**CONSIDERANDO:** *Primero.-* Que concedido el recurso de casación a fojas ..., fue declarado procedente por resolución de ..., sólo por la causal del inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil.

*Segundo.-* que el artículo octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que en toda medida concerniente al menor, hay que tener en consideración el interés superior del niño.

*Tercero.-* Que si bien el artículo trescientos cuarenta del Código Civil, en concordancia con los artículos noventidós y noventitrés del Código de los Niños y de los Adolescentes permite que las hijas menores de edad queden al cuidado de la madre, también dicho artículo trescientos cuarenta faculta al juez a determinar otra cosa y en su primera parte que los hijos se confíen al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica.

*Cuarto.-* Que en este caso se ha declarado fundado el divorcio por la causal de conducta deshonrosa, por lo que por el interés superior del niño es conveniente que la menor ... y su hermano ... queden bajo la patria potestad del padre, quedando en suspenso la de la madre y subsistente el régimen de visitas establecido en la sentencia de vista.

*Quinto.-* Que esto determina que no resulta de aplicación el artículo trescientos cuarenta del Código Civil, en concordancia con los artículos noventidós y noventitrés del Código de los Niños y Adolescentes, en la forma que ha sido planteada por la actora.

*Sexto.-* Que no presentándose la causal prevista en el inciso se-

gundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Adjetivo y aplicando el artículo trescientos noventaiocho del mismo, la Sala Civil de la Corte Suprema RESUELVE: Declarando INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por ..., en consecuencia NO CASAR la sentencia de fojas ...

Si ambos son declarados culpables, la recomendación es que los hijos varones mayores de 7 años se queden con el padre y las hijas menores de edad y los hijos menores de 7 años con la madre, pudiendo determinarse algo diferente.

En los casos de conversión de separación de cuerpos a divorcio, se deberá tener en cuenta, si fue por causal, entonces se aplicarán las reglas citadas, más si se trata de una acción convencional habrá de observarse el régimen que para tales efectos se ha acordado en la separación, teniendo presente en lo conveniente lo decidido por los cónyuges en el proceso.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1991 <sup>529</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal estimó:

...que la demanda de fojas seis, se interpone en febrero de mil novecientos ochentisiete y ello explica el porqué se fijó la exigua pensión de dos mil intis mensuales en favor del menor y de la cónyuge; que además en dicha demanda de separación de cuerpos convinieron los esposos en que el menor quedara en poder de la madre; que en consecuencia la exigua pensión alimenticia a que se ha hecho referencia, no constituye motivo ni razón para que el indicado menor pase al poder del padre, ya que mediante una acción de aumento de pensión alimenticia la madre puede obtener el incremento para su hijo, que ya está en etapa escolar y necesita una pensión adecuada y actualizada; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuenta y cuatro, su fecha nueve de octubre de mil novecientos noventa, que confirmando la apelada de fojas veintiocho, fechada el catorce de agosto de mil novecientos ochentinueve, declara FUNDADA la solicitud de fojas veintisiete; y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial existente entre don ...y doña ...

Por el contrario el Ministerio Público sostuvo:

Es materia del grado, la sentencia de vista de fs. 54, que confirmando la apelada de fs. 28, declara fundada la solicitud de fs. 27, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial de las partes; la revoca en el extremo que declara que el menor ...quede bajo la patria potestad del padre, y reformándola dispone que dicho menor quede bajo la patria potestad de la madre, en los seguidos por ...y ..., sobre separación de cuerpos por mutuo disenso.

Una de las funciones principales del Ministerio Público es la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces. Analizando bajo este marco conceptual la sentencia venida en grado se aprecia que el menor ..., quedaría bajo la patria potestad de la madre, con una pensión alimenticia mensual de dos mil intis, que compartiría con ésta última, es decir, que quedaría en buena cuenta casi desamparado, y sin recursos para subsistir, cuando actualmente se encuentra en poder del padre y según se desprende del escrito de fs. 57.

Teniendo en consideración lo expuesto, debe propenderse a que las resoluciones que se emitan en los expedientes en los que tienen interés económico y moral los menores, tengan por excelencia un carácter tuitivo, buscándose en lo posible un ambiente familiar seguro y adecuado para su formación intelectual, física y moral, haciéndose uso de la facultad discrecional que da a los magistrados el art. 345 del Código Civil.

Por las consideraciones expuestas, este Ministerio Público dictamina, se declare HABER NULIDAD en la recurrida en cuanto revoca el extremo que declara que el menor ...quede bajo la patria potestad del padre y reformándolo declara que el mismo quede bajo la patria potestad de la madre; y propone que reformándola se APRUEBE la sentencia consultada de fs. 28 en todos sus extremos, debiendo integrarse la misma con el pronunciamiento respecto a los alimentos a favor de la cónyuge

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE MAYO DE 1992<sup>530</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal, por sus fundamentos y CONSIDERANDO además que

---

530 Exp. 2248-91 / Cuzco.

la instrumental presentada después de expedida la sentencia de vista no puede ser ameritada conforme lo dispone el artículo mil ciento treintidós del Código de Procedimientos Civiles: declararon HABER NULIDAD en la sentencia que confirmando la apelada declaraba disuelto el vínculo matrimonial contraído por ...y ...; con lo demás que contiene ...

El Dictamen Fiscal expresaba:

Es materia del grado la sentencia de vista de fs. 42 que confirmando la sentencia apelada de fs. 27 declara disuelto el vínculo matrimonial, en los seguidos por ...y ..., sobre separación de cuerpos.

A fs. 24 ..., apoderado de ...solicita la disolución del vínculo matrimonial en aplicación del art. 354 del C.C. Emitido el dictamen del Fiscal Provincial a fs. 25, el Juzgado a fs. 27 pronuncia sentencia declarando definitivamente disuelto el vínculo matrimonial.

Interpuesta la apelación, el Fiscal Superior emite dictamen a fs. 36 pronunciándose porque la apelada sea confirmada, y la Sala Civil a fs. 42 confirma la sentencia apelada de fs. 27.

A fs. 61 ...interpone recurso de nulidad sosteniendo que la sentencia de vista no considera la omisión de recaudar la demanda con la BUL, y que no ha resuelto todos los puntos controvertidos y reclamados, sosteniendo que en segunda instancia se ha desistido expresamente de la renuncia a percibir alimentos formulada en la demanda y ha solicitado una pensión alimenticia, no habiéndose abierto a prueba su solicitud de conformidad con lo prescrito por el art. 1103 del C. de P.C. En su escrito de fs. 70 manifiesta que el Juez Dr. ...que emitió la sentencia de fs. 27 estaba impedido por haber intervenido como testigo de una entrega de mercaderías que hizo la recurrente a su cónyuge y que maliciosamente en la demanda de fs. 3 en la que los cónyuges solicitan separación de cuerpos por mutuo disenso se silenció la existencia del menor ...hijo del matrimonio, cuya partida adjunta y obra a fs. 67, razón por la cual en la sentencia de separación de cuerpos no se establece el régimen familiar y alimentario correspondiente.

De la revisión de lo actuado se desprende que:

Primero.- La sentencia apelada de fs. 27 ha sido expedida de conformidad con lo establecido por el art. 354 del C.C.

Segundo.- El Juez que emitió la sentencia apelada de fs. 27 no se hallaba impedido por cuanto la intervención como testigo de una entrega de mercaderías entre los cónyuges el 1ro. de setiembre de 1987, antes de la formulación de la demanda de separación de cuerpos, a que se refiere la fotostática simple de fs. 66 no se halla encuadrada dentro de las causales establecidas por los incisos 7mo. y 10mo. del art. 89 del C. de P.C., como sostiene el recurrente, ni en ninguna otra.

Tercero.- La sentencia de vista de fs. 42 expedida sin abrir a prueba la solicitud de alimentos de la cónyuge, no infringe lo dispuesto por el art. 1103 del C. de P.C. aplicable únicamente a la apelación de sentencia en Juicio Ordinario y ha sido expedida de conformidad con lo establecido por el art. 1108 del mismo cuerpo legal.

Cuarto.- La omisión del régimen familiar y alimentario correspondiente al menor hijo del matrimonio cuya partida obra a fs. 67 no invalida la sentencia de separación de fs. 14 ni la apelada de fs. 27 por cuanto su existencia fue silenciada por los cónyuges en la demanda de fs. 3.

Por las consideraciones expuestas, estimo que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida de fs. 42 que confirma la apelada de fs. 27 que declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por ...y doña ...

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 1998<sup>531</sup>

**MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por doña ... contra la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ..., expedida por ..., que aprobando la sentencia consultada de fojas ..., su fecha ..., declara disuelto el vínculo matrimonio civil contraído por don ... y doña ..., el ... ante el Concejo Distrital de ..., en la parte que establece que la patria potestad sobre las menores hijas de ambos cónyuges ... deben ejercerla en forma conjunta ambos padres.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Sala ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto por las causales de interpretación errónea de los artículos trescientos cuarenta, trescientos cuarenticinco y cuatrocientos veinte del Código Civil y de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso;

---

531 Casación N° 2096-97/ Lima

### CONSIDERANDO:

... Primero.- Que atendiendo a sus efectos es necesario empezar el estudio de la denuncia in procedendo, la misma que se basa en la falta de fundamentación de la recurrida; Segundo.- Que este extremo de la impugnación no puede prosperar porque la recurrida contiene los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya; Tercero.- Que la denuncia in iudicando se basa en que la Corte Superior ha interpretado erróneamente los artículos trescientos cuarenta, trescientos cuarenticinco, cuatrocientos veinte del Código Civil al establecerse en el tercer considerando de la apelada que cuando se trata de una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores y que la norma contenida en el artículo trescientos cuarenta concordante con el artículo cuatrocientos veinte del Código Civil solo es aplicable a los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, mas no, en los casos de disolución del vínculo por mutuo acuerdo; Cuarto.- Que de conformidad con el segundo párrafo del artículo trescientos cuarenticinco del Código Civil resulta de aplicación a los casos de separación convencional lo dispuesto en el último párrafo del artículo trescientos cuarenta del referido Código en el que se establece que la patria potestad se ejerce por el cónyuge al que se confían los hijos; Quinto.- Que, igual disposición se repite en el artículo cuatrocientos veinte del mismo Código que establece sin hacer distinción alguna que en los casos de separación o divorcio la patria potestad se ejerce por el padre o la madre a la que se haya confiado a los hijos; Sexto.- Que si bien es cierto que solo procede la suspensión en el ejercicio de la patria potestad en los casos establecidos en la Ley, no es correcta la afirmación en el sentido que el ejercicio de la patria potestad se suspenda sólo con carácter de sanción pues esto no fluye de la simple lectura de las normas glosadas; Séptimo.- Que en consecuencia la resolución recurrida incurre en error de interpretación al establecer que cuando se trata de una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, debiendo en cada caso concreto fijarse el régimen concerniente a la patria potestad observando en cuanto sea conveniente al interés de los hijos lo que ambos cónyuges acuerden; por las consideraciones que anteceden; con lo expuesto por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Civil y en uso de la facultad conferida por el artículo trescientos

noventiséis del Código Procesal Civil; declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña ... obrante a fojas ...; en consecuencia NULA la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ...; expedida por ..., en el extremo que la modifica estableciendo que la patria potestad de las menores ... corresponde ejercerla conjuntamente a ambos padres y la tenencia conforme a lo acordado a la madre, y actuando en sede de instancia: APROBARON, en cuanto declara vigente el régimen de patria potestad, acordado por las partes en la sentencia consultada de fojas ..., su fecha ...

Declarada la separación de cuerpos o el divorcio sólo uno de los padres podrá ejercer la patria potestad de sus hijos, en tanto el otro no es privado sino suspendido, pudiendo asumirla nuevamente a la muerte del titular, o ante el surgimiento de un impedimento legal de éste.

Carácter importante de dichos pronunciamientos es su revocabilidad, en la medida que posteriormente pueden ser modificados a solicitud del padre que ha sido suspendido o de otras personas vinculadas, interesadas en la protección del menor de edad, en atención a nuevas circunstancias y orientadas siempre al amparo de ellos.

El hecho de que uno de los padres se halle suspendido en su ejercicio, no significa que esté impedido de mantener relaciones permanentes con sus hijos, vigilando de su cuidado y de su educación. Al respecto como Planiol nos dice:

No perdiéndose la patria potestad, a consecuencia del divorcio, sino que sufre solamente una disminución de facultades, el padre o la madre a quien se priva de la guarda del hijo, conserva un derecho de vigilancia, que se ejercita habitualmente bajo la forma de un derecho de visita y de correspondencia<sup>532</sup>

Nuestra ley dispone que, en estos casos, los padres tienen derecho a conservar con los hijos las relaciones personales indicadas por las circunstancias, por lo tanto el derecho de vigilancia

---

532 Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 514.

quedará siempre vigente. Se señalará en la sentencia un régimen de visitas, a fin de que dicho padre no sea privado del derecho natural de comunicarse con sus hijos. El que podrá ejercitarse personalmente en el domicilio del cónyuge que tenga su guarda, o también permitiendo que el menor lo visite ciertos días a la semana, o por temporadas en determinadas épocas del año. También puede ser en forma oral o escrita, por lo que el otro cónyuge no podrá impedir su libre correspondencia o la comunicación telefónica entre ellos, siempre que no atente contra la integridad personal o moral del menor.

El ejercicio de la patria potestad comprende la guarda de la persona del menor y el cuidado de sus bienes, de allí que el padre que sea designado administrará también sus propiedades y gozará de su usufructo legal.

El art. 441 estatuye la obligación del cónyuge que ejerce la patria potestad, después de disuelto el matrimonio, de hacer inventario judicial de los bienes de sus hijos, bajo sanción de perder su goce legal, no pudiendo contraer nuevo matrimonio hasta cumplir este requisito y si no lo hiciera, perderá la administración y usufructo que ejercía.

Algunos tratadistas como Mazeaud y Planiol han calificado como sanción esta disminución en la patria potestad, que por lo general sufre el cónyuge culpable del divorcio.

“El legislador impone al cónyuge culpable una sanción relativa a la persona -la disminución de la patria potestad- que posee como consecuencia la pérdida del derecho de goce legal, sanción pecuniaria”<sup>533</sup>

## ***2.2. Obligación de prestar alimentos a los hijos***

“No obstante quitarse el culpable los derechos de la patria potestad, se le dejan las obligaciones que ella involucra”<sup>534</sup>

---

533 Henry y Jean Mazeaud. Op. Cit., p. 498

534 Hugo Lindo, Op. Cit., p. 184

A pesar del divorcio, ambos cónyuges continúan en la obligación de acudir a los gastos de educación y mantenimiento de sus hijos, en proporción a sus recursos, preceptuándose que: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos" (art. 342 del C.C.). Generalmente es el padre que se ve suspendido de la patria potestad, a quien se le fija un monto mínimo con el que habrá de contribuir para esos efectos, salvaguardando de esta manera en algo las condiciones materiales en las que pueden quedar los menores.

La ley establece la obligación del juez de cuidar los alimentos de los hijos menores, debiendo fijarse en la sentencia la suma de la prestación aunque no se haya demandado, en caso contrario, la omisión deberá ser sancionada. La jurisprudencia ha dispuesto en algunos casos, la nulidad de todo lo actuado y en otros la integración de la sentencia enmendando la omisión al amparo del art. 1086 del C. de P.C. Las siguientes ejecutorias nos graficarán ambas posiciones:

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE ABRIL DE 1982<sup>535</sup>

Que en los juicios de divorcio o separación, el Juez señalará en la sentencia la pensión alimenticia a favor de los hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo doscientos ochentiocho del Código Civil; que, en el caso de autos, el Juez de la causa ha omitido pronunciarse sobre este aspecto incurriendo así en la causal de nulidad prevista por el inciso décimo tercero del artículo mil ochenticinco del Código Adjetivo: declararon NULA la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ...; e insubsistente la consultada de fojas ..., fechada ...; MANDARON que el Juez expida nuevo fallo con arreglo a ley; en los seguidos por ...contra ...sobre divorcio ...

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE MAYO DE 1980<sup>536</sup>

Vistos; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO que la Corte Superior ha omitido señalar el monto de la pensión alimenticia

---

535 Exp. 2483-81 / Ica.

536 Exp. 3547-79 / Ancash.

a favor de la menor ..., por lo que, es del caso hacer uso de la facultad conferida por el art. 1086, inciso tercero, in fine, del Código de Procedimientos Civiles; que procede regularse en forma prudencial y equitativa los alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el art. 449 del Código Civil: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. [...] y completando la resolución recurrida: fijaron en ...la pensión alimenticia a favor de la indicada menor.

El actual ordenamiento procesal en su art. 172, posibilita la integración del fallo por el Superior, por lo que en los casos de haberse omitido pronunciamiento respecto a los alimentos de menores de edad, es posible su fijación en la resolución de revisión.

Como puede distinguirse, es en esta parte referida al destino personal y económico de los menores, en donde la ley establece reglas de contenido sumamente flexibles, concediendo a los jueces amplísimas facultades, confiando que en su prudente juicio puedan encontrar las condiciones más favorables que garanticen, en lo posible, la mayor seguridad de los hijos en el futuro; quienes, como sabemos suelen ser los más afectados con el divorcio de sus padres, siendo de ese modo el probable carácter punitivo de dichas medidas sólo un efecto secundario, en un problema de mayor trascendencia.



## **CAPITULO VI**

### *EL DIVORCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*



## **1. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE DIVORCIO**

El divorcio internacional es un tema de gran interés, al cual el presente trabajo sólo se aproximará presentando algunos de sus aspectos más saltantes, bajo una perspectiva eminentemente práctica.

¿Por qué es importante el estudio de la normatividad sobre divorcio internacional?

Entre otras razones, porque si bien usualmente los abogados suelen enfocar indistintamente los problemas jurídicos desde la aplicación de las normas materiales, es necesario dar el tratamiento y la solución adecuada a casos especiales que suponen la existencia de una relación jurídica internacional, que trasciende el ámbito de lo propiamente nacional. En especial ante el imperativo legal contenido en el art. 2051 del C.C., que establece la aplicación de oficio de la ley extranjera competente; obligatoriedad no legislada anteriormente, que permitía que en el foro se planteara y resolviera bajo una misma óptica legal problemas de naturaleza diferente. Precepto concordante con lo dispuesto por el Art. 2048 del Código Sustantivo, que determina la exclusividad de la aplicación de la ley extranjera declarada competente.

## 2. LA RELACION JURIDICA INTERNACIONAL

### 2.1. *Criterios para la calificación de una relación jurídica internacional*

¿Cómo determinar si una relación jurídica es internacional? Para su calificación, se ha de verificar la concurrencia de algún elemento extranacional de repercusión jurídica. Por razón de las personas, de las cosas o de las conductas, así interesará conocer en nuestro caso, la nacionalidad de los cónyuges, el lugar de la celebración del matrimonio, el domicilio de los cónyuges, la ubicación de los bienes de la sociedad conyugal, entre otros.

### 2.2. *Aspectos a resolverse en una relación jurídica internacional*

Una vez determinada la naturaleza de la relación como internacional. Debe resolverse dos cuestiones fundamentales:

¿Cuál es el Estado que, desde el punto de vista internacional posee jurisdicción para conocer el divorcio?

¿Cuál es el Estado cuya ley debe regular el divorcio? Y a la inversa, cuando el divorcio ha sido obtenido en otro Estado, determinar si la sentencia puede ser reconocida en el Perú.

## 3. COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y LEGISLATIVA

### 3.1. *Sistemas propuestos para determinar la jurisdicción y la ley aplicable*

Refirámonos a grandes rasgos, a los sistemas formulados con motivo de determinar la jurisdicción y la ley aplicable. Alfonsín en lo concerniente a este punto señala: "Con respecto a la jurisdicción se han propuesto estas soluciones: Los cónyuges deben solicitar el divorcio ante las autoridades del Estado donde se casa-

ron, o ante las de su patria, o ante las del domicilio, o ante el lugar de la residencia. Caben asimismo soluciones mixtas".<sup>537</sup>

Semejantes criterios se han indicado en cuanto a la ley que debe regular el divorcio. Cabe señalar que en materia de divorcio la *lex fori* (ley del juez que conoce la causa), impone por lo general sus preceptos, de ahí la tendencia a que coincidan la ley aplicable y la *lex fori*.

- La ley del lugar de la celebración.- Sus partidarios considerarán al matrimonio como un contrato, fijando de una vez para siempre la disolubilidad o no del matrimonio. No obstante debe tenerse presente que el lugar de la celebración puede ser accidental.

- La ley nacional.- Se sostiene que el divorcio es un efecto personal del matrimonio, se refiere al estado civil de las personas, por lo tanto debe regirse por la ley nacional. La interrogante que se plantea es determinar la ley de cuál de los cónyuges, de este modo algunas legislaciones estatuyen que la mujer casada tiene la misma nacionalidad del marido, ya sea porque la tenía antes o porque la adquiere jurídicamente al casarse.

El gran inconveniente de este criterio, es la posibilidad de la doble nacionalidad, o que los cónyuges se naturalicen por propia voluntad en cierto Estado, para que el vínculo indisoluble se torne disoluble o viceversa.

- La ley del domicilio matrimonial.- Esta es la más interesada en regular la vida de los cónyuges, en conceder o no el divorcio, porque es el lugar donde se ha establecido el hogar y en que se desarrolla la vida social de la familia. Pero, ¿cuál domicilio determina la ley aplicable? Se presupone que ambos tienen domicilio común, ya sea porque viven de consuno, o porque se reputa como domicilio de la mujer el del marido en razón de su potestad marital. Más, qué ha de ocurrir si los consortes tienen domicilios separados, porque legal-

---

537 Quintín Alfonsín. Régimen Internacional del Divorcio, Montevideo, Editorial Martín Bianchi, 1953, p. 16.

mente ese es su estado, o porque judicialmente han sido autorizados, o porque su legislación ya no admite la fijación unilateral del domicilio conyugal por el marido. ¿Qué ley debe regular el divorcio? Se han planteado diversas soluciones: la del cónyuge demandante, el último domicilio común, etc.

El domicilio como factor de conexión crea una dificultad semejante a la de la nacionalidad, al poder ser alterado con cierta facilidad. No obstante, de todos los regímenes propuestos, es el que ofrece mayores ventajas por su concordancia con la realidad conyugal, por lo que ha resultado el más adoptado en las distintas legislaciones.

La ley de la residencia.- A través de ésta se identifica la ley aplicable con la del foro, pero su gran desventaja es que se funda en una circunstancia inestable, y sujeta a manipulación.

- Soluciones acumulativas.

El Régimen Internacional de Divorcio, según el Tratado de Montevideo:

El art. 13 establece que la ley del domicilio matrimonial rige:

- La separación conyugal.

- La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

Se prescribe la coincidencia entre la ley del domicilio conyugal con la de celebración del matrimonio, permitiéndose el divorcio en la medida que ambas lo admitan. Empero debe tenerse en cuenta el concepto de domicilio matrimonial consagrado en el art. 8 del mismo tratado.

“El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido.

La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido, mientras no constituya otro".<sup>538</sup>

El Perú ha ratificado este tratado al igual que el de La Habana de 1928 (Código de Bustamante). Por lo tanto, forman parte del derecho nacional tal como lo dispone el art. 55 de la Constitución. Al respecto cabe anotar, que el actual texto constitucional a diferencia del art. 101 de la Constitución de 1979, ya no establece expresamente la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto; adoptándose de ese modo, una concepción de corte dualista en esta materia, lo que implicaría la alteración del sentido tradicional de jerarquización de normas en el sistema, y sus consecuentes efectos en la aplicación del Derecho por parte del juez nacional.

### ***3.2. Criterios adoptados por nuestra legislación***

Su examen se hará de manera comparativa entre lo legislado por el C.C. de 1936 y el Código actual, a fin de poder valuar los efectos de los cambios operados en esta institución.

En principio, diremos que las normas de Derecho Internacional Privado antes del Código Civil de 1984, se encontraban dispersas de un lado en el Código de Procedimientos Civiles, y, de otro, en el Código Civil derogado. El tratamiento sistemático de esta temática está presente en el Libro X sobre Derecho Internacional Privado, en los arts. 2046 al 2111 del Código Civil.

#### ***3.2.1. En cuanto a las normas sobre jurisdicción***

El Código de Procedimientos Civiles derogado, en su art. 1158 establecía que "No tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú.

Como puede observarse los factores de conexión que deter-

---

538 Manuel García Calderón. Derecho Internacional Privado. Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969, p. 547

minaban la competencia exclusiva de los tribunales peruanos, eran diversos, tratándose de extranjeros prevalecía si eran domiciliados en el país, mientras que para los peruanos regía siempre el criterio de la nacionalidad.

El Código Civil de 1984 derogó esta norma, disponiéndose respecto a la jurisdicción en los juicios de divorcio dos reglas:

- La del art. 2057, que contiene la norma general de competencia, señalando que los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.

- La del art. 2062, que instituye un caso de competencia facultativa, disponiendo a modo de excepción, que nuestros tribunales son competentes en los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado, la capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares aún contra personas domiciliadas en el extranjero, cuando:

- El derecho peruano es el aplicable de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado, para regir el asunto. En lo relativo a este supuesto, debe comentarse que se ha invertido el método tradicional, al sujetarse la determinación de la competencia del juez al hecho de que sea su ley la aplicable, cuando lo usual es establecer primero el tribunal competente y luego la ley que se ha de aplicar.

- Se admite también la sumisión expresa o tácita a los tribunales peruanos, prórroga de jurisdicción que opera con la condición de que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República. Vinculación materializada por la nacionalidad de alguno de los cónyuges, por ser el lugar de celebración del matrimonio, etc.

Como vemos, se consagra de modo general el criterio del domicilio como factor de conexión, abandonándose el de nacionalidad para los peruanos, innovación que ha aliviado los graves inconvenientes que generaba para los nacionales, tener que litigar necesariamente en el país, no obstante domiciliar en el extranjero.

Ahora ya no hay jurisdicción exclusiva de nuestro fuero respecto a aquellos, no obstante nuestra ley comprensiva admite que si es voluntad de éstos someterse a tribunales peruanos se acojan a lo dispuesto por el art. 2062.

El Código Procesal Civil señala en relación al reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero, que el proceso al que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil, se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer (art. 837).

### **3.2.2. En cuanto a las normas sobre ley aplicable**

El art. V del Título Preliminar del Código Civil de 1936 reza a la letra:

El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos.

Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de éstos.

Nuevamente aparece el doble criterio que distinguió entre nacionales y extranjeros, aplicándose para los primeros siempre la ley nacional, en tanto que para los extranjeros la del domicilio.

El Código Civil de 1984 introdujo significativos cambios al particular prescribiéndose que:

Art. 2081. El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal.

Art. 2082. Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

Unificación saludable de criterios, que tiene un solo inconveniente, ¿Cómo definir que es domicilio conyugal? Si revisamos los 66 artículos del Libro sobre Derecho Internacional Privado, no se encuentra alguno que refiera su significado. Así, habrá quienes sostienen la remisión a las normas pertinentes sobre domicilio del Código Civil, específicamente el art. 36 que señala: “El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron”, pero debe precisarse que éste forma parte de las normas peruanas materiales, y lo que en verdad se busca es el significado del domicilio como factor de conexión; representando una omisión legal significativa el que no se le haya regulado expresamente dentro del Libro respectivo.

### 3.2.2.1. Interpretación del factor conexión domicilio

El art. 2047 nos indica que el derecho aplicable, para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros, se determinan de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes. Examinemos cuáles serían los tratados a los que hemos de remitirnos:

- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889.
- Tratado de La Habana de 1940 (Código de Bustamante).
- Tratado Interamericano del domicilio de las personas físicas suscrito en 1979 y aprobado en 1980.

Los primeros, por su data, consagran que el domicilio conyugal es aquél donde está constituido el matrimonio y en su defecto el del marido, lo que se opone plenamente a nuestra Constitución y en consecuencia al Código Civil.

El Tratado Interamericano del domicilio de las personas físicas define el domicilio conyugal, como aquél en el que los cónyuges viven de consuno (art. 4º). Sin embargo, ¿qué pasa si éstos viven separados? Podría admitirse por tal, el último que tuvieron juntos como lo hace el art. 36 del C.C. El tratado no prevé este supuesto, por tanto, en un caso semejante, habrá que considerar que no existe domicilio conyugal, determinándose independientemente el domicilio de cada cónyuge, de acuerdo a los criterios aplicables a la persona

física. Lo que conduciría a otra cuestión a resolver, ¿la ley de cuál de los cónyuges se va a aplicar, la del demandante o la del demandado?

A pesar de dichos inconvenientes, el último tratado supera criterios adoptados por los anteriores convenios anotados, que sin embargo se encuentran vigentes para aquellos Estados que aún no lo hayan ratificado.

Imaginemos pues, algunas de las situaciones que podrían presentarse al juez peruano:

- Los cónyuges poseen en el Perú domicilio conyugal; fijado consensualmente, la norma funciona plenamente.

- Ambos cónyuges poseen domicilios propios en el Perú. Podría decirse que aunque no exista domicilio conyugal, se cumple la voluntad legislativa, confiriendo jurisdicción legislativa al Estado en que ambos cónyuges tienen su domicilio.

- Si sólo el cónyuge demandado posee domicilio en el Perú, ¿Podría el cónyuge demandante pretender se aplique la ley de su domicilio?

- Si ninguno de los cónyuges posee domicilio en el Perú. El art. 2062 admite la prórroga de jurisdicción en estos casos siempre que la causa tenga vinculación efectiva con el territorio de la República, tratándose de dos peruanos que domicilian en países extranjeros diferentes que desean divorciarse en el Perú, porque aquí contrajeron matrimonio, ¿qué ley de divorcio se va a aplicar?

Una labor muy difícil pero determinante es la desarrollada por los jueces de darse este tipo de litis.

#### 4. JURISPRUDENCIA

##### *4.1. Relativa al Código Civil de 1936 y Código de Procedimientos Civiles derogados.*

Apreciemos los efectos prácticos de la modificación del sistema, reconociendo algunas ejecutorias que referidas al C.C. de

1936 y Código de Procedimientos Civiles, nos permitirán ameritar la magnitud del cambio operado en la legislación.

#### **4.1.1. En relación a extranjeros**

*- No se puede declarar el divorcio de un matrimonio celebrado en el extranjero, en el que el domicilio conyugal no se ha fijado en el Perú.*

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE SETIEMBRE DE 1951**<sup>539</sup>

La Corte Suprema declaró la insubsistencia de la acción de conformidad con el dictamen fiscal que señalaba:

...don ...interpone demanda de divorcio contra doña ..., por la causal prevista en el inc. 5° del art. 247 del C.C. El hecho del matrimonio, que se pretende disolver, está comprobado con la documentación que corre de fs. ...a ... Dicho acto tuvo lugar en la localidad de White Riper Junction, Estado de Vermouth, de los Estados Unidos de Norteamérica. El domicilio conyugal estuvo fijado en dicho país, hasta fines del año 1946, en que el demandante viajó al Perú, contratado para prestar sus servicios en la International Petroleum Company, habiéndose negado la esposa, así se afirma en la demanda de fs. ..., a acompañarlo en el viaje y a residir en esta Capital.

Por lo que se acaba de exponer, resulta que el domicilio conyugal, en ningún momento se ha establecido en el Perú, por lo que el actor no puede acogerse a las leyes nacionales, por lo dispuesto en el art. V del Título Preliminar del C.C., que dispone que el estado y capacidad civil de las personas, se rigen por la ley del domicilio, con excepción de los peruanos, para quienes rige la ley nacional. Como ninguna de las partes es peruana, no corresponde a la jurisdicción nacional el conocimiento de este juicio.

*- El ciudadano extranjero no puede pedir que se declare el divorcio por abandono malicioso del hogar de un matrimonio celebrado en otro país, si resulta que la mujer jamás ha ingresado al Perú.*

---

539 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 96, Enero de 1952, pp. 1579-1580.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE JULIO DE 1955 <sup>540</sup>

La Corte Suprema declaró infundada la demanda de conformidad con el dictamen fiscal que expresaba.

A fs. ..., demanda don ...a su esposa ..., sobre divorcio fundándose en la causal de abandono malicioso.

No sólo no ha probado el actor que su esposa hubiera abandonado el hogar común, sino que, como aparece del documento de fs. ..., está demostrado que doña ...no ha ingresado al Perú, desde 1940. No pudo haber, pues, abandono del hogar, ya que el demandante, en su escrito de fs. ...sostiene que en agosto de 1950 ingresó al Perú conjuntamente con la nombrada cónyuge.

- *Es inadmisibile la demanda de divorcio de extranjeros que no domicilian en el país.*

## 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE ENERO DE 1982 <sup>541</sup>

La Corte Suprema, de conformidad con el Señor Fiscal declaró inadmisibile la demanda.

La sentencia de fs. ...teniendo en consideración lo dispuesto en el art. 5° del Título Preliminar del Código Civil, que el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, declara inadmisibile la demanda. Es de advertir que además no se ha acreditado que los cónyuges son residentes en el país.

- *Es improcedente la demanda de divorcio interpuesta por extranjeros, que sólo tienen la calidad de inmigrantes y no de residentes.*

## 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE FEBRERO DE 1983 <sup>542</sup>

Del informe de fs. ...se establece que los cónyuges en causa tienen la condición de inmigrantes y no la de residentes; en tal virtud no les es aplicable el art. V del Título Preliminar del

---

540 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 144, Enero de 1956, pp. 63-64.

541 Exp. 3272-80 / Lima

542 Exp. 1500-82 / Lima.

C.C., precepto según el cuál el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio.

Declararon improcedente la demanda.

*- Corresponde a la jurisdicción nacional conocer de los juicios de divorcio de extranjeros domiciliados en el territorio.*

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE AGOSTO DE 1946<sup>543</sup>

La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal, declaró fundada la demanda considerándose que:

La sentencia de fs. ...dictada por el Juez de Piura en la causa sobre divorcio seguida por don ...con su cónyuge, está arreglada a la ley y al mérito de la prueba actuada de la que se desprende, sin lugar a duda, que la mujer incurrió en adulterio, lo que hace aplicable el inc. 1° del art. 247 del Código Civil. No Hay Nulidad en el fallo de vista tanto en cuanto confirma aquella sentencia en su punto principal, y en el régimen a que deben quedar sujetos los hijos del matrimonio, que se declara disuelto, en cuanto a la revocatoria respecto al derecho de usar o no el apellido del ex-marido, que la Corte de Piura resuelve negativamente.

Se argumenta en el sentido de que tratándose de matrimonio contraído por extranjeros en país extranjero, la jurisdicción nacional no está expedita para resolver el caso. Hay error en sostener esto, porque el matrimonio ...estableció su hogar en el Perú, donde ejerció actividades comerciales, donde procreó y tuvo hijos, todos nacidos en Piura de manera que los cónyuges están comprendidos en el precepto 17 del título preliminar del Código Civil.

*- No es necesaria la inscripción previa del matrimonio de extranjeros en el Registro de Estado Civil Peruano, no obstante domicilien en el país.*

---

543 Anales Judiciales, t. XLII, Año Judicial de 1946, pp. 297-298.

## 6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE JUNIO DE 1985 <sup>544</sup>

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

El art. V del Título Preliminar del C.C. (D), señala que el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio. Encontrándose acreditada la residencia habitual de los cónyuges en el Perú, están pues tácitamente sometidos a la jurisdicción nacional respecto de los cónyuges y el régimen de bienes de éstos, conforme lo preceptuado en el numeral 17 del Título Preliminar del C.C. (D).

Los Registros de Estado Civil son territoriales, tal como lo señala el art. 2° del Reglamento de los Registros de Estado Civil, siendo prohibido asentar en ellos, actos o hechos que se hayan realizado fuera de su jurisdicción. La excepción a este principio que señala la ley, está reservada única y solamente para el peruano o peruana, que habiendo contraído matrimonio en el extranjero, al establecer su domicilio en el Perú, está obligado a solicitar la inscripción de su matrimonio en el lugar donde precisamente establezca su domicilio tal como lo preceptúa el art. 64 del citado Reglamento.

A la luz de estas disposiciones, y habida cuenta de que para casos como el que viene en grado no es necesario la inscripción previa del matrimonio en el Registro respectivo, los Jueces y Tribunales Peruanos son competentes para conocer de un juicio que sobre separación de cuerpos interpongan dos extranjeros domiciliados en el país.

Declararon fundada la demanda.

*- Para que merezca fe un certificado de matrimonio celebrado en el extranjero, debe de estar legalizado y si no está redactado en castellano, debe presentarse acompañado de su respectiva traducción.*

## 7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE SETIEMBRE DE 1971<sup>545</sup>

Vistos y CONSIDERANDO: Que los instrumentos públicos otorgados en el extranjero deben estar legalizados para merecerse; que si tales documentos están redactados en idioma extranjero deben presentarse acompañados de su respectiva traducción al castellano; que el certificado de matrimonio corriente a fs. ...carece de estas formalidades; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., declara fundada la demanda de divorcio interpuesta por doña ...contra don ...; reformando la primera y revocando la segunda declararon sin lugar dicha demanda; sin costas, y los devolvieron.

- *Se debe declarar improcedente la demanda de exequatur, que pretenda la eficacia de un divorcio de extranjeros no domiciliados en el Perú.*

## 8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE FEBRERO DE 1985<sup>546</sup>

La Corte Suprema declaró improcedente la demanda de divorcio, con lo expuesto por el Señor Fiscal que opinaba:

..., al amparo del Título XXIX del C. de P.C. solicita a la Corte Superior de Justicia de Piura que la sentencia de divorcio dictada por la Corte del Circuito del Quinto Circuito Judicial del Estado de Illinois en el Condado de Coles, Charleston, de los Estados Unidos de Norteamérica expedida el ...tenga eficacia en el Perú, lugar donde se celebró el matrimonio el ..., según la partida de fs. ...

Por sentencia de fs. ..., se declara infundada la demanda, lo que motiva el recurso de nulidad interpuesto por el mismo demandante.

Las disposiciones del art. 1158 del cuerpo legal acotado son aplicables a los peruanos y extranjeros "domiciliados en el Perú", que no es el caso de autos. Según la copia de la senten-

---

545 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 332, Setiembre de 1971, pp. 1110-1111.

546 Exp. 527-84 / Piura.

cia obrante a fs. ..., debidamente traducida a fs. ..., fluye que la sentencia de divorcio fue dictada para personas que tenían establecido su domicilio conyugal en el Estado extranjero de Illinois quienes se sometieron expresamente a esa jurisdicción y obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial por la causal de crueldad extrema y reiterada conforme a esa legislación, que no es el caso analizar, pero que tampoco es reñida con el orden público ni las buenas costumbres y lo que es más, guarda similitud con nuestra legislación que admite la disolución del vínculo matrimonial; la calidad de residente en esa ciudad extranjera del demandante, se ratifica con la copia fotostática debidamente legalizada obrante a fs. ...

Si el matrimonio de dos extranjeros, celebrado con arreglo a las leyes del país en el cual se verificó el acto, es válido en el Perú, no hay fundamento para negar la validez del divorcio de personas que han establecido su domicilio en el país donde se obtuvo el divorcio, por hechos constatados en el lugar donde se realizaron, tanto más si, según se desprende de la partida de fs. ...uno de los cónyuges, inclusive, tiene celebrado en 1978 nuevo matrimonio con persona distinta del demandante.

En consecuencia tiene fuerza legal en el Perú la sentencia de divorcio dictada por la Corte del 5º Circuito Judicial de Illinois, cuando se trate de matrimonio celebrado en el Perú con domicilio establecido en EE.UU. en cabal aplicación del art. V del Título Preliminar del C.C. de 1936 que señala que el estado de capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio.

Por estas consideraciones este Ministerio Público opina que HAY NULIDAD en la recurrida, y modificándola se declare fundada la demanda.

En lo referido al régimen para extranjeros, como puede deducirse del examen de la legislación y de la jurisprudencia presentada, no habrá mayor cambio en su regulación, al coincidir el criterio del domicilio como factor de conexión para el caso de extranjeros. Cabe anotar, la clara connotación que desde años atrás se asignaba al factor domicilio, comprendiéndose como domicilio conyugal aquél que los cónyuges habían formado de consuno, razón por la cual el contenido de las referidas ejecutorias conserva plena vigencia.

#### 4.1.2. En relación a peruanos

- En el caso de peruanos que han contraído matrimonio en el extranjero, deben de inscribirlo en el consulado peruano de dicha República y en el registro de estado civil peruano; en caso contrario, el matrimonio no surte efectos civiles, declarándose improcedente la demanda de divorcio interpuesta.

#### 1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE FEBRERO DE 1984<sup>547</sup>

La Corte Suprema, de conformidad con el Señor Fiscal, declaró improcedente la demanda.

...Conforme es de verse de la partida de matrimonio que en fotocopia legalizada obra a fs. ..., el matrimonio del cual se pide su disolución, ha sido contraído el ...por ante el Registro de Estado Civil de la Provincia de Tucumán de la República de Argentina, sin haberse registrado en el Consulado Peruano de dicha República, tal como lo dispone el art. 63 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Registros de Estado Civil, ni tampoco se ha cumplido con afectar la inscripción del referido matrimonio en el Registro del Estado Civil correspondiente conforme lo dispone expresamente el art. 64 del Reglamento antes citado por lo que, dicha partida de matrimonio no produce efectos civiles, por carecer de valor legal. Consecuentemente tal situación jurídica no concede acción, puesto que no puede acreditarse la existencia del matrimonio dentro de nuestro país; razón por la cual debe declararse la improcedencia de la presente acción, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto ...

- Declárese infundado el exequatur de divorcio invocado por cónyuge de nacionalidad peruana.

#### 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MARZO DE 1981<sup>548</sup>

...que como se desprende de autos los demandantes, ambos de nacionalidad peruana, contrajeron matrimonio civil en Lima el ...;

---

547 Exp. 1077-83 / Arequipa

548 Exp. 3249-80 / Lima

que con posterioridad obtuvieron sentencia de divorcio en fallo pronunciado por un Tribunal del Condado de Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica; que si bien esa sentencia puede producir plenos efectos en los Estados Unidos y quizás, inclusive, en otros países, aspecto en el cual no se ha pedido pronunciamiento de esta Corte ni es de su competencia, lo que se demanda en la presente acción es la eficacia en el Perú de dicha sentencia de divorcio, aspecto que está regulado por el Título Vigésimo Noveno del Código de Procedimientos Civiles contempla esta situación de manera expresa e inequívoca en su artículo 1158 que estipula que “no tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un Tribunal extranjero que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú”, es decir, de los peruanos en todos los casos y de los extranjeros si están domiciliados en el Perú, como se ha interpretado por la Doctrina y la repetida Jurisprudencia de esta Corte Suprema, por lo que resulta totalmente irrelevante en este caso, el hecho de si se da o no la reciprocidad por parte de los Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica en el reconocimiento de los fallos peruanos: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs. ..., su fecha ..., que declara improcedente la demanda de exequatur entendiéndose tal declaración como INFUNDADA en los seguidos ...

*- Prevalece lo estipulado por los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados sobre normas de Derecho Interno, por lo que debe declararse fundado el exequatur sobre divorcio solicitado.*

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 1984<sup>549</sup>

La Corte Suprema declaró fundado el exequatur mientras que el Ministerio Público sostuvo lo contrario, veamos el texto del dictamen fiscal y la ejecutoria suprema.

Dictamen Fiscal:

A fs. ..., doña ..., como apoderada de ..., solicita se declare que la sentencia que disolvió el matrimonio de su mandante, con doña ..., expedita por la Segunda Circunscripción Décima

---

549 Exp. 521-84 / Lima.

Cuarta Nominación de Rosario-Argentina, su fecha ..., tenga fuerza de ley en la República Peruana. Funda su solicitud en los arts. 1155, 1159 y 1161 del C. de P.C. y el Tratado Internacional de Montevideo de 1889.

Admitida la solicitud por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, corrió el traslado respectivo a doña ..., quien no absolvió el trámite primero por no habersele notificado con arreglo a ley, lo que dió margen a la Sala declarara su nulidad, pero mientras tanto el Sr. Fiscal Superior ya emitió el dictamen de fs. ...Regularizando el trámite, sin que tampoco contestara el traslado, la Sala pronunció la Resolución de fs. ..., declarando improcedente la solicitud, lo que da origen al recurso de nulidad de fs. ...

De conformidad con lo dispuesto por el art. V del Título Preliminar del C.C. concordante con el art. 1158 del C. de P.C., las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, la capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú, no tienen fuerza legal en la República, porque dichas relaciones se rigen por la ley del domicilio, y siendo doña ...de nacionalidad peruana con domicilio en ..., deviene en improcedente la ejecución de la sentencia de fs. ..., sometida a Exequatur.

#### Ejecutoria Suprema:

Que los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros estados forman parte del derecho nacional y, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero por expresa declaración contenida en el art. 101 de la Constitución Política del Estado; que esta terminante disposición constitucional corrobora la provisión legal materia del ya antiguo Código de Procedimientos Civiles y contenida en su Art. 1155 en el sentido que las sentencias pronunciadas en países extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos, que en casos como el presente, antes que a la ley peruana, es preciso acudir a la de carácter internacional, si existiera ésta vinculando las legislaciones del país donde fuera expedida la sentencia con nuestro país, en el que se trata ésa de homologar; que, en esta virtud, cabe pues estudiarse las estipulaciones contenidas en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional celebrado el doce de febrero de mil ochocientos ochentinueve, entre otros países, por el de la República Argen-

tina y por el de la República del Perú, aprobado en ésta por el Congreso de la República y dictado respecto de él, orden gubernativa de cumplimiento el cuatro de noviembre del mencionado año; que antes de efectuar el indicado estudio, es preciso apreciar primero: no haberse acreditado el hecho que en la República Argentina no se dé cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, a fin de desestimar la aplicación de la disposición contenida en el art. 1157 del citado Código Adjetivo en el sentido que, de haberse acreditado ese supuesto, no tendría esa sentencia pronunciada por Juez argentino fuerza alguna en el Perú; segundo: la jerarquía de la norma, en el sentido de no haber contradicción alguna entre el citado dispositivo constitucional materia del numeral ciento uno y los numerales Quinto del Título Preliminar del Código Adjetivo en mención, desde que la Constitución en ese numeral ciento uno deja establecido con claridad: que el tratado prevalece sobre la ley y, aún cuando no existiera esa declaración expresa, de ofrecer aparente contradicción que no se percibe, el art. 87 de la propia Constitución establece que ésta prevalece sobre toda otra norma legal, como esas citadas disposiciones Quinta del Título Preliminar del Código Sustantivo y 1158 del Código Adjetivo y que se contraen a declarar que las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero y que estatuyen sobre el estado, condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú tampoco tienen fuerza en la República, disposiciones que, en virtud del principio de la jerarquía de la norma, no son aplicables por contraponerse a disposición constitucional expresa, y tercero: que la sentencia cuya homologación se pide no se encuentra dentro de alguna de las salvedades a que se refieren los arts. 1159 y 1160 del Código Adjetivo, respecto de las materias cuyo juzgamiento compete exclusivamente a los tribunales peruanos; que, acorde a las precedentes consideraciones, establecido que se trata de un asunto de Derecho Internacional Privado, deben apreciarse las pertinentes estipulaciones estatuidas en el precitado Tratado, de acuerdo a las siguientes normas básicas: primera que el tribunal o juzgado que expidió la sentencia tenga jurisdicción sobre el asunto implicado, segunda que dicho tribunal o juzgado tenga propia jurisdicción sobre la persona del demandado y, tercera que no haya habido fraude para obtener la sentencia; que respecto a la primera norma básica, si bien el art. 56 del citado Tratado establece que las acciones personales -como es la de separación o la del divorcio

de los cónyuges- deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, la segunda parte del mismo artículo faculta igualmente a entablar este tipo de acción ante los jueces del domicilio del demandado y, de otra parte, el art. 62 del mismo Cuerpo Legal Internacional establece que el juicio sobre divorcio, como cualquiera otra cuestión que afecta las relaciones personales de los esposos, se iniciará ante el Juez del domicilio conyugal y, siendo así que del recurso no contradicho de fs. ..., mediante el cual la abogada del cónyuge argentino ..., debidamente autorizada por éste, según instrumentos tampoco impugnado de fs. ..., solicita la homologación que ahí indica, surge que el matrimonio del citado con la peruana ..., se contrajo en la ciudad de Lima ...y se fijó el hogar conyugal en la ciudad de Rosario, donde nació el hijo de ambos llamado ..., y, sin que exista prueba que acredite el hecho que la cónyuge cambiara desde entonces el lugar de su domicilio, constituido en esa ciudad argentina, al menos hasta la fecha de expedida la sentencia de cuya homologación se trata, o sea, hasta el ..., rebasando con exceso el término de dos años a que se refiere el art. 22 del Código Civil para tenerse por cambiado el domicilio por haber transcurrido ese lapso de residencia voluntaria en otro lugar, es de concluir que resulta pues ser el domicilio de ambos cónyuges el establecido en la ciudad argentina de Rosario, si se considera además que, de acuerdo con el Art. 8º del Tratado que se invoca, el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y, en defecto de éste, se reputa por tal el del marido, por lo que el Juzgador argentino ha tenido jurisdicción sobre la acción personal entablada ante él, para aplicar la ley del domicilio conyugal que no es otra que la ley argentina; que respecto de la segunda norma básica es de considerar que ambos cónyuges, procediendo de mutuo acuerdo, se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Juzgado argentino con expreso asentimiento y acertadamente, porque si bien la primera parte del art. 12 del precitado Tratado establece que los derechos y deberes de los cónyuges, en todo cuanto afecte sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial, la segunda parte de este mismo artículo dispone que, si los cónyuges mudaron de domicilio, dichos deberes y derechos se regirán por las leyes del nuevo domicilio, constituido en el presente caso en la República Argentina y porque, además, el art. 13 del mismo Tratado dispone que la ley del domicilio, o sea la argentina, rige la sepa-

ración conyugal y la disolubilidad del matrimonio siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró, siendo así que el mutuo disenso está admitido tanto en la República Argentina, como en la República del Perú como causal y, por tanto como ambos cónyuges tienen la mutua condición de demandantes, por mutuo consentimiento tiene también la condición de demandados y como tales, han quedado sujetos a la ley y a la jurisdicción argentina que ellos mismos han prorrogado; que, finalmente, en cuanto a la tercera norma básica, no se precisa reclamación previa, para investigación judicial argentina alguna, tendente a declarar que no hubo fraude para obtener la sentencia a homologar, no solo porque la inexistencia de fraude resulta de manifiesto sino por cuanto de las copias certificadas, las que respecto al requisito de legalización cumplen con lo dispuesto en los arts. 3° y 4° del otro Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, también del 1889, surge de aquéllas que el asunto versa sobre una causa de mutuo disenso que, como tal, exige a los cónyuges la conjunta presentación y suscripción de la demanda, lo que se ha cumplido según se aprecia a fs. ..., siendo también que ambos fueron notificados, pues se hicieron presentes en las dos audiencias de conciliación que se llevaron formalmente a cabo, según se aprecia a fs. ..., aunque sin resultado positivo, sin perjuicio de considerar además que los principios de Derecho Internacional Privado, más aún cuando respecto de éste existe tratado que vincula a dos países hermanos, se asientan en la base de la mutua fe y del mutuo disenso crédito del actuar judicial en el Estado originario, al que en todo caso correspondería denunciar la existencia de ese fraude que no se percibe, ni ha sido denunciado; que si bien en autos no se ha presentado la partida de matrimonio de los cónyuges, no es de necesidad este requisito, en el presente caso, en el que lo que se pide es la homologación de una sentencia de divorcio que no se hubiera expedido si la autoridad judicial del país originario no la hubiera tenido a la vista, como en efecto la tuvo, tal como resulta del primer considerando de ese fallo corriente a fs. ..., y en el que se expresa, textualmente: "que con el certificado obrante a fs. ...se acredita el vínculo matrimonial y transcurso del plazo requerido por la citada norma", desde que ilógico sería declarar el divorcio si no se hubiera acreditado el matrimonio, por lo que no resulta congruente en este extremo el dictamen del Señor Fiscal Superior Provisional Adjunto en lo Civil de Lima corriente a fs. ...y de conformidad con

el cual se ha pronunciado la resolución recurrida; que la sentencia expedida en el Estado originario ha pasado en autoridad de cosa juzgada es un hecho, pues de lo contrario no se hubiera expeditado copia autorizada con arreglo a ley y legalizada de acuerdo al precitado Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo para la finalidad que ahora se solicita; que la sentencia expedida el ...en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe de la República Argentina, se ha basado en lo dispuesto por el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil en vigor en dicho país, pero al haberse declarado en dicho fallo “el divorcio de los cónyuges”, debe entenderse tal declaración como de divorcio limitado y no absoluto desde que la solicitante, como apoderada del cónyuge, no ha acreditado lo contrario para lograr que la homologación que pide se efectúe como divorcio absoluto, pudiendo haberlo hecho sin duda alguna en el caso que la ley argentina así lo dispusiera, bastando para ello que dicha apoderada solicitante se hubiera acogido al art. 11° del Título Preliminar del Código Civil para acreditar la existencia de dicha ley extranjera y su sentido; que en virtud de las consideraciones expuestas se encuentra de justicia amparar la solicitud, pero limitando la homologación únicamente a la separación de los cónyuges; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que declara improcedente la solicitud de fs. ...; revocándola: declararon FUNDADA en parte dicha solicitud y, en consecuencia: que la sentencia expedida por el Juzgado Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción, décimo cuarta Nominación de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe de la República Argentina, su fecha ..., en el juicio por mutuo consentimiento seguido en ese país por ...y ..., tiene fuerza en la República a efecto de que se inscriba sólo el divorcio limitado, únicamente a la separación legal de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial contraído en el Perú el ...y disuelta la sociedad conyugal; MANDARON se archive lo actuado con arreglo a lo dispuesto en el art. 1165 del Código de Procedimientos Civiles, con copia del dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Civil y de la presente Ejecutoria; y los devolvieron.

La primera ejecutoria es sumamente clara al establecer que, para que el matrimonio de peruanos celebrado en el extranjero tenga efectos legales, en nuestro país, debe de haberse cumplido con las formalidades del caso, inscribirlo en el consulado peruano del lugar de celebración del matrimonio y al retornar al nuestro

debe inscribirse en los registros de estado civil, exigencia que como se ha apreciado no es necesaria en el caso de extranjeros.

La segunda resolución, que deniega la demanda de exequatur, por tratarse de cónyuges peruanos, ha sido la interpretación uniforme que la jurisprudencia aplicara durante la vigencia del C.C. de 1936. A través de ella, se puede considerar la trascendencia de los cambios operados en nuestra ley, al adoptarse como criterio único el domicilio, abandonando el de nacionalidad para los peruanos, que como dijéramos creaba más de una incomodidad al exigir un doble procedimiento.

La solución actual de las causas será inversa a la que los magistrados peruanos han venido disponiendo, ya no podrá denegarse de plano este tipo de procesos, sino que habrá de examinarse en cada caso si ha de proceder o no, pudiendo darse lugar ciertos excesos, como posteriormente se anotará.

La tercera ejecutoria planteó un caso interesante de aplicación del Tratado de Montevideo de 1889, que a excepción de la regla enunciada en la resolución anterior, declaró fundado el exequatur de separación de cuerpos por mutuo disenso de un nacional, en virtud a que la aplicación del Tratado Internacional prevalece respecto a los nacionales de los países que lo ratificaron sobre lo que regulara la ley peruana.

El Tratado de Montevideo, de 1889, fue suscrito por el Perú, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Argentina. En estos países, cuando el divorcio, o en su caso la separación de cuerpos, era declarada por uno de ellos, si el juez era competente y se habían cumplido los requisitos de fondo y forma, pese a resolverse sobre el estado civil de un nacional, los tribunales peruanos estaban obligados a reconocer y ejecutar el fallo extranjero.

De acuerdo al Código Civil, esta resolución excepcional se generaliza, ya que tanto para extranjeros como para peruanos se emplea el criterio del domicilio. El inconveniente que conserva el referido tratado, es su definición obsoleta y contraria a nuestro derecho de la determinación del domicilio conyugal en vista de la potestad marital.

Se requiere, al respecto, una renovación legal internacional a fin de uniformizar posiciones, al menos a nivel de los países de América Latina. La Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre el domicilio de personas físicas de 1979, que anteriormente mencionáramos, ha dado el primer paso. Perú, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela han suscrito dicho tratado. El Perú lo ha ratificado, derogando en ese aspecto a los tratados de La Habana y Montevideo, con relación a aquellos Estados que lo han ratificado, pero que aún no son la mayoría.

#### **4.2. Relativa al Código Civil vigente**

- *No habiéndose acreditado fehacientemente la constitución del domicilio conyugal en el Perú, el demandante carece de derecho a interponer acción de divorcio ante los tribunales peruanos, conforme a la norma contenida en el art. 2081 del Código Civil.*

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE MAYO DE 1990<sup>550</sup>**

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

El actor solicita la disolución del vínculo conyugal en razón de que la emplazada ha incurrido en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.

Sostienen que contrajeron matrimonio el 29 de noviembre de 1967 por ante el Registro Civil de la ciudad de Puente Alto, República de Chile, el mismo que fue inscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, llegando a procrear un menor y constituyendo el hogar conyugal en la ciudad de Barcelona en España; hasta que en el año de 1972 sin motivo justificable hizo abandono del hogar regresando en el mes de julio de 1977 durante un mes para luego abandonarlo. Fundamenta su acción en el inc. 5 del art. 333 del C.C.

---

550 Exp. 581 - 87 / Lima.

Citadas las partes a comparendo, esta diligencia se llevó a cabo a fs. 44, con asistencia del apoderado de la demandada el mismo que niega y contradice la demanda en todas sus partes manifestando que ella viaja a la ciudad de Chile con consentimiento de su esposo y que al regresar al hogar su esposo se lo impidió.

El abandono injustificado del hogar conyugal, como causal de divorcio, requiere de dos requisitos esenciales y fundamentales. El primero que evidentemente se haya constituido el hogar conyugal, y el segundo, que es como consecuencia de aquel, que producido el abandono, exista en el cónyuge que lo practicó, la intención de sustraerse a las obligaciones y cumplimiento de deberes emergentes del matrimonio.

A este respecto, el art. 33 del C.C., señala que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar; y más concretamente para el caso materia de autos, el numeral 36 del mismo Cuerpo de leyes, define al domicilio conyugal, como aquel en que los cónyuges viven de consuno o en su defecto, el último que compartieron.

Bajo esta premisa, y, de la revisión y examen de lo actuado, se llega a la conclusión que el actor no ofrece prueba idónea suficiente, de que haya constituido el hogar conyugal en el Perú, toda vez que en su recurso de demanda, señala que por razones de trabajo residieron en la ciudad de Barcelona hasta marzo de 1972, y que en julio de 1977, ambos residieron en esta capital, sin señalar de modo concreto y específico, el tiempo que duró este hogar en el Perú, resultando irrelevantes para el caso, las testimoniales de fs. 149, 150, 151 y 152, al margen de que las mismas resultan demasiado escuetas, sin mayor explicación de sus dichos.

Aún cuando en el comparendo, la emplazada a través de su apoderado, admite haber vivido en esta ciudad con el demandante; éste no aporta elemento probatorio idóneo de que se hubiese constituido el domicilio legal en la forma que precisan las citas legales ya glosadas, al margen de que de las instrumentales que en fotocopia obran a fs. 84 y 114, no observados por el demandante, es éste quien se dirige a la demandada con expresiones de una separación definitiva entre ellos. Cabe agregar que el reconocimiento que del primer documento se lleva a cabo a fs. 108, carece de mayor significación, por cuanto

no era el llamado a hacerlo según mandato de fs. 88, y porque de otro lado, el apoderado del actor como es obvio no podía reconocer como suya una firma que no le pertenece.

Cabe significar por otra parte que no habiéndose acreditado fehacientemente la constitución del domicilio conyugal en el Perú, el demandante carecería de derecho a interponer la presente acción ante los Tribunales Peruanos, conforme a la norma contenida en el art. 2081 del C.C.

Al margen de las consideraciones expuestas, y habida cuenta que el matrimonio se celebró en la República de Chile; a la fecha de la interposición de la demanda (29 de abril de 1985) dicho acto no se encontraba inscrito en los Registros de Estado Civil del Perú, lo que recién se hace según la partida de fs. 172, el 8 de setiembre de 1986, el actor por su condición de ciudadano peruano, se encontraba imposibilitado de reclamar derecho alguno.

- *No procede el divorcio de peruanos que no constituyeron domicilio conyugal en el Perú*

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE JUNIO DE 1991 <sup>551</sup>

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal que señalaba:

En la demanda de fs. 2, el actor interpone acción de divorcio, por las causales de injuria grave y abandono injustificado de la casa conyugal; manifestando, haber contraído matrimonio con la demandada el 14 de abril de 1976, habiendo sido designado a los pocos días Embajador en ..., viajando sólo; que el año 1977 mediante ruegos logró que la emplazada lo visitara por tres meses, sin haber tenido relaciones íntimas durante ese tiempo; que en suma de los 9 años de casados, solamente han llevado vida en común 4 meses, haciendo cada uno su vida independiente; que al retornar el actor al país en 1977, la demandada se negó a retornar al hogar conyugal, hasta el día de hoy; que anteriormente han seguido dos procesos de divorcio,

---

551 Exp. 1910-90 / Lima

no habiéndose resuelto en ninguno de ellos el fondo del litigio; que no habiendo procreado hijos, no habiendo adquirido bienes y no existiendo vida en común por decisión de la demandada, en concreto no hay nada que los una.

A fs. 5, aparece el acta de la diligencia de comparendo, en la que el actor se ratifica en los extremos de la demanda; la demandada deduce las excepciones de cosa juzgada y de prescripción, manifestando que los hechos en que apoya la demanda, ya ha sido materia de los procesos anteriores seguidos entre las partes ante el Sexto y el Noveno Juzgado en lo Civil de Lima; y que el tiempo transcurrido de los imaginarios hechos que esgrime el demandante, ya ha transcurrido más del tiempo señalado en la Ley; que constestando la demanda la niega y la contradice en todos sus extremos; ya que no cabe la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, cuando por culpa exclusiva y voluntad expresa del demandante, ya que solamente permaneció tres meses al lado del actor en ..., y por iniciativa del demandante regresó a Lima a casa de sus padres y a los pocos días el demandante envió una maleta con algunas pertenencias de la emplazada y le comunicó que daba por finalizado el matrimonio; que con ayuda de familiares y amigos logró retornar a ...el 05 de febrero de 1977, el actor manifestó estar padeciendo una fuerte depresión y que la persona indicada para acompañarlo era su madre y como en esa circunstancia murió un hermano de la emplazada aceptó retornar a Lima el 05 de marzo de 1977, para lo cual se suscribió un acta de convenio matrimonial, con lo cual el actor demostraba que no actuaba dolosamente; sosteniendo nutrida correspondencia con el demandante intercambio de regalos y revistas; que posteriormente solicitó retornar al lado del actor, recibiendo como respuesta una demanda de divorcio por la causal de injuria grave y de esa fecha es una sucesión de causas de divorcio por diversas causales. A fs. 13 se continua la diligencia, en la que el apoderado del actor constestando el traslado de las excepciones deducidas, manifestó que la causal que se argumenta no es la que invocó el actor en los procesos anteriores y que continuando la separación de los cónyuges deben desestimarse las excepciones deducidas. Seguidamente prestó confesión la demandada la misma que no aporta nada nuevo que merituar. En el proceso acumulado no corre la partida de matrimonio de los cónyuges, obrando la misma a fs. 30 del expediente acompañado No. 350-83, seguido entre las partes, sobre divorcio, ante el Sexto Juzgado en lo Civil.

A fs. 437, ..., interpone demanda de divorcio contra ..., por la causal de conducta deshonrosa; desistiéndose de la acción a fs. 503, amparada por auto de fs. 504, con fecha 06 de febrero de 1989.

Tramitada la causa conforme a su naturaleza, el Juzgado de origen emite sentencia a fs. 510/512, declarando improcedente las excepciones de cosa juzgada y de prescripción deducidas en el comparendo, improcedente la demanda por la causal de injuria grave e infundada por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.

A fs. 529, obra la sentencia de segunda instancia que confirma la apelada.

Del estudio y análisis de autos y los acompañados que se tienen a la vista, queda fehacientemente acreditado que los cónyuges en conflicto no establecieron hogar conyugal en el territorio de la República y que la demandada retorno al país de mutuo acuerdo con el actor, como aparece de la instrumental que corre a fs. 101; en consecuencia no puede haber ocurrido abandono del hogar conyugal, invocado como causal en la acción incoada; igualmente la causal de injuria grave no ha sido acreditada en la secuela del proceso.

Finalmente se resolvió improcedente la demanda de divorcio, no obstante dos Vocales Supremos fundamentaron sus votos en contra de la siguiente manera:

Que el matrimonio, como unión concertada voluntariamente por un varón y una mujer y amparada por la ley (artículo doscientos treinticuatro del Código Civil) no es simple contrato ya que de él dimanar relaciones jurídicas permanentes que rebasan el interés de los contrayentes para comprender la sociedad misma, surgiendo verdaderos vínculos de afecto entre marido y mujer que revisten también carácter ético trascendentes también a la familia y al grupo social; que en el caso sub litis, de la partida corriente a fojas tres del expediente sobre divorcio absoluto seguido ante el Noveno Juzgado en lo Civil de Lima que se tiene a la vista, aparece que demandante y demandada contrajeron matrimonio el catorce de abril de mil novecientos setentiséis ante el Concejo Distrital de Miraflores (Lima) fluyendo del tenor de la demanda de fojas dos y respuesta que doña ...dá a fojas trece vuelta a la primera pregunta del pliego de posiciones de fojas ocho que ella sólo permaneció en el hogar común alrededor de tres meses añadiendo, al contestar las

preguntas tercera y quinta, que sigue separada de su cónyuge y que ni siquiera sabe donde éste reside; que si bien responsabiliza de la separación a su esposo señalando que con fecha tres de marzo de mil novecientos setentisiete suscribieron en Budapest (Hungría) el documento corriente a fojas ciento uno mediante el que convienen el viaje de la cónyuge a Lima "por una temporada" por motivos familiares y de salud, también lo es que esa situación temporaria no puede convertirse en indefinida hasta el extremo de afectar, sustancialmente, la institución matrimonial, la misma que obliga a la cohabitación y ayuda mutua como se desprende de los artículos doscientos ochentiocho y doscientos ochentinueve del mencionado Código; que, de otro lado, aparece del expediente sobre alimentos que también se tiene a la vista, que doña ..., año y medio después de suscribir el aludido documento, inició a su esposo acción alimentaria en cuya demanda precisa que el domicilio conyugal fue efectivamente, fijado en ...; que ella "de común acuerdo" vino a Lima el siete de marzo de mil novecientos setentisiete desde cuya fecha reside en esta Capital, con la expresa circunstancia que reclamó pensión en cantidad suficiente para mantener su "status de vida" que le irroga gastos considerables, dándose el caso de que, con fecha diez de abril de mil novecientos ochentiséis esto es, ocho años después, solicita aumento de alimentos como también es de verse del acompañado, infiriéndose de todo ello que la demandada no cumplió con sus deberes de esposa y menos hizo vida común con su cónyuge quien, por razones poderosas (función diplomática en el extranjero) necesariamente tuvo que residir en los lugares de su destino, poniendo de manifiesto voluntad de sustraerse a esos deberes pues prefirió recurrir a acciones judiciales de alimentos, en Lima, para vivir con la comodidad inherente -según expresa- a su rango social, situación jurídica ésta que no puede compatibilizarse con los altos fines del matrimonio y sin que del proceso se desprendan elementos de juicio para presumir que don...incurrió en abuso del derecho para impedir a su esposa que se restituyera a la casa conyugal; que, finalmente, habiendo transcurrido mas de catorce años desde la celebración del matrimonio y no habiendo éste cumplido su finalidad, no existe interés social ni práctico o jurídico que aconseje mantener lo ya roto por la fuerza de lo ocurrido y el ánimo de los esposos; NUESTRO VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de fojas quinientos veintinueve, en cuanto confirmando la apelada de fojas quinientos diez, declara in-

fundada la demanda interpuesta por don ...con doña ..., sobre divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal; reformando la resolución recurrida y revocando la de primera instancia en este extremo, se declare FUNDADA la referida demanda por dicha causal...

*Los tribunales nacionales deben considerar la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero, inscrito en el Consulado peruano respectivo.*

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE FEBRERO DE 1993<sup>552</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

...que obra a fojas cuarenta la inscripción del matrimonio celebrado por ambas partes en el Consulado del Perú en la República de Colombia, la misma que debe ser apreciada por el inferior, a fin de preservar la instancia plural como garantía constitucional en la administración de justicia; que por lo expuesto y en uso de la facultad contenida en el artículo mil ochentisiete del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULA la sentencia de vista ...MANDARON que la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, expida nuevo fallo conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución; ....

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

Don ...y doña ...interponen a fs. 05 demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso, afirmando que contrajeron matrimonio civil y religioso el 31 de julio de 1982 en la ciudad de Medellín, Colombia, que no han procreado hijos y que no han adquirido bien susceptible de partición. Consientes que desean dar por terminado el régimen de sociedad de gananciales. Amparan su demanda en el inc. 11° del art. 333 del Código Civil.

El comparendo se realiza con la presencia de ambas partes, quienes se afirman y ratifican en todos los extremos de su demanda.

Concluídos los trámites de ley, a fs. 12 se dicta sentencia de primera instancia declarándose improcedente la demanda. Por sentencia de vista de fs. 39 se confirmó la apelada.

No habiéndose satisfecho el requisito de procedibilidad consistente en inscribir el matrimonio celebrado por una peruana en el extranjero en los Registros de Estado Civil del domicilio común en el Perú, como lo exige el art. 64 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Registros de Estado Civil, la demanda deviene en improcedente.

No enerva los fundamentos expuestos la legislación de la firma de la Notaría Cuarta del Distrito de Medellín por la Cónsul A.H. del Perú en esa ciudad, que obra a fs. 4, ni el documento consular de fs. 43, que constituye una mera constancia del matrimonio celebrado en Medellín-Colombia.

*Es necesario acreditar que el derecho peruano es el aplicable a la relación jurídica en litigio o su vinculación con el territorio de la República, para que pueda admitirse el sometimiento de las partes a la jurisdicción nacional.*

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE SETIEMBRE DE 1993<sup>553</sup>

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Fiscal estimó:

Que de acuerdo al artículo dos mil setentitrés del Código Civil, los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas entre otras, al estado de las personas naturales aún contra personas domiciliadas en el extranjero cuando el derecho peruano es aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República; que el artículo dos mil cincuentiocho del mismo cuerpo normativo establece la competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional, lo cual no se cumple en el presente caso, pues, se encuentra debidamente acreditado que ambos cónyuges radican en el extranjero, por lo que el primero de los supuestos señalados por el artículo dos mil sesenta y tres no se da en el caso de au-

---

553 Exp. 320 - 93 / Lima.

tos; que el segundo de dichos supuestos tampoco se cumple debido a que no se ha acreditado vinculación alguna con el territorio de la República, muy por el contrario consta en autos que todos los bienes que posee la sociedad conyugal se encuentran en el extranjero; que de acuerdo al artículo dos mil ochentiuno, las leyes aplicables al divorcio, se rigen por la del domicilio conyugal; que de la documentación presentada en autos se encuentra debidamente acreditado que el domicilio conyugal de las partes se encuentra en los Estados Unidos de Norte América, por lo que tampoco es aplicable al presente caso las leyes peruanas: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos diez, su fecha treintiuno de marzo de mil novecientos noventidós, que confirmando en parte la apelada de fojas cincuenticuatro, su fecha veintitrés de agosto de mil novecientos noventiuno, declara fundada la demanda de fojas tres y no seis como erróneamente se ha consignado, con lo demás que contiene; REFORMANDO la primera y REVOCANDO la segunda; declararon IMPROCEDENTE la referida demanda; en los seguidos por ...con ... sobre divorcio absoluto; y los devolvieron.

#### El Dictamen Fiscal sostuvo:

Es materia del recurso de nulidad, la resolución de vista de fs. 210 que confirma la sentencia apelada de fs. 54 en cuanto declara fundada en parte la demanda interpuesta a fs. 6, y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por ...y ...por las causales de sevicia, atentado contra la vida del cónyuge e injuria grave, y sin lugar la demanda por la causal de conducta deshonrosa; dispusieron, revocando en este extremo la apelada, que el menor ..., quede en poder y bajo la conducción de su progenitora pudiendo el demandante visitarlo los días martes y jueves de seis a ocho de la noche, sacarlo del hogar materno el primer y tercer domingo de cada mes, entre las diez de la mañana y las cuatro de la tarde, establecieron como pensión alimenticia a favor del menor la suma de cincuenta nuevos soles y precisaron que los gananciales perdidos por la emplazada son los que proceden de los bienes del otro cónyuge.

Del análisis y revisión de los actuados aparece que el demandante está solicitando la disolución del vínculo matrimonial que lo une a la demandada por haber incurrido ésta en la comisión de las causales previstas en los incs. 2°, 3°, 4° y 6° del

art. 333 del Código Civil, esto es sevicia, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y conducta deshonrosa, ofreciendo para acreditar los fundamentos de su demanda los documentos de fs. 27, 28, 29 y 30.

Los de fs. 28 y 29 son certificaciones policiales de las denuncias presentadas por éste con fecha 17 de julio de 1991, la primera por abandono de hogar de su esposa y la segunda es prácticamente una petición para que se constate el retiro voluntario de sus prendas personales del domicilio de los padres de su esposa; siendo los documentos de fs. 29 y 30 fotocopias de una denuncia presentada en la Fiscalía Provincial de Turno de Lima, y la otra una solicitud de garantías presentada a la Prefectura de esta misma ciudad, ambas con fecha 27 de junio de 1991, que por no estar legalizadas carecen de valor legal y además contienen solo el dicho del denunciante sin que se haya demostrado la veracidad de los hechos que en ellas se narran.

Que asimismo se ha ofrecido como prueba la declaración testimonial actuada a fs. 35, 36 y 37 con arreglo al pliego interrogatorio de fs. 34 de la cual se advierte que los declarantes se han limitado a responder monosílabas, sin dar mayor explicación o referencia de los hechos que se les pregunta, los que por otro lado resultan expuestos en forma genérica en las preguntas que contiene el pliego, sin indicaciones de fechas, lugares o transcripción de frases que se han considerado injuriosas o descripción de las lesiones inferidas.

Que, con relación a la confesión de la demandada, se debe dejar constancia que según los asientos de notificación de fs. 32 vta. y 33, la resolución admitiendo dicha prueba fue notificada a ésta en ..., San Miguel, el día 31 de julio de 1991, fecha en la cual no se encontraba en el país, según consta del certificado de movimiento migratorio que obra a fs. 80, por lo que al no haber sido notificada personalmente no obstante haberse exigido su confesión personal, no puede surtir ningún efecto legal en su contra.

Que es evidente que la prueba actuada no ha sido debidamente analizada, de ahí que se haya amparado la demanda del actor, pues de ninguna de ellas se infiere que se haya ocasionado intencionalmente al accionante grave daño físico que haya puesto en riesgo su vida, o que por lo menos haya sido vícti-

ma de agresiones leves por parte de su cónyuge, menos aún que ésta le haya proferido ofensas, insultos o palabras vejatorias, que hayan lesionado su dignidad, su decoro o buena reputación, etc. que hagan insoportable la vida en común, advirtiéndose mas bien de los documentos de fs. 84 a 104, de 144 a 204 el carácter agresivo del actor y el hecho de haberse encontrado comprometido en diferentes investigaciones policiales por la comisión de hechos delictivos.

Que con relación a las notificaciones de la demandada con la resolución admisorio de la demanda es de advertir que el asiento de la notificación aparece firmada por ésta, con fecha 1° de julio de 1991, oportunidad en la que se encontraba en el país según consta de la certificación de su movimiento migratorio que obra a fs. 80 y estando además al hecho de haber salido a juicio mediante apoderado y haber hecho uso de su derecho a la defensa, no es procedente la nulidad de actuados que propone, por así disponerlo el inciso 1° y 3° del artículo 1086 del Código de Procedimientos Civiles.

Por las consideraciones expuesta, esta Fiscalía es de la opinión que HAY NULIDAD en la recurrida, la que reformándose y revocando la sentencia de primera instancia, deberá declararse INFUNDADA la demanda de fs. 6 en todos sus extremos.

El pedido de nulidad debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tiene para hacerlo.

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE AGOSTO DE 1998<sup>554</sup>

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: el recurrente sustenta el recurso de casación en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil referidos a las causales de inaplicación de una norma de derecho material y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, señalando que el Organismo Jurisdiccional admitió, tramitó y resolvió la demanda contraviniendo el artículo sesenticuatro del Registro de Estado Civil y el artículo cuatrocientos cincuenta del Reglamento Consular del Perú, afectando su derecho al debido proceso; CONSIDERANDO: Primero.-

---

554 Casación N° 2530-97/Lima

Que, concedido el recurso de casación a fojas seiscientos cincuentinueve, mediante resolución de fecha veintiséis de enero último se ha declarado su procedencia únicamente por la causal del inciso tercero del acotado; Segundo.- Que para la validez en el territorio nacional, del matrimonio celebrado por un peruano en el extranjero, es indispensable que éste sea escrito con las formalidades de ley en el Registro de Estado Civil del Perú, así como lo informaba el derogado artículo sesenticuatro del Reglamento de Organización y Funciones de los Registros de Estado Civil, de fecha quince de julio de mil novecientos treintisiete, y lo que establecen actualmente los artículos cuarentisiete y cuarentiocho del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Decreto Supremo número cero quince-veintiocho- PCM, de fecha veintiséis de abril último, normas que encuentran concordancia en el artículo cuatrocientos cincuenta del Reglamento Consular del Perú número cero cero cero dos - RE/ mil novecientos setentinueve; Tercero.-Que además, la copia certificada de la partida del Registro de Estado Civil constituye la prueba del matrimonio y deberá presentarse para reclamar los efectos civiles de éste, como lo establece de manera expresa el artículo doscientos sensentinueve del Código Civil; Cuarto.- Que, el argumento central del impugnante para alegar la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso radica en que la Sala ha admitido la copia certificada de la partida de matrimonio debidamente inscrita, como una subsanación, considerando un medio probatorio después de dos años de presentada la demanda, en infracción de las normas antes citadas; Quinto.- Que, si bien al interponerse la demanda de divorcio por causal con fecha veinte de mayo de mil novecientos novecuatro, el documento que acreditaba el vínculo matrimonial era el certificado de matrimonio expedido por la Corte de Tulsa, Oklahoma, Estados Unidos de Norteamérica, que aún no había sido inscrito conforme a las precisiones efectuadas en los considerandos precedentes, dicha deficiencia no fue cuestionada por el impugnante mediante la articulación procesal o medio de defensa pertinente, razón por la cual con fecha veintinueve de agosto del mismo año se declaró saneado el proceso y válida la relación judicial procesal existente, decisión que no fue impugnada por las partes, quedando firme; Sexto.-Que, el cumplimiento de lo ordenado por el A quo en la audiencia de fecha once de febrero de mil novecientos noventisiete, se cumplió con presentar copia certificada de la partida de matrimonio, inscrita con las formalidades de la Ley, en el Registro de Estado Civil correspondiente, decisión que tampoco

fue impugnada por el demandado; Sétimo.-Que, si bien es cierto las formalidades previstas en el Código Procesal Civil son imperativas también lo es que el juzgador como director del proceso tiene la potestad de adecuar tales exigencias formales para el logro de los fines del proceso; en consecuencia, si bien éste se inició afectado por un vicio sustancial, dicha irregularidad no fue advertida y menos cuestionada por el impugnante, por lo que con la inscripción de la misma y su incorporación válida al proceso se ha producido la convalidación de dicho vicio, que ha hecho viable la expedición de fallos válidos y jurídicamente posibles; Octavo.- Que siendo ello así, es evidente que la sentencia de vista no ha incurrido en violación alguna de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, por lo que no presentándose la causal casatoria prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal mencionado; de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos noventisiete del mismo Código: declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas ..., su fecha ...,

#### ***4.3. Reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio extranjeras***

Hemos conjeturado sobre algunos casos hipotéticos, que podrían presentarse de iniciarse en nuestro país una acción de divorcio que suponga una relación jurídica internacional. Pero, pensemos en el caso inverso, es decir, ¿Cómo operaba y opera el reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciadas en el extranjero?

“Llámesese exequatur al procedimiento que conduce a admitir judicialmente la fuerza obligatoria en un país de una sentencia dictada en un país extranjero ...

En principio la comunidad jurídica internacional exige el reconocimiento de la validez de la sentencia extranjera, pero el orden local se reserva un poder de control o de revisión antes de prestarle la fuerza para su cumplimiento. Esto lleva a distinguir

los efectos extraterritoriales de la decisión judicial extranjera según que haya obtenido o no el exequatur”.<sup>555</sup>

El procedimiento de exequatur se encuentra previsto en el Código Procesal Civil artículos 837 al 840 en concordancia a los artículos 2102 al 2105 del Código Civil.

#### ***4.3.1 La reciprocidad como requisito para la homologación de sentencias extranjeras***

##### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1989<sup>556</sup>**

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

...la solicitud de Exequátur o resolución judicial de reconocimiento de sentencia extranjera, presentada por..., al Presidente de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, a fin de que sirva declarar haber fuerza legal en el Perú de la sentencia expedida por el Tribunal de Relaciones Familiares de Delaware del Condado de New Castle (The Family of the State of Delaware) de los Estados Unidos de Norteamérica, de una demanda de divorcio interpuesta por ... contra el recurrente, que terminó con fecha 22 de julio de 1980 ordenando “DISOLVER LOS LAZOS MATRIMONIALES ENTRE LA DEMANDANTE Y EL DEMANDADO”. Acompaña como recaudo, la partida de matrimonio civil de las partes y la sentencia expedida por el referido Tribunal, con su respectiva traducción al Castellano, realizada por Traductora Pública Juramentada, corriente a fs. 2 a 6. Ampara su acción en lo prescrito por los arts. 2050, 2081 y 2082 del Código Civil y los arts. 1155 y 1159 del Código de Procedimientos Civiles.

Dictado el admisorio se corre traslado a la parte demandada por el término de ley; al no ser absuelto por ésta, se tiene por cumplido dicho trámite en su rebeldía según resolución de fs. 10.

---

555 Ministerio de Relaciones Exteriores, Ejecución y Reconocimiento de Sentencias Extranjeras. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995, p.13

556 Alberto Retamozo y Ana María Ponce, Op. Cit. pp.107 - 108.

A fs. 15, obra el Oficio N.4-1-c/001 del Ministerio de Relaciones Exteriores, en respuesta al cursado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el que da cuenta que no existe ningún convenio suscrito entre el Gobierno del Perú y el de los Estados Unidos de Norteamérica, que regule la ejecución de resoluciones de Divorcio emitidas entre ambos países.

Tramitado el expediente, conforme a su naturaleza, se dicta sentencia a fs.19 declarando improcedente el exequátur planteado de fs.7, por lo que el actor solicitante interpone recurso de nulidad.

Del estudio y análisis de los actuados y de la legislación sobre la materia se infiere:

1. Las sentencias extranjeras tienen en el Perú el valor que les conceden los tratados. (art.2102 Cód. Civ. Primera Parte y art. 1155 del Cód. Proc. Civ).
2. No existe tratado suscrito entre Perú y Estados Unidos de América sobre ejecución de sentencias.
3. Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene ésta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos (art.2102 Cód. Civ. Segunda Parte y art. 1156 Cód. Proc. Civ).
4. En conclusión, al no existir tratado sobre esta materia, es indispensable acreditar que en el Estado de Delaware, Condado de New Castle de los Estados Unidos de Norteamérica, de donde proviene la sentencia, rige el principio de reciprocidad con relación a las sentencias expedidas en el Perú; y, la prueba en este caso incumbe al solicitante interesado. Es menester tener presente en este caso, que el sistema jurídico imperante en los EE.UU. es el Anglosajón (asumido por los países del "Common Law") en el que el derecho no es codificado como el nuestro, sino jurisprudencial, por lo que la reciprocidad a probarse será mediante sentencias jurisprudenciales; pero puede darse el caso de que el Tribunal de ese Estado, no haya ejecutado ninguna sentencia expedida por los Tribunales Peruanos, en tal virtud, lo que debe demostrarse es que se ejecutan los fallos extranjeros y que por lo tanto podría ejecutarse un fallo peruano.

Se declaró IMPROCEDENTE el exequatur planteado.

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE MARZO DE 1993 <sup>557</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el exequatur o procedimiento judicial para la homologación de sentencias extranjeras, tiene por finalidad darle fuerza ejecutiva en el Perú al fallo pronunciado en el extranjero con la finalidad de evitar la duplicidad judicial o en aras del principio internacional de la reciprocidad o también denominado “de cortesía internacional”; que, es por ello que en el presente procedimiento la autoridad jurisprudencial peruana se limita a reconocer fuerza ejecutiva -o negársela en su caso- a dicho fallo siempre que concurran determinados presupuestos, desde que por el mismo principio no se puede -no es el lugar- para declarar la nulidad de lo fallado en el exterior, no se puede revisar el fondo de la sentencia a homologar, pues ello contraría el espíritu mismo del exequatur haciendo del propio proceso homologante la duplicación que, la prueba de la reciprocidad constituye en esencia una prueba negativa, desde que es la no reciprocidad la que debe ser acreditada, no al contrario; que, de conformidad con la Teoría General de la Prueba, los hechos negativos no pueden ser acreditados, invirtiéndose la carga de la prueba hacia los hechos positivos; que, en consecuencia, el inciso octavo del artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil debe ser interpretado en el sentido de que es la no reciprocidad la que determina la improcedencia del exequatur y, por lo tanto, la que debe ser acreditada por el que lo contradice, de manera tal que a falta de contradicción, debe presumirse *juris tantum* que, por el propio principio de cortesía internacional ya referido, existe reciprocidad máxime si la reciprocidad judicial se da en cada caso, no existe un estado permanente de reciprocidad, no forma alguna de autoridad extranjera que certifique dicho requisito; que las exigencias legales deben ser racionales y razonables de manera tal que no puede plantear una que, siendo de imposible cumplimiento determine la inexistencia fáctica de una institución jurídica que el ordenamiento jurídico consagra, como es en este caso, el procedimiento judicial de homologación de sentencias extranjeras, o también denomi-

---

557 Exp. 453 - 90 / Lima.

nado exequatur; que estando a las previsiones antes expuestas de tal manera, que al haberse cumplido con las exigencias legales previstas por el artículo mil ciento cincuentinueve del Código de Procedimientos Civiles, conforme es de verse de fojas tres a treinta; procede amparar la solicitud de fojas treintiuno; y, estando a lo prescrito por los artículos dos mil ochentiuno, dos mil ochentidós y dos mil ciento cuatro, inciso cuarto del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la apelada ...que declara improcedente la solicitud ...revocándola la declararon FUNDADA y, en consecuencia que la sentencia de divorcio expedida en los seguidos por ...con ..., a que se contrae el documento de fojas tres a treinta, ante el Juzgado Primero de lo Familiar de la Heroica Puebla de Zaragoza, Ciudad de México tiene fuerza en el Perú; MANDARON: se cursen los partes respectivos, para su anotación en el Registro del Estado Civil del Concejo Distrital de San Isidro (partida número trescientos cincuenta), del veintisiete de octubre de mil novecientos sesenticuatro, así como al Registro Personal de los Registros Públicos; en los seguidos por ... con ...sobre exequatur; y los devolvieron.

El Ministerio Público en el mismo sentido opinó:

Viene para vista fiscal, la causa seguida por doña ..., sobre exequatur.

La actora solicita a fs. 31, el reconocimiento de la sentencia de divorcio que puso fin al vínculo matrimonial con don ..., emitida por los Tribunales de Justicia Mejicanos de la ciudad de Puebla.

De fs. 4 a 29, obran los actuados respecto al juicio de divorcio por mutuo consentimiento que siguieran doña ...y don ...ante el Juez Primero de lo Familiar de la ciudad de Puebla.

A fs. 34, aparece la partida de matrimonio de las partes, ceremonia realizada ante la Municipalidad de San Isidro.

A fs. 40, la Sala emite sentencia la misma que declara improcedente la solicitud de exequatur, lo que motiva el recurso de apelación que interpone ...

Siendo uno de los requisitos para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, además de los que señalan los arts. 2102 y 2103 del Código Civil, es que se pruebe la reciprocidad, conforme lo señala el art. 2104 inc. 8°, y apareciendo de los actuados que la solicitante no ha cumplido con acreditarla, por lo cual no resulta amparable la presente solicitud.

Por lo expuesto, este Despacho es de opinión que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE MAYO DE 1993 <sup>558</sup>

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el exequatur o procedimiento judicial para la homologación de sentencias extranjeras, tiene por finalidad darle fuerza ejecutiva en el Perú al fallo pronunciado en el extranjero con la finalidad de evitar la duplicidad judicial o en aras del principio internacional de la reciprocidad o también denominado "de cortesía internacional"; que, es por ello que en el presente procedimiento la autoridad jurisdiccional peruana se limita a reconocer fuerza ejecutiva -o negársela en su caso- a dicho fallo siempre que por el mismo principio no se puede -no es el lugar- para declarar la nulidad de lo fallado en el exterior, no se puede revisar el fondo de la sentencia a homologar, pues ello contraría el espíritu mismo del exequatur haciendo del propio proceso homologante la duplicación; que, la prueba de la reciprocidad constituye en esencia una prueba negativa, desde que es la no reciprocidad la que debe ser acreditada, no al contrario; que, de conformidad con la Teoría General de la Prueba, los hechos negativos no pueden ser acreditados, invirtiéndose la carga de la prueba hacia los hechos positivos; que, en consecuencia, el inciso octavo del artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil debe ser interpretado en el sentido de que es la no reciprocidad la que determina la improcedencia del exequatur y, por lo tanto, la que debe ser acreditada por el que lo contradice, de manera tal que a falta de contradicción, deber presumirse *juris tantum* que, por el propio principio de cortesía internacional ya referido, existe reciprocidad máxime si la reciprocidad judicial se da en cada caso, no existe un estado permanente de reciprocidad, no forma alguna de autoridad extranjera que certifique dicho requisito; que las exigencias legales deben ser racionales y razonables de manera tal que no puede plantear una que, siendo de imposible cumplimiento determine la inexistencia fáctica de una institución jurídica que el ordenamiento jurídico consagra, como es en este caso, el procedimiento judicial de homologación de sentencias extranjeras, o también denominado exequatur; que estando a las previsiones antes expuestas de tal manera, que al haberse cumplido con las exigencias legales previstas por el artículo

mil ciento cincuentinueve del Código de Procedimientos Civiles, conforme es de verse de fojas dos a siete; procede amparar la solicitud de fojas once; y, estando a lo prescrito por los artículos dos mil ochentiuno, dos mil ochentidós y dos mil ciento cuatro, inciso cuarto del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la apelada de fojas treinta, su fecha quince de abril de mil novecientos ochentiocho, que declara improcedente la solicitud de fojas once; revocándola la declararon FUNDADA y, en consecuencia que la sentencia de divorcio expedida en los seguidos por ...con ..., a que se contrae el documento de fojas dos a siete, traducida de fojas cuatro a siete, ante la Corte Superior de Miami, Condado de Dade, Estado de Florida, de los Estados Unidos de Norteamérica tiene fuerza en el Perú...

En el mismo sentido el Ministerio Público opinó:

Viene para vista fiscal, el exequatur planteado por doña ...a fin que se reconozca en el Perú, la sentencia que declara la disolución de su vínculo matrimonial, contraído con ..., expedida por la Corte de Circuito del Décimo Primer Circuito Judicial del Condado de Dade, Estado de Florida, Exp. N° 85-52088 FC17.

El art. 1156 del Código de Procedimientos Civiles, al igual que los arts. 2102 y 2104, inc. 8° del Código Civil establecen que si no existe tratado con la nación en que se ha pronunciado sentencia, ésta tiene la misma fuerza que en aquel país se dá a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos, así mismo, el art. 1162 del Código de Procedimientos Civiles establece que corresponde al accionante probar la reciprocidad existente entre ambos países; en el caso de autos, no existe tratado entre Perú y Estados Unidos de América sobre la ejecución de las sentencias pronunciadas por Juzgados y Tribunales de ese país, por tanto, o tienen fuerza legal en el Perú y para su reconocimiento el demandante debe probar la reciprocidad existente, de acuerdo a las normas anotadas.

Por otro lado, es preciso indicar que la resolución de vista que declara improcedente la solicitud de fs. 4, se refiere única y exclusivamente a la falta de cumplimiento del art. 1156 del Código de Procedimientos Civiles por parte del accionante a fin de reconocerse la referida sentencia en el Perú; que la accionante confunde la competencia jurisdiccional, la ley aplicable prevista en títulos distintos del Código Civil con el reconocimiento

de sentencias extranjeras señalados en el Título III del Libro X del mismo cuerpo de leyes.

Por las consideraciones expuestas, este Ministerio Público opina que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

En materia de reconocimiento de resoluciones extranjeras el Código Procesal Civil introduce una modificación sustancial en cuanto a los requisitos para la homologación de estos fallos, al establecer que se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú, correspondiendo la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.

En este aspecto, conservaría plena vigencia el sentido en el cual se pronunciaron las dos últimas ejecutorias.

#### ***4.3.2 Selección de Resoluciones de Exequatur***

*- El derecho al divorcio o la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal.*

#### **1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE OCTUBRE DE 1996<sup>559</sup>**

##### **DICTAMEN FISCAL:**

Es materia del Recurso de Apelación la Resolución de fojas 107 que declara Procedente el petitorio de fojas 33 y, en consecuencia, que tiene fuerza y validez legal en el Perú la Sentencia de fojas 11/14, 15/19 pronunciada el 25 de agosto de 1994 por la Cámara de lo Civil y Comercial de la Quinta Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo, República Dominicana, que disuelve el vínculo matrimonial existente entre don HAM y doña CIR a que se contrae la Partida de Matrimonio de fojas 10, en los seguidos por Ham sobre Reconocimiento de Sentencia Extranjera en el Perú. De la revisión de los actuados se advierte que el objeto de la pretensión del solicitante es el reconocimiento de la Sentencia Civil N° 61994 de fecha 25 de

---

559 Diálogo con la Jurisprudencia N° 6 Año III p. 133-135

agosto de 1994, expedida por el Juez de Primera Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo, República Dominicana, mediante la cual se declara el “Divorcio Final y Definitivo” entre el peticionario y su cónyuge CIR por la causal de incompatibilidad de caracteres y, en consecuencia, disuelto el Matrimonio que contrajeron el 27 de junio de 1976, ante el Juez de Circuito en la ciudad de Chicago, Condado de Cook, Estado de Illinois, Estados Unidos de Norteamérica. Conforme con lo dispuesto por el artículo 2104 del Código Civil, para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103 del mismo ordenamiento, que se haya cumplido con determinadas condiciones, entre ellas la contenida en el inciso segundo del citado artículo, referida a la Competencia de los Tribunales Extranjeros para conocer el asunto de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado y a los Principios Generales de la Competencia Procesal Internacional. Los artículos 2102 y 2103 del Código Civil dan a las Sentencias Extranjeras la fuerza que le conceden los tratados y, a falta de ellos, la que en el país extranjero se da a las sentencias pronunciadas por los Tribunales Peruanos. Habiendo suscrito el Perú y la República Dominicana el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado I y II de Panamá (1975) y Montevideo (1979), que fueron ratificadas por el Perú mediante Decreto Ley N° 22953 del 15 de Marzo de 1980, constituyen la base legal aplicable al caso. El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que forma parte del CIDIP, establece que las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen determinadas condiciones, siendo una de ellas la contenida en el inciso d), esto es: “Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deben surtir efecto”, norma esta que guarda perfecta concordancia con el citado artículo 2104 de nuestro Código Civil. Ahora bien, con relación a la Competencia Jurisdiccional Internacional Privada, el artículo 2057 del Código Civil determina que “Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional”, vinculándose por tanto la competencia con el hecho objetivo del domicilio, el que de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre este particular se determina por el lugar de la residencia

habitual o del centro principal de los negocios y, tratándose de cónyuges, está determinado según el artículo 4 por el lugar en el cual éstos vivan de consuno, norma que ha sido recogida por los artículos 36 y 2081 de nuestro Código Civil. Que siendo así y apareciendo del Acta de Audiencia y Declaración Judicial de fojas 95 a 98 que el solicitante ha declarado al responder la primera y segunda preguntas del Pliego de fojas 94 que el último domicilio conyugal ha estado ubicado en la calle ... de la Urbanización San Ignacio de Monterrico del Distrito de Surco de la Provincia de Lima-Perú y asimismo al responder la tercera pregunta del mismo pliego, que su trabajo habitual está en el Colegio ... de esta ciudad y por ende que reside en el Perú, los Jueces Peruanos son los competentes para conocer de la Disolución del Vínculo Matrimonial que lo une a doña ...

En consecuencia, la petición de fojas 33 NO ES PROCEDENTE, desde que las normas de la República Dominicana, que amparan o sustentan el fallo cuyo reconocimiento se solicita, lesionan principios generales de competencia procesal internacional. Además, porque no aparece en autos que las partes de este proceso hayan tenido algún vínculo real con los tribunales de ese país, pues nunca residieron en dicho lugar y, el solo hecho de que el peticionario haya viajado al mismo para tramitar su divorcio, no hace surgir dicha vinculación. Por tanto, esta Fiscalía es de opinión que se REVOQUE la Sentencia Apelada y se declare IMPROCEDENTE la solicitud de fojas 33.

La Corte Suprema opinó:

VISTOS; De conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal Supremo en lo Civil; Y CONSIDERANDO: Que, conforme es de apreciarse de fojas treintitrés el actor solicita el reconocimiento y consiguiente ejecución de la Resolución Judicial emitida en el extranjero, respecto de la sentencia judicial de divorcio número sesentidós mil novecientos novecuatro por la Cámara en lo Civil y Comercial de la Quinta Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de la República Dominicana, de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos novecuatro, que disuelve el vínculo matrimonial del recurrente con doña CIR; Que, por escrito de fojas setentinueve la emplazada ha formulado contradicción en base a la competencia jurisdiccional por razón de domicilio, que si bien de acuerdo al artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República se requiere además de los requisitos

previstos en los artículos dos mil ciento dos y dos mil ciento tres, los requisitos que la propia disposición legal señala, lo es también que el derecho al divorcio o a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio como lo indica el artículo dos mil ochentiuño del Código Civil; que, abona esta consideración lo previsto en el artículo dos mil setenta del Código Civil cuando establece que el estado y la capacidad de la persona natural se rigen por la ley del domicilio, agregando dicha norma legal que el cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley de domicilio; Que, la propia declaración de parte actuada en la audiencia de fojas noventicinco consta de modo incontrovertible que el domicilio conyugal fue fijado en la calle ..., San Ignacio de Monterrico, Surco Lima, que, de igual forma, el actor es domiciliado y residente en el Perú en la calle ..., Surco, Lima Perú, tal como fluye de la sentencia de fojas quince, materia de reconocimiento judicial; Que, la residencia temporal en la ciudad de Costa Rica, no se ajusta a los requisitos señalados para hacer viable la solicitud de su propósito: que, por estas razones: REVOCARON la sentencia recurrida a fojas ciento seis, su fecha veintiuno de setiembre de mil novecientos noventicinco, que declara procedente la petición de fojas treintitrés, y dispone que tiene la fuerza y validez legal en el Perú, la sentencia pronunciada el veinticinco de agosto de mil novecientos noventicuatro por la Cámara de lo Civil y Comercial de la Quinta Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional de la República Dominicana, con lo demás que a este respecto contiene; REFORMANDOLA, declararon IMPROCEDENTE la solicitud de fojas treintitrés; en los seguidos por don HAM con CIR sobre Exéquatur y los devolvieron.

*- El convenio de conciliación no puede ser materia de reconocimiento toda vez que no se trata propiamente de una sentencia, por lo que carece de objeto pronunciarse en este sentido".*

## 2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1998<sup>560</sup>

DICTAMEN FISCAL:

Señor Presidente:

... interpone recurso de apelación contra la resolución de fecha 10 de julio de 1998, a fojas 83, que declara improcedente la solicitud

---

560 Casación N° 50-98/Lima

de la recurrente sobre reconocimiento de “los autos de los hechos, conclusiones de ley, sentencia de divorcio, convenio de conciliación y acuerdo” (sic), seguidos ante la Corte Suprema de Nueva York-Condado de Kings, Estados Unidos de Norteamérica, con ... sobre divorcio. Atendiendo a que, el artículo 2102° del Código Civil señala que sólo las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en el Perú la fuerza que les conceden los tratados respectivos, resulta improcedente el petitorio de la recurrente por estar dirigido a que el órgano jurisdiccional peruano reconozca un convenio que no tiene la calidad de sentencia y que tampoco se encuentra incorporado a la sentencia expedida con fecha 10 de junio de 1992, por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Kings; por lo que este Ministerio es de opinión que se declare INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto.

La Sala Suprema se pronunció:

VISTOS; con lo opinado por el Señor Fiscal; y ATENDIENDO: 1°) Que de conformidad con el artículo dos mil ciento dos del Código Civil sólo las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que le conceden los tratados respectivos; 2°) Que de la solicitud de fojas treintiséis aparece que la recurrente solicita en forma expresa el reconocimiento de la sentencia de fecha diez de junio de mil novecientos noventidós, expedida por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Kings, denominada Autos de los Hechos- conclusiones de Ley- Sentencia de divorcio, así como del Convenio de Conciliación y Acuerdo de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos noventiséis, celebrado entre las partes; 3°) Que en cuanto al reconocimiento de la sentencia extranjera antes referida, cuya copia íntegra corre de fojas ocho a diecisiete, se aprecia que la misma se encuentra debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, de conformidad con el artículo dos mil diecisiete del citado Código sustantivo; 4°) Que asimismo, la solicitud de exequatur cumple con los requisitos previsto en el artículo dos mil catorce del citado Código ya que del documento de fojas dieciocho, Convenio de Conciliación y Acuerdo en su primer punto, se extrae la conclusión que la sentencia sub-materia tiene la autoridad de cosa juzgada, al convenirse que no se formulará ningún reclamo sobre la validez de la sentencia de divorcio; 5°) Que de acuerdo a lo que prescribe el artículo ochocientos treintiocho del Código Procesal Civil se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos

arbitrales pronunciados en el Perú, correspondiendo la prueba negativa a quién niegue la reciprocidad, presunción que no ha sido desvirtuado en autos, por lo que cabe amparar la solicitud de fojas treintiséis, en cuanto al reconocimiento de la sentencia extranjera; 6º) Que el Convenio de Conciliación y Acuerdo del diez de diciembre de mil novecientos noventiséis, tiene efectos entre las partes, y no puede ser materia de reconocimiento toda vez que no se trata propiamente de una sentencia, por lo que carece de objeto pronunciarse sobre este extremo:

REVOCARON la resolución de fojas ochentitrés, su fecha diez de julio de mil novecientos noventaiocho, que declara improcedente la solicitud de fojas treintiséis, subsanada a fojas cuarentiocho, REFORMANDOLA declararon FUNDADA dicha solicitud sobre reconocimiento de sentencia extranjera; en consecuencia se reconoce los efectos legales a que se contrae las sentencia extranjera de fecha diez de junio de mil novecientos noventidós, expedida por la Corte Suprema del Estado de Nueva York Condado de Kings, denominada autos de los Hechos-conclusiones de Ley-Sentencia de divorcio; SIN OBJETO pronunciarse sobre el extremo referido al reconocimiento del Convenio de Conciliación y Acuerdo, en los seguidos con don ..., sobre reconocimiento de sentencia extranjera; ENTREGUESE las copias certificadas del expediente al interesado; manteniéndose el original en el archivo de la Sala de origen; y los devolvieron.

*- El pedido de nulidad debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo.*

### 3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1998<sup>561</sup>

CONSIDERANDO: 1º) Que conforme al Artículo ciento setentiséis del Código Procesal Civil, el pedido de nulidad debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo; 2º) Que, tanto la apoderada del demandante como la demandada, comparecen en juicio en nombre de sus respectivos poderdantes, y si bien en esos apersonamientos, no hacen declaración expresa de aceptación, tal formalidad omitida no fue observada por ninguna de las partes en cuanto conocieron el defecto, por lo que se operó la convalidación tácita prevista en el tercer párrafo del artículo ciento setentidós del

---

561 Casación N° 55-98/Lima

Código Procesal Civil, a más de que no influye en el sentido de la resolución prevista en el párrafo siguiente de ese artículo; 3º) Por estos fundamentos, CONFIRMARON la sentencia de vista ..., su fecha quince de julio de mil novecientos noventa y ocho, que declara fundada la solicitud de fojas doce subsanada a fojas ..., con lo demás que contiene; en los seguidos por ... con ... sobre reconocimiento de sentencia extranjera; y los devolvieron.

*- Procede amparar la solicitud de exequatur de divorcio en el extremo que declara la disolución del vínculo, más no en cuanto dispone la transferencia de bienes ubicados en la República.*

#### 4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1998<sup>562</sup>

##### DICTAMEN FISCAL:

Es materia del Recurso de Apelación interpuesto a fojas 288 a 234, por don ... al que se adhirió la parte demandante a fojas ..., la Sentencia de fojas ... dictada el ... por la ..., que declaró INFUNDADA la Contradicción efectuada por el emplazado ..., mediante escrito de fojas 58-59, ampliando a fojas 123 a 127, en el extremo que se sustenta en la existencia de una Sentencia anterior de Divorcio dictada por un Organismo Jurisdiccional extranjero; FUNDADA la referida contradicción respecto a que la solicitud pretenda resolver ambos asuntos de exclusiva competencia peruana y en consecuencia FUNDADA EN PARTE la demanda de fojas 26 a 29, subsanada a fojas 32, interpuesta por doña ..., representada por don ... y en CONSECUENCIA que tiene fuerza legal en el Perú la Sentencia de Divorcio, dictada por la Corte Suprema del Estado de Nueva York de los Estados Unidos de América con fecha 10 de Noviembre de 1997 que CONCEDE el Divorcio a ... y ... que se contrae la Partida de Matrimonio de fojas 22, asimismo, que tiene fuerza legal en el Perú, los extremos de la referida Sentencia, respecto a la custodia de los hijos habidos en el matrimonio, régimen de visita de los mismos y pensiones alimenticias señaladas e IMPROCEDENTE el extremo de la demanda en cuanto solicita el reconocimiento de la Sentencia materia de autos, referida a la designación de la demandante para que sea receptora sin pago de honorarios o registro de titularidad de las propiedades de la sociedad conyugal, así como para que en dicha con-

dición venda los citados bienes y que el asesor legal de la demandante conserve el saldo de los fondos de dicha venta en una cuenta con intereses hasta nueva orden del Organismo Jurisdiccional extranjero que expidió la referida Sentencia. De la revisión del expediente, se advierte que la solicitud de fojas 26 a 29, subsanada a fojas 32, interpuesta por doña ..., mediante la cual pretende el reconocimiento en el Perú de la Sentencia de Divorcio dictada el 10 de Noviembre de 1997, por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, de los Estados Unidos de Norteamérica (fojas 12 a 17) traducida oficialmente a fojas 1 a 11, que disuelve el vínculo matrimonial que contrajeron el 4 de Abril de 1978 en la ciudad de Queens del Estado de Nueva York (Estados Unidos) don ... y doña ..., que se refiere el documento de fojas 22, reúne en parte los requisitos exigidos por el artículo 2104 del Código Civil, como puntualiza acertadamente en la Sentencia de fojas 163 a 165, la que ha sido dictada con arreglo a ley, debiendo anotarse que de conformidad con el artículo 838 del Código Procesal Civil, se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú, resultando asimismo de aplicación el artículo 2081 del Código Civil, que establece que el derecho al divorcio y a la separación se rigen por la ley del domicilio conyugal, ya que doña ... y don ... tuvieron como domicilio conyugal en la ciudad de Nueva York de los Estados Unidos de Norteamérica.

#### La Corte Suprema se pronuncia:

VISTOS; por sus fundamentos, y de conformidad con lo opinado por la señorita Fiscal; y CONSIDERANDO además: 1º) Que doña ... comparece representada por don ..., según poder ... 2º) Que los documentos relativos a una sentencia expedida por la Corte Suprema de la Mancomunidad de las Bahamas, que corren de fojas cuarenta a cuarentiocho, no pueden ser apreciados, pues las sentencias extranjeras para tener valor en el Perú deben ser homologadas judicialmente, además que, como se aprecia de la sentencia expedida por la Corte del Estado de Nueva York del tres de noviembre de mil novecientos noventa y siete, de cuyo reconocimiento se trata, en su último considerando rechaza y no reconoce la sentencia de la Corte de Bahamas, por las razones que indica, de tal manera que se trata de la reiteración de un argumento que fue analizado y resuelto, y no hay interpretación errónea del artículo doscientos treinta y cinco del Código Procesal

Civil; 3º) Que el emplazado no ha probado que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada suspendida por una autoridad competente del país en que se dictó, y la certificación expedida lleva constancia de haber sido archivada, por lo que satisfice las exigencias de los artículos dos mil ciento cuatro inciso cuarto del Código Civil, cuatrocientos veintitrés inciso cuarto del Código de Bustamante; 4º) Que la sentencia de vista señala con toda precisión cual es la parte de la sentencia a la que se le da fuerza legal en el Perú; 5º) Que conforme al artículo dos mil cincuentiocho inciso primero del Código Civil, la competencia de los Tribunales del Perú es exclusiva tratándose de derechos reales sobre bienes situados en la República, y a fojas sesentiuno la parte actora reconoce que actualmente sigue un proceso de separación de patrimonios ante el Segundo Juzgado de Familia de Lima, como resulta también de las copias de foja cien a ciento seis y ciento cuarentiséis a ciento cincuentitrés; CONFIRMARON la sentencia apelada de ... del ... declarando INFUNDADA la contradicción efectuada por la emplazada a fojas ..., en el extremo que se sustenta en la existencia de una sentencia anterior de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional extranjero; con lo demás que contiene y es materia del recurso; ...

*- No procede otorgar el exequatur de un divorcio declarado en el extranjero por causales no previstas en la Ley Nacional, por cuanto las normas relativas al matrimonio y la familia como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, son de orden público y por ende, de cumplimiento obligatorio.*

#### 5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1998<sup>563</sup>

##### DICTAMEN FISCAL:

De la revisión del expediente, se advierte que la solicitud de ... interpuesta por don... en nombre y representación de doña ..., mediante la cual pretende el reconocimiento en el Perú de la Sentencia de Divorcio dictada el 5 de Diciembre de 1996, por la Corte Superior del Condado de Fulton, del Estado de Georgia de los Estados Unidos de América ( fojas 26 a 35 )traducida oficialmente a fojas 7 a 25, que disuelve el vínculo matrimonial que contrajeron el 8 de Mayo de 1981, ante el Concejo Distrital de San Isidro (Lima-Perú) don ... y doña ..., a que se refiere el

---

563 Casación N° 59-98/Lima

documento de fojas 36, reúne los requisitos exigidos por el artículo 2104 del Código Civil, como se señala correctamente en la Sentencia de fojas 59-60 debiendo anotarse que de conformidad con el artículo 838 del Código Procesal Civil, se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú, resultando asimismo de aplicación el artículo 2081 del Código Civil ya que las partes tuvieron como domicilio conyugal en el Condado de Fulton (Estado de Georgia de los Estados Unidos de América). Por lo tanto, la Primera Fiscalía Suprema en lo Civil, es de Opinión que debe CONFIRMARSE la Sentencia apelada a fojas ..., de fecha ...

La Corte Suprema resuelve:

VISTOS; con lo expuesto por la Señorita Fiscal Supremo, y CONSIDERANDO: 1º) Que, son principios del derecho internacional privado, recogido por nuestra legislación en el artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil, que pueden homologarse sentencias expedidas por tribunales extranjeros, siempre que estas no resuelvan asuntos de competencia peruana exclusiva, que no sean contrarias al orden público, ni a las buenas costumbres, entre otras; 2º) Que, las normas relativas al matrimonio y familia como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, son de orden público y por ende, de cumplimiento obligatorio; 3º) Que, en el Perú las causales para demandar divorcio absoluto son *númerus clausus*, y no existe causal por incompatibilidad de caracteres y separación de hecho, que sirve de fundamento de la sentencia expedida por la Corte Superior del Condado de Fulton; 4º) Que, habiéndose celebrado el matrimonio en el Perú bajo su legislación, no puede accederse al divorcio por causales que no considera la misma; REVOCARON la sentencia apelada de fojas ... su fecha ..., que declara fundada la solicitud interpuesta por ... REFORMANDOLA declararon IMPROCEDENTE dicho pedido, en los seguidos con ... sobre *exequatur* ...

#### **4.4. Efectos de las reformas legales operadas en esta materia**

La consecuencia de mayor repercusión en este tema, es que los jueces nacionales de acuerdo al actual régimen legal, admiti-

rán divorcios que antes no prosperaban, el de los peruanos que hayan sido otorgados en el extranjero, según la ley de su domicilio, más, cabría preguntarnos ¿han de prosperar todos los divorcios que se amparan en la ley del domicilio?

Nuestros tribunales no permitirán la aplicación de la ley extranjera en dos casos:

- Excepción de orden público.- Está prevista en el art. 2049 que establece:

Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

Rigen, en este caso, las normas de derecho interno peruano.

Concepto de orden público internacional, de alcances más restringidos que la tradicional excepción de orden público, que legislaba el art. X del Título Preliminar del C.C. de 1936, que señalaba genéricamente: "las leyes extranjeras no son aplicables cuando son contrarias al orden público o a las buenas costumbres", que operaba cuando los magistrados consideraban transgredido el orden público de nuestro Estado y que no siempre puede afectar principios de orden internacional, ya que como expresa Alfonsín: "si bien todo precepto del Orden Público Internacional, es a fortiori de orden público interno, la inversa no es igualmente verdadera, por lo cual no basta con que una norma sea de Orden Público interno para fundar en ella una excepción de Orden Público Internacional"<sup>564</sup>

En tanto, el art. 2104, inc. 7º, se refiere específicamente a la ejecución de sentencias extranjeras en el país, no procediendo aquellas que sean violatorias del orden público y de las buenas costumbres.

---

564 Citado por Delia Revoredo de Debakey. Código Civil, Lima, Industria Avanzada, 1985, t. VI, p. 903

- Excepción de fraude de la ley.- El Código Civil de 1984 no la recoge de manera expresa, lo que resulta una grave omisión, y más en los casos de divorcio, donde se convierte en un peligro latente, porque los cónyuges pueden impedir la aplicación de nuestra ley, alterando maliciosamente el factor de conexión domicilio; logrando divorcios sin mayores exigencias y en tiempo récord en los llamados paraísos divorcistas, Santo Domingo, Estado de Morelos en México, Reno y Nevada en EE.UU., en donde la calificación de domiciliados y el divorcio es cuestión de pocos días.

La operatividad práctica de ambos medios deviene difícil, en especial la del fraude de la ley, por requerirse acreditar la intención fraudulenta que burle la aplicación de la ley debida.

Como se aprecia, el panorama jurídico en esta parte ha variado, el juez peruano va a tener que acoger divorcios declarados en el extranjero, que antes denegaba de plano -el de los peruanos-. Divorcios que podían darse en el país según nuestra ley, y en esos casos va a ser beneficioso porque va a evitar un doble trámite; pero también es posible que se introduzcan otros, que según nuestra reglamentación no se admitirían, ante los cuales en algunos casos será factible oponer las excepciones, mientras que en otros no podrán hacerlo y, por lo tanto, habrán de declararlos procedentes.

He ahí que el efecto no deseado, tal vez, el actualizar nuestros criterios legales, va a ser el de una posible apertura divorcista en este rubro. Más efectiva en ciertos niveles económicos y sociales, que la de las modificaciones introducidas en la parte sustantiva.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, Manuel, Manual de derecho de familia y sucesiones. Barcelona, Bosch, 1974.
- ANDERSON, Gaylord, ARNSTEIN, Margaret y LESTER Mary, Control de enfermedades transmisibles. Cuarta edición. México, Interamericana, 1965.
- ALFONSIN, Quintín, Régimen Internacional del divorcio. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1953.
- BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, México DF, HARLA, 1990
- BARBERO, Omar, Daños y Perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires, Astrea, 1977.
- BEHAMON, Marta y HELO, Olga, El divorcio en Colombia. Bogotá Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas, 1977.
- BELLUSCIO, Augusto César, Nociones de derecho de familia. Buenos Aires. Omeba, 1967.

- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI Eduardo. Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de Derecho Penal. Tomo 2. Lima, Librería Imprenta "Marcos", 1981.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Código Civil. Cuarta edición. Lima, Editorial e Imprenta "Amauta", 1969.
- COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henry, Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I. Instituto Editorial Reus, 1941.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano. Novena edición. Lima, Gaceta Jurídica Editores. 1998.
- CORREDOR, Berta, La Familia en América Latina. Friburgo, Bogotá, Oficina Internacional de Investigaciones Sociales de Feres y Centro de Investigaciones Sociales, Departamento Socio-Económico, 1962.
- CRESPI, Jorge Edgardo, La Cosa Juzgada en el Derecho de Familia, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- DE LA LAMA, Miguel Antonio, Código Civil del Perú. (1852) Lima, Imprenta Gil, 1893.
- DESPERT, J. Louise, Hijos del divorcio. Buenos Aires, Hormé, 1962.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, RODRIGUEZ, Roger y otros editores. La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica, 1990.
- DIAZ LOPEZ, Gladys y GUZMAN NAVARRO, Rafael, Invalidez Social del divorcio. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas, 1980.
- ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, Vol. I. Barcelona, Bosch, 1953.

- ESTRADA CRUZ, Arnaldo, El abandono del hogar conyugal como causal de divorcio. Trujillo, Bolivariana, 1969.
- ESTRADA CRUZ, Arnaldo, El divorcio en la legislación peruana. Trujillo, Bolivariana, 1974.
- FASSI, Santiago, Carlos, Estudio de derecho de familia. La Plata, Platense, 1962.
- FANZOLATO, Eduardo, Alimentos y Reparaciones en la Separación y el Divorcio, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- FERRARI CERETTI, Francisco. El divorcio, Buenos Aires, Depalma, 1975.
- GARCIA CALDERON, Manuel, Derecho Internacional Privado. Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969.
- GARCIA GIL, F. Javier. Jurisprudencia Familiar y Sucesoria, Pamplona, Aranzadi, 1992.
- GROSMAN Cecilia. Acción de Impugnación de la Paternidad del marido, Buenos Aires, Abaco, 1982.
- GUZMAN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Civiles. Cuarta edición. Lima, Cultural Cuzco, 1982.
- GUZMAN FERRER, Fernando, Código Civil. Tomo I. Cuarta edición, Lima, Cultural Cuzco, 1982.
- HURTADO POZO, José. El Ministerio Público, Lima, Eddili, 1984.
- HURTADO POZO. José. Manual de Derecho Penal, Parte General, Eddili, segunda edición, 1987.
- ICARES (Editor). Drogadependientes: Reinserción Laboral. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

- IZAGUIRRE, Bernardino, *El Divorcio*. Lima, Imprenta de la Unión, 1916.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. II. Buenos Aires. Europa América, Bosch, 1952.
- JUTKOWITZ, Joel y otros. *Uso y abuso de drogas en el Perú*, Lima, CEDRO, 1987.
- LARRAIN RIOS, Hernán, *Divorcio*. (Estudio de Derecho Civil Comparado). Santiago de Chile, Jurídica, 1966.
- LINDO, Hugo, *El divorcio en El Salvador*. El Salvador, Universidad Autónoma de El Salvador, 1948.
- LOEWENWARTER, Víctor, *Derecho Civil Alemán Comparado*. Santiago de Chile, Nacimiento, 1943.
- LOPEZ IBOR, Juan José, *El libro de la vida sexual*. Barcelona, Océano-Danae.
- MAC GREGOR, Felipe, *Tres Conferencias sobre el divorcio*. Lima, Lumen. 1955.
- MARSILI, Jorge. *El Divorcio por Mutuo Consentimiento*, Córdoba, Editora Córdoba, 1983.
- MAZEAUD, Henry León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, Tomo IV, Buenos Aires, Europa-América, 1959.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Código Civil*. Edición Oficial, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1998.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *Ejecución y Reconocimiento de Sentencias Extranjeras*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo II. La Habana, Cultural, 1939.

- POZO VIDAL, Jorge, El Divorcio en el Perú. Lima, Neocont, 1972.
- P.U.C. Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Tomo I. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980.
- P.U.C. Instituto de Investigaciones Jurídicas. El divorcio absoluto y la separación de cuerpos en la provincia de Lima, Lima, Oficina de Publicaciones, 1970.
- PERALTA ANDIA, Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil, Lima, Editorial Moreno, 1993
- PERLA VELAUCHAGA, Ernesto, Juicio Odnario. Lima, Eddili, 1987.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. Acerca del Divorcio. Lima, Gráfica Espinal, 1990.
- RATTNER, Josseff, Psicología y Psicopatología de la vida amorosa, México, Siglo XXI, 1966.
- RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María. Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema, Lima, IDEMSA, 1994.
- REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, Código Civil. Tomos IV-VI. Lima, Industria Avanzada, 1985.
- ROA MACKENZIE, María Claudia, La seguridad jurídica de la familia. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas, 1977.
- ROY FREYRE, Luis, Derecho Penal Peruano. Parte especial, Tomo II. Lima, Instituto Peruano Ciencias Penales, 1975.
- RUBIO CORREA, Marcial. Para Leer el Código Civil III, Título Preliminar, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987.

- RUBIO CORREA, Marcial. Para Conocer la Constitución de 1993, Lima, Desco, 1994.
- SAJON, Rafael y ACHARD, José, Organización de la familia en Latinoamérica. Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, OEA, 1970.
- SARMIENTO, Juliana, y CARBO, Eusebio. Las Relaciones Sexuales Extramatrimoniales y sus efectos en la Legislación Civil, Bogota, Pontificia Universidad Javeriana, 1991.
- SENTIS MELENDO, Santiago. La Sentencia Extranjera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. Ciencia Penitenciaria, Lima, Desa, 1990, 4ta. edición.
- TARAMONA H., José, Manual del juicio de divorcio, Lima, Edigraf, 1985.
- TOVAR GIL, María del Carmen y Javier, Derecho Internacional Privado, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente 1987.
- VALCARCE ALFAYATE, Enrique, Hacia un divorcio restringido. Barcelona, Bosch, 1973.
- VELASCO GALLO, Francisco. Derecho Procesal Civil, (Procesos Especiales), Lima, 1993
- VELASCO LETELIER, Eugenio, De la disolución del matrimonio. Santiago de Chile, Jurídica, 1973.
- ZANNONI, Eduardo. Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges, Buenos Aires, Astria, 1977.
- ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo y otros. Para Leer el Código Civil II, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987.

*Artículos en revistas:*

BAQUERO BORDA, Hernando. La Condena de Ejecución Condicional y la Libertad Condicional, Derecho Penal y Criminología, Bogota, No 19, Enero - Abril 1983.

CABELLO, Carmen Julia, Derecho Alimentario entre Cónyuges, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 50. Lima 1996

CROVETTI, Jorge, La injuria grave como causal de divorcio, en Revista Jurídica del Perú, Año, No. IV, Octubre-Diciembre 1954.

CRUZADO BALCAZAR, Alejandro, Tradicional Polémica entre los Impugnadores y los Partidarios del Divorcio, en Revista Jurídica del Perú, Año XXIX, No. I, Enero-Marzo 1978.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Algo más sobre el abuso del derecho y la arquitectura interpretativa del operador jurídico en materia de disolución y decaimiento del vínculo conyugal, Diálogo con la Jurisprudencia, Año III, N° 6.

GARCIA SALAZAR, José, La injuria como causal de divorcio, en Revista Jurídica del Perú, Año IX, No. I-II, Enero-Junio 1958.

MANSILLA NOVELLA, César A. Los Medios de impugnación en el nuevo Código Procesal Civil. Revista del Foro, Año LXXX, Enero- Junio. 1992.

MONTENEGRO BACA, José, Ejecutorias Supremas de Derecho Civil Peruano. Trujillo, Bolivariana, 1936 a 1953.

MORALES GODOL, Juan. Corresponde al Juez aplicar la norma jurídica pertinente conforme lo determina el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984, Diálogo con la Jurisprudencia, año I N° 1, julio de 1995.

MORALES GODOL, Juan, El domicilio Conyugal en las Relaciones de Derecho Internacional Privado, Diálogo con la Jurisprudencia, Año III N° 7, Setiembre 1997.

MONROY GALVEZ, Juan F. El Aforismo "iura novit curia" (Art. VII del T.P. del Código Civil de 1984), Revista del Foro, Año LXXXIII, No I, Enero-Junio 1986. Jurisprudencia:

POSTIGO CACERES, Roberto, Jurisprudencia, Arequipa, El Deber, 1954.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. Consulta de la sentencia, Diálogo con la Jurisprudencia, Año II, N° 2, Diciembre de 1995.

Revista de Jurisprudencia Peruana.

Revista Jurídica del Perú.

Revista del Foro.

Revista Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República.

Normas Legales: Jurisprudencia

***Documentos:***

Las resoluciones supremas sobre divorcio pronunciadas durante los años 1979 a 1997, conservadas en la Sala de Abogados y en el Archivo General de la Corte Suprema de la República.



*DIVORCIO Y JURISPRUDENCIA EN EL PERÚ*

Se terminó de imprimir en el mes de  
setiembre de 1999, en los talleres gráficos  
de Editorial e Imprenta DESA S.A.,  
(Reg. Ind. 16521) Gral. Varela 1577,  
Lima 5, Perú.

Por Resolución Ministerial N° 224-98-PROMUDEH se le otorgó el Primer lugar del Premio Promudeh 1998, en calidad de Magistrada de la especialidad de Familia, por su trabajo de investigación: Las medidas socioeducativas. Marco legal y su aplicación en la Justicia de Familia en el Perú.

*Otras publicaciones de la autora:*

CINCUENTA AÑOS DE DIVORCIO  
EN EL PERÚ

Publicada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1° Ed. 1987, 2° Ed. 1988

MATRIMONIO Y DIVORCIO

En: La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.

DROGADEPENDIENTES:

Reinserción Laboral.

Directora de la Investigación.

Estudio efectuado bajo el auspicio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

ICARES (Editor). Publicado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1993.

DERECHO ALIMENTARIO ENTRE  
CÓNYUGES

En: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 50. 1996.

carmen julia cabello

**DIVORCIO Y JURISPRUDENCIA EN EL PERU**

