

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)³

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.

³ 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”⁴.

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 ⁵

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 1998⁶

“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”⁷.

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”⁸.

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 ⁹

...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 ¹⁰

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 ¹¹

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 ¹²

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 ¹³

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 ¹⁴

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 ¹⁵

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 ¹⁶

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 ¹⁷

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 ¹⁸

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 ¹⁹

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 1980²⁰

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 ²¹

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 ²²

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”²³.

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"²⁴.

1.5.1. *El adulterio consentido*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE JULIO DE 1984²⁵

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 ²⁶

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 ²⁷

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 ²⁸

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 1982²⁹

- 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”³⁰.

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 1981³¹

- 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 1962³²

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 ³³

“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 ³⁴

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 ³⁵

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 ³⁶

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 ³⁷

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 ³⁸

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 ³⁹

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 ⁴⁰

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 ⁴¹

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 ⁴²

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 ⁴³

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 ⁴⁴

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 ⁴⁵

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 ⁴⁶

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 ⁴⁷

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 1996⁴⁷

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 novecincio, 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 novecincio, 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 1998⁴⁸

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 treinta y nueve 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 ochenta y seis del Código Adjetivo.

SEGUNDO.- Que, se acusa la inaplicación del último párrafo del Artículo trescientos treinta y nueve 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 treinta y tres 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 treinta y nueve 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 ⁴⁹

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 ⁵⁰

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 ⁵¹

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 ⁵²

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 ⁵³

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 inconducta 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"⁵⁴.

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) ⁵⁵.

“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) ⁵⁶.

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 ⁵⁷:

“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” ⁵⁸.

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

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 ⁶⁰

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 ⁶¹

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 ⁶²

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"⁶³.

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 1953⁶⁴ y posteriormente la Resolución de fecha 17 de marzo de 1980⁶⁵. 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)⁶⁶.

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 ⁷⁰

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.⁷¹

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 ⁷²

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”⁷³.

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 ⁷⁴

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 ⁷⁵

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"⁷⁶.

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 1982⁷⁷

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 1993⁷⁸

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 1997⁷⁹

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 dos-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 dos-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 dos, 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 ⁸⁰

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 ⁸¹

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 ⁸²

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 ⁸³

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 ⁸⁴

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"⁸⁵.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 12 DE ABRIL DE 1961⁸⁶

"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 ⁸⁷

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 ⁸⁸

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 ⁸⁹

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”⁹⁰.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE MAYO DE 1993⁹¹

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”⁹².

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”⁹³.

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”⁹⁴

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”⁹⁵.

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”⁹⁶.

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”⁹⁷.

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) ⁹⁸.

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) ⁹⁹.

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” ¹⁰⁰.

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 ¹⁰¹

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 ¹⁰²

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) ¹⁰³.

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 ¹⁰⁴.

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 ¹⁰⁵.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE AGOSTO DE 1946 ¹⁰⁶

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 ¹⁰⁷

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 ¹⁰⁸

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 ¹⁰⁹

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 ¹¹⁰

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 ¹¹¹

"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" ¹¹².

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) ¹¹³ 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 ¹¹⁴

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 ¹¹⁵

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 1998¹¹⁶

... 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”¹¹⁷.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1944¹¹⁸

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 ¹¹⁹

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 procedente 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 ¹²⁰.

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" ¹²¹.

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" ¹²².

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 ¹²³

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 ¹²⁴

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 ¹²⁵

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"¹²⁶.

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"¹²⁷.

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 enfermedad¹²⁸.

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 1980¹²⁹

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” ¹³⁰.

Los Tribunales nacionales en tanto han mostrado un doble criterio para su apreciación:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE ABRIL DE 1980 ¹³¹

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 ¹³²

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 Planiol 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 ¹³³

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”¹³⁴.

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) ¹³⁵.

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 ¹³⁶

“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 ¹³⁷

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 ¹³⁸

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 1983¹³⁹

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"¹⁴⁰.

4.8.3.4. *Actos atentatorios de la dignidad del otro cónyuge*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE MAYO DE 1981¹⁴¹

"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 ¹⁴²

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 ¹⁴³

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 ¹⁴⁴

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 ¹⁴⁵

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 ¹⁴⁶

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 ¹⁴⁷

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 agraviar, 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 ¹⁴⁸

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 ¹⁴⁹

- 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 ¹⁵⁰

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 ¹⁵¹

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 ¹⁵²

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 provocaron¹⁵³.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE MAYO DE 1953¹⁵⁴

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 1963¹⁵⁵

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 ¹⁵⁶

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 ¹⁵⁷

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 ¹⁵⁸

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 ¹⁵⁹

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 ¹⁶⁰

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 ¹⁶¹

“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 ¹⁶²

- 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”¹⁶³.

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 1991¹⁶⁴

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 1993¹⁶⁵

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 ¹⁶⁶

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 ¹⁶⁷

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 atribuírse 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 ¹⁶⁸

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 ¹⁶⁹

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 ¹⁷⁰

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 ¹⁷¹

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 ¹⁷²

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 ¹⁷³

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 ¹⁷⁴

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”¹⁷⁵.

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 1982¹⁷⁶

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 ¹⁷⁷

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 1967¹⁷⁸

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 1980¹⁷⁹

“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 ¹⁸⁰

“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” ¹⁸¹.

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 1991¹⁸²

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 ¹⁸³

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE SETIEMBRE DE 1966 ¹⁸⁴

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 ¹⁸⁵

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 ¹⁸⁶

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 ¹⁸⁷

“...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 ¹⁸⁸

“...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 ¹⁸⁹

“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 ¹⁹⁰

“...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 ¹⁹¹.

La resolución siguiente presenta un caso de controvertida apreciación judicial.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE FEBRERO DE 1981 ¹⁹²

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 ¹⁹³

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 ¹⁹⁴

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 ¹⁹⁵

“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 ¹⁹⁶

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 ¹⁹⁷

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 ¹⁹⁸

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 ¹⁹⁹

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 1991²⁰⁰

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 1982²⁰¹

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 1983²⁰²

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 ²⁰³

“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 ²⁰⁴

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 1956²⁰⁵

...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 1979²⁰⁶

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 ²⁰⁷

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 ²⁰⁸

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 ²⁰⁹

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 concurren 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 ²¹⁰

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 ²¹¹

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 ²¹²

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

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 ²¹³

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 ²¹⁴

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 ²¹⁵

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 ²¹⁶

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 los 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 ²¹⁸

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 ²¹⁹

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 1997²²⁰

... 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 1998²²¹

... 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 1998²²²

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 ²²³

“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 ²²⁴

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 ²²⁵

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 ²²⁶

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 ²²⁷

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 declaró fundada la demanda, reformándola la declararon infundada.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE MARZO DE 1983 ²²⁸

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 declaró infundada la demanda.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE OCTUBRE DE 1985 ²²⁹

La Corte Suprema, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, declaró fundada la reconvencción 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 reconvenición.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1991 ²³⁰

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 ²³¹

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 setentinueve, 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 ²³²

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 ²³³

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 ²³⁴

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 ²³⁵

...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 ²³⁶

“ ...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 ²³⁷

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 ²³⁸

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 ²³⁹

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 ²⁴⁰

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 ²⁴¹

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 1984²⁴²

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 ²⁴³.

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 ²⁴⁴

“...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 ²⁴⁵

“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 ²⁴⁶

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 1997²⁴⁷

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”²⁴⁸.

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 ²⁴⁹.

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)²⁵⁰.

“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)²⁵¹.

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 ²⁵²

“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 ²⁵³

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 ²⁵⁴

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 ²⁵⁵

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 ²⁵⁶

“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 ²⁵⁷

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 ²⁵⁸

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 ²⁵⁹

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 ²⁶⁰

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 ²⁶¹

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 1993²⁶²

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 1997²⁶³

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 deshonra 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 1998²⁶⁴

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, permitiénd-

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 ²⁶⁵

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 ²⁶⁶

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 ²⁶⁷

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 ²⁶⁸

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 ²⁶⁹

“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 ²⁷⁰

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 ²⁷¹

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 ²⁷²

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 ²⁷³

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 ²⁷⁴

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 ²⁷⁵

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 ²⁷⁶

“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 deshonrosa y no el adulterio*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE JUNIO DE 1982²⁷⁷

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 deshonrosa.

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 deshonrosa*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1982²⁷⁸

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 ²⁷⁹

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 ²⁸⁰

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 ²⁸¹

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 ²⁸²

Los partes policiales corrientes a fs. ...y que en cierta forma se ratifica con la confesión de fs. ... (21^o 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 ²⁸³

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 ²⁸⁴

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 1984²⁸⁵

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 1997²⁸⁶

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).²⁸⁷

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)²⁸⁸

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 1953²⁸⁹

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 ²⁹⁰

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. 2°, concordado con el art. 241 inc. 2° del C.C. Sin embargo, al respecto existe una ejecutoria en la que se admite el divorcio, en caso de que el cónyuge haya adquirido el mal antes de celebrado el matrimonio, atendiendo a una serie de circunstancias que rodean el problema; fundándose en el

peligro que significa para la cónyuge como para la prole que subsista el vínculo.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE JUNIO DE 1951²⁹¹

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"²⁹²

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 1985²⁹³

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 ²⁹⁴

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 ²⁹⁵

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 ²⁹⁶

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.²⁹⁷

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 separación²⁹⁸

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”²⁹⁹

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.³⁰⁰

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”.³⁰¹

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...”.³⁰²

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”³⁰³

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”³⁰⁴

- 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 1943³⁰⁵

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 inmorales 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 ³⁰⁶

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 1990³⁰⁷

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 penitenciaria, 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 1992³⁰⁸

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 1996³⁰⁹

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 1991³¹⁰

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.