



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y --- CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL
PERÚ VS LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADO

Autor:

Br. PIETRO QUEVEDO GAMBOA

Asesor:

Dr. JORGE ZEGARRA ESCALANTE

Trujillo – Perú

2015

APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **Pietro Quevedo Gamboa**, denominada:

**“EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL PERÚ VS LA TUTELA
JURISDICCIONAL EFECTIVA”**

Dr. Jorge Zegarra Escalante
ASESOR

Dr. Nombres y Apellidos
JURADO
PRESIDENTE

Dr. Nombres y Apellidos
JURADO

Dr. Nombres y Apellidos
JURADO

DEDICATORIA

“A mi madre y padre Aldrin Saavedra Zumaeta”.

AGRADECIMIENTO

*“A mi familia por su apoyo incondicional durante toda mi carrera y a mis maestros de la UPN les agradezco por su dedicación e interés,
Asimismo, un agradecimiento especial a mi asesor el Dr. Jorge Zegarra Escalante, por su apoyo brindado durante la investigación”.*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DE LA TESIS.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO	iv
ÍNDICE DE CONTENIDOS	v
ÍNDICE DE TABLAS.....	vii
ÍNDICE DE GRÁFICOS	viii
ÍNDICE DE CUADROS.....	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
GAIYŌ.....	xii
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Realidad problemática	1
1.2. Formulación del problema.....	2
1.3. Justificación.....	2
1.4. Limitaciones	3
1.5. Objetivos	3
1.5.1. Objetivo General.....	3
1.5.2. Objetivos Específicos	3
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.....	4
2.1. Antecedentes	4
2.2. Bases Teóricas	6
II.1 Capítulo 1: El Adulterio como Causal de Divorcio en el Perú.....	7
II.1.1. La Disolución del Vínculo Conyugal: Divorcio.....	7
II.1.1.1. Etimología.....	7
II.1.1.2. Definición del Divorcio.....	7
II.1.1.3. Teorías sobre el Divorcio.....	7
II.1.1.4. Clasificación.....	8
II.1.1.4.1. Divorcio Absoluto.....	8
II.1.1.4.2. Divorcio Relativo.....	9
II.1.1.5. Efectos del Divorcio.....	9
II.1.1.6. Causales de Divorcio.....	10
II.1.2. Antecedentes Históricos del Adulterio.....	11
II.1.2.1. Definición.....	13
II.1.2.2. Elementos del Adulterio.....	14

II.1.2.3. Regulación y Configuración Jurídica del Adulterio.....	15
II.1.2.4. Casos en que no procede la acción de divorcio por causal de adulterio.....	17
II.1.2.5. Plazos de caducidad.....	18
II.1.2.6. Criterios utilizados para demostrar la causal de adulterio en el Perú.....	21
II.1.3. El Adulterio en el Derecho Comparado.....	23
II.1.4. Adulterio o Infidelidad.....	27
II.2 Capítulo II: El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.....	29
II.2.1. La tutela jurisdiccional efectiva: Etimología.....	29
II.2.1.1. Antecedentes histórica del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	29
II.2.1.2. Definición.....	30
II.2.2. La tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional.....	32
II.2.2.1. La tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso.....	34
II.2.2.2. Contenido general del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	35
II.2.2.3. Alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.....	37
II.2.2.4. El derecho a probar y la tutela jurisdiccional efectiva.....	38
II.2.3. Debido Proceso.....	40
2.3. Definición de términos básicos.....	43
CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.....	46
3.1. Formulación de la hipótesis.....	46
3.2. Operacionalización de variables.....	46
CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS.....	49
4.1. Tipo de diseño de investigación.....	49
4.2. Material de estudio.....	49
4.2.1. Unidad de estudio.....	49
4.2.2. Población.....	49
4.2.3. Muestra.....	49
4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.....	50
4.3.1. Para recolectar datos.....	50
4.3.2. Para analizar información.....	50
CAPÍTULO 5. RESULTADOS.....	51
CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN.....	65
CONCLUSIONES.....	70
RECOMENDACIONES.....	71
REFERENCIAS.....	76
ANEXOS.....	79

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Operacionalización de Variables.....	46
Tabla 2: Matriz de Consistencia.....	79

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Divorcios por Causal - Sede Judicial La Libertad 2014.....	61
Gráfico 2: Divorcios por la Causal de Adulterio - Juzgados Especializados de Familia 2014.....	62

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1: Expediente N° 287- 2009 - Lima	52
Cuadro 2: Cas. N° 2090- 2001 - Huánuco	55

RESUMEN

La presente investigación realiza un análisis a la normativa del adulterio como causal de divorcio en el derecho civil peruano, con el objetivo de demostrar lo difícil que es para el cónyuge agraviado invocarla, debido a la naturaleza limitada que lo enviste.

Ante ello, una norma jurídica sólo será eficaz si coexiste con las acciones procesales, instrumentos, medios o recursos necesarios para invocarlas a fin de obtener la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Por lo tanto, a partir de un análisis a la jurisprudencia nacional se busca evidenciar los fallos de infundabilidad de los jueces, cuando se plantea el adulterio como causal de divorcio en los tribunales.

Para ello y buscando alcanzar el objetivo propuesto en la presente investigación, fue necesario desarrollar un estudio sobre la causal de adulterio en el Perú, así como un análisis al contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y demás que hagan posible y viable el desarrollo de la misma.

Asimismo, se desarrollaron entrevistas con profesionales especialistas en el área estudiada con el objetivo de obtener opiniones fidedignas acerca del particular y poder confrontarlas con los resultados obtenidos en el estudio de campo, lo cual nos permitiría arribar a un mejor entendimiento del hecho planteado en el problema de investigación y dilucidar si la hipótesis descrita refleja la información obtenida.

En tal sentido, luego de realizar el análisis teórico pertinente y la contrastación del mismo con la realidad, se pudo arribar a la conclusión que la falta de criterios para demostrar la causal de adulterio en el Perú, si incidiría sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado, hecho que reafirma la hipótesis esbozada.

ABSTRACT

This research makes an analysis of the regulation of adultery as grounds for divorce in the Peruvian civil law, in order to show how difficult it is for the aggrieved spouse invoke due to the lack of assumptions and limited nature.

In response, a rule will only be effective if combined coexists with procedural actions, instruments, means or resources to invoke in order to obtain Effective Judicial Protection.

Therefore, from an analysis of national jurisprudence seeks to highlight the failures of invalidity of the judges, when adultery as grounds for divorce arises in court.

For this and seeking to achieve the proposed objective in this investigation, it was necessary to develop a study on adultery as grounds for divorce in Peru as well as an analysis of the content and scope of the right to effective judicial protection and others that enable and viable development thereof.

In addition, interviews with professionals specializing in the study were developed in order to obtain reliable opinions about the individual and to compare them with the results of the field study area, which would allow us to reach a better understanding of fact raised in the problem research and determine whether the scenario described reflects the information obtained.

In this regard, after making the relevant theoretical analysis and contrast of the same reality, it could reach the conclusion that the lack of assumptions to demonstrate the causal adultery in Peru if would impact on the right to effective judicial protection the aggrieved spouse, a fact that confirms the hypothesis outlined.

概要 (Gaiyō)

本研究は、それが原因で限られた性質のために、被害を受けた配偶者を呼び出すための
がいに難しいかを実証するために、ペルーの民法で離婚の理由として、不倫のルール
の分析を行います。

それは司法保護実効を得るためにそれらを呼び出すために、手続きアクション、楽器、
手段やリソースと共存する場合に応答して、ルールにのみ有効となります。

したがって、国の法律学の分析から離婚の理由として姦通が裁判所に生じた場合裁判官
の失敗を証明しようとしています。

このため、および本研究で提案する目的は、それが可能と実現可能にする効果的な司法
保護と他人の権利の内容と範囲をペルーの不倫を理由に研究と同様の分析を開発する必
要があった達成しようとしていますそれを開発します。

また、研究に特化した専門家へのインタビューは、フィールド調査地域の結果とそれら
に直面することが特にできるため、信頼性を得るためとレビューに開発された、私たち
は問題で育ったという事実をより良く理解に到達することを可能にします研究と説明し
たシナリオは、取得した情報を反映しているかどうかを決定します。

司法保護を受ける権利に影響を与える場合は、この点に関しては、関連する理論解析と
同じ現実のコントラストを行った後、それは、基準の欠如は、ペルーの姦通の根拠を証
明するという結論に達する可能性があります効果的な被害を受けた配偶者、概説仮説を
確認するという事実。

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

El adulterio en el ordenamiento jurídico peruano, no ha sido definido por el legislador; por lo que resulta usual remitirse a lo que señala la doctrina y jurisprudencia respecto a esta materia.

En nuestra legislación, el adulterio es una causal de divorcio, que consiste en el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona del sexo opuesto, es decir el acceso carnal de un casado con una mujer que no sea la legítima, o de una casada con un hombre que no sea su legítimo marido, (Herrera, 2005).

La experiencia jurídica y problemática social han demostrado que para probar el adulterio, se tendrá que acreditar el trato carnal o sexual, que es prueba indubitable de incumplir el deber de fidelidad, de ahí que la jurisprudencia acepte la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre con la partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterina. Cualquier otro medio que no sean los ya mencionados, como por ejemplo: las fotos donde el cónyuge infiel entra a una habitación de hotel con persona distinta de su consorte, son insuficientes conllevando a que sea declarada la demanda infundada.

En los Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, en todo el año 2014 se han registrado 455 procesos de divorcio por causal; de los cuales 27 de ellos están referidos a la causal de adulterio.

Los índices registrados dan cuenta que la causal de adulterio es difícil de probar dentro de un proceso judicial, debido a la falta de criterios para demostrarla; obligando al cónyuge agraviado a invocar otra causal para solicitar la disolución del vínculo conyugal.

Es por ello, que en el presente trabajo de investigación nos encontramos en la búsqueda de una alternativa de solución a la problemática en cuestión y la necesidad de proponer un cambio genérico a la causal de adulterio.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la falta de criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado?

1.3. Justificación

La presente investigación encuentra su justificación teórica en la Teoría del Divorcio Sanción, dónde se busca al cónyuge culpable y se le aplican sanciones. En ese sentido, la investigación va a permitir a los estudiantes y diversos operadores del derecho en conocer cuáles son los criterios mediante los cuales se va a poder demostrar la causal de adulterio y como la falta de éstos, incide en el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del cónyuge agraviado. Es por ello, que en el presente trabajo se busca aportar al ámbito nacional un trabajo que goce de sustento práctico y teórico; además de proponer un cambio genérico a la norma que permita una mejor aplicación sobre el tema planteado. Finalmente, se pretende que a nivel académico, básicamente en las escuelas de Derecho y en especial en los cursos de Derecho de Familia, se puedan conocer con mayor profundidad, los criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

1.4. Limitaciones

Entre las limitaciones que se han podido identificar en el desarrollo de la presente investigación, podemos señalar la siguiente:

- El carácter privado del Derecho de Familia, dificulta el acceso a los expedientes judiciales sobre los procesos de divorcio por causal de adulterio.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la falta de criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Explicar cuándo procede el divorcio por causal de adulterio en el Perú.
- Analizar el contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Proponer un cambio genérico a la causal de adulterio.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

En el ámbito nacional considero un precedente importante sobre el tema, la tesis elaborada por el Doctor Víctor Roberto Obando Blanco, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en el año 2010, titulada “*proceso civil y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*”. (Obando, 2010).

Aunque de la revisión de dicha tesis se observa que no cuenta con un problema de investigación a manera de pregunta, los fundamentos perseguidos por el investigador guardan cierta relación con el tema materia de investigación del presente trabajo, específicamente con relación a la variable dependiente. Es por ello, que a continuación detallo algunas apreciaciones más relevantes de la referida tesis.

1. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, implica no sólo que las personas puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela de sus derechos, sino que además, asegura la expedición de sentencias en justicia y no arbitrarias.
2. Debemos evitar un proceso que sea inútil aunque técnicamente impecable, que no esté al tanto del tipo de derechos que se está discutiendo, ésta es la razón de la crisis del proceso. La tutela y el proceso sirven para garantizar al ciudadano la tutela de sus derechos esenciales, y los procesos deben estar cubiertos del mayor número de garantías.
3. La Tutela Jurisdiccional Efectiva, será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual se busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin; es por ello que sólo es aplicable dentro del proceso judicial.

4. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, se configura fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables.

Por otro lado, cabe destacar las **conclusiones** más importantes, como lo son las siguientes:

1. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez.

2. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

3. El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena.

4. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformado por una serie de derechos que determinan su contenido, y que comprende: derecho de acceso de la justicia, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

En el ámbito internacional, no existen antecedentes de tesis aplicables al presente trabajo de investigación.

2.2. Bases Teóricas

Las bases teóricas del presente trabajo están estructuradas básicamente en dos Capítulos: 1) El Adulterio como Causal de Divorcio en el Perú; en este capítulo se analizarán aspectos generales referentes al tema en cuestión. En este orden de ideas, el presente acápite no solamente se limitará a brindar definiciones teóricas; sino que estas irán acompañadas con jurisprudencia vinculante que hagan posible una mayor comprensión al tema planteado; y 2) El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva; entendida no solo como el derecho esencial que tiene toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales sino que va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada.

II.1 Capítulo 1: El Adulterio como Causal de Divorcio en el Perú

II.1.1 La Disolución del Vínculo Conyugal: Divorcio

II.1.1.1. Etimología

Dos marcadas tendencias. Del latín *divortium*, prevista del prefijo dis-/dis (separar, divergencias, en sentidos diferentes) y la raíz del verbo *verto* (volver, dar vuelta, girar). Del verbo latino *divertere* que significa cada cual por su lado.

II.1.1.2. Definición del Divorcio

El divorcio es una institución del Derecho de Familia que consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo a los excónyuges su capacidad para contraer nuevas nupcias. Nuestro Código Civil vigente, contempla el divorcio en el Art. 384 Código Civil.

Es cierto, que no todos los divorciantes buscan la disolución de su vínculo para comprometerse con otro, sino lo que desean es acabar con situaciones que no les permiten vivir en felicidad.

II.1.1.3. Teorías sobre el divorcio

Son dos las teorías que acoge nuestra legislación peruana: el divorcio sanción y el divorcio remedio.

a). El Divorcio Sanción

En el divorcio sanción se busca al cónyuge culpable y se le aplican sanciones castigándolo. Es decir, sólo cuando se compruebe una determinada acción culpable de uno o ambos cónyuges, el juez dispondrá el divorcio.

Dentro de la teoría del divorcio sanción, se establecen causales específicas y taxativas, todas ellas describiendo inconductas. (Miranda , s.f.).

b). El Divorcio Remedio

Esta concepción procede en todos los casos en que la vida conyugal en común sea imposible por causas objetivas o subjetivas, inclusive sin culpa de ninguno de los cónyuges.

En esta teoría, no se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente en el que se incumplen los deberes conyugales, aquí no interesa buscar al que provocó la situación, sino solucionarla.

Cabe señalar, que mediante la Ley N° 27495 su fecha 7 de Julio del 2001 se incorporaron modificaciones sustanciales al sistema, precisando algunos cambios en las causales ya existentes, pero sobre todo al introducir dos causales de divorcio, las previstas en el numeral 11° y 12° del Art. 333° del Código Civil, esto es la Separación de Hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de Imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Con estas causales, nuestra legislación ha adoptado el criterio del Divorcio Remedio, pues para obtener el divorcio ya no es necesario la presencia de un cónyuge culpable y uno inocente sino que basta una circunstancia objetiva para que se pueda obtener el divorcio.

II.1.1.4. Clasificación

II.1.1.4.1. Divorcio Absoluto

Es aquel que permite que los cónyuges puedan contraer válidamente un nuevo matrimonio, descartándose toda posibilidad de reanudación de la vida común. Este caso de disolución del vínculo matrimonial se obtiene por medio de una declaración judicial.

II.1.1.4.2. Divorcio Relativo

Muchos prefieren reservar el término “divorcio” para el divorcio absoluto y llamar al divorcio relativo simplemente separación. Por ello en el artículo trescientos treinta y dos del Código Civil, regula la separación de cuerpos como una figura independiente del divorcio. (Peralta, 1993).

En esta clasificación los cónyuges se encuentran impedidos para contraer un nuevo enlace o matrimonio, pudiendo volver a reunirse o reconciliarse en cualquier momento, es decir el vínculo matrimonial permanece incólume.

En ese sentido, la declaración judicial dispensa a los esposos de la obligación de vivir juntos, suspendiéndose los deberes relativos al lecho y habitación poniendo fin al régimen de sociedad de gananciales.

En nuestra legislación, si bien se establecen causales determinadas para obtener el divorcio, se puede llegar indirectamente al mismo resultado ya sea por la voluntad de ambos conyugues y muchas veces por la de uno de ellos mediante la separación de cuerpos.

II.1.1.5 Efectos del Divorcio

Los efectos del divorcio pueden darse en cuanto a los cónyuges y en cuanto a los hijos.

EFECTOS DEL DIVORCIO	
EN CUANTO A LOS CÓNYUGES	EN CUANTO A LOS HIJOS
<ul style="list-style-type: none"> ○ Extinción del vínculo matrimonial. ○ Extinción del régimen de sociedad de gananciales. ○ Provoca la extinción de la vocación hereditaria entre ellos. ○ Posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por el daño moral. 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Los efectos son análogos de la separación de cuerpos de conformidad con el artículo 355° del Código Civil. Es decir, la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos.

<ul style="list-style-type: none">○ Desaparece el parentesco por afinidad entre los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 237° del Código Civil, lo dicho no rige para el parentesco en línea recta (suegros y otros ascendientes y descendientes del excónyuge), también subsiste la afinidad colateral del segundo grado (cuñados y cuñadas) y esta última se mantiene hasta el fallecimiento del excónyuge.	
---	--

Fuente: Elaboración Propia.

II.1.1.6. Causales de Divorcio

Las causales de divorcio son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal. Es todo acto u omisión, doloso o culposo, imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto matrimonial, permitiendo al cónyuge inocente utilizarla como sustento para requerir la separación de cuerpos o el divorcio.

Cabe señalar, que algunas legislaciones dividen las causales de divorcio y las de separación de cuerpos, según infrinjan deberes primarios y secundarios del matrimonio, es decir la gravedad es la base para su determinación.

En nuestra legislación nacional, las causales de divorcio, que también son las mismas para la separación de cuerpos, están reguladas en el artículo trescientos treinta y tres del Código Civil.

Ahora bien, de acuerdo a la problemática de estudio que se plantea en el presente trabajo de investigación, se hará únicamente el análisis a la causal de adulterio que acoge nuestra legislación en su numeral primero del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil.

II.1.2. Antecedentes Históricos del Adulterio

El adulterio data de tiempos muy antiguos, en las primeras culturas no hubo una distinción de esta institución, puesto que las relaciones se mantenían con varios miembros de una misma tribu o clan. Tampoco se configuraba el matrimonio como tal, era necesario entonces, que primero surja el concepto de fidelidad dentro del matrimonio.

En varias de las culturas de la antigüedad, el concubinato y la poligamia fueron prácticas aceptadas; ya que hombre y mujer, no se unían con la intención de permanecer como marido y mujer, por lo tanto el adulterio no tenía cabida en estas culturas. Con el transcurso del tiempo, la degeneración que provocó este tipo de costumbre, hizo que se vaya tomando en cuenta el valor moral dentro de la sociedad.

Es así, que el concepto de adulterio nace en el momento en el que el ser humano se concientiza sobre la forma de llevar sus relaciones, hace de la endogamia su práctica habitual y castiga a quien realice lo contrario.

En el Digesto de Justiniano, se encuentra un Título dedicado a la Lex Iulia la represión de los adúlteros. Esta ley fue dada por el divino Augusto. Digesto 48.5.1., (Justiniano, s.f.), el contenido de esta ley fue un gran avance para el antiguo Derecho Romano, con respecto al matrimonio, al divorcio y adulterio. Se establecieron nuevos delitos como el lenocinio, que se entendía como el intermediario para que una pareja mantenga relaciones sexuales; de esta forma se fijó pena contra el marido, que hubiera recibido alguna cosa por el adulterio de su mujer.

La regulación que se hizo en este cuerpo jurídico, fue muy amplia, a tal forma que se incorporaron normas como la siguiente: *“También al marido se le permite matar al adúltero de su mujer, porque esta ley se dispone que le sea lícito al marido matar en su propia casa”*. Digesto 48.5.24. (Justiniano, s.f.).

Es ese sentido, la citada norma ayuda a comprender de una mejor forma la manera en que se desarrollaba esta institución, en la cual se aprecia la postura dominante de la época, en la que la mujer fue más vulnerada que el hombre, en lo referente a sus derechos.

La Lex Iulia, también se encargó de regular temas como, la acusación que el marido realizaba a la mujer adúltera, la cual tenía que ser fundamentada y bajo ciertos requisitos. Por Ejemplo: *“En la acusación de adulterio, no se ha de conceder ninguna dilación, a no ser para que sean exhibidas las personas....”*. Digesto 48.5.41. (Justiniano, s.f.). Podemos concluir, que en Roma los procesos de adulterio no fueron desconocidos, al contrario fueron desarrollados en la LEX IULIA, la misma que no solo reguló este tipo de conductas, sino también otros tipos de delitos sexuales.

El adulterio en el caso peruano se registró con la promulgación del Código Civil de 1852 en su artículo 192° donde señala, trece causales por las cuales podía obtenerse la separación. La primera de ellas, era *“el adulterio de la mujer”*, dejando claro, que solamente la mujer podía cometer adulterio, una muestra clara de la posición dominante de la época. En el caso del marido, se podía invocar la disolución del vínculo, si éste infringía lo estipulado en la causa segunda que señalaba el *“concubinato o incontinencia pública del marido”*.

El Código Civil de 1936, se orientó por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon, pero presente por la imposición del Ejecutivo de ese momento. La noción de que solo la mujer podía cometer adulterio cambió, es así que el artículo 247° inciso primero señaló como causal de divorcio al *“adulterio”*, donde no especifica de quien, como sucedió con el antecesor, lo que acredita que el adulterio lo podía cometer ambos cónyuges; es decir sea el hombre o la mujer.

Por su parte, el Código Civil de 1984, que rige en la actualidad no introdujo cambios esenciales con respecto al adulterio; en la actualidad se encuentra regulado en el artículo trescientos treinta y tres numeral primero.

II.1.2.1. Definición

En el ordenamiento jurídico peruano, el concepto **adulterio**, no ha sido definido por el legislador; por lo que resulta usual remitirse a lo que señala la doctrina y jurisprudencia respecto a esta materia.

Etimológicamente la palabra adulterio se deriva del latín AD ALTERIUS THORUM IRES, que significa andar en lecho ajeno.

El Diccionario de la Real Academia Española, define al adulterio como: “*el Ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge*” (DRAE, 2001), por la palabra *ayuntamiento*, se debe entender a la relación del coito, es decir a la ejecución del acto sexual en su forma más estricta, para ser más explícito, es necesario que exista la penetración del órgano sexual masculino, al órgano sexual femenino. En consideración a ello, cualquier otro tipo de práctica sexual no configuraría adulterio.

Por su parte, el Jurista Santiago Herrera, señala que el adulterio se puede definir como el acceso carnal con persona del sexo opuesto distinta del cónyuge; es decir el acceso carnal de un casado con una mujer que no sea la legítima, o de una casada con un hombre que no sea su legítimo marido, (Herrera, 2005). En un principio esta definición sugiere los mismos caracteres, que la presentada en el Diccionario de la RAE., pero expone con más claridad, los dos casos con respecto al género, susceptible a ser tratados como un acto de adulterio; es decir, hombre mujer y mujer hombre.

Se concluye entonces, que el adulterio es la unión sexual de un hombre o una mujer ambos casados, con tercera persona del sexo opuesto quien no es su cónyuge. Se trata, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos.

II.1.2.2. Elementos del Adulterio

Para que el comportamiento realizado por el cónyuge culpable se encuentre dentro de esta causal, tiene que presentarse dos elementos: uno material u objetivo y otro intencional o subjetivo.

a). Elemento Material u Objetivo:

- Relación Sexual Coital: El vínculo sexual con persona de otro sexo que no sea su cónyuge. Es decir, debe ser una relación heterosexual de orden coital, peneano-vaginal, sin requerir la posible procreación de un hijo. Si dicha relación sexual se da y la pareja utiliza métodos anticonceptivos o se ha sometido a una esterilización voluntaria se estaría dentro del supuesto de hecho de la causal, mientras que otros actos sexuales constituirían, en todo caso, una injuria grave. (Varsi, 2011).

Este elemento se funda en que, el adulterio entraña una violación al deber de fidelidad conyugal.

Es por ello, la necesidad del elemento objetivo constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa de adulterio no constituye causal que origine la disolución del lazo nupcial. (Umpire, 2006).

En ese sentido, el Recurso Casatorio N° 2090-01 / Huánuco, señala:

“...La causal de adulterio se funda en la violación de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objetivo, se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que produzca la disolución del vínculo matrimonial...”. (Diario Oficial El Peruano, 2002).

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 deshonorosa.(Cabello, 1999).

b). Elemento Subjetivo o Intencional:

- Voluntad: La intención del cónyuge de incumplir con el deber de fidelidad y de poner en peligro la integridad de la familia. La persona violentada psíquica o físicamente para mantener la relación sexual no sería un adulterio sino un sometido, un violado.

Por tanto, no incurrirá en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible, supuesto de violación o en el singular caso de que tuviera relaciones con quien cree que es su marido sin serlo. (Plácido, 2008).

II.1.2.3. Regulación y Configuración Jurídica del Adulterio

El adulterio, es una de las causales de divorcio en la legislación peruana y se encuentra regulada en el artículo trescientos treinta y tres numeral primero del Código Civil.

Por su parte, el Recurso Casatorio N° 550-2004 / Chimbote, señala que “...*El divorcio por la causal de adulterio a que se refiere el artículo 333 inciso 1 del Código Civil, procede cuando uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con un tercero, requiriéndose que se acredite la existencia de la cópula sexual...*”. (Diario Oficial El Peruano, 2005).

Para la configuración del adulterio se requiere que se acredite las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, lo cual suele ser difícil. De ahí, que se deba admitir la prueba indirecta, habida cuenta de que el medio directo para la comprobación de esta causal es casi imposible, no menos cierto es que este medio de convicción indirecto debe encaminarse a demostrar precisamente la

conducta infiel del cónyuge demandado mediante la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial del cónyuge, concebido y nacido fuera del matrimonio de éste. (Plácido, 2008).

Al respecto, el expediente N° 287-2009 / Lima, de fecha nueve de noviembre del año dos mil once, señala:

“Con la partida de nacimiento obrante a fojas seis, ha quedado plenamente acreditado que la menor Pamela Oceanea Masías Bravo, es hija habida de la unión de la demandada doña Blanca Luz Bravo Rebatta con don Alberto Héctor Masías Chinga persona que no es su cónyuge, estando aún vigente el vínculo matrimonial entre las partes, quebrantando así el deber de fidelidad, consecuentemente debe ampararse la causal de adulterio invocada, si tal hecho no ha sido negado por la demandada por el contrario lo ha corroborado conforme es de apreciarse en su declaración asimilada contenida en el escrito de apersonamiento corriente de fojas noventa y uno a noventa y siete”.

Ante ello, si el cónyuge inocente no tuviera los suficientes medios de prueba antes referidos, como por ejemplo: la partida de nacimiento del hijo adulterino, para dar por acreditado la causal de adulterio; las tendrá para configurar en mejor de los casos la causal de injuria grave o conducta deshonrosa, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia del deber de fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges.

Ahora bien, para la configuración del adulterio se necesitan los siguientes requisitos.

- a).- Que el adulterio sea real y consumado, es decir la existencia de copula sexual y que sea susceptible de comprobación;*
- b).- Que exista la intención por parte del cónyuge infractor de violar el deber de fidelidad;*
- c).- Que constituya grave ofensa para el cónyuge, pues es indispensable que el ofendido no haya provocado, consentido, ni perdonado,*
- d).- Que no se sustente en hecho propio”.*

II.1.2.4. Casos en que no procede la acción de divorcio por causal de adulterio

El artículo trescientos treinta y seis del Código Civil, señala cuales son los casos en que no puede intentarse la separación de cuerpos o divorcio por adulterio si es que el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción¹.

El artículo en mención, establece un límite al ejercicio de la acción de separación fundada en la causal de adulterio. En ese sentido, no se podrá interponer la referida acción, el cónyuge que lo provocó, consintió o perdonó.

En estos tres casos que veremos a continuación se aplica el *principio indubio pro adulterum*; es decir, en caso de duda se aplica lo más beneficio para el adúltero. (Varsi, 2011).

a). Adulterio Provocado:

En este supuesto, se consideran los casos en que el acceso carnal ha sido provocado o incitado por el otro cónyuge en esa situación, no podría invocarse la acción.

Hay infinidad de ejemplos de provocación. Así se dará si uno de los cónyuges se convierte en proxeneta del otro. Así mismo, se configurará cuando se promuevan actos inmorales como la contratación de un tercero con el fin de mantener contacto sexual con el otro cónyuge. (Pazos, 2011).

b). Consentimiento del Adulterio:

El consentimiento determina la aceptación o aprobación de la conducta indebida o ilícita por parte del otro consorte.

En ese sentido, el consentimiento implica que el cónyuge del infiel conoce el adulterio y no se siente ofendido.

¹ Código Civil Peruano. Artículo 336.- “No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción”.

c). Perdón del Adulterio:

El perdón se manifiesta a partir de una manifestación expresa o tácita. El primero puede expresarse por escrito o de palabra, el segundo por actos. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio determina el perdón del mismo impidiendo invocar la acción.

El perdón es un acto unilateral por el cual el cónyuge agraviado renuncia al derecho de invocar la causal que ha dispensado. Se diferencia de la reconciliación en cuanto a esta última se configura a partir de la conjunción de la voluntad de ambos cónyuges. (Cabello, 1999). El perdón no siempre tiene como consecuencia la reconciliación.

II.1.2.5. Preciar desde cuándo debe computarse el plazo para establecer la caducidad en la causal de adulterio

Para dar respuesta a la interrogante planteada, se debe analizar desde cuando el cónyuge inocente; es decir el demandante, tuvo conocimiento de las relaciones adulterinas o en su defecto cuando se produjeron dichos actos, para ello se deberá estudiar preliminarmente determinados temas.

a). Plazos de caducidad del adulterio

El Código Civil señala que la acción basada en el artículo trescientos treinta y tres inciso uno, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y en todo caso a los cinco años de producida². A diferencia del Código derogado de (1936), que contemplaba en el artículo doscientos cincuenta y dos los plazos para que se configure la *prescripción* de la acción de divorcio.

² Código Civil Peruano. Artículo 339.- “La acción basada en el Art: 333, incisos 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y en todo caso, a los cinco años de producida...”.

La caducidad viene a ser el medio por el cual, el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el lapso fijado por la ley o la voluntad de los particulares.

El Jurista Alzamora Valdez, manifiesta que el tiempo es un hecho jurídico cuyo transcurso trasciende directamente en las relaciones jurídicas, en este sentido la prescripción y la caducidad son instituciones de derecho que dan muestra de ello. En tanto que la primera extingue la acción, la segunda extingue el derecho mismo. Para los procesalistas la prescripción es un medio de extinción de las acciones, en tanto que la caducidad o decadencia afecta al derecho mismo. (Alzamora, 1987).

El Civilista Messineo Francesco, manifiesta que la caducidad en la doctrina italiana, se refiere a la pérdida de un derecho, debido a un determinado término de tiempo señalado por la ley, es decir; un derecho no ha sido ejercido o de ser ejercido, lo es fuera de dicho término. (Messineo, 1996).

b). Diferencias entre prescripción y caducidad

La prescripción como también la caducidad; ambos tienen efectos distintos, uno y otro guardan en común un requisito subjetivo: la inactividad del titular para exigir el cumplimiento de su derecho ante los tribunales; además de que ambas funcionan mediante el transcurso del tiempo.

Sin embargo estas instituciones tienen varias diferencias; las cuales trataremos a continuación:

PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD	
La Prescripción	La Caducidad
<ul style="list-style-type: none"> - La prescripción extingue la acción no el derecho, entendida aquella como la facultad que tiene el titular para acudir a los tribunales para exigir el reconocimiento o el cumplimiento de su derecho. - La prescripción es una institución general que afecta a toda clase de derechos y para que no funcione se requiere disposición en contrario de la ley. - De acuerdo al Art. 1994° y 1Art. 1996° del Código Civil, la prescripción puede ser suspendida o interrumpida. 	<ul style="list-style-type: none"> - La caducidad extingue tanto el derecho como la acción, es decir el derecho mismo ya no existe, así como la pretensión misma que se trata de él; siendo condiciones necesarias el transcurso de tiempo y la inacción del titular. - La caducidad es una institución particular que comprende ciertos derechos que nacen con una vida limitada. - De acuerdo al Art. 2005° del Código Civil, la caducidad no puede ser suspendida ni interrumpida.

Fuente: Elaboración Propia.

- Finalmente con respecto a los plazos; aquellos que corresponden a la prescripción solo pueden ser fijados por la ley y para los casos de caducidad los plazos además pueden ser convencionales es decir pueden ser incorporados en los actos jurídicos particulares.

En este orden de ideas, los plazos de caducidad están referidos a hechos específicos, concretos a partir de los cuales se computa la caducidad como en el caso materia de estudio que es regulado por el ya mencionado Art. 339° del Código Civil. Ello demuestra la relación que existe entre la caducidad y el interés público, pues con el fin de liquidar situaciones inestables y de consolidar relaciones jurídicas, determina que en la caducidad no operen causas de suspensión o de interrupción.

El Jurista Fernando Vidal Ramírez, manifiesta que el fundamento de la caducidad es de orden público, pues conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su solución sustentándose en la seguridad jurídica. (Vidal, 2010).

En virtud de lo expuesto, se puede señalar que el plazo para establecer la caducidad de la acción puede empezar a computarse de dos maneras: desde que se conoce la causa o desde que esta se produce, para lo cual el artículo 339° del Código Civil ha establecido como plazos límites de 6 meses para el primer caso y de 5 años para el segundo.

II.1.2.6. Criterios para demostrar la causal de adulterio en el Perú

En principio todo medio de prueba es admisible de acuerdo con el artículo ciento noventa y uno del Código Procesal Civil. Como los hechos que dan lugar al divorcio ocurren en la intimidad del hogar, la prueba es dificultosa. Por ello, el criterio con que se aprecia la prueba producida debe ser amplio, y ella debe ser considerada en conjunto a fin de tratar de obtener una idea exacta de la situación real del matrimonio y determinar, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad de cada cónyuge en el fracaso del matrimonio. (Plácido, 2008).

Por otro lado, dada la peculiar naturaleza de los procesos de divorcio por causal de adulterio, la prueba fundamental a producirse, es en la que el cónyuge culpable ha incurrido (quebrantamiento del deber de fidelidad); es decir, criterios mediante los cuales se puede demostrar la causal en cuestión, los cuales se expondrán a continuación.

1° Criterio: La prueba fehaciente de las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, susceptible de comprobación, lo cual suele ser de difícil. (Primer obstáculo; que presupone invocar esta causal).

2° Criterio: La *prueba indiciaria* o *indirecta* que resulte de presunciones graves, precisas y concordantes, como por ejemplo: *la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de uno de los cónyuges*, concebido y nacido durante el matrimonio de éste.

Queda claro entonces, que la única posibilidad de probar o demostrar la causal de adulterio, sería la procreación fuera del matrimonio de alguno de los cónyuges. Al

respecto el Expediente: 578-2009 / Tumbes, en la sentencia del tres de setiembre del dos mil nueve, señala lo siguiente:

“De las testimoniales se deja constancia que la demandada ha procreado una menor llamada Damara Keysysell Bustamante Porras, tal como se aprecia en las documentales de fojas sesenta y tres a sesenta y siete, el mismo que es fruto de su relación extramatrimonial con una persona que no es su esposo; testimoniales que aunadas a la rebeldía de la emplazada, permiten asumir convincentemente la probanza de los hechos alegados por el demandante. En consecuencia, se declaró fundada la demanda por causal de adulterio”.

En todo caso, como ya se ha mencionado líneas arriba, si las pruebas obtenidas por el cónyuge agraviado no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán en el mejor de los casos para configurar la causal de injuria grave o conducta deshonrosa, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Por su parte, el Recurso Casatorio N° 2090-01 / Huánuco, señala lo siguiente:

“consecuentemente, al haber quedado establecido en el tercer considerando de la recurrida la declaración de la demandada de haber mantenido intimidad sexual con un tercero, resulta evidente que dicha conducta deshonestas que haga insoportable la vida en común trastoca el honor de su cónyuge, de ahí que la interpretación del Art: 333° Inc. 6 que se ha dado en la recurrida, sea la adecuada”. (Diario Oficial El Peruano, 2002).

De lo señalado, es claro que al no tener elementos de convicción suficientes para demostrar el adulterio como causal de divorcio, se pudo probar la afectación al honor del cónyuge afectado, bajo esas consideraciones, se disolvió el vínculo matrimonial por la causal de conducta deshonrosa.

II.1.3. El Adulterio en el Derecho Comparado

En el presente estudio comparativo se abordará la figura del adulterio como causal de divorcio en las legislaciones civiles tales como: Colombia, Paraguay, Ecuador y Bolivia. Se debe dejar en claro, que se analizara únicamente las causales que tengan relación con la presente investigación.

1). Legislación Colombiana

El Código Civil Colombiano, en su artículo seis de la Ley N°25 de 1992, que modificó el artículo cuatro de la Ley N°1 de 1976, señala los hechos o causales para solicitar y obtener el divorcio, al respecto el numeral uno manifiesta “*las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges*”. Salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”.

En este caso, la Profesora Carlota Verbel, de la Universidad de Cartagena-Colombia, manifiesta que no se quiso emplear el término adulterio o infidelidad, aunque signifiquen lo mismo que relaciones sexuales, tal vez por no dejar dudas en ningún caso, en cuanto a las personas que violan la norma, hombre o mujer. Toda relación sexual es un acto de infidelidad, pero no todo acto de infidelidad se traduce en relación sexual; hay infidelidad objetiva o moral, que no necesariamente conlleva relaciones sexuales. (Verbel , 1993).

Como bien se señala líneas arriba, la expresión utilizada no es “*adulterio*”, si no, “*relaciones sexuales extramatrimoniales*”, que es más amplia.

Ahora bien, de acuerdo a la legislación colombiana, la conservación del término “*relaciones sexuales*” en plural, permite que subsista la disolución de si se trata de pluralidad de actos con la misma persona, en la misma ocasión, o se exigirá la relación sexual en diferentes momentos.

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia del 19 de julio de 1989 sobre la expresión en plural de “*relaciones sexuales extramatrimoniales*”, aclaró que basta un solo acto de adulterio de la mujer o del varón para que se configure la causal de divorcio.

Por otro lado, esta causal se configura frente a relación sexual anormal: como homosexualismo, lesbianismo, bestialismo, necrofilia, pederastia etc.

Respecto a la infidelidad que no llega a la intimidad sexual, la honorable Corte Colombiana, ubica esta causal como de infidelidad moral determinante del divorcio, si “las secuelas de tal conducta afectan la unidad de la vida matrimonial”.

Con respecto, a la expresión que llevaba esta causal que era “salvo que el demandante las hubiese consentido, facilitado o perdonado” la Corte Constitucional Colombiana la declaró inexecutable en Sentencia C-660 de junio 2 del año 2000, de manera que descartó la posibilidad de que el cónyuge demandado pudiera evitar el divorcio alegando el consentimiento, facilitado o perdonado.

En virtud de lo expuesto, se puede sostener que la legislación colombiana ha considerado dos supuestos: la infidelidad moral y la infidelidad sexual dentro de su causal de “relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges”.

Con relación al plazo de caducidad, éste es de un año.

2). Legislación Paraguaya

La Legislación Paraguaya, en su Ley N° 45 de 1991 (leyes complementarias), referente al divorcio, en su artículo 4° señala cuales son las causales de divorcio:³

³ Código Civil Paraguayo. Ley 45/91 del Divorcio. Artículo 4° son causales de divorcio:
“...b) La conducta inmoral de uno de los cónyuges o su incitación al otro a cometer adulterio, prostitución u otros vicios o delitos;
g) El adulterio...”.

De acuerdo a lo que se plantea en el presente trabajo de investigación, únicamente se analizarán los literales b y g de la citada ley.

En consideración a ello, el *literal b* ha consignado lo siguiente “*la conducta inmoral de uno de los cónyuges o su incitación al otro a cometer adulterio, prostitución u otros vicios o delitos*”.

La Legislación Paraguaya señala, que estas conductas son destructivas para el hogar y los fines que debe alcanzar el matrimonio. Llevar una vida moral; es sinónimo de decencia, honestidad, integridad, y respeto recíproco que se deben los esposos. En ese sentido, es verdad que en ciertos grupos sociales existen individuos pervertidos que acostumbran a especular con el tráfico de la mujer, obligándola a cometer el delito de adulterio. En este caso, la mujer puede solicitar el divorcio si fuere el marido uno de ellos.

Por su parte, la causal de *adulterio* está regulada en el *literal g* del artículo en mención líneas arriba, la cual es muy similar a la mayoría de legislaciones, tanto en la concurrencia de los elementos, objetivo como subjetivo, es decir que la relación sexual sea con persona de distinto sexo a la de su cónyuge y tenga la voluntad e intencionalidad de cometerlo.

En virtud de lo expuesto, todas las conductas que se señalan en el literal b, van contra la moral del cónyuge afectado. Puedo sostener entonces, que dicho literal, de la Legislación Paraguaya tiene relación con las causales de injuria grave y conducta deshonrosa que acoge nuestra legislación.

3). Legislación Ecuatoriana

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo ciento nueve, numeral uno señala: Son causas de divorcio “el adulterio de uno de los cónyuges”.

La Legislación Ecuatoriana, como en la generalidad de las mismas, para que se configure el adulterio deben concurrir ciertos elementos; es decir el elemento objetivo y subjetivo.

La diferencia más saltante con relación a nuestra legislación; está referida a la prescripción del plazo, la legislación ecuatoriana sostiene que la acción de divorcio por adulterio, prescribe en el plazo de un año contado desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento del hecho. La interrogante estará referida, si después de vencido el año; el cónyuge inocente podría o no presentar demanda de divorcio por esta causa. La respuesta es NO, acorde a lo dispuesto en el artículo ciento veinte y cuatro del Código Civil Ecuatoriano.

A diferencia de la normativa ecuatoriana, nuestra legislación hace referencia no a la prescripción sino más bien a la *caducidad de la acción* tema que tocaremos más adelante.

4). Legislación Boliviana

El Código Civil Boliviano, en su artículo ciento treinta señala: El divorcio puede demandarse por las siguientes causales: “por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges”.

A diferencia de nuestro código civil, que enumera tanto la causal de adulterio como la de homosexualidad por causales separadas, la legislación boliviana la enmarca en una sola causal. Como es sabido el adulterio presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con persona distinta y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo.

Bajo esta premisa, puedo concluir que nuestra legislación peruana puede resumir ambas causales en la *infidelidad*. Como lo mencionaré más adelante, referirnos a la *infidelidad* sería más acertado y dentro de ella se pueden subsumir todas las conductas sexuales.

II.1.4. Adulterio o Infidelidad

En el presente acápite, abordaremos una postura que a mi entender sería la más acertada; que a continuación paso a exponer:

Partamos por definir a la infidelidad, como la ruptura de un contrato, acuerdo o pacto implícito o explícito, en el cual uno de los dos miembros en una pareja, tiene algún tipo de relación con una tercera persona. Si bien esto puede sonar muy claro, a veces los límites de qué es lo que se considera una infidelidad varía de persona a persona. (Camacho, s.f.).

Ante ello, el tema fundamental para hablar de infidelidad dentro de un matrimonio es la ruptura o el quebrantamiento del deber de fidelidad que debe existir entre los esposos; ambos acuerdan mantener un vínculo de exclusividad sexual y afectiva. Al romperse o incumplirse ese vínculo entre los cónyuges, se pone en cuestión la confianza y sin lugar a dudas daña la relación.

En ese sentido, la confianza de uno de los esposos es la que más sale perjudicada después de que una infidelidad es descubierta, el cónyuge engañado tendrá dificultades en volver a creer, en confiar nuevamente cuando no se cumplió con lo que respecta al deber de fidelidad que debe ser recíproco en todo lecho conyugal.

Ahora bien, en el presente apartado, analizaremos la postura que toma el Jurista Enrique Varsi, respecto a la iniciativa que presupone un cambio genérico a la causal de adulterio con la finalidad que se contemplen más formas o criterios de infidelidad. (Varsi, 2011).

Por lo tanto, la igualdad de los cónyuges en lo que respecta a la fidelidad se ha impuesto en las sociedades contemporáneas y en la mayoría de legislaciones civiles, una gran similitud sobre el deber de fidelidad recíproca que se deben los cónyuges. Donde debe observarse una conducta inequívoca, absteniéndose de realizar cualquier relación que cree una apariencia comprometedoras y lesiva para la dignidad del otro.

Se distinguen dos clases de infidelidad: la *material*, relacionada con el adulterio (criterio restrictivo) y la *moral*, construida por actos injuriosos en general (criterio amplio). Por ello, la necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio sosteniendo que es más claro referirnos a la *infidelidad* porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales. Por ejemplo: la causal de *adulterio* presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo, pudiendo ser ambas resumidas en la infidelidad. (Varsi, 2011).

Con este criterio, en la *infidelidad* se incluirían todas aquellas conductas que impliquen una violación del deber de fidelidad, a cuyo cumplimiento se encuentran sujetos los cónyuges, dándole a la causal un mayor ámbito de aplicación.

En virtud de lo expuesto, sería más apropiado referirnos a la *infidelidad*, porque el cónyuge inocente tendría más posibilidades de demostrar la causal en cuestión. En la actualidad, el cónyuge agraviado que no tenga los suficientes medios para probar la causal de adulterio, se le estaría obligando de cierta manera a contemplar otra. Y esto se debe a que la causal de estudio no contempla más criterios o formas para poder demostrarla.

II.2 Capítulo II: El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

II.2.1 La tutela jurisdiccional efectiva: Etimología

El vocablo “*tutela*” según una acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: “Dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra”. (DRAE, 2001).

El adjetivo “*judicial*” denota aquello perteneciente a la jurisdicción, a la administración de justicia o a la judicatura, y el adjetivo “*efectiva*” conlleva la idea de eficacia. Es decir en su conjunto la tutela judicial efectiva encuentra su cabal significado en la idea de la protección o el amparo eficaz de la administración de justicia a los justiciables.

II.2.1.1 Antecedentes histórica del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El origen del Instituto del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, se encuentra fundamentalmente en el Derecho Procesal Constitucional, en cuanto derecho general reconocido a favor de todos ciudadanos, y en forma distribuida y más reglamentada en el conjunto de normas reguladoras del proceso enmarcado dentro del derecho público, manifestándose el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el derecho de acceso a la jurisdicción, en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, y esencialmente, en el derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente, como medio legalmente establecido para dar una solución pacífica a los conflictos entre partes, como realización de la protección de los Derechos Humanos.

Los antecedentes del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva se remontan a la Europa del siglo XIII que con la Carta Magna inglesa de 1215, al referirse sobre el debido proceso “*per legem terrae, by the law of the land*”, en el texto según lo refiere el autor argentino Osvaldo Gozáni, expresa: (Gozaini, s.f.).

"That no man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death,

without being brought in answer by due processo of law", ("Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal").

En esta disposición legal se concreta la protección de los Derechos Humanos, al relacionar a la persona humana con el debido proceso legal, finalidad esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. La expresión de "Derechos Humanos", tiene sus bases relevantes inspiradas en la fórmula de inspiración francesa, "Derechos del hombre", que se originó a finales de la última década del siglo XVIII, sin embargo, el sentido de definir y proteger los derechos del hombre, es sin embargo de antigua data.

II.2.1.2. Definición

El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es aquél por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezcan las garantías mínimas para su efectiva realización. (Martel, s.f.).

En ese sentido, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo, esta pretensión le sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con las garantías mínimas. (Gonzales, 1985).

Por su parte, el Jurista Priori Posada lo define como: "el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución". (Priori, 2009) .

El Profesor Chamorro Bernal, entiende que “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es la forma constitucional de proteger los demás derechos fundamentales, lo que en definitiva garantiza al ciudadano el derecho a la prestación judicial. ¿Qué es la prestación judicial? Pues es aquel derecho que garantiza al ciudadano que en cuanto tenga algún problema jurídico, pueda plantearlo ante un órgano jurisdiccional y éste le dé una solución, la que sea. Esto es el contenido de la tutela judicial efectiva”. (Chamorro, 2009).

Por su parte, De Bernardis define la tutela jurisdiccional efectiva como “la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia”. (De Bernardis , 1985).

Ante ello, no es suficiente que un derecho este reconocido expresamente en los textos constitucionales, pues la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal, para lo que es preciso distinguir entre los derechos y las garantías de tales derechos, que no son otra cosa que los medios o mecanismos procesales a través de los cuales es posible su realización y eficacia.

En ese sentido, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no comprende necesariamente, obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino más bien la atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello; es decir, este derecho supone obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas.

De lo esbozado, y como lo manifiesta Priori, la tutela básicamente, se podría dividir en cuatro partes: (1) el derecho del libre acceso a los tribunales; (2) la prohibición de la indefensión, por el derecho de defensa que forma parte del proceso debido; (3) el derecho a una resolución; y, (4) el derecho a hacer efectiva la resolución. Si falla alguno de esos escalones, pues falla la tutela en sí. En resumen, el debido proceso es un elemento indispensable de la tutela, sin debido proceso no hay tutela". (Priori, 2009).

II.2.2. La tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional

Modernas constituciones consagran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho constitucional, al que antes se conocía como derecho a la jurisdicción y científicamente hablando como derecho, facultad, poder de la acción.

El Art. 24° de la Constitución Política Española de 1978 consagra y reconoce este derecho constitucional a todas las personas y no solo a los españoles, en los siguientes términos. a). Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; b). Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Por su parte la Constitución Política Peruana de 1993, acorde a lo expuesto, consagra la "tutela jurisdiccional" en el capítulo referente al Poder Judicial, en su Art. 139° numeral 3 al establecer:

Artículo 139°.- "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni

juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

En ese sentido, Jesús Gonzales Pérez manifiesta que “el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del estado de derecho. La organización del poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de Derechos Humanos y Pactos Internacionales, Constituciones y leyes de cada estado”. (Gonzales, 1985).

Con lo dicho tenemos que el soporte de la tutela jurisdiccional está en el derecho natural, cuyas normas tienen validez moral y jurídica, al margen de su recepción en norma alguna. Por ellos y acorde con la dignidad humana, al ser la persona un fin en sí mismo, es titular de derechos que le son innatos, anteriores al propio estado y que por tanto son inalienables.

Ahora bien, hagamos un recuento de las normas que contienen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

El Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Civil prescribe: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo siete prescribe: “En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso”.

El Código Procesal Constitucional en su artículo cuatro señala: “el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso”.

Por su parte, en la legislación internacional, está regulado en: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14º inciso 1º y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inc. 1º del Art. 8º, respectivamente.

II.2.2.1. La tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva antes del proceso, consiste en aquel derecho que tiene toda persona como sujeto de derecho, de exigir al estado que provea a la sociedad, los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para afrontar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Y Durante el proceso, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial.

Por su parte, Monroy Gálvez, citando a Bidart Campos (Monroy , 1996), hablan de la tutela judicial antes y durante el proceso. En el primer caso, se sostiene que aun cuando el ciudadano no tenga un conflicto concreto ni requiera en lo inmediato de un órgano jurisdiccional, el estado de proveer a la sociedad de los presupuestos materiales y jurídicos indispensables para que el proceso judicial opere y funcione en condiciones satisfactorias. Así, debe existir un órgano jurisdiccional autónomo, imparcial e independiente; preexistir el conflicto de reglas procesales adecuadas que encausen su solución; existir infraestructura (locales y equipos) adecuada y suficiente para para una óptima prestación del servicio de justicia; existir el número de necesario y suficiente de funcionarios que presten el servicio.

Con respecto al segundo caso, esto es durante el proceso la tutela judicial efectiva debe verificarse en todos sus momentos, acceso, debido proceso, sentencia de fondo, doble grado y ejecución de sentencia. En buena cuenta se trata del derecho al proceso y el derecho en el proceso.

Bajo este lineamiento, Monroy Gálvez sostiene, “que entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina,

respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, en su actuación". (Monroy , 1996).

II.2.2.2. Contenido general del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es un derecho público subjetivo que tiene cualquier persona para acceder a los órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso equitativo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes; así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisdiccional sobre la pretensión o la defensa y en su oportunidad, ejecuten esa resolución.

El contenido esencial del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva hace referencia a sus elementos, los cuales comprenden:

a). El derecho de acceso a la justicia

Es la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, ya sea como demandante o demandado con capacidad para ser parte, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo.

El derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para hacer valer los derechos, intereses colectivos y garantías, otorga legitimación activa a cualquier persona sea física o jurídica, individual o colectiva, para presentarse antes los jueces o tribunales a exigir el reconocimiento o el restablecimiento de sus derechos negados o conculcados, y aún aquellos derechos amenazados de lesión (caso de las garantías constitucionales del amparo y el habeas corpus), aun cuando esos derechos no sean de carácter personal y directo, sino que se traten de derechos colectivos, difusos que surgen del hecho de que peticionante no sea el único titular del derecho de incidencia colectiva que invoca en su pretensión pero que busca un resultado equivalente para todos los integrantes del grupo o clase e incluso para

aquellos que no hayan sido parte de la acción de clase o popular, pero pueden quedar alcanzados por los efectos de la sentencia, grupos de vecinos, gremios, habitantes de un área determinada, etnia, asociación de padres, de inquilinos, usuarios, consumidores, comodatarios, etc.

b). El derecho a un proceso con todas las garantías mínimas

En materia jurisdiccional tiene importancia decisiva para la tutela de los derechos, las garantías procesales prevista en la Constitución, en los Tratados y Convenciones internacionales y en las leyes procesales de los distintos fueros; estas garantías constituye derechos de las personas (justiciables) en los tribunales, tal el caso del derecho de acceso a la justicia, que representa el derecho al proceso, la fase previa a la postulación de la pretensión en sede de los tribunales; el derecho en el proceso o a ser parte en el proceso que implica el ejercicio pleno del derecho a la defensa en juicio y atañen a las reglas del debido proceso justo y legal que confiere contenido sustancial al proceso en cuanto se relaciona con los mecanismos de la postulación de la pretensión, el contradictorio, y la producción de las verdades judiciales emergentes de las pruebas, para arribar a un fallo decisorio sobre la cuestión planteada en el juicio.

c). El derecho a una Sentencia de fondo fundada en derecho

Los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales) están obligados a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto materia de la pretensión jurídica, fundada en derecho con la finalidad de dar una solución el conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, y aún para el caso en que los presupuestos procesales y las condiciones de la acción no estén cumplidos deberán igualmente expedir una resolución fundada en derecho.

En ese sentido, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva si no se obtiene respuesta del órgano jurisdiccional, sea por retardo de los plazos procesales para el pronunciamiento o que habiendo fallo no se resuelvan todos los

puntos objeto del enjuiciamiento (problema de congruencia del fallo), sea por omisión, falta de motivación o por lisa y llanamente por denegación de justicia.

d). El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

La parte litigante acreedora de una sentencia o resolución judicial a su favor tiene el derecho a solicitar y obtener su cumplimiento material efectivo, aún en caso de negativa u oposición del obligado, a fin de que quien peticiona la ejecución de una resolución firme y/o ejecutoriada sea repuesto o resarcido en su derecho conculcado y en su caso debidamente compensado, por los daños y perjuicios causados.

e). El derecho a la doble instancia

Es la posibilidad que tienen las partes de impugnar la sentencia que consideren contraria a derecho (de fondo o de forma), con el propósito de que las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción sean revisadas por el superior jerárquico a fin de que se expida una nueva resolución, sea revocando el fallo, confirmando total o parcialmente o anulándolo en cuyo caso y según el fuero y el tipo de resolución expedirse sobre el fondo del asunto o disponer su reenvío al Juez o Tribunal que sigue en orden de turno para que se expida conforme a derecho.

II.2.2.3. Alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

La Tutela Jurisdiccional Efectiva, no solamente se va a limitar al acceso de toda persona a los órganos judiciales y de ser atendidos brindándonos las garantías mínimas para su efectiva realización; sino que va más allá. En palabras de Priori este concepto es mucho más amplio. Al respecto señala, *“el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada*

o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante”.(Priori, 2009).

El Tribunal Constitucional en la sentencia número 0607-2009-PA/TC, señala lo siguiente:

“el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del carácter instrumental del proceso, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no sólo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del proceso sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en una litis”.

Ante ello, la tutela jurisdiccional efectiva consigue alcanzar hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada. Es decir, lleva consigo el que nadie pueda ser privado de sus derechos sin un proceso realizado conforme a derecho, en el que sea oído y en el que se le permita hacer uso de las pruebas concernientes a su derecho y que estas sean recibidas y valoradas en su justa medida.

II.2.2.4. El derecho a probar y la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la prueba es el derecho fundamental de toda persona a que se admitan y actúen los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales distintos al Juzgador y los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en su sentencia o decisión, prescindiendo el resultado de su apreciación.

El Tribunal Constitucional en la sentencia número 010-2002-AI/TC, señala lo siguiente:

“...que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos”.

Es común que cuando se aborda el problema del sobre qué debe girar la actividad probatoria en un proceso, se distingue entre el *objeto de prueba* y *tema de prueba* (*thema probandum*). En tal sentido, *el objeto de la prueba* sería aquello que, en sentido objetivo y abstracto, puede probarse en un proceso, mientras que el *thema probandum* sería aquello que, en sentido objetivo y concreto, necesita ser probado (confirmado) en un determinado proceso. En tal línea, frente a la pregunta ¿qué puede en abstracto ser probado en cualquier proceso?, surge la respuesta: “hechos”. Ciertamente, el problema comienza cuando uno se pregunta qué es un “hecho”. (Ariano, 2013).

Según Devis Echandia, un hecho es “todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal ni menos circunscrito a sucesos o acontecimientos”. En tal amplia concepción serían hechos susceptibles de prueba “a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en los que no interviene la actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sea o no productos del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc.; e) los estados o hechos síquicos o internos del hombre incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: la palabra o documentos), siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos porque entonces correspondería al primer grupo”. (Echandía, 1993).

Ahora bien, de lo expuesto nos enfocaremos en el *thema probandum* o *tema de prueba*, referida al conjunto de hechos alegados por las partes sobre los que debe girar en concreto la actividad probatoria, en cuanto sobre ellos resulta necesaria su confirmación.

Bajo este criterio, es necesario tener en cuenta que en un proceso en concreto, la determinación del *tema de prueba* es importante, en dos aspectos: a los efectos de ejercicio de admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes y a los efectos de resolver; cuando tras la actuación de los medios probatorios, el juez tras la interpretación y valoración correspondiente, todos o algunos de los hechos afirmados por las partes, no resultan confirmados, es decir cuando, a los efectos de emitir su decisión, tenga que aplicar la regla de juicio llamada carga de la prueba. (Ariano, 2013).

II.2.3. Debido Proceso

El debido proceso, también denominado “*defensa en juicio*” o “*due process of law*” es de origen inglés y alcanzó su primera expresión positiva en la famosa Carta Magna de Juan Sin Tierra, en la que principalmente adquirió el sinónimo de “contradicción y publicidad de los juicios”. Sin embargo, actualmente, ya no es así, pues su contenido es lato y no sólo restringido a la bilateralidad, sino a todo el recorrido del proceso desde que se inicia con la demanda hasta obtener la ejecución de la sentencia, valga decir como en la terminología clásica del proceso, abarca todas sus etapas, desde la postulatoria hasta la ejecutoria.

El Procesalista Argentino GOZAINI, nos precisa los alcances de este derecho, señalando como su contenido lo siguiente: “a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley, y de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa, b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que tiene que ser “debido”, c) para que sea “debido”, tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso, d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)”. (Gozaini, 2005).

Agregando lo que señala, el Jurista CARRION LUGO, “el debido proceso importa precisamente la correcta observancia de esos elementos reguladores del proceso, valga la redundancia”. (Carrion, s.f.).

En ese sentido, el derecho al debido proceso constituye una garantía inherente a la persona humana y aplicable a cualquier clase de procedimiento, siendo entendido como el trámite que permite oír a las partes de la manera prevista en la ley y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. Es entonces, el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso que le aseguran a lo largo del mismo una justa y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.

El Maestro Alvarado Velloso, señala que “desde el siglo pasado, la doctrina publicista refiere insistentemente al debido proceso como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad”. (Alvarado, s.f.). No obstante, considera a esta institución basado en su preclaro pensamiento del proceso señalando lo siguiente: “Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquél que se adecúa plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios”.

El Civilista Víctor Ticona Postigo, al citar al Profesor Juan Morales Godo señala que “Los principios que informan el debido proceso serían: a) juez natural, b) defensa en un proceso, c) duración del proceso, d) motivación de las resoluciones, e) pluralidad de la instancia”. (Ticona, 1998).

El Tribunal Constitucional en la sentencia número 5194-2005-PA/TC, ha señalado:

“que el derecho al debido proceso comprende una serie de derechos fundamentales de orden procesal, cada uno de los cuales cuenta con un contenido constitucionalmente protegido que le es propio; y, en ese sentido, no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualquiera de los derechos que lo comprenden”.

Por su parte, Priori señala que “se debe reconocer constitucionalmente tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho a un debido proceso o procedimiento; sin que se tenga que tratar de mezclar ambos derechos, pues hacerlo significaría crear un artificio inconsistente en la medida que a la larga la confusión que se produce al intentar designar con un mismo nombre dos situaciones complejas distintas determina un gran peligro de que ninguno de esos dos derechos constitucionales tenga una efectiva vigencia”.

En este orden de ideas el Expediente N° 08123-2005-HC/TC manifiesta lo siguiente:

"El derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción”.

En síntesis, el debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata que faculta a toda persona para exigir un proceso público y expedido en el cual se reconozcan todas las garantías sustanciales y procesales, desarrollado ante una autoridad competente que actué con independencia e imparcialidad y sin tener en cuenta consideraciones distintas a las previstas en la ley.

2.3. Definición de términos básicos

2.3.1. **Adulterio:** El Ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge. (DRAE, 2001).

2.3.2. **Agraviado:** Quien ha sufrido un mal, daño, perjuicio u ofensa. (Martínez, 2006).

2.3.3. **Causales de divorcio:** Las causales son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal. Es todo acto u omisión, doloso o culposo, imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto matrimonial, permitiendo al cónyuge inocente utilizarla como sustento para requerir la separación de cuerpos o el divorcio. . (Varsi, 2011).

2.3.4. **Concubinato:** Es la unión de hecho de un hombre y una mujer, en que ambos viven como marido y mujer, sin tener impedimentos legales para hacerlo de una manera pública, fiel y continúa. (Martínez, 2006).

2.3.5. **Cónyuge:** Esposa o marido respecto a su compañero de matrimonio. (Martínez, 2006).

2.3.6. **Culpa:** Se trata de un proceder en falta o de una actitud malévol o intencional. Es una calificación del proceder humano que se caracteriza porque su autor ha incurrido deliberada o fortuitamente en un error de conducta, proveniente de su dolo, de su incuria o de su imprudencia. (Martínez, 2006).

2.3.7. **Cópula:** (secundum naturam). Acto sexual, introducción total o parcial del pene en la cavidad vaginal. (Ezaine, 1999).

2.3.8. **Demanda:** Acto procesal por el cual un individuo inicia el ejercicio de la acción y formula su pretensión ante un órgano jurisdiccional. (Martínez, 2006).

2.3.9. **Demandado:** Parte en juicio de quien se pretende cumpla una obligación de dar, hacer o no hacer según se decida en la sentencia. (Martínez, 2006).

2.3.10. **Demandante:** Parte en un litigio, quien lo plantea ante la juez con la pretensión de que éste emita resolución reconociéndole un derecho. (Martínez, 2006).

2.3.11. **Derecho subjetivo:** Facultad jurídica que posee una persona para hacer o no hacer algo. (Martínez, 2006).

2.3.12. **Derecho sustantivo:** Parte de una rama del derecho que se refiere a las instituciones generales y prevé los derechos y obligaciones de las personas, sin regular su aplicación litigiosa. (Martínez, 2006).

2.3.13. **Divorcio:** El divorcio deshace el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. (Martínez, 2006).

2.3.14. **Doctrina:** Fuente de las distintas ramas del derecho. Se consideran como tal los estudios metodológicos de los diversos aspectos de las ciencias jurídicas. (Martínez, 2006).

2.3.15. **Garantías procesales:** Derechos que deben ser respetados a toda persona en un juicio que prevé la constitución. (Martínez, 2006).

2.3.16. **Instancia:** Posibilidad litigiosa que tiene una persona para impugnar un acto que lo perjudica. (Martínez, 2006).

2.3.17. **Juez competente:** Juzgador que tiene aptitud legal para conocer un asunto litigioso, atendiendo a la materia, cuantía y territorio. (Martínez, 2006).

2.3.18. **Juzgados de lo familiar:** Órganos de primera instancia del poder judicial local, competentes para juicios sobre cuestiones conyugales y de parentesco, como divorcio, adopción, filiación, patria potestad, alimentos, custodia, y asistencia. (Martínez, 2006).

2.3.19. **Plazos procesales:** Periodos que la ley señala para que el juez, las partes y demás intervinientes realicen las gestiones necesarias para el inicio, marcha y conclusión de un juicio o litigio. (Martínez, 2006).

2.3.19. **Prueba:** Medio que sirve para hacer patente, evidente, la falsedad o la verdad de algo. Elementos que sirve para tener la certeza de la validez de un razonamiento. (Martínez, 2006).

2.3.20. **Prueba documental:** instrumento para mostrar la verdad o falsedad de un acto o dicho, por medio de escritos o impresos. (Martínez, 2006).

2.3.21. **Sentencia civil:** Mandamiento del juzgador en el que resuelve el conflicto de intereses que le fue sometido por las partes. (Martínez, 2006).

2.3.22. **Tutela jurisdiccional efectiva:** Es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución". (Priori, 2009) .

CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS

3.1. Formulación de la hipótesis

La falta de criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado, al obligarlo de cierta manera a solicitar el divorcio por otra causal.

3.2. Operacionalización de variables

Tabla 1: Operacionalización de Variables

VARIABLE	DEFINICION OPERACIONAL	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	ITEMS
La falta de criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú.	El adulterio es una causal de divorcio, que consiste en el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona del sexo opuesto, es decir el acceso carnal de un casado con una mujer que no sea la legítima, o de una casada con un hombre que no sea su legítimo marido.	EL DIVORCIO	Teorías sobre el divorcio -Divorcio sanción. -Divorcio remedio.	-Se busca al cónyuge culpable y se le aplican sanciones. -No se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente.
			Clasificación -Divorcio absoluto. -Divorcio relativo.	-Disolución del vínculo matrimonial se obtiene por medio de una declaración judicial. -El vínculo matrimonial permanece incólume.
			Causales de divorcio	-Son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal.

		EL ADULTERIO	Aspectos generales del adulterio	<ul style="list-style-type: none"> - Es una de las causales de divorcio en el Perú. - Consiste en la relación sexual extramatrimonial de uno de los cónyuges con otra persona de distinto sexo. - El Adulterio implica toda violación del deber de fidelidad.
			Elementos del adulterio -Elemento objetivo -Elemento subjetivo.	<ul style="list-style-type: none"> - Relación sexual coital. -Voluntad.
			Regulación y configuración jurídica del adulterio	<ul style="list-style-type: none"> - Está regulada en el Art. 333° inc. 1 del Código Civil. - Se requiere de las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, para su configuración o, - La partida de nacimiento del hijo extramatrimonial.
			Requisitos del adulterio	<ul style="list-style-type: none"> - Que sea real y consumado. - Violación del deber de fidelidad. - Que constituya grave ofensa para el otro cónyuge. - Que no se sustente en hecho propio.
			Casos en que no procede el adulterio	<ul style="list-style-type: none"> - No puede intentarse el divorcio por causal de adulterio si es que el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. Art. 336° C.C.

El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del cónyuge agraviado.	La tutela jurisdiccional efectiva es concebida como el derecho que tiene toda persona, de acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización.	La Tutela Jurisdiccional Efectiva	Plazos de caducidad	- 6 meses desde que se conoce la causa o 5 años desde que se produce. Art. 339° C.C.
			Definición desde la Constitución	- Toda persona tienen derecho el acceso a la justicia. Art: 139° inc. 3.
			Contenido y Alcance de la Tutela Jurisdiccional Efectiva	<ul style="list-style-type: none"> - El derecho a un proceso con todas las garantías mínimas. - El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales. - El derecho a la doble instancia. - La tutela judicial efectiva, se alcanza hasta la satisfacción material del derecho invocado. - Una norma jurídica, sólo será eficaz si coexiste con las acciones procesales, instrumentos, medios o recursos necesarios para invocarlas a fin de obtener la tutela jurisdiccional efectiva.
			Debido Proceso	<ul style="list-style-type: none"> - Constituye una garantía inherente a la persona humana y aplicable a cualquier clase de procedimiento. - Entendido como el trámite que permite oír a las partes de la manera prevista en la ley. - Abarca todo el recorrido del proceso, desde la etapa postulatoria hasta la ejecutoria.

Fuente: Elaboración Propia.

CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. Tipo de diseño de investigación.

Desde un enfoque cuantitativo, el diseño de la presente investigación es de tipo no experimental, ya que no se trata de alterar en forma intencional la variable independiente para ver su efecto en otra variable. Es así, que las variables no son manipuladas deliberadamente.

Dentro de este tipo, la presente investigación es transversal, debido a que el presente trabajo está orientado a la explicación de las variables y la incidencia que tiene una sobre otra.

4.2. Material de estudio.

4.2.1. Unidad de Análisis

- La jurisprudencia nacional referida al adulterio como causal de divorcio en el Perú.
- Doctrina sobre el Adulterio y la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

4.2.2 POBLACIÓN	4.2.3 MUESTRA
Jueces de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.	01
Abogados que ejercen docencia universitaria en materia de Derecho de Familia y Derecho Constitucional.	02

<p>- Expediente Judicial. - Recurso Casatorio.</p>	<p>- Exp. N° 287 - 2009 - Lima. - Cas. N° 2090 - 01 - Huánuco.</p>
--	--

4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS	PROCEDIMIENTO	MÉTODOS
Análisis Documental	<p>Ficha Textual Ficha Resumen</p>	<p>Se analizaron documentos como son: libros, doctrina, artículos y revistas vía web para la formación del presente trabajo de investigación.</p> <p>Para ello, la búsqueda de la documentación se realizó de manera personal, iniciando la búsqueda en fuentes en internet y posteriormente a las bibliotecas de la localidad, para después analizar lo obtenido.</p>	<p>Análisis Síntesis</p>
Análisis Jurisprudencial	<p>Ficha Textual Ficha Resumen</p>	<p>Se analiza jurisprudencia emitida por las diferentes salas judiciales a efectos de extraer aquellos criterios empleados en la práctica, los mismos que constituyen una parte fundamental en la presente investigación.</p>	<p>Análisis Síntesis</p>
Entrevista	<p>Guía de entrevista o Cuestionario</p>	<p>El procedimiento consistirá en acudir a la persona que forma parte de la muestra establecida, en la fecha que disponga el entrevistado, a fin de hacerle las preguntas de manera directa, a fin de grabar y tomar apuntes de lo contestado por el mismo.</p>	<p>Inductivo Deductivo</p>

CAPÍTULO 5. RESULTADOS

A. Criterios para demostrar la Causal de Adulterio en el Perú:

Durante la investigación, hemos podido indicar que para demostrar la causal de adulterio, se requiere de las relaciones sexuales extramatrimoniales fehacientes de uno de los cónyuges (coito sexual), lo cual en la mayoría de casos suele ser difícil. De ahí, que se deba admitir la prueba indirecta, habida cuenta de que el medio directo para la comprobación de esta causal es casi imposible, no menos cierto es que este medio de convicción indirecto debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta infiel del cónyuge culpable, mediante la partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterino, concebido y nacido fuera del matrimonio.

En ese sentido, nuestra legislación nacional acoge dos criterios para demostrar la causal de adulterio:

1° Criterio: La prueba fehaciente de las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, susceptible de comprobación, lo cual suele ser de difícil.

2° Criterio: La *prueba indiciaria* o *indirecta* que resulte de presunciones graves, precisas y concordantes, como por ejemplo: *la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de uno de los cónyuges*, concebido y nacido durante el matrimonio de éste.

Se puede afirmar entonces, que la causal de adulterio se funda en la violación del deber de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objetivo se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta a su consorte, de ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que se produzca la disolución del vínculo conyugal.

A continuación se presenta el cuadro N° 1 que muestra el único criterio mediante el cual el cónyuge agraviado puede demostrar el adulterio como causal de divorcio en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuadro 1: Expediente N° 287-2009 - Lima

<u>RESOLUCIÓN N° 02 DE FECHA 09/11/2011 – EXPEDIENTE N° 287-2009-LIMA</u>	
Datos Generales	<p>CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA – PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN FAMILIA</p> <p>Expediente: N° 287-2009</p> <p>Materia: Divorcio por Causal de Adulterio</p> <p>Demandante: Willian Humberto Canales Aguilar</p> <p>Demandado: Blanca Luz Bravo Rebatta.</p> <p>Al no haber sido apelada la sentencia por las partes se ha precedido a elevar en <u>CONSULTA</u> al superior colegiado conforme lo dispone el artículo 359 del Código Civil.</p>
Descripción de los hechos relevantes	<ul style="list-style-type: none"> • Don Willian Humberto Canales Aguilar contrajo matrimonio con Doña Blanca Luz Bravo Rebatta el 21 de junio de 1988, en la Municipalidad Distrital de Chorrillos. • Don Willian viajó a Francia por motivos laborales el año 2003. • En una de las conversaciones telefónicas que tuvo con su cónyuge, esta le manifestó que estaba viviendo con su mejor amigo Alberto Héctor Masías Chinga con quien había procreado una hija, de nombre (Pamela Masías Bravo, como consta en su partida de nacimiento). <p>De acuerdo a lo descrito, Don Willian Humberto Canales Aguilar Interpone Demanda solicitando el DIVORCIO por la CAUSAL DE ADULTERIO.</p>

	<ul style="list-style-type: none"> • Una vez presentada la demanda, esta es admitida y con fecha 25 de agosto de 2011 fue declarada FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de adulterio y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial.
<p>Razonamiento del Tribunal</p>	<p><i>Argumentos del Colegiado</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Sobre la causal de adulterio elevada a consulta:</i> “La causal de adulterio se funda en la violación del deber de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento esencial, se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta a su consorte. El plazo de caducidad de la acción basada en dicha causal es de seis meses de conocida la causa y en todo caso a los cinco años de producida tal y conforme lo prescribe el artículo 339° del código civil. • <i>Sobre las pruebas:</i> Así como en los procesos en general, en este proceso en particular los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta y razonada tal y conforme señala el artículo 197° del código civil, siendo que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos; donde la prueba de oficio adquiere mayor relevancia, dado que el juez requiere de un conocimiento más próximo de los hechos, porque no puede desvincularse de la función tutelar que conlleva las instituciones que acumulativamente se adhieren al divorcio. • <i>Sobre las pruebas actuadas en el proceso:</i> Con la partida de nacimiento ha quedado plenamente acreditado que la menor PAMELA

	<p>OCEANEA MASIAS BRAVO, es hija habida de la unión de la demandada doña Blanca Luz Bravo Rebatta con Don Alberto Héctor Masías Chinga persona que no es su cónyuge, estando aún vigente el vínculo matrimonial entre las partes, quebrantando así el deber de fidelidad, consecuentemente debe ampararse la causal invocada. Tal hecho no ha sido negado por la demandada por el contrario lo ha corroborado conforme es de apreciarse en su declaración contenida en el escrito de fojas noventa y uno a noventa y seis.</p> <p>Decisión</p> <p>El tribunal APROBO la sentencia consultada, su fecha 25/08/2011, que declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de adulterio y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído el 21/06/1988 ante la municipalidad distrital de chorrillos.</p>
<p>Apreciaciones Finales</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Nos queda claro entonces, que el único criterio para demostrar la causal de adulterio en nuestra legislación nacional, sería mediante la partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterina de uno de los cónyuges. - Queda manifiesto que, probar las relaciones sexuales extramatrimoniales fehacientemente resulta una causa imposible para el cónyuge agraviado.

Fuente: Elaboración Propia.

A continuación se presenta el cuadro N° 2 donde puede evidenciarse, que cualquier otro indicio o medio para demostrar la causal de adulterio que no sea la partida del hijo producto de la relación adulterina, no es aceptada en los tribunales.

Cuadro 2: Cas. N° 2090-01 - Huánuco

<u>RECURSO CASATORIO N° 2090-01- HUÁNUCO</u>	
Datos Generales	<p style="text-align: center;">LA SALA TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA</p> <p>Cas.: N° 2090-01</p> <p>Materia del Recurso:</p> <p>Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Doña Gertrudis Domínguez Marival, contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Huánuco, su fecha 6 de junio del 2001, que declara IMPROCEDENTE la demanda sobre divorcio por causal de adulterio y FUNDADA la propia demanda por la causal de conducta deshonrosa imputable a la demandada.</p> <p>Sujetos Procesales:</p> <p>Demandante: Avelino Sebastián Cano</p> <p>Demandada: Gertrudis Domínguez Marival.</p>
Descripción de los hechos relevantes	<ul style="list-style-type: none"> - Don Avelino Sebastián Cano, manifiesta que su cónyuge Doña Gertrudis Domínguez Marival ha mantenido relaciones sexuales con tercera persona. Este hecho ha mancillado su honra y consecuentemente la convivencia ya no es la misma. Por esas consideraciones, demanda divorcio por causal contra su cónyuge. - Doña Gertrudis en su declaración ha manifestado haber mantenido relaciones sexuales con un tercero. <p>Hechos Relevantes en Salas:</p>

- Con fecha 23 de marzo del año 2001, se declara improcedente la demanda sobre divorcio por la causal de adulterio y fundada la propia demanda por conducta deshonrosa imputable a la demandada.
- La sala sustenta sus fundamentos para declarar la improcedencia, erróneamente ya que ha considerado que tener relaciones sexuales con un tercero importa un acto de conducta deshonrosa, cuando lo cierto es que la infidelidad se sanciona con el adulterio que resulta ser una causa independiente y autónoma.

Doña Gertrudis Domínguez Marival, apela la sentencia.

- Con fecha 06 de junio del 2001, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Huánuco CONFIRMA la sentencia APELADA.
- La sala de mérito ha incurrido en contradicción al CONFIRMAR la apelada de conformidad con el dictamen fiscal, cuando el contenido del dictamen es que se revoque la apelada.

Como puede apreciarse, lo que se discute aquí, es la interpretación errada que ha cometido la Sala en Primera Instancia, al momento de fundamentar y declarar improcedente la demanda sobre la causal de adulterio y fundada la propia demanda por causal de conducta deshonrosa; sustentándose, que las relaciones sexuales con un tercero importa un acto de conducta deshonrosa.

Como puede apreciarse la Sala hace una interpretación errónea utilizando el presupuesto de la causal de adulterio para configurar la causal de Conducta deshonrosa. Lo cual no quiere decir que no sea la causal adecuada, lo que sucede es la mala interpretación.

<p>Razonamiento del Tribunal</p>	<p>Argumentos de la Sala</p> <p>Los magistrados antes de dictaminar hacen referencia al contenido de la causal de adulterio y causal de conducta deshonrosa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Por conducta deshonrosa, debe entenderse el proceder incorrecto de una persona, que se encuentre en oposición al orden público, la moral y el respeto de la familia, condiciones en las cuales resulta insoportable la vida en común; pudiendo manifestarse en una gama de hechos y situaciones, como puede ser la vagancia u ociosidad, la ebriedad habitual, <u>la reiterada intimidación amorosa con persona distinta al cónyuge</u>, salidas injustificadas, entre otras, ya que la ley no establece un número clausus al respecto sino un número apertus. • El tribunal manifiesta, que distinta es la causal de adulterio, pues la misma se funda en la violación de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objetivo, se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que produzca la disolución del vínculo matrimonial. <p>Cabe señalar, que al haber quedado establecido la declaración de la demandada, de haber intimidad sexual con un tercero, resulta evidente que dicha <i>conducta deshonestas que se haga insoportable la vida en común pues con dicha declaración se trastoca el honor de su cónyuge</i>, de ahí que la interpretación del Art. 333° inciso 6 del Código Civil que se ha dado en la recurrida, sea la adecuada.</p>
---	--

	<p>Por estas consideraciones, el tribunal Declara Infundado el Recurso de Casación, en consecuencia No Casaron la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, su fecha 6 de junio de 2001.</p>
<p>Apreciaciones Finales</p>	<ul style="list-style-type: none"> - De lo señalado, es claro que al no tener elementos de convicción suficientes para demostrar el adulterio como causal de divorcio, se pudo probar la afectación al honor del cónyuge afectado, bajo esas consideraciones, se disolvió el vínculo matrimonial por la causal de conducta deshonrosa. - Como es de apreciarse; no basta el haber admitido mantener relaciones sexuales fuera del lecho conyugal, para que pueda probarse la causal de adulterio. Se concluye entonces, que no procede la causal de adulterio cuando se funda en hecho propio. La única forma o supuesto para demostrar la causal en cuestión, como ya se dijo a lo largo de la presente investigación, es la que resulte de presunciones graves y concordante que demuestren precisamente la conducta infiel del cónyuge culpable mediante la <u>partida de nacimiento de un hijo producto de la relación adulterina</u>. Por último, cualquier otro tipo de medio probatorio será desestimado. Por estas consideraciones, es evidente lo difícil que es para el cónyuge agraviado invocar la causal de adulterio.

Fuente: Elaboración Propia.

De lo expuesto, se sostiene que si el cónyuge agraviado no tuviera los suficientes medios de prueba antes referidos, como por ejemplo: la partida de nacimiento del hijo adulterino, para dar por acreditado la causal de adulterio; las tendrá para configurar en mejor de los casos, la causal de injuria grave o conducta deshonrosa, si se prueban hechos o actos

incompatibles con las la observancia del deber de fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges.

B. Cuándo procede el divorcio por causal de adulterio en el Perú:

La demanda de divorcio por causal de adulterio procede cuando uno de los cónyuges ha mantenido relaciones sexuales voluntariamente con persona del otro sexo distinta al cónyuge, sin que éste haya provocado, perdonado o consentido la infidelidad.

Durante todo el desarrollo de la investigación se ha establecido que el adulterio es una de las causales de divorcio que acoge nuestra legislación, que consiste en la unión sexual de un casado, con tercera persona del sexo opuesto quien no es su cónyuge. Se trata de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos.

Para que se pueda configurar la causal de adulterio, se requiere la presencia de dos elementos; nos referimos al elemento objetivo (copula sexual) y elemento subjetivo (voluntad). En el primer caso, la existencia de una relación heterosexual de orden coital; y en el segundo caso la intención del cónyuge culpable de incumplir con el deber de fidelidad y de poner en peligro la integridad de la familia.

Por tanto, no incurrirá en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible o supuesto de violación.

Puede presentarse el problema de saber si la inseminación artificial con espermatozoide de un tercero y con consentimiento de la mujer pero no de su cónyuge, constituye adulterio.

Un sector de la doctrina, considera que la esencia del adulterio es la relación sexual de una persona casada con otra que no sea su cónyuge y que la razón biológica y moral del adulterio es la falta esencial a la fidelidad que se deben los esposos, por lo que al

momento de colocar el semen en el útero de la mujer consideran que si constituye adulterio.

En el caso planteado, es evidente la ausencia del elemento objetivo que es la relación sexual por lo que la inseminación artificial no puede ser considerada como adulterio, pero si como una conducta y ofensa grave sufrida por el cónyuge.

Por otro lado, el Código Civil Peruano, en su artículo trescientos treinta y tres menciona los casos en que no puede intentarse el divorcio por adulterio si es que el ofendido lo provocó, consintió o perdonó, en consecuencia la cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.

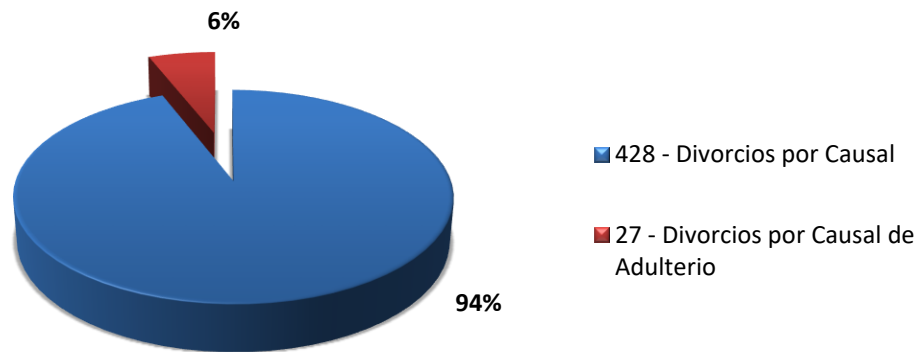
El artículo en mención establece un límite al ejercicio de la acción de separación fundada en la causal de adulterio. En ese sentido, no se podrá interponer la referida acción, el cónyuge que lo *provocó* (sometimiento a la abstinencia sexual), *consintió* (aceptación o reconocimiento de la relación sexual sostenida), o *perdonó* (implica una consecuencia derivada del consentimiento y puede darse de distintas formas con la cohabitación o yacimiento sexual posterior al conocimiento del adulterio). En estos tres casos, se aplica el *principio indubio pro adulterum*; es decir, en caso de duda se aplica lo más beneficio para el adúltero.

A continuación se indicaran cuantos procesos de divorcio por causal de adulterio se han producido en los juzgados especializados de familia en la sede judicial la libertad en el año 2014.

Para poder obtener la información solicitada y saber cuántos procesos de divorcio por la causal de adulterio, se han producido en todo el año 2014. Hemos acudido, al departamento de estadística de la Corte Superior de Justicia de la Libertad para conseguir los datos que a continuación pasamos a exponer.

Gráfico 1: Divorcios por Causal en la Sede Judicial La Libertad 2014

DIVORCIOS POR CAUSAL DE ADULTERIO EN LA SEDE JUDICIAL LA LIBERTAD 2014

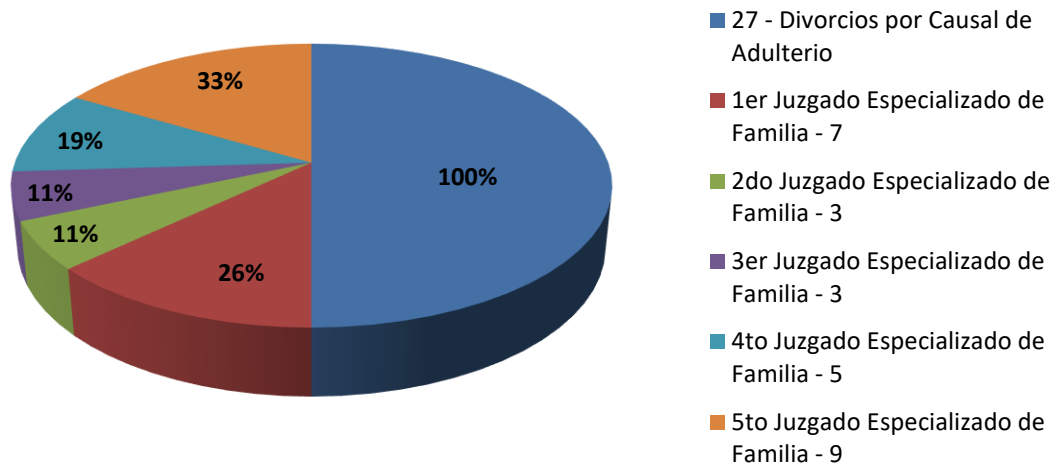


Fuente: Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de la Libertad - 2014

Teniendo en cuenta esta información, podemos señalar que de los 455 (100%) divorcios por causal, producidos en los Juzgados Especializados de Familia en todo el año 2014, solo 27 (6%) de ellos, están referidos a la causal de adulterio, una clara muestra de lo limitado que es demostrar esta causal. Puedo inferir entonces, que el adulterio en la mayoría de casos puede resultar ser una causa improbable ya que se debe probar fehacientemente el acto sexual cometido por el cónyuge infractor; llegando al extremo de sólo poder probar el adulterio mediante el hijo producto de la infidelidad, ya que las fotografías, las cartas, los testimoniales y las pruebas obtenidas de manera contraria a ley podrían vulnerar el derecho a la intimidad y muchas veces o en la mayoría de casos no se aceptan como prueba en los juicios para acreditar esta causal.

Gráfico 2: Divorcios por la Causal de Adulterio en los Juzgado Especializado de Familia

**DIVORCIOS POR CAUSAL DE ADULTERIO SEGUIDOS
POR CADA JUZGADO DE FAMILIA - 2014**



Fuente: Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de la Libertad - 2014

Asimismo, de la información que aparece en el gráfico, se indica la cantidad de divorcios por causal de adulterio que se han producido en cada uno de los Juzgados Especializados de Familia en la sede Judicial La Libertad en el año 2014.

Como se ha mencionado líneas arriba, la causal de adulterio es difícil su probanza, y quizá ese sea el principal factor por la que el cónyuge agraviado termina obligado de cierta manera, a invocar otra.

De probarse, puede tener consecuencias graves en perjuicio de los intereses del cónyuge que comete el adulterio, ya que, por ejemplo, puede perder la patria potestad de los hijos menores, el derechos de visita a los hijos, se le puede exigir pagos por daños y perjuicios al cónyuge afectado, hasta puede perder su participación en los bienes gananciales.

C. Contenido y alcance del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva:

El contenido del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, comprende desde el ser escuchado por los órganos jurisdiccionales, hasta la satisfacción material de derecho invocado.

En ese sentido, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, no solamente se va a limitar al acceso a los órganos jurisdiccionales y que sean atendidos brindándoles las garantías mínimas para su efectiva realización; sino que este concepto es mucho más amplio.

En palabras de Priori señala que, “la tutela jurisdiccional efectiva, no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante”. (Priori, 2009).

En ese sentido, de nada serviría poseer un determinado derecho, si se carece de la posibilidad de hacerlo efectivo ante los órganos jurisdiccionales (jueces o tribunales) previamente establecidos, independientes e imparciales, para su reconocimiento. Los romanos afirmaban *uni ius ibi remedium* “hay derecho donde hay acción”. Es decir, una norma jurídica, sólo será eficaz si concomitantemente coexiste con las acciones procesales, los instrumentos, medios o recursos necesarios para invocarlas a fin de obtener la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Como es de apreciarse, la tutela jurisdiccional efectiva se debe alcanzar a través de un “debate judicial”, juicio o proceso, el cual debe ajustarse a las normas del debido proceso legal y al respeto del derecho de defensa en juicio.

D. La necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio:

La necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio sosteniendo, que es más claro referirnos a la *infidelidad* porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales. Por ejemplo: la causal de *adulterio* presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo, pudiendo ser ambas resumidas en la infidelidad.

Podemos distinguir dos clases de infidelidad: la material, relacionada con el adulterio (criterio restrictivo) y la moral, construida por actos injuriosos en general (criterio amplio).

Para demostrar la causal de adulterio, se requiere como ya se dijo a lo largo de la investigación, la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser casi imposible de probar, de ahí que la jurisprudencia acepte la prueba indirecta que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre con la partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterina.

Cabe señalar, que si las pruebas obtenidas por el cónyuge agraviado no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán en el mejor de los casos para configurar la causal de injuria grave o conducta deshonrosa, debido al carácter limitado que enviste esta causal.

Se precisa también, que no todo acto de infidelidad se traduce en relación sexual; hay infidelidad objetiva o moral, que no necesariamente conlleva relaciones sexuales.

Lo que se pretende con el cambio genérico a la norma, es la posibilidad de que existan más formas o criterios para demostrar la causal de adulterio, porque hoy en día, se encuentra muy limitada.

CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN

1. ¿A qué se debe, la dificultad para demostrar la causal de adulterio en el Perú?

RESPUESTA DEL ESPECIALISTA	DOCTRINA	JURISPRUDENCIA	LEGISLACIÓN VIGENTE	CONCLUSIÓN
<p>1. <u>CARDENAS:</u> El problema para demostrar la causal de adulterio se debe a la dificultad de obtener fuentes de prueba y medios de prueba. En mi experiencia como juez, me he pronunciado en diferentes sentencias sobre el particular y es innegable la dificultad existente para demostrar la causal de adulterio.</p> <p>2. <u>LOZANO:</u> Es justamente la dificultad de conseguir pruebas, lo que produce que ésta sea una de las causales menos invocadas en los procesos de divorcio.</p> <p>3. <u>SANDOVAL:</u> La dificultad que tiene el cónyuge agraviado para demostrar la causal en cuestión dentro de un proceso judicial, es evidente. Cualquier otro medio de prueba que no sea la partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterina, será declarado improcedente.</p>	<p>1. <u>El adulterio – Herrera Santiago:</u> Es una causal de divorcio, que consiste en el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona del sexo opuesto, es decir el acceso carnal de un casado con una mujer que no sea la legítima, o de una casada con un hombre que no sea su legítimo marido.</p> <p>2. <u>Requisitos para la Configuración Jurídica del Adulterio:</u></p> <p>a) Que el adulterio sea real y consumado, es decir la existencia de copula sexual y que sea susceptible de comprobación.</p> <p>b) Que exista voluntad del cónyuge infractor de violar el deber de fidelidad.</p> <p>c) Que constituya grave ofensa para el cónyuge, pues es indispensable que el ofendido no haya provocado, consentido, ni perdonado.</p> <p>d) Que no se sustente en hecho propio.</p>	<p>1. <u>Cas. N° 2090 – 01 – Huánuco:</u> Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Doña Gertrudis Domínguez Marival, contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Huánuco, su fecha 6 de junio del 2001, que declara IMPROCEDENTE la demanda sobre divorcio por causal de adulterio y FUNDADA la propia demanda por la causal de conducta deshonrosa imputable a la demandada.</p> <p>2. <u>Expediente N° 287 - 2009 - Lima:</u> Se trata de una sentencia que al no haber sido apelada por las partes procedió a elevarse en CONSULTA. Se declaró Fundada la demanda, la prueba que motivo al aquo para tal decisión fue la partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterina de la demandada.</p>	<p>1. <u>Artículo 333° inciso 1 del Código Civil:</u> DRA: Define al adulterio como el ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge.</p> <p>2. <u>Criterios para demostrar el adulterio en el Perú:</u></p> <p>a. La prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales. (Lo cual suele ser difícil probarlo).</p> <p>b. La partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterio.</p>	<p>1. Se sostiene que si el cónyuge agraviado no tuviera los suficientes medios de prueba, como por ejemplo: la partida de nacimiento del hijo adulterino, para dar por acreditado la causal de adulterio; las tendrá para configurar en mejor de los casos, la causal de injuria grave o conducta deshonrosa, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia del deber de fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges.</p>

2. Tomando en cuenta, la pregunta anterior ¿Qué derecho se le estaría afectando al cónyuge inocente, sabiendo lo limitado que es para el demostrarla?

RESPUESTA DEL ESPECIALISTA	DOCTRINA	LEGISLACIÓN VIGENTE	CONCLUSIÓN
<p>1. <u>CARDENAS:</u></p> <p>Si el acopio de prueba depende del justiciable, quien tiene la carga de la prueba, no se vería afectada su tutela jurisdiccional efectiva por cuanto esta corresponde al juzgador. En el proceso de divorcio prima el principio dispositivo (impulso de parte), el juez no puede ordenar medios probatorios de oficio.</p> <p>2. <u>LOZANO:</u></p> <p>Una norma jurídica, sólo será eficaz si coexiste con las acciones procesales, medios o recursos necesarios para invocarlas a fin de obtener la tutela jurisdiccional efectiva; es decir, si una norma jurídica tiene un criterio restrictivo como en el caso de la causal de adulterio, desde luego que va a imposibilitar al cónyuge agraviado a invocarla por lo dificultoso que resulta su demostración.</p> <p>El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no solamente se va a limitar al acceso del justiciable a los órganos jurisdiccionales para lograr ser escuchado o atendido, sino que este derecho es mucho más amplio.</p> <p>3. <u>SANDOVAL:</u></p> <p>Si se estaría afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.</p>	<p>1. <u>La Tutela Jurisdiccional Efectiva - Priori Giovanni</u></p> <p>El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante.</p> <p>2. <u>El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva – Obando, Víctor:</u></p> <p>Consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez.</p>	<p>1. <u>Artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú:</u> “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:</p> <p>3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.</p> <p>Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.</p> <p>2. <u>El Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil:</u></p> <p>“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.</p> <p>3. <u>La Ley Orgánica del Poder Judicial en su Artículo 7°.</u></p> <p>“En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso”.</p>	<p>1. El criterio restrictivo para probar la causal de adulterio, si afectaría el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del cónyuge agraviado, en la medida de que nada serviría contar con un determinado derecho, si se carece de los medios o recursos necesarios para su reconocimiento ante los órganos jurisdiccionales.</p>

3. ¿Está de acuerdo con un cambio genérico a la causal de adulterio?

RESPUESTA DEL ESPECIALISTA	DOCTRINA	PROPUESTA LEGISLATIVA	LEGISLACIÓN COMPARADA	CONCLUSIÓN
<p>1. <u>CARDENAS</u>: Sería acertado referirnos a la infidelidad porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales. Sí, estaría de acuerdo con un cambio genérico a la causal de adulterio, toda vez que al referirnos a la infidelidad posibilitaría al cónyuge agraviado, tener más posibilidades de actuación y darle al juez la oportunidad de merituar o examinar más medios de prueba.</p> <p>2. <u>LOZANO</u>: Si estaría de acuerdo con un cambio genérico a la causal de adulterio, porque todas las conductas sexuales y no sexuales podemos subsumirlas en la infidelidad. Es preciso señalar, que toda relación sexual es un acto de infidelidad, pero no todo acto de infidelidad se traduce en relación sexual; hay infidelidad objetiva o moral, que no necesariamente conlleva relaciones sexuales.</p> <p>3. <u>SANDOVAL</u>: Sí, es más amplio y permite una tutela más</p>	<p><u>Tratado de Derecho de Familia, Tomo II - Varsi, Enrique</u>: Un sector de la doctrina se inclina por la necesidad de un cambio genérico a la causal del adulterio sosteniendo que es más claro referirnos a la infidelidad porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales. La causal de adulterio presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con persona del mismo sexo, pudiendo ser ambas resumidas en la infidelidad. Con este criterio, en la infidelidad se incluirían todas aquellas conductas que impliquen una violación del deber de fidelidad, a cuyo cumplimiento se encuentran sujetos los cónyuges, dándole a la causal un mayor ámbito de aplicación.</p>	<p>1. <u>Propuesta de un cambio Genérico a la Causal de Adulterio</u>: La necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio sosteniendo, que es más claro referirnos a la infidelidad porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales. Por ejemplo: la causal de adulterio presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo, pudiendo ser ambas resumidas en la infidelidad.</p> <p>2. <u>Infidelidad</u>: Se sostienen dos clases:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Infidelidad Material (relacionada con el adulterio). 2. Infidelidad Moral (criterio amplio). 	<p>1. <u>Artículo 333° inciso 1 del Código Civil</u>: El Código Civil Colombiano en su artículo 6° de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo 4 de la Ley 1 de 1976, señala los hechos o causales para solicitar y obtener el divorcio, al respecto el numeral 1° manifiesta “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges”. Respecto a la infidelidad que no llega a la intimidad sexual, la honorable Corte Colombiana, ubica esta causal como de infidelidad moral determinante del divorcio, si “las secuelas de tal conducta afectan la unidad de la vida matrimonial”.</p>	<p>1. El objetivo principal, sobre un cambio genérico a la causal se adulterio, es exponer una alternativa a la problemática que se presenta hoy en día en los juzgados, cuando el cónyuge agraviado pretende invocar la causal de adulterio que no encuentra dentro de la misma los medios, recursos o mecanismos necesarios para invocarlas, a fin de obtener la tutela jurisdiccional efectiva, a razón de un criterio restrictivo de la norma.</p>

<p>adecuada.</p> <p>El tema es interesante y aborda la preocupación por una categoría del Derecho de Familia. En la práctica resulta de mucha dificultad para los litigantes utilizarla.</p>				
--	--	--	--	--

CONCLUSIONES

- Se logró determinar que la falta de criterios para demostrar la causal de adulterio en el Perú, incide en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado, al obligado de cierta manera a invocar la disolución del vínculo conyugal por otra causal.
- Se concluye que la demanda de divorcio por causal de adulterio procede cuando uno de los cónyuges ha mantenido relaciones sexuales voluntariamente con persona del otro sexo distinta al cónyuge, sin que éste haya provocado, perdonado o consentido la infidelidad.
- Se concluye que el contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende desde el derecho a ser escuchado por los órganos jurisdiccionales, hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante.
- Se concluye la necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio sosteniendo que es más claro referirnos a la infidelidad porque dentro de ella se pueden subsumir todas las conductas sexuales.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda que nuestro legislador tome en cuenta que los criterios utilizados para demostrar la causal de adulterio en el Perú, tienen un carácter limitado que hace difícil su probanza. Lo que implica que el cónyuge inocente se vea obligado a invocar el divorcio por otra causal.
- No se puede exigir a los tribunales, que intervengan con cierto grado de eficacia, si las disposiciones que regulan su actuación son obsoletas o complejas. Sin embargo, hay mucho por hacer y es de esperar que los cambios que se hagan en las demás leyes sean pensados desde la perspectiva del servicio al justiciable.
- Asimismo, se ha considerado pertinente presentar a continuación una propuesta legislativa sobre un cambio genérico a la causal de adulterio, con la finalidad de buscar una alternativa a la problemática que se presenta hoy en día en los juzgados, al momento que el cónyuge agraviado pretende invocar la causal de adulterio y no encuentra dentro de la misma los medios o recursos necesarios para invocarla, a fin de obtener la tutela jurisdiccional efectiva plena.

Propuesta Legislativa: “La necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio, Art. 333° Inciso 1, del Código Civil Peruano”.

- I. Introducción
- II. Exposición de Motivos
- III. Respecto al Texto Legal y Propuesta Legislativa
- IV. Legislación Comparada
- V. Objetivo de la Propuesta.

I. INTRODUCCIÓN

La presente propuesta legislativa, tiene como objetivo esencial darle al cónyuge agraviado un mayor campo de acción al momento que pretenda invocar el adulterio como causal de divorcio y ya no referirse al *adulterio* sino a *la infidelidad*.

Por ello, la necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio sosteniendo que es más claro referirnos a la ***infidelidad*** porque dentro de ella se pueden subsumir todas las conductas sexuales. (Varsi, 2011).

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El matrimonio es la unión voluntaria por un varón y una mujer que se unen con la finalidad de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Bajo este concepto la Constitución Política en su artículo 4° establece como objeto primordial la protección por parte del estado y la comunidad, a la familia, promoviendo de igualmente al matrimonio, reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. El mismo que se regula en todos sus aspectos en la Sección Segunda del Libro III, del Derecho de Familia, del Código Civil, en el cual establece los preceptos para su constitución, obligaciones y derechos que genera, las

circunstancias que ponen fin a esta unión y las causas específicas para invocar la separación y disolución de dicha institución.

En ese sentido, la finalidad del matrimonio se encuentra contenida en el apoyo recíproco que se deben los esposos en razón de la vida en común que mantienen. Puede ser el caso que tales fines pueden no darse o hacerse difícil su obtención por diversos motivos o causas extrañas a la voluntad de los esposos o cuya iniciativa es voluntaria.

Por ello, nuestra legislación, prevé ciertas circunstancias que pueden poner fin a dicho vínculo y a su vez están contempladas en el Código Civil, las causas específicas para invocar la separación y la disolución del vínculo matrimonial.

Sobre estas causas, el Código Civil regula la forma en la que se puede disolver este vínculo. Las normas pertinentes se encuentran reguladas en los artículos 332° al 347° sobre “separación de cuerpos” y 348° al 360° referido al “divorcio” del acotado cuerpo legal.

Las causales de separación de cuerpos y divorcio están reguladas en el artículo 333° la cual consta de trece causales. Nos referiremos específicamente a la causal del “*adulterio*”, que se encuentra regulada en el numeral 1° que consiste en el acceso carnal con persona del sexo opuesto distinta del cónyuge.

Para poder demostrar esta causal, se requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la jurisprudencia acepte la prueba indirecta que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial.

En ese sentido, el primer criterio es casi imposible de ser demostrado y de serlo se puede incurrir en la violación de algunos derechos, como lo es el derecho a la intimidad. El único criterio mediante el cual el cónyuge agraviado puede demostrar el adulterio es la partida de nacimiento del hijo producto de la relación adulterina.

Por otro lado, cabe señalar que si las pruebas obtenidas por el cónyuge agraviado no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán en el mejor de los casos para configurar la causal de injuria grave o conducta deshonrosa. Debido al carácter restrictivo y limitado que enviste está causal.

Bajo este contexto, puede evidenciarse la falta de criterios para demostrar la causal en cuestión. Por ello, la necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio.

Cabe señalar, que toda relación sexual es un acto de infidelidad, pero no todo acto de infidelidad se traduce en relación sexual; hay infidelidad objetiva o moral, que no necesariamente conlleva relaciones sexuales.

III. RESPECTO AL TEXTO LEGAL Y PROPUESTA LEGISLATIVA

RESPECTO AL TEXTO LEGAL VIGENTE ART. 333° INCISO 1	PROPUESTA LEGISLATIVA ART. 333° INCISO 1
Art. 333° Son causales de separación de cuerpos: 1. Adulterio.	Art. 333° Son causales de separación de cuerpos: 1. Infidelidad.

Elaboración Propia.

Como ya se expuso, en la parte introductoria de la presente propuesta legislativa, la necesidad de un cambio genérico a la causal de adulterio sosteniendo que es más claro referirnos a la **INFIDELIDAD** porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales, también todas aquellas conductas morales, que afecten la unidad de la vida conyugal (infidelidad que no llega a la intimidad sexual).

Cabe precisar, que la causal de *adulterio* presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo, pudiendo ser ambas resumidas en la infidelidad.

IV. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1 Colombia

El Código Civil Colombiano en su artículo 6° de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo 4 de la Ley 1 de 1976, señala los hechos o causales para solicitar y obtener el divorcio, al respecto el numeral 1° manifiesta “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges”.

La Corte Constitucional Colombiana en Sentencia del 19 de julio de 1989 sobre la expresión en plural de “*relaciones sexuales extramatrimoniales*”, aclaró que basta un solo acto de adulterio de la mujer o del varón para que se configure la causal de divorcio.

Respecto a la infidelidad que no llega a la intimidad sexual, la honorable Corte Colombiana, ubica esta causal como de infidelidad moral determinante del divorcio, si “las secuelas de tal conducta afectan la unidad de la vida matrimonial”.

La Profesora Carlota Verbel, de la Universidad de Cartagena-Colombia, manifiesta que no se quiso emplear el término adulterio o infidelidad, aunque signifiquen lo mismo que relaciones sexuales, tal vez por no dejar dudas en ningún caso, en cuanto a las personas que violan la norma, hombre o mujer. Toda relación sexual es un acto de infidelidad, pero no todo acto de infidelidad se traduce en relación sexual; hay infidelidad objetiva o moral, que no necesariamente conlleva relaciones sexuales. (Verbel , 1993).

En resumen, en la legislación colombiana esta causal se configura también, frente a relación sexual anormal: como bestialismo, necrofilia, pederastia, lesbianismo, homosexualismo, etc.

V. OBJETIVO DE LA PROPUESTA

El objetivo principal, que tiene la presente propuesta legislativa, es exponer una alternativa a la problemática que se presenta hoy en día en los juzgados, cuando el cónyuge agraviado pretende invocar la causal de adulterio y no encuentra dentro de la misma los medios, recursos o mecanismos necesarios para invocarlas, a fin de obtener la tutela jurisdiccional efectiva plena.

FUENTES DE REFERENCIAS

- Alvarado, A. (s.f.). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Rubinzal-Culsoni Editores.
- Alzamora, M. (1987). *Introducción a la Ciencia del Derecho* (10ª Edición ed.). Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Ariano, E. (2013). *Las Garantías del Justo Proceso*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Cabello, J. (1999). *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Segunda Edición.
- Camacho, J. (s.f.). *Fidelidad e Infidelidad en las Relaciones de Pareja*. Recuperado el 28 de Marzo de 2015, de <http://www.fundacionforo.com/pdfs/archivo42.pdf>
- Cárdenas, W. (22 de Abril de 2015). El adulterio como causal de divorcio en el Perú VS La tutela jurisdiccional efectiva. (P. Quevedo, Entrevistador).
- Carrion, J. (s.f.). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (1era. Edición ed.). Lima: Grijley.
- Chamorro, F. (2009). "Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la tutela jurisdiccional efectiva". *Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP*, 320.
- De Bernardis, L. (1985). *La Garantía Procesal de Debido Proceso*. Cusco: Cultural Cusco S.A.
- Diario Oficial El Peruano*, págs. 8570-8571. (1 de Abril de 2002).
- Diario Oficial El Peruano*, págs. 14713-14714. (30 de Setiembre de 2005).
- DRAE* (22ª Edición ed.). (2001). España.
- Echandía, H. (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial* (4ª Edición ed.). Medellín.
- Espino, E. (2009). La Infidelidad No Sexual como Causal de Separación de Cuerpos y de Divorcio en el Derecho Civil Peruano. *Artículo Jurídico*, 1-3.
- Ezaine, A. (1999). *Diccionario de Derecho Penal*. Lima: A.F.A. Editores S.A.
- Gonzales, J. (1985). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva* (Segunda ed.). España: Editorial Civitas.

- Gozaini, O. (2005). *"Elementos del Derecho Procesal Civil"* (1era. Edición ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Gozaini, O. (s.f.). *El debido proceso constitucional*. Recuperado el 14 de Abril de 2015, de <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard2.htm>.
- Herrera, S. (2005). *Proceso De Divorcio*. Lima: Marisol Ediciones E.I.R.L.
- Justiniano. (s.f.). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Recuperado el 10 de Marzo de 2015, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=602>
- Lozano, N. (22 de Abril de 2015). El adulterio como causal de divorcio en el Perú VS La tutela jurisdiccional efectiva. (P. Q. Gamboa, Entrevistador).
- Martel, R. (s.f.). *Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Recuperado el 13 de Abril de 2015, de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/martel_c_r/titulo2.pdf
- Martínez, R. (2006). *Diccionario Jurídico General*. México: lure editores S.A.
- Miranda , M. (s.f.). *Nuevas Causales de Separación de Cuerpos y del Divorcio Incorporados por la Ley N°27495*. Recuperado el 18 de Abril de 2015, de http://www.pj.gob.pe/nuevas_causales_separacion_cuerpos/
- Monroy , J. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Obando, Víctor. (2010). *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Tesis. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Pazos, J. (2011). *Código Civil Comentado - Derecho de Familia*. Lima: El Búho E.I.R.L.
- Peralta, R. (1993). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Idemsa.
- Plácido, A. (2008). *Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Priori, G. (2009). "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". *Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP*, 280.

Sandoval , G. (16 de Abril de 2015). El adulterio como causal de divorcio en el Perú VS La tutela jurisdiccional efectiva. (P. Quevedo, Entrevistador).

Ticona, V. (1998). *El Debido Proceso y la Demanda Civil* (1era. Edición ed.). Lima: Editorial Rodhas S.A.

Umpire, E. (2006). *El Divorcio y sus Causales*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de las Familias*. Lima: El Búho E.I.R.L.

Varsi, E. (2012). *Jurisprudencia sobre Derecho de Familia*. Lima: El Búho E.I.R.L.

Verbel , C. (1993). *Nuevo Régimen de Divorcio en la Legislación Colombiana*. Recuperado el 20 de Marzo de 2015, de <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/16-17/4-NUEVOREGIMENDEDIVORCIO.pdf>

Vidal, F. (2010). *Prescripción extintiva y caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXOS

Tabla 2: Matriz de Consistencia

TÍTULO: “ El Adulterio como Causal de Divorcio en el Perú VS La Tutela Jurisdiccional Efectiva”			
<p>PROBLEMA:</p> <p>¿De qué manera la falta criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado?</p>	<p>OBJETIVOS:</p> <p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar de qué manera la falta de criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Explicar cuando procede el divorcio por la causal de adulterio en el Perú. 2. Analizar el contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. 3. Proponer un cambio genérico a la causal de adulterio. <p>JUSTIFICACIÓN:</p> <p>La presente investigación encuentra su justificación teórica en la Teoría del Divorcio Sanción, dónde se busca al cónyuge culpable y se le aplican sanciones. En ese sentido, la investigación va a permitir a los estudiantes y diversos operadores del derecho en conocer cuáles son los criterios mediante los cuales se va a poder demostrar la causal de adulterio y como la falta de éstos, incide en el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del cónyuge agraviado. Es por ello, que en el presente trabajo se busca aportar al ámbito nacional un trabajo que goce de sustento práctico y teórico; además de proponer un cambio genérico a la norma que permita una mejor aplicación sobre el tema planteado. Finalmente, se pretende que a nivel académico, básicamente en las escuelas de Derecho y en especial en los cursos de Derecho de</p>	<p>HIPÓTESIS:</p> <p>La falta de criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado, al obligarlo de cierta manera a solicitar el divorcio por otra causal.</p> <p>VARIABLES:</p> <p>VARIABLE UNO</p> <p>La falta de criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú.</p> <p>VARIABLE DOS:</p> <p>El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado.</p>	<p>METODOLOGÍA:</p> <p>Enfoque: Cuantitativo</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fin: Básica - Régimen: Libre - Alcance: Explicativa <p>DISEÑO</p> <p>No experimental. Transversal.</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA</p> <p>Unidad de Análisis</p> <ul style="list-style-type: none"> - Toda la jurisprudencia nacional referida al adulterio como causal de divorcio en el Perú. - Doctrina sobre el adulterio y la tutela jurisdiccional efectiva. <p>Población</p> <p>La presente investigación cuenta con una población conformada por:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jueces de la Corte Superior de Justicia de la Libertad. - Abogados que ejercen docencia universitaria en materia de Derecho de Familia y Derecho Constitucional. <p>Muestra</p> <ul style="list-style-type: none"> - 01 expedientes N° 287-2009-Lima y 01 recurso casatorio

	<p>Familia, se puedan conocer con mayor profundidad, los criterios para demostrar el adulterio como causal de divorcio en nuestro ordenamiento jurídico peruano.</p>		<p>N° 2090-01-Huánuco en materia de divorcio por causal de adulterio, en la que se indicara por un lado, la única forma para demostrar la causal de adulterio en nuestra legislación y por el otro, que debido a la falta de supuestos para probar la causal en cuestión, obliga de alguna manera al cónyuge agraviado a invocar otra.</p> <p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - Investigación Bibliográfica – Fichas Bibliográficas - Estudio de Doctrina - Entrevista a especialistas del área de estudio en cuestión.
--	--	--	--

ENTREVISTAS ESTRUCTURADAS

PRESENTACIÓN

Como parte del desarrollo de mi tesis, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte, estoy realizando una investigación cuyo problema de investigación es el siguiente: ¿De qué manera la falta de supuestos para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado? La información brindada en esta entrevista es de carácter confidencial, solo será utilizada para los propósitos de la investigación. Agradeciendo su colaboración.

DATOS GENERALES

Persona entrevistada: Wilda Mercedes Cárdenas Falcón

Función: Juez Titular de la 2° Sala de la Corte Superior de Justicia de la Libertad

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS:

PREGUNTA N° 1

En su opinión, ¿A qué se debe, la dificultad para demostrar la causal de adulterio en el Perú?

Temas de apoyo:

A la falta de supuestos para poder demostrarla.

A lo limitada que se encuentra esta causal.

Respuesta:

A la dificultad de obtener fuentes de prueba y medios de prueba.

PREGUNTA N° 2

Tomando en cuenta, la pregunta anterior, ¿Qué derecho se le estaría afectando al cónyuge inocente, sabiendo lo limitado que es para él demostrarla?

Temas de apoyo:

- ¿Su tutela jurisdiccional efectiva se vería afectada?
- El cónyuge inocente se ve obligado necesariamente a Invocar otra causal para solicitar el divorcio.

Nota: En palabras de Piori, "el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante".

Respuesta:

Si el acopio de prueba depende del justiciable, quien tiene la carga de la prueba, no se vería afectada su tutela jurisdiccional efectiva por cuanto esta corresponde al juzgador. En el proceso de divorcio prima el principio dispositivo-impulso de parte-el juez no puede ordenar medios probatorios de oficio.

PREGUNTA N° 3

Al respecto, ¿Está de acuerdo con un cambio genérico a la causal de adulterio?

Temas de apoyo:

Sería más acertado referirnos a la infidelidad porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales

Respuesta

Sí, estaría de acuerdo con un cambio genérico a la causal de adulterio, toda vez que al referirnos a la infidelidad posibilitaría al cónyuge agraviado, tener más posibilidades de actuación y darle al juez la oportunidad de meritar o examinar más medios de prueba

NOTA:

El objetivo de la presente entrevista, es obtener opiniones fidedignas acerca del particular y poder confrontarlas con los resultados obtenidos en el estudio de campo, lo cual nos permitiría arribar a un mejor entendimiento del hecho planteado en el problema de investigación y dilucidar si la hipótesis descrita refleja la información obtenida.

ENTREVISTAS ESTRUCTURADAS

PRESENTACIÓN

Como parte del desarrollo de mi tesis, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte, estoy realizando una investigación cuyo problema de investigación es el siguiente: ¿De qué manera la falta de supuestos para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado? La información brindada en esta entrevista es de carácter confidencial, solo será utilizada para los propósitos de la investigación. Agradeciendo su colaboración.

DATOS GENERALES

Persona entrevistada: Genaro Nelson Lozano Alvarado

Función: Ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Actualmente (Docente Universitario).

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS:

PREGUNTA N° 1

En su opinión, ¿A qué se debe, la dificultad para demostrar la causal de adulterio en el Perú?

Temas de apoyo:

A la falta de supuestos para poder demostrarla.

A lo limitada que se encuentra esta causal.

Respuesta:

“Es justamente la dificultad de conseguir pruebas, lo que produce que ésta sea una de las causales menos invocadas en los procesos de divorcio”.

Si bien es cierto, esta causal se configura cuando cualquiera de los cónyuges ha mantenido relaciones sexuales con una tercera persona, situación que no se puede equiparar a besos, caricias o abrazos que uno de los cónyuges pueda expresar hacia

persona distinta a su pareja matrimonial. Pero también es cierto, que tal conducta, es un acto de infidelidad no sexual pero si moral.

PREGUNTA N° 2

Tomando en cuenta, la pregunta anterior, ¿Qué derecho se le estaría afectando al cónyuge inocente, sabiendo lo limitado que es para él demostrarla?

Temas de apoyo:

- ¿Su tutela jurisdiccional efectiva se vería afectada?
- El cónyuge inocente se ve obligado necesariamente a Invocar otra causal para solicitar el divorcio.

Nota: En palabras de Piori, “*el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante*”.

Respuesta:

Una norma jurídica, sólo será eficaz si coexiste con las acciones procesales, medios o recursos necesarios para invocarlas a fin de obtener la tutela jurisdiccional efectiva; es decir, si una norma jurídica tiene un criterio restrictivo como en el caso de la causal de adulterio, desde luego que va a imposibilitar al cónyuge agraviado a invocarla por lo dificultoso que resulta su demostración. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no solamente se va a limitar al acceso del justiciable a los órganos jurisdiccionales para lograr ser escuchado o atendido, sino que este derecho es mucho más amplio.

PREGUNTA N° 3

Al respecto, ¿Está de acuerdo con un cambio genérico a la causal de adulterio?

Temas de apoyo:

Sería más acertado referirnos a la infidelidad porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales.

Si estaría de acuerdo con un cambio de género a la causal de adulterio, ya que todas las conductas sexuales y no sexuales podemos subsumirlas en la infidelidad.

ENTREVISTAS ESTRUCTURADAS

PRESENTACIÓN

Como parte del desarrollo de mi tesis, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte, estoy realizando una investigación cuyo problema de investigación es el siguiente: ¿De qué manera la falta de supuestos para demostrar el adulterio como causal de divorcio en el Perú, incide en la tutela jurisdiccional efectiva del cónyuge agraviado? La información brindada en esta entrevista es de carácter confidencial, solo será utilizada para los propósitos de la investigación. Agradeciendo su colaboración.

DATOS GENERALES

Persona entrevistada: Gonzalo Sandoval Cruz

Función: Docente tiempo completo UPN.

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS:

PREGUNTA N° 1

En su opinión, ¿A qué se debe, la dificultad para demostrar la causal de adulterio en el Perú?

Temas de apoyo:

A la falta de supuestos para poder demostrarla.

A lo limitada que se encuentra esta causal.

Respuesta:

Existe dificultad para acreditar la causal en el proceso, pues este supuesto muy complejo de acreditar.

PREGUNTA N° 2

Tomando en cuenta, la pregunta anterior, ¿Qué derecho se le estaría afectando al cónyuge inocente, sabiendo lo limitado que es para él demostrarla?

Temas de apoyo:

- ¿Su tutela jurisdiccional efectiva se vería afectada?
- El cónyuge inocente se ve obligado necesariamente a Invocar otra causal para solicitar el divorcio.

Nota: En palabras de Piori, "el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante".

Respuesta:

Si afecta la tutela jurisdiccional efectiva.

PREGUNTA N° 3

Al respecto, ¿Está de acuerdo con un cambio genérico a la causal de adulterio?

Temas de apoyo:

Sería más acertado referirnos a la infidelidad porque dentro de ella podemos subsumir todas las conductas sexuales

Respuestas:

Sí, es más amplio y permite una tutela más adecuada.

Comentario Final:

El tema es interesante y aborda la preocupación por una categoría del derecho de familia, ya que en la práctica resulta de mucha dificultad para los litigantes utilizarla.

NOTA:

El objetivo de la presente entrevista, es obtener opiniones fidedignas acerca del particular y poder confrontarlas con los resultados obtenidos en el estudio de campo, lo cual nos permitiría arribar a un mejor entendimiento del hecho planteado en el problema de investigación y dilucidar si la hipótesis descrita refleja la información obtenida.