

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

Expediente N° : 02308-2015
Materia : Divorcio por Causal
Procedencia : Sexto Juzgado de Familia
Demandante : [REDACTED]
Demandada : [REDACTED]

Resolución Número: TRES

Lima, veintidós de enero
Del año dos mil dieciocho.-

VISTOS; interviniendo como Ponente el señor Juez Superior **Plasencia Cruz.**

I. ASUNTO:

Se ha elevado en consulta la sentencia contenida en la resolución N° 23 de fecha 19 de setiembre de 2017 (fs 273/280) en el extremo que declara **fundada** la reconvenición de divorcio interpuesta por doña [REDACTED] por la causal de adulterio contra don [REDACTED]; en consecuencia DISUELTO el vínculo matrimonial contraído por [REDACTED] el 04 de mayo de 1994 ante la Municipalidad Distrital de Lince, Provincia y Departamento de Lima .

II. ANTECEDENTES:

2.1. A fs 16/19 - 27/28, obra el escrito de demanda interpuesta el 06 de marzo de 2015 por don [REDACTED] contra [REDACTED], sobre divorcio por la causal de separación de hecho. Por resolución N° 02 de 26 de marzo de 2015 (fs 29) se admitió a trámite la demanda, corriendo traslado a la demandada y al Ministerio Público, quien contesta el 06 de mayo de 2015 (fs 36/37), haciendo lo propio la demandada el 21 de mayo de 2015, contestando (fs 71/73) y reconviendo por la causal de adulterio, solicitando como segunda pretensión una indemnización por daño moral, por la suma de cincuenta mil nuevos soles (fs 74/80), corriéndose traslado de la reconvenición planteada, siendo absuelta por el Ministerio Público (fs 87/88) y por el demandante (fs 94/97, 103/106). Por resolución N° 07 se dio por saneado el proceso (fs 120). Por resolución N° 10 de 16 de octubre de 2015 (fs 136/139) se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios ofrecidos y se dispusieron los de oficio.

2.2. El 05 de mayo de 2015 (fs 156/157) se realizó la Audiencia de Pruebas con la asistencia del Ministerio Público y la parte demandada.

2.3. Mediante resolución N° 23 de fecha 19 de setiembre de 2017 (fs 273/280), se emite sentencia declarando **infundada** la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, interpuesta por don [REDACTED] y, **fundada** la reconvenición de divorcio formulada por doña [REDACTED]

██████████ por la causal de adulterio contra don ██████████; en consecuencia DISUELTO el vínculo matrimonial contraído por doña ██████████ el 04 de mayo de 1994 ante la Municipalidad Distrital de Lince, Provincia y Departamento de Lima; con lo demás que contiene. Resolución que no habiendo sido apelada por ninguna de las partes, ha sido elevada en consulta en el extremo que se declara fundada la causal de divorcio vía reconvención.

III. CONSIDERANDOS:

3.1. Constituye principio de orden procesal el derecho que tiene toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses con sujeción a un debido proceso conforme al inciso 3º del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, concordado con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que “el derecho de acceso a la justicia –que forma parte del contenido del derecho de tutela judicial efectiva- no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con una mínima actividad procesal, con la intención de permitirle acceder de modo real al servicio de justicia y obtenerla en el menor tiempo y al menor costo posible”¹.

3.2. Conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia “La consulta es una institución procesal de orden público, que viene impuesta por ley, que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone el deber al órgano jurisdiccional, de elevar el expediente al superior y a este de efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior”², siendo que en el caso de autos conforme a lo dispuesto por el artículo 359º del Código Civil, si no se apela la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial, ésta será consultada, por lo que corresponde su revisión por este Superior Colegiado.

3.3. Respecto al extremo de la sentencia consultada que declara fundado el divorcio por la causal de adulterio, planteado vía reconvención por doña ██████████ se advierte que esta es una causal de divorcio sanción, sistema al cual pertenecen las causales inculpatorias, y requiere para su configuración que se verifique la culpabilidad del cónyuge ofensor, esto es, que intencionalmente se hayan transgredido algunas de las obligaciones que impone el matrimonio, en el caso del adulterio, el deber de fidelidad. Al efecto, la ley establece que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 336º del Código Civil, el cónyuge ofendido no debe haber *provocado, consentido y/o perdonado la infidelidad*, por cuanto de incurrir en dichos supuestos, el derecho a demandar el divorcio no se constituye.

Cabe acotar que el adulterio es una causal de carácter inculpatorio, prevista en el inciso 1) del artículo 333º del Código Civil³, que se configura con la realización del acto sexual de uno de los cónyuges con persona distinta a su consorte, soltera o casada, esto es “El trato sexual con tercera persona, sostenida por quien contrajo matrimonio civil, violando el deber de fidelidad que nace del matrimonio (...)”⁴, pues “El deber de fidelidad surge del matrimonio. El Código declara como principio inflexible que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, artículo 288º, entendido el término in extenso como la lealtad

¹ EXP. N° 3072-2006-PA/TC. LIMA. Sixto Guillermo Ludeña Luque.

² Casación N° 104-Puno – 30 de marzo del 2007. Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

³ C.C. Art. 333.- Son causas de separación de cuerpos : 1. El adulterio.

⁴ Casación N° 1647-2001-Lambayeque, El Peruano, 02-09-2002, p.9133.

conyugal. Fidelidad es sinónimo de fe, buena conducta y entrega. Prima el decoro, el compromiso de abstenerse frente a cualquier acto comprometedor o lesivo contra la dignidad marital. Su fin es la relación monogámica en la que el débito conyugal es exclusivo para con el otro cónyuge y excluyente de las demás personas. No todo trato infiel implica un adulterio. Este tiene dos componentes independientes en los que se estructura: i) la infidelidad, mantener una relación sexual coital con una persona que no es cónyuge, y; ii) la paternidad disgregada, procreación del cónyuge fuera del matrimonio”⁵

Efectuando el control de legalidad de lo actuado, se aprecia que, de acuerdo a lo manifestado por la reconviniente respecto a la causal de adulterio, don [REDACTED] [REDACTED] procreó un niño de [REDACTED] ⁶ nacido el 20 de agosto de 2010 con persona distinta a la accionante, según consta de la partida de nacimiento del referido menor (fs 49), lo cual fue reconocido por el propio [REDACTED] [REDACTED] en su contestación de reconvenición “*la reconviniente tenía pleno conocimiento del embarazo y del nacimiento de mi hijo [REDACTED] (fs 95).*

No habiendo el accionante acreditado que la reconviniente haya tomado conocimiento de la existencia del [REDACTED] en fecha anterior a la manifestada por [REDACTED], esto es, con la notificación al actor en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, en el año 2014 (Exp. N° 01494-2014 ante el 1° Juzgado de Paz Letrado de Carabayllo) (fs 190/195). Por lo que tratándose de un adulterio continuado, la demandada Portugal Escudero formuló esta causal de reconvenición dentro del plazo establecido por el artículo 339° del Código Civil ⁷; habiéndose evidenciado además que la referida no provocó, no consintió, ni perdonó el hecho de la infidelidad, ni tampoco ha sustentado su contrademanda en hecho propio; por tanto al haberse estimado el divorcio por la causal de adulterio, se ha procedido conforme a ley; debiendo **aprobarse** este extremo de la consultada.

IV. DECISIÓN:

APROBARON la sentencia contenida en la resolución N° 23 de fecha 19 de setiembre de 2017 (fs 273/280), en el extremo que declara **fundada** la reconvenición de divorcio interpuesta por doña María Elena Portugal Escudero por la causal de adulterio contra don [REDACTED]; en consecuencia **DISUELTO** el vínculo matrimonial contraído por doña [REDACTED] [REDACTED] el 04 de mayo de 1994 ante la Municipalidad Distrital de Lince, Provincia y Departamento de Lima; con lo demás que contiene. Notificándose y los devolvieron.-
S.S.

ÁLVAREZ OLAZÁBAL

PLASENCIA CRUZ

EYZAGUIRRE GÁRATE

JAPC/Jrf - Expediente N° 02308-2015

⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Tratado de Derecho de Familia”, Gaceta Jurídica S.A., Tomo II, p. 331. Lima- Perú, año 2011.

⁶ En aplicación de las Reglas 83 y 84 con el objetivo de proteger la identidad de los menores de edad, que conforman las “100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, aprobadas en la Declaración de Brasilia por los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia y otras autoridades judiciales de los países de Iberoamérica al término de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo 2008 en Brasil, a los cuales se adhirió el Poder Judicial Peruano mediante Resolución Administrativa N° 266-2010-CE/PJ de fecha 26 de julio de 2010.

⁷ **Art. 339.-** “La acción basada en el artículo 331, 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 (...)”