



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA PRIMERA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

Expediente N° : 02876-2014-0-1801-JR-FC-04
Materia : Divorcio por Causal - Apelación
Demandante : ██████████
Demandados : ██████████
Ministerio Público.

Resolución N° 5
Lima, siete de noviembre
de dos mil dieciséis.

VISTOS.- Interviniendo como ponente la señora Jueza Superior
Capuñay Chávez.

I.- MATERIA DE APELACIÓN:

La sentencia contenida en la resolución N° 24, de fecha 11 de mayo de 2016, folios 467/472, en el extremo que declara *Infundada* la demanda de folios 140/163, subsanada a folios 169, interpuesta por ██████████ contra ██████████ ██████████, sobre divorcio por la causal de *Adulterio*; careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre las pretensiones accesorias de Variación de la Tenencia, Liquidación de la Sociedad de Gananciales e Indemnización, como la pretensión subordinada de Variación de Régimen de Visitas.

II.- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

2.1 ██████████ por escrito de folios 639/648, interpone recurso de apelación contra la sentencia emitida con fecha 11 de mayo de 2016, señalando que el agravio consiste en atentar contra su derecho a obtener su disolución del vínculo matrimonial por la causal de adulterio. Fundamentando además en lo siguiente:

2.1.1 Que, tomó conocimiento de la existencia de la hija extramatrimonial de su cónyuge, al obtener la prueba indubitable del adulterio, esto es con el nacimiento de la niña el 12 de setiembre de 2012, por lo que indica que accionó dentro del plazo de los seis meses de haber tomado conocimiento. Adicionalmente a ello, señala que interpone su demanda por la causal de adulterio en el entendido que el adulterio es



continuado, puesto que la demandada y su actual pareja cohabitan en el mismo domicilio, como se acreditó en diversos medios probatorios, los cuales no se habrían valorado en la sentencia. Asimismo, indica que la demandada en su escrito de contestación realiza el reconocimiento expreso del adulterio continuado, por lo que no debe aplicarse el artículo 339° del Código Civil.

2.1.2 Señala que no hubo consentimiento de su parte respecto del adulterio, tal es así que existen varios procesos judiciales que lleva con la actual pareja de su esposa.

III.- ANTECEDENTES:

2.1 [REDACTED], por escrito de folios 140/163, subsanada a folios 168, interpone demanda de Divorcio por causal de adulterio contra [REDACTED] a fin de que se declare disuelto el vínculo matrimonial; y como pretensiones accesorias: 1) Indemnización a favor de su persona ascendente a la suma de cincuenta mil y 00/100 dólares americanos, por el daño cometido; 2) Variación del régimen de tenencia a una tenencia exclusiva a su favor de su hija [REDACTED] en caso no se ampare la tenencia, solicita la variación de Régimen de Visitas; 3) Liquidación de la sociedad de gananciales. Demanda que fue admitida por resolución N° 1 de fecha 16 de mayo de 2014, folios 170/171.

2.2 [REDACTED], por escrito de folios 190/195, subsanada a folios 206, contesta la demanda, indicando que efectivamente está realizando vida convivencial con [REDACTED], con quien tienen una hija de nombre [REDACTED] y que, de todos esos hechos, el demandante tenía conocimiento desde sus inicios, tal es así, que indica en su demanda que, según él, sabía que desde enero del 2012 tenía relaciones con [REDACTED]. El señor Bravo recién interpone demanda después de dos años calendarios, porque aceptó y consintió que tuviera relaciones extramatrimoniales con otra persona. Señala que no existiría la figura del adulterio continuado por la aceptación y consentimiento tácito de la contraparte. La contestación fue admitida por resolución N° 5 de fecha 21 de agosto de 2014, folios 207.

2.3 Por resolución N° 8 de fecha 28 de noviembre de 2014, folios 255, se declaró saneado el proceso; de folios 268/271, obra la resolución que señala puntos controvertidos: 1) Establecer si la cónyuge [REDACTED] ha mantenido relaciones



sexuales con una persona distinta a su cónyuge [REDACTED], a fin de disolver el vínculo matrimonial por la causal de adulterio; 2) Determinar si es procedente establecerse la variación de la tenencia de [REDACTED] a favor del demandante de forma exclusiva; 3) Determinar si es procedente establecer la variación del régimen de visitas de [REDACTED] a favor del demandante, entendiéndose esta como una acumulación objetiva originaria subordinada. 4) Determinar si el cónyuge, sufrió algún daño ocasionado por la demandada a fin de otorgarle una indemnización ascendente a la suma de cincuenta mil dólares americanos; 5) Establecer si es procedente el Fenecimiento y la Liquidación de la Sociedad de Gananciales. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes, señalándose fecha para la audiencia de pruebas.

2.4 Con fecha 12 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, con la sola concurrencia de la parte demandante, aperturándose el pliego interrogatorio de la demandada y prescindiéndose de la entrevista de [REDACTED], así como de la evaluación psicológica de la parte demandada.

2.5 De folios 357/360, obra el protocolo de pericia psicológica N° 1512-15-SJR-EM-PSI, de Bravo Mannuci, cuyas conclusiones son: *“- Personalidad organizada, meticulosa, perfeccionista, exigente, crítica, selectivo en sus contactos personales, emocionalmente sensible, con posibilidad de perder el control cuando se siente muy afectado, dependiente en una dinámica de pareja, pero con actitudes rígidas, - Se muestra vinculado afectivamente a su hija y desvinculado afectivamente de su esposa, por quien revela decepción y resentimiento dado que la percibe como madre descuidada y esposa desleal; -Expresa la motivación de divorciarse de su esposa a fin de desligarse definitivamente de ella y tener la libertad para tomar decisiones personales sin que se perjudique económicamente por el lazo matrimonial”* .

2.6 Los informes de las visitas sociales llevadas a cabo en el domicilio de [REDACTED] [REDACTED], obran de folios 386/388 y de 390/392, respectivamente; de folios 398/400 obra el protocolo de pericia psicológica practicada a la niña [REDACTED] .

2.7 Por escrito de folios 413/414, [REDACTED], ofrece medios probatorios extemporáneos, la misma que fue declara *Improcedente* por resolución N° 21 de fecha 28 de enero de 2016; la resolución fue apelada por escrito de folios 446/448 y



concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, por resolución N° 22 de fecha 18 de marzo de 2016, folios 457/458.

2.8 Con fecha 11 de mayo de 2016, por resolución N° 24, folios 467/472, se emitió sentencia declarando *Infundada* la demanda interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] contra [REDACTED] sobre Divorcio por causal de Adulterio; careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre las pretensiones accesorias de Variación de Tenencia, Liquidación de Sociedad de Gananciales e Indemnización; como la pretensión subordinada de Variación de Régimen de Visitas; Resolución que fue apelada por la parte demandante con escrito de folios 639/648, concedida por resolución N° 27 de fecha 16 de junio de 2016.

IV.- CONSIDERANDOS:

4.1 Respecto a la causal invocada debe precisarse que este se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 333° del Código Civil, y es entendido como “la unión sexual entre un hombre o una mujer casados con un tercero que no es su cónyuge”, constituyendo como lo señala Alberto Hinostroza, “la más típica causa de divorcio, pues consiste en el abandono de una abstención, siendo la violación del deber de fidelidad ¹”, obligación al que están sometidos los cónyuges conforme lo dispone el artículo 288° del Código Civil; No obstante, la acción para invocar dicha causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y en todo caso a los cinco de producida, conforme lo dispone el artículo 339° del acotado código sustantivo y asimismo no puede intentarse la separación de cuerpos o divorcio por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción tal y conforme lo dispone el artículo 336° del Código Civil.

4.2 La causal de adulterio invocada por la demandante, para su configuración requiere la existencia de dos elementos; *uno objetivo*: la cópula sexual con persona distinta al cónyuge; y *otro subjetivo*: la intención consciente y deliberada de violar el deber de fidelidad.

¹ HINOSTROZA MIGUEL, Alberto. Procesos de Separación de cuerpos y divorcio. Gaceta Jurídica, Lima 2007, p. 24.



4.3 Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta y utilizando su apreciación razonada, tal como señala el artículo 197° del Código Procesal Civil, siendo que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

4.4 Con referencia a la apelación concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida por resolución N° 22, folios 457, como consecuencia de haberse declarado improcedente los medios probatorios extemporáneos presentados por la demandada; es de apreciarse lo siguiente:

4.4.1 El medio probatorio referido a la sentencia de vista de fecha 1 de octubre de 2014, emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima, expediente N° 2338-2012, que declara fundada la demanda sobre Violencia Familiar en la modalidad de maltrato físico, interpuesta por [REDACTED] contra [REDACTED]; constituye un hecho nuevo, conforme lo establece el artículo 429° del Código Procesal Civil, al ser la sentencia de vista anexada, expedida posterior a la etapa postulatoria, sin embargo, el medio probatorio en mención, no está referido a los hechos que configuran la pretensión y controversia, conforme lo dispone el artículo 190° del Código Procesal Civil.

4.4.2 Respecto al medio probatorio ofrecido por la demandada consistente en la Declaración jurada de fecha 6 de junio de 2014, de [REDACTED] empleada de hogar, quien laboró en su domicilio, precisa que fue testigo presencial de las agresiones físicas por parte de [REDACTED]; este documento no se encuentra inmerso en lo dispuesto por el artículo 429° antes citado, por cuanto pudo ofrecerse en la etapa postulatoria, conforme lo establece el artículo 189° del Código Procesal Civil, por lo que no resulta amparable la apelación en ese extremo.

4.5 Que en este orden de ideas, con la partida de nacimiento de folios 3 que corresponde a la niña [REDACTED], nacida el 12 de setiembre de 2013, cuyos padres son la demandada [REDACTED] ha quedado suficientemente acreditada la causal invocada, pues evidentemente la demandada ha sostenido relaciones sexuales con persona que no es su cónyuge, incumpléndose así el deber de fidelidad al que se refiere el artículo



288° del Código Civil antes señalado, resultando menester por lo tanto amparar la referida causal; más aún si la causal no ha caducado a la fecha de la presentación de la demanda, ni se han acreditado con medios probatorios fehacientes respecto a los supuestos fácticos previstos en el artículo 336° del Código Civil, pues es la propia demandada quien ha reconocido desde su escrito de contestación de demanda de folios 190/195, específicamente en el punto 12: *“que efectivamente estoy realizando una vida convivencial con mi actual pareja, [REDACTED] con quien incluso ya tenemos una hijita...”*, afirmación corroborada con el Informe Social de folios 386/388 en la que se considera en la composición familiar de la demandada a Deustua Tapia como pareja de ella, supuesto que nuestra jurisprudencia ha dejado sentado precedentes que configuran el denominado [REDACTED] en virtud del cual la acción de divorcio por la causal de adulterio se encuentra expedita para ser ejercida, mientras subsistan las relaciones convivenciales del cónyuge culpable con persona distinta a su cónyuge. En referencia a la aceptación y consentimiento del adulterio, alegado por la demandada, no obra en autos documento fehaciente que acredite tal hecho, por cuanto el solo conocimiento no acredita la aceptación ni el consentimiento.

4.6 Que, ahora bien, respecto a la pretensión accesoria de Indemnización por daños y perjuicios a favor del cónyuge, por la causal de adulterio de la demandada, de los hechos que invoca como fundamentos de su pretensión no estarían directamente relacionados con la conducta adulterina de la demandante, en tanto no ha acreditado con documento fehaciente, el daño moral que se le ha inferido por dicha conducta, a través de la *afectación emocional comprobada*, como se puede apreciar del protocolo de pericia psicológica N° 1512-15-SJR-EM-PSI, practicado a [REDACTED], folios 357/360, debiendo desestimarse ese extremo.

4.7 En referencia a las pretensiones accesorias de Variación de Tenencia y Variación de Régimen de Visitas de la niña [REDACTED], a favor del demandante. Al respecto, apreciamos que la niña ha vivido desde su nacimiento con la madre, actualmente, conforme es de verse del informe social de folios 386/388, se encuentra integrada al hogar materno, señala que quiere mucho a su mamá y a sus hermanas con quienes en pocas ocasiones salen de paseo, no obstante ello, refiere que le gustaría



vivir con su papá porque le da pena dejarlo solo y que es más divertido estar con él; Del informe social, practicado en el hogar de Bravo Ramos, folios 390/392, manifiesta que desea vivir con la niña y tiene acondicionado en su departamento una habitación para ella; Del Protocolo de Pericia Psicológica N° 2282-15-SJR-EM-PSI, practicado a la niña [REDACTED], folios 398/400, manifiesta que le gustaría estar un poco más de días con su papá, se concluye que la niña muestra afecto por sus dos padres, los describe a ambos positivamente y denota entusiasmo por el tiempo que comparte con cada uno de ellos, expresando el deseo de interactuar más con el padre por percibirlo con mayor disposición para compartir momentos lúdicos. Por lo expuesto y en atención al Principio del Interés Superior del Niño, estipulado en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y además teniendo en cuenta la opinión conforme lo dispone el artículo 85° del mismo cuerpo legal, se ampara la Variación del Régimen de Visitas establecida en **Acta de Conciliación N° 255-2012, de fecha 4 de abril de 2012, folios 73/76**, debiendo permanecer la Tenencia de la niña con la madre, al no existir medios probatorios que ameriten la variación de la misma.

4.8 Con referencia a la Sociedad de Gananciales, fenece con el divorcio y deberá liquidarse en ejecución de sentencia, previa acreditación de los mismos.

V.- DECISIÓN:

5.1 Confirmaron el auto N° 21 de fecha 28 de enero de 2016, folios 437, que declara *Improcedente* los medios probatorios presentados por [REDACTED] por escrito de folios 413/414.

5.2 REVOCARON la sentencia emitida por resolución N° 24, de fecha 11 de mayo de 2016, folios 467/472, en el extremo que declara *Infundada* la demanda de folios 140/163, subsanada a folios 169, interpuesta por [REDACTED], sobre divorcio por la causal de *Adulterio*; careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre las pretensiones accesorias de Variación de la Tenencia, Liquidación de la Sociedad de Gananciales e Indemnización, como la pretensión subordinada de Variación de Régimen de Visitas; y

REFORMÁNDOLA declararon:



5.2.1 Fundada en parte la demanda formulada por [REDACTED], en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial contraído el 13 de marzo de 2004 ante la [REDACTED], provincia y departamento de Callao; y por fenecida la sociedad de gananciales;

5.2.2 Fundada la Variación de Régimen de Visitas, de Bravo Manucci a favor de la niña [REDACTED] establecida en *Acta de Conciliación N° 255-2012, de fecha 4 de abril de 2012, folios 73/76*, siendo el nuevo régimen en la siguiente forma:

5.2.2.1 El padre recogerá a [REDACTED] solo en temporada de Colegio, los días martes directamente de la Institución Educativa a la hora de salida y la retornará al día siguiente llevándola a la Institución Educativa (hora de ingreso puntual).

5.2.2.2 Los fines de semana impares de cada mes, la recogerá de la Institución educativa (hora de salida) o del hogar materno 2:00 pm, debiendo retornarla los días lunes directamente a la Institución Educativa (hora de ingreso puntual) o al hogar materno 8:00 am, este último si no fuera temporada de colegio.

5.2.2.3 [REDACTED] (21 de enero): la niña pasará los años impares con el padre y los años pares con la madre, debiendo recogerla, el padre, del hogar materno desde las 10:00 am, retornándola al día siguiente 12:00 del mediodía. La madre podrá recogerla y retornarla, en los mismos horarios si los cumpleaños de la niña correspondiesen un fin de semana o vacaciones que la niña esté con el padre.

5.2.2.4 [REDACTED] 15 de noviembre: el padre recogerá a la niña a la hora de salida de su Institución Educativa, debiendo retornarla al día siguiente directamente a la institución educativa (hora de ingreso en forma puntual), si fuera a la casa materna la retornará a las 8:00 am, según corresponda.

5.2.2.5 El día del Padre, la niña pasará con él, y el día de la madre con la mamá.

5.2.2.6 Navidad: los años pares el padre recogerá a la niña del hogar materno a las 3:00 pm. del día 24 de diciembre y la retornará al día siguiente 12:00 del mediodía. Los años impares recogerá a Luciana los días 25 de diciembre a horas 12:00 mediodía, debiendo retornarla al día siguiente 6:00 p.m.

5.2.2.7 Año Nuevo: los años impares el padre recogerá a la niña del hogar materno, el día 31 de diciembre a las 9:00 am y la retornará el día 1 de enero a horas 4:00 pm. Los



años pares el padre recogerá a la niña el día 1 de enero a horas 4:00 pm. Retornándola al día siguiente a las 6:00 p.m.

5.2.2.8 Los días feriados no laborables, que no sean fines de semana, ni Navidad, ni Año Nuevo; pasarán en forma alternada: el primer feriado del año con el papá, el segundo feriado del año con la mamá y así sucesivamente durante todo el año; debiendo recogerla el padre, los feriados que le corresponda, del hogar materno a las 9:00 a.m. retornándola el mismo día a horas 7:00 p.m; si los feriados son días consecutivos, la retornará el último día del feriado a la misma hora.

5.2.2.9 Las vacaciones escolares de mayo, julio y octubre: El padre pasará con la niña en forma alternada, esto es, los años pares, las vacaciones de mayo y octubre; y los años impares las vacaciones de Julio; recogiénola del hogar materno el primer día de vacaciones a horas 9.00 am, retornándola el último día de vacaciones a las 7.00 pm.

5.2.2.10 Vacaciones de verano (enero y febrero): El padre estará con la niña la segunda quincena del mes de enero y la segunda quincena del mes de febrero; recogiénola del hogar materno el día 15 de enero y el 15 de febrero a las 6.00 pm. Retornándola el último día del mes de enero y febrero a las 6.00 pm.

Exhortando a ambos padres que lleven una relación cordial, debiendo cumplir con el apoyo académico, y demás obligaciones que les corresponde como tal; cuidando la salud emocional y física de [REDACTED]

5.2.3 Infundadas las pretensiones accesorias de Indemnización por daño moral y la pretensión de Variación de Tenencia de la niña [REDACTED]. Confirmándola en lo demás que contiene y los devolvieron.

SS.

CAPUÑAY CHÁVEZ

UBILLÚS FORTINI

PADILLA VÁSQUEZ


