



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA**

Sumilla: el III Pleno Casatorio de las Salas Civiles estableció el principio de flexibilización para incorporar de oficio incluso, la petición de indemnización en casos de separación de hecho como el presente, en el cual se hace evidente la existencia de una cónyuge más perjudicada con dicha separación, debiendo igualmente incorporarse la perspectiva de género para el análisis de los medios de prueba.

Exp. N° : 305- 2015

Materia : Divorcio por Causal de Separación de Hecho (Apelación)

Demandante: [REDACTED]

Demandada : [REDACTED]

Resolución número siete

Lima, quince de agosto del dos mil diecisiete.-

VISTOS: oído el informe oral, interviniendo como ponente la señora Jueza Superior Álvarez Olazábal, con la constancia de Relatoría que antecede;

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Es materia de apelación la sentencia de fecha nueve de agosto del dos mil dieciséis: resolución número catorce –fojas 140/147-, en cuanto se declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia disuelto el matrimonio celebrado entre don [REDACTED] y doña [REDACTED] el día dos de abril del dos mil cinco ante la municipalidad Provincial de Contralmirante Villar – Zorritos – Tumbes, no existiendo cónyuge más perjudicado, con costas y costos;

II. DE LA APELACIÓN:

Expresa como agravios la demandada: debe declararse infundada la demanda pues desconoce los derechos de la recurrente, y en su condición de demandada no se le ha considerado la más perjudicada, no obstante haber negado los hechos del actor por ser falsos, dado que no hubo acuerdo o intención común de culminar el matrimonio, y por el contrario él efectuó abandono de hogar al no querer asumir sus responsabilidades, y no se requería reconvenición para aplicar el artículo 345 A del Código Civil, estando plenamente acreditado que ha tenido desde el 2007 serios problemas de salud, por los que el actor perdió interés en el matrimonio y en asumir los gastos de sus enfermedades,



conforme a las constancias que lo acreditan y obran en autos, y por lo tanto debe ser indemnizada, pues se ha burlado de ella, su proyecto de vida, y pese a que ella fue fiel y trabajadora dado que él nunca tuvo inconvenientes gracias a que siempre ha sido ella muy cuidadosa con sus finanzas, es que pudo igualmente con su propio seguro médico afrontar los costos de su enfermedad ya que él no colaboró en absoluto;

III. DE LOS CONSIDERANDOS:

Primero: sobre la causal de Separación de Hecho: contemplada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil modificado por la ley número 27495, establece como causal de separación de cuerpos o de divorcio, la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, casos en los que no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del acotado Código¹.-

Segundo: la doctrina del divorcio remedio en la causal de separación de hecho: la doctrina del divorcio remedio tiene por finalidad dar solución al conflicto conyugal, sin interesar para el efecto, cual de los cónyuges generó el apartamiento del otro, con la siguiente estructura: a) el principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente determinable; b) la existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial y c) la consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar.-

Tercero: del elemento temporal de la causal de Separación de Hecho.- de las pruebas documentales ha quedado establecido que las partes no han procreado hijos dentro de la unión matrimonial, por lo tanto el elemento temporal que corresponde aplicar es el de dos años.-

Cuarto: que en relación a los hechos, el demandante se retiró del hogar conyugal el uno de noviembre del año dos mil doce, acompañando la constancia policial en copia –fojas cinco-, ofreciendo además las copias de la Sustitución de régimen patrimonial que efectuaran con fecha nueve de Julio del dos mil trece –fojas 07 y siguientes-, y la copia certificada de la ficha registral respectiva, detallándose en cuanto a dicha sustitución de régimen que la cónyuge recibiría una pensión alimenticia mensual adelantada de dos mil setecientos soles durante un plazo de doce meses, computados a partir de la fecha de suscripción, acordando que al finalizar el mismo, cada uno asumiría su sostenimiento, por lo que en cuanto a este último extremo, se tiene en

¹ Art. 335° del C.: Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.



consideración que se ha acreditado el requisito de procedibilidad señalado en el artículo 345-A del Código Civil,

Quinto: que por su parte la demandada ofreció el mérito de los informes médicos del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas referentes a su historia clínica –fojas 80/81-, de los cuales se acredita que desde el año dos mil siete, se encontraba con diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante, tumor multifocal, ganglios axilares positivos, recibiendo por ello tratamiento durante dos años: mayo dos mil siete a noviembre dos mil nueve, completando dicho tratamiento en el dos mil diez; no obstante, ella ha tenido secuelas como síndrome de fatiga crónica, linfoedema severo que le condiciona limitación funcional de miembro inferior izquierdo, de moderado a severo, dolor neuropático en región pectoral izquierda secundario a secuela de cirugía y rechazo de prótesis, habiendo sido sometida a mastectomía tiene secuela de limitación funcional en ambos miembros superiores, con complicaciones limitantes al desarrollo de su actividad normal y requiere tratamiento;

Sexto: de las pruebas de parte y de oficio.- los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta y razonada tal y conforme 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, y la prueba de oficio se actúa cuando el Juez requiere de un conocimiento más próximo de los hechos, porque no puede desvincularse de la función tuitiva que conllevan las instituciones que acumulativamente se adhieren al divorcio, siendo que en el presente caso, como prueba de oficio se ordenó la actuación de las declaraciones personalísimas de la demandada y demandante –fojas 99-, las que se actuaron en audiencia –fojas 115 y 116-, concordando ambos en la fecha de separación, afirmando ella tal decisión la tomó por sorpresa, habiendo ellos vivido en el departamento que es bien propio de la cónyuge, teniendo ella un hijo mayor de edad de un compromiso previo; por su parte el actor ratificó que se retiró en noviembre del dos mil doce, y que en aquella fecha la señora ya no trabajaba;

Sétimo: resulta evidente de lo declarado por las partes, que el demandado dejó el hogar conyugal cuando la cónyuge ya había iniciado su tratamiento oncológico pues había sido diagnosticada en el 2007, incluso cuando ya habían tenido lugar las mastectomías y las incapacidades sobrevinientes, tal como se desprende del detallado informe médico antes glosado, y de la fecha de la separación que aparece de la constancia policial y de la declaración de ambos, por lo que resulta más que evidente que fue ella la más perjudicada con dicha separación, pues fue realizada por aquél pese a las obvias necesidades de apoyo específico y asistencia que habían surgido

precisamente por tal enfermedad (deberes recíprocos de los cónyuges artículo 288 del Código Civil), siendo además una de las enfermedades más dolorosas e invalidantes que se conocen en nuestro medio, y que se espera como reacción de la familia, soporte no sólo emocional, sino material y personal, nada de lo cual se produjo en este caso, y a la fecha ella viene afrontando su enfermedad y secuelas sin apoyo del cónyuge;

Octavo: que siendo esto así, se desvanece cualquier posibilidad de reanudación de la vida conyugal, por lo que correspondía establecer a favor de la cónyuge una indemnización ante el evidente perjuicio a ella ocasionado por la falta de solidaridad y cumplimiento de deberes de asistencia del cónyuge, quien se limitó a brindar un año de pensión de alimentos, habiendo la A Quo incurrido en error al fundamentar la denegatoria de la indemnización al afirmar que no fue reconvenida;

Noveno: que en efecto, tal como se ha señalado en el Tercer Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República², citando al tratadista Augusto César Belluscio: *“la naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos sino que puedan ser compartidas por otros”*, estableciendo dicho Plenario que, por la función tuitiva del Juzgado de familia, el proceso tiene una estructura con componentes flexibles, y asimismo la judicatura especializada tiene amplias facultades tuitivas para hacer efectivos aquellos derechos, precisamente en cuanto al principio de preclusión, permitiendo la incorporación de oficio de esta pretensión, pues por ello se permite la flexibilidad al interior del proceso **“para efectos de revisar y dar solución al conflicto en si mismo, independientemente de la forma o términos en los que hubiera planteado”**.-

Décimo: que el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, establece: *“...el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal..”*, en ese sentido, efectivamente con la separación se ha producido un daño a la persona, entendido como el daño no patrimonial inferido en los derechos de la personalidad, en valores que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad, discurriendo directamente en las emociones, sufrimiento, dolor, pena,

² Tercer Pleno Casatorio Civil. Corte Suprema de Justicia de la Republica, Casación N° 4664-2010-Puno, del 18 de marzo del 2011, pag.16



angustia de la persona afectada y quienes dependan de ésta, por lo que al probarse el daño, acreditado el desmedro, se efectuará una cuantificación económica o patrimonial.-

Décimo Primero: Que en la citada Casación N° 4664-2010 Puno, se estableció:³ *“... Nuestra Legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cual de las dos formas conviene a sus intereses (...) con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros. De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, (...) el abandono del otro cónyuge a su consorte (...), la duración del matrimonio y de la vida en común, y aun las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes..”*

Décimo segundo: Que en el presente caso conforme se ha establecido en el Tercer Pleno Casatorio, el derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, por lo que se impone al Juez una conducta sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal; en consecuencia, a fin de solucionar los conflictos y hacer efectivo los derechos de las partes, este Colegiado en ejercicio de las amplias facultades tuitivas que le otorga la ley, teniendo en cuenta el principio de flexibilización a que faculta el pleno casatorio antes mencionado, le corresponde, determinado que fue la cónyuge la más perjudicada con la separación, fijar una indemnización;

Décimo tercero: que en este orden de ideas, este Colegiado considera que al apartarse el demandante del hogar conyugal por decisión propia, ella tuvo que asumir sola un tratamiento médico que se conoce desgastante y difícil, situación desventajosa y perjudicial para ella al alejarse el cónyuge, después de siete años de matrimonio, siendo aún

³ Ibid Tercer Pleno Casatorio Civil .

personas jóvenes en plena etapa productiva de sus vidas, y con arreglo a los criterios establecidos en el Pleno Casatorio antes citado, como precedente vinculante se ha establecido que: *“el Juez apreciará en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; (...) d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes”*, habiéndose evidenciado estos criterios del detalle del análisis efectuado precedentemente, máxime si del que manifiesta el recurrente fue su cumplimiento a las obligaciones alimentarias, en los hechos la cónyuge tuvo que dejar de lado su proyecto personal y de vida familiar ante la decisión del cónyuge de separarse de hecho; que es por tanto deber de la Judicatura especializada de familia, integrar la Perspectiva de Género en el análisis de casos como el presente, siendo de aplicación los criterios establecidos en el III Pleno Casatorio Civil de las Salas Supremas con carácter de precedente judicial vinculante⁴, en el sentido que la *“la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y por otro lado, el Juez de Familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos”*; correspondiendo igualmente la evaluación integral conforme a la Resolución Aprobada por la Asamblea de la ONU ⁵, *“Intensificaciones de los esfuerzos para eliminar todas las formas de Violencia contra la Mujer”*, pues se trata de un análisis *“conceptual e histórico -frente al biológico del sexo-, que permitirá enfatizar como la violencia es fruto de la cultura y no del sexo, una cultura de forma conciente e inconsciente, sigue proyectando una imagen del género femenino como inferior al género masculino”*⁶; que es por ello que se tiene en cuenta que en los hechos, se quebrantaron los deberes básicos señalados en los artículos 288 y 289 del Código Civil; que es por ello que corresponde fijar una indemnización prudencial, dados los perjuicios a ella originados por la separación de hecho, tomando en cuenta igualmente las posibilidades del actor quien sigue siendo un militar en situación de actividad;

Décimo cuarto: de manera coherente con anteriores pronunciamientos emitidos por este Colegiado en cuanto a las costas y costos, acreditada la existencia de una cónyuge más perjudicada con la separación ocasionada por el actor, no puede imponérsele a ella el pago de tales conceptos, máxime si en el presente caso aunado a ello, se tiene

⁴ III Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Supremas, con fecha 18 de Marzo del 2011, Casación n° 4664-2010 Puno, f.j. 6 y 12

⁵ A/RES/61/143 del 30 de enero del 2007, Recomendación N° 8.

⁶ Montalbán Huertas Inmaculada: *“Perspectiva de Género, criterio de la interpretación Internacional y Constitucional”*; Consejo General del Poder Judicial; Premio “Rafael Martínez Emperador” 2003 – Madrid – España, Pág. 31



prueba suficiente sobre la incapacidad o invalidez que afronta de manera permanente producto de su penosa enfermedad, por lo tanto resulta del caso al amparo del artículo 412 del Código Procesal Civil, exonerar a la demandada del pago de costas y costos a ella impuesto; fundamentos por los cuales:

IV. DECISIÓN:

A) CONFIRMARON: la sentencia de fecha nueve de agosto del dos mil dieciséis: resolución número catorce –fojas 140/147-, en cuanto se declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia disuelto el matrimonio celebrado entre don [REDACTED] y doña [REDACTED] el día dos de abril del dos mil cinco ante la municipalidad Provincial de Contralmirante Villar – Zorritos – Tumbes;

B) REVOCARON: los extremos apelados:

- **que deniega indemnización, y REFORMANDOLA: OTORGARON como indemnización** a la demandada doña [REDACTED], al haberse acreditado ser la cónyuge más perjudicada con la separación, la suma de VEINTE MIL SOLES que serán de cargo del actor; **recomendándose a la Jueza de la causa**, en lo sucesivo poner mayor celo en el ejercicio de sus funciones en cuanto a la valoración de los medios probatorios, y aplicación de los criterios vinculantes establecidos por la Corte Suprema de Justicia en casos de esta materia;
- **igualmente en cuanto se impone el pago de costas y costos del proceso a la demandada, y REFORMANDOLO:** exoneraron a la demandada del pago de costas y costos; con lo demás que contiene, notificándose y los devolvieron.-

SS.

ÁLVAREZ OLAZÁBAL

PLASENCIA CRUZ

EYZAGUIRRE GARATE