



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# ¿LA INDEMNIZACIÓN OTORGADA POR SEPARACIÓN DE HECHO, CUANDO LA DEMANDADA HA SIDO DECLARADA REBELDE, VULNERA EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA?

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, junio de 2015

FACULTAD DE DERECHO

De la Fuente, R. (2015). ¿La indemnización otorgada por separación de hecho, cuando la demandada ha sido declarada rebelde, vulnera el principio de congruencia? *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 24, 39-48.



Esta obra está bajo una licencia  
[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 27495 que introdujo la causal por separación de hecho en nuestro país ha cumplido 14 años de vigencia, y como bien sabemos, tuvo como finalidad que se pudiera conseguir el divorcio, previa separación de hecho de uno de los cónyuges por más de dos años cuando no hubiera hijos o éstos sean mayores de edad, y por más de cuatro años, cuando haya hijos menores. El legislador lo llamará divorcio-remedio, frente al divorcio-sanción, si bien considero que más que lograr los pretendidos objetivos los problemas se han agudizado, como lo veremos en el comentario a la reciente Sentencia del Tribunal constitucional. Ya lo he mencionado en otras oportunidades, al igual que lo han hecho otros juristas, esta causal de divorcio nos coloca ante una forma moderna de repudio, como lo apreciaremos en el caso de la demandada en el proceso, que no se apersona y es declarada en rebeldía, por lo que el proceso sigue su curso. Por su interés e importancia, analizaremos la posición de la mujer, que no ha asumido la carga de comparecer a los tribunales en ninguna de sus instancias<sup>1</sup>.

Los contendientes, D. Juan Américo Isla Villanueva y Dña Marcela Carbajal Pinchi se separaron en el año 1995, y el demandante en el año 1998 se une a otra mujer procreando un hijo. El marido inicia el proceso de divorcio por separación de hecho, que fue estimado, y las sentencias de los jueces ordinarios (1ª instancia del 2 de octubre de 2007; 2ª instancia del 4 de abril del 2008, y la casación Cas. 2965-2008, del 22 de agosto del 2008), interpretan el art. 345-A del Código civil conforme a sus competencias y su potestad jurisdiccional, y de oficio ordenan el pago de una indemnización, primero por tres mil soles, quedando reducida a dos mil soles, en la sentencia expedida por la Primera Sala civil de la Corte superior de Justicia de La Libertad. El fundamento de esa indemnización se encuentra en la equidad y la solidaridad familiar.

---

<sup>1</sup> Esta breve introducción, con algunas apreciaciones sobre la sentencia materia de nuestro trabajo ha sido publicada en la *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, Tomo n° 23, pp. 219-220, del mes de mayo del 2015.



Al haber declarado de oficio, los jueces ordinarios, la indemnización por el daño ocasionado por el divorcio, sin que la cónyuge haya contradicho la demanda ni haya planteado reconvención alguna, es lo que motiva al recurrente a promover un recurso de agravio constitucional al considerar que se han visto afectados sus derechos constitucionales: por la vulneración del principio de congruencia y del principio de defensa. Con fecha 25 de marzo del 2015, en el Pleno del Tribunal constitucional se produce un empate en la votación: tres magistrados se pronuncian en que se declare fundada la demanda y nula la resolución n° 12 del 25 de abril del 2008 (Urviola Hani, Blume Fortini y Ramos Núñez), mientras que consideran que debe declararse infundada la demanda es la postura asumida por los magistrados: Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera. Por lo que prevalecerá la primera posición al llevar el voto del Presidente del Tribunal constitucional.

Sin embargo, mi postura es acorde con la declaración de los otros magistrados, porque considero que esta moderna forma de repudio supone un daño y un perjuicio para el cónyuge que no abandonó el hogar. Podemos entenderlo como una humillación, un menosprecio profundo, incluso una vulneración del honor y de la fama. El que ha iniciado el divorcio, incumple con los deberes derivados del compromiso matrimonial, porque se da una infracción, incluso un ilícito civil al apartarse del principio fundamental de la buena fe. Se puede decir que sufre un daño quien pierde una ventaja y es lo que ha ocurrido en este supuesto. Se pierde dinero, bienes, vínculos, etc. La demandada ha optado por no presentarse al proceso, no contesta la demanda ni la reconviene, y es declarada en rebeldía. Sus hijos ya son mayores y no quiere permanecer en una situación de litigante permanente. Pero esto no significa que no haya participado en el proceso, como lo apunta el Presidente del Tribunal Constitucional, porque sí puede considerarse como parte procesal. Así, lo declarado por el actor en su escrito postulatorio en cuanto que la demandada formó a sus hijos con mucha decencia y moral, habiendo contribuido para que ellos sean profesionales, puede considerarse como una declaración asimilada, conforme al art. 221 del Código procesal civil. Estos hechos son favorables a la excónyuge, y el juez queda facultado para apreciarlos.

Me parece que no le compete al Tribunal constitucional indicar qué debió hacer la demandada en cuanto a la posibilidad de reconvenir la demanda para entablar un divorcio por causal de adulterio, para hacerlo responsable del divorcio y poder asimismo solicitar una indemnización. Han actuado bien los Jueces de Familia, no se han excedido en otorgar la indemnización de dos mil soles (¡una exigua cantidad!), y han velado por la protección de la familia y del matrimonio. No ha habido vulneración por lo tanto del principio de congruencia que siempre queda relativizado en los ámbitos del derecho de familia. No ha ocurrido de la misma manera con los magistrados del Tribunal constitucional que, como máximos intérpretes de la Constitución, debieran proteger a la familia y promover el matrimonio, como institutos naturales de la sociedad.

## 2. COMENTARIO

- I. La sentencia del Tribunal constitucional, Exp. n° 00782-2013-PA/TC, aborda el espinoso tema del divorcio por separación de hecho, por el otorgamiento de una indemnización por *daño emocional* al cónyuge que resultó perjudicado, tal como lo previó el legislador en el artículo 345-A del Código civil, pero que al ser declarada rebelde la demandada, el exmarido considera que esta decisión judicial constituye una decisión *ultra petita*, por lo que se estaría vulnerando su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva. Como ya lo hemos apuntado líneas arriba, desde el año 2001 cuando la Ley 27495 introdujo el divorcio por separación de hecho –un divorcio incausado o acausal-, que es equivalente al repudio, al haber establecido que con la voluntad unilateral de una de las partes se pretende la extinción del matrimonio cuando haya transcurrido el tiempo previsto, un período de dos años si no hubiera hijos o éstos fueran mayores de edad, como en el presente supuesto, o cuatro años cuando los hijos sean menores de edad. Es lo más frecuente, que el cónyuge que ha abandonado el hogar –es decir, el que ha abandonado la familia-, sea quien tome la iniciativa en solicitar el divorcio, como es lo que ha ocurrido en el presente caso. A mi parecer, al introducir esta posibilidad de divorcio en el Código civil, art. 333, inc.12), se puede crear un entorno injusto para los componentes de la familia, tanto para la cónyuge y los hijos que permanecen en el hogar. Así los hechos reflejan que la separación de hecho de



Los contendientes ocurrió en el año 1995, y a los 12 años el marido consigue la sentencia de divorcio unilateral que lleva fecha del 2 de octubre del 2007, habiéndose declarado la demandada en rebeldía. Si admitiéramos, por los años transcurridos, que la mujer nunca quiso solicitar el divorcio, indefectiblemente ésta queda divorciada debido a la “objetividad” del cese de la convivencia o separación efectiva, sin que interese indagar las motivaciones de la separación. El tirano del tiempo será quien triunfe en estas situaciones, porque no interesa considerar otras posibilidades de la ruptura matrimonial, siendo un hecho constatable, que en la actualidad es muy sencillo disolver un matrimonio plenamente válido.

Pasaremos ahora a resumir el supuesto controvertido y analizaremos las dos peticiones de reclamación del demandante, la vulneración del principio de congruencia y el derecho de defensa.

Los esposos D. Juan Américo Isla Villanueva y Dña Marcela Carbajal Pinchi se separan en el año 1995. Pasados doce años, el marido inicia el proceso de divorcio, y la Sentencia de Primera instancia del 2 de octubre del 2007, declara fundada la demanda, en consecuencia: a) divorciados ambos cónyuges; b) disuelto el vínculo matrimonial; c) fenecida la sociedad de gananciales; d) cese de la obligación alimenticia; e) y como los hijos son mayores, que se declare sin objeto regular el régimen de la patria potestad y de bienes.

Como bien sabemos, la mujer no contesta la demanda dentro del plazo establecido por la ley, no se apersona en el proceso en ninguna instancia y es declarada rebelde, pero los jueces de Familia, en primera instancia, advierten que el actor en su escrito postulatorio dejó constancia de que su esposa “formó a sus hijos con mucha decencia y moral, habiendo contribuido para que ellos sean profesionales”, y reconoció además, que en el año 1998 tuvo un hijo adulterino, lo que supuso una vulneración a los deberes de fidelidad, por lo que llegan a la conclusión del daño emocional ocasionado a la demandada, y la “frustración en sus expectativas matrimoniales y consolidación de su matrimonio”, por lo que “se aprecia con claridad, que (...) resultó perjudicada con la separación, y le corresponderá una indemnización “prudencial y razonable” -para nuestros Tribunales ésta es casi como una fórmula de estilo- que quedará fijada en tres mil nuevos soles. Este monto quedará reducido a dos mil nuevos soles en la sentencia expedida por la Primera Sala civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, del 4 de abril del 2008. Y por último, se

declara improcedente el recurso de Casación (Cas. N° 2965-2008 La Libertad): el excónyuge denuncia la interpretación errónea del art. 345-A del Código civil, porque la Sala se ha “basado en la unión posterior, para concluir que se ha causado daño, omitiendo evaluar que la separación de hecho data de 1995 y la unión con otra persona, se inicia en octubre de 1998, esto es, a más de dos años de la separación de hecho, por lo que resulta improcedente la indemnización”, pero además indica que “las conclusiones de la Sala son falsas, ya que los hechos invocados y probados, en modo alguno comprometen gravemente el legítimo interés personal de la cónyuge inocente, y que al no haber invocado la presunta afectada el hecho dañoso, ni tampoco haberlo probado, no puede disponerse un resarcimiento; más aún si la Sala no ha establecido si el daño es material o moral”. La Corte Suprema considera que el excónyuge lo que persigue “es que se efectúe una revaloración de los hechos y de la prueba”, lo que no se condice con los fines del recurso de Casación, por lo que será desestimada.

En cuanto a la exigencia probatoria del daño moral, actualmente la doctrina está dividida en dos posiciones, con la consiguiente repercusión en el ámbito jurisprudencial<sup>2</sup>. De un lado, la más tradicional que propugna la tesis negativa, al sostener que el daño moral, a diferencia de lo que sucede con el daño material, no debe probarse en cuanto que hay hechos que resulta innecesario, por el carácter espiritual y subjetivo del daño extrapatrimonial. ¿Cómo se puede probar un daño moral?, ¿es posible probar la aflicción, el dolor, la tristeza, la soledad, la afectación en sus sentimientos, o en su calidad de vida? ¿Se puede probar el deterioro del honor, de la fama, en el repudio personal?. Todo lo mencionado, es lo que comúnmente la doctrina llama el *pretium doloris*: “el daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado”.<sup>3</sup> Por lo que la discrecionalidad de los jueces determinaría el monto exigible.

---

<sup>2</sup> Cfr. González P.-Cárdenas H.A. (2007), “Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización” en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37. N° 106, pp. 213-237, Medellín- Colombia. Enero-Junio.

<sup>3</sup> Cfr. González P.-Cárdenas H.A. (2007: 216 y ss.)



Por otro lado, la postura de quienes asumen la tesis positiva, en cuanto a que el daño moral debe probarse, porque se ha ampliado al tradicional *pretium doloris*, otras categorías como la lesión o derechos de la personalidad, consagrados en nuestra constitución. La mujer es perjudicada en este caso porque la magnitud de los daños tiene lugar por la conducta del demandante, por la separación de hecho, por el abandono de la familia, y por el hecho de haber formado otro hogar, lo que indica una responsabilidad de no querer cohabitar con la demandada, haciendo posible la disolución del vínculo matrimonial y dando origen a un daño moral que debe ser indemnizado,

Así las cosas, podemos advertir que nuestros jueces se adscriben a la teoría más reciente en cuanto que en el III Pleno Casatorio en Materia Civil-Familia (2011), en los fundamentos 59 y 62 han determinado que: (59) “Para establecer la indemnización (...) resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño personal con la separación de hecho, y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí (...). (62): “En principio, no es presupuesto *sine qua non* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis (...) No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización. Por tanto la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio-remedio; (...)”<sup>4</sup>.

Con los datos que hemos barajado, podemos afirmar, sobre la base del art. 221 del Código Procesal civil (CPC)<sup>5</sup>, que la declaración de voluntad del demandante en el escrito postulatorio, en el que de forma expresa y categórica reconoce el comportamiento ejemplar

---

<sup>4</sup> Por su interés y relacionado con el tema que nos ocupa, cfr. la Cas. N° 1859-2009 Lima, que fija principios jurisprudenciales, sobre la base del art. 345-A, en el divorcio por separación de hecho, interpuesto por D. Sandro Mariátegui Chiappe contra su excónyuge, Dña Regina Matilde Zela Hurtado.

<sup>5</sup> Art. 221 CPC: “Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa”



de la madre en cuanto a la educación de los hijos y su comportamiento aberrante al haberle sido infiel, dichos hechos fácticos constituyen una declaración asimilada. Por lo tanto, las palabras del propio autor del daño, serán valoradas y actuadas por el Juez que sacará sus conclusiones de convicción. De este modo ha quedado acreditado de manera expresa, que la demandada es el cónyuge perjudicado debido a las propias declaraciones del demandante. Con el divorcio, la excónyuge se ha visto privada de unos derechos adquiridos en el matrimonio, y como ya lo he recordado, se entiende que sufre un daño quien pierde una ventaja. La indemnización quedará sujeta a la libre apreciación de los jueces de familia, puesto que en el divorcio por separación de hecho, cabe apreciar la prueba con un mayor criterio de amplitud y flexibilidad. El incumplimiento conyugal –en este caso el adulterio del marido- supone un grave reproche ético-social, porque rompe el deber de mutua fidelidad. El cónyuge infiel es plenamente consciente –y lo reconoce en su demanda- de que está vulnerando un deber matrimonial, al que se ha comprometido al contraer matrimonio, y su incumplimiento no excluye la idea de que éste no constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración tanto en el ámbito patrimonial como en el interés moral. En definitiva, ha habido una frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida.

Vamos a fijarnos también en algo importante y que refuerza la apreciación de los medios probatorios a favor de la excónyuge, en cuanto a que en el Acta de la Audiencia de Conciliación se fijó como cuarto punto controvertido determinar si existe un cónyuge perjudicado, y por lo tanto si correspondía indemnizarlo, por lo que el Juez actuó conforme a ley al establecer el monto indemnizatorio, por ser la mujer la perjudicada en el divorcio. También, en el fundamento de voto del Magistrado Urviola Hani (nº4), resalta lo que acabamos de mencionar, pero en su opinión le parece que fue “incorrecto”, “pues el debate de la controversia en el referido proceso de familia, simplemente radicaba en determinar si la convivencia se interrumpió por más de dos años o no”. Sin embargo, al no ser objetado por el propio demandante, no puede entenderse que el exmarido “haya sido sorprendido” por la justicia ordinaria. Este importante hecho, lleva a no atender en sede constitucional, el planteamiento de que se había visto afectado el derecho de defensa, quedando solamente como pretendido derecho constitucional afectado, el principio de congruencia procesal.



Con lo planteado anteriormente, no podemos estar de acuerdo con las manifestaciones de nuestro Tribunal Constitucional, en la posición asumida por los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Ramos Núñez, que declara fundada la demanda de amparo y nula la Resolución n° 12 de 25 de abril de 2008, ni en el voto decisorio del magistrado Urviola. No ha habido una disposición arbitraria de los jueces de familia al disponer el pago de la indemnización con apoyo en lo señalado en el art. 345-A, del Código civil, porque sí ha habido un medio probatorio expreso, la manifestación del demandante en su escrito postulatorio, y en la Audiencia de Conciliación fue uno de los puntos controvertidos el decidir quién iba a ser el cónyuge perjudicado. Me parece que no es acertado decir que (n.19) si bien la mujer “nunca se apersonó a la instancia o alegó algún acto referido a cualquier tipo de perjuicio, los juzgadores no tuvieron base jurídica ni fáctica para emitir un pronunciamiento sobre la cuestionada indemnización; sin embargo la impusieron a partir de apreciaciones subjetivas”. Lo dicho *supra*, en cuanto a la declaración asimilada, nos lleva a apuntar que los órganos judiciales no contravinieron el principio de congruencia procesal. Los magistrados constitucionales han tenido un criterio distinto en cuanto a la valoración de las pruebas. El magistrado Urviola se plantea (n°2) si corresponde a la justicia constitucional “determinar si dicho resarcimiento era susceptible de ser estipulado” en el proceso de familia. Pareciera que se adscribe a la teoría de la responsabilidad civil al utilizar la palabra resarcimiento, porque no se trata de resarcir daños, sino que se pretende equilibrar las desigualdades económicas que resulten de la ruptura matrimonial. En realidad, la indemnización prevista en el art. 345-A, tiene una naturaleza jurídica de obligación legal. Una obligación que emerge de la misma ley, “en el sentido de que ésta es la que dota de un efecto al fracaso del matrimonio que toda sentencia de divorcio comporta”<sup>6</sup>.

Más adelante (n° 8) el magistrado Urviola, a mi parecer no debió indicar esta posibilidad, que corresponde más bien a la tarea de los abogados, aunque nada recomendable para el caso que nos ocupa: la de que la demandada podía haber reconvenido “la demanda imputándole una causal de adulterio para hacerlo jurídicamente responsable del divorcio, a fin de que asuma las consecuencias de su conducta o, de otro lado, apersonarse al proceso y

---

<sup>6</sup> Cfr. Alfaro Valverde, L. (2011). La indemnización en la separación de hecho. Análisis del formante jurisprudencial y doctrinal, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, p. 113.

solicitar una indemnización (...)”. Desde que se promulgó la Ley 27495, es un hecho cierto que el incremento de divorcios en el Perú ha ido creciendo sobremanera así lo demuestran las estadísticas proporcionadas por el INEI<sup>7</sup>. Al facilitar el divorcio unilateral e incausado, resulta mucho más rápido que solicitar un divorcio por causal, engorroso y farragoso, como el que aconseja el magistrado constitucional. En el presente caso el silencio de la demandada, al ser declarada rebelde, demuestra que no pidió nunca el divorcio por adulterio, aunque tenía suficientes motivos para ello.

Para ir terminando, mi postura se añade a la de los magistrados que asumen la posición de declarar Infundada la demanda de amparo: Dr. Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-SaldañaNarváez, ya que de las sentencias de los Jueces ordinarios se evidencia que han interpretado el art. 345-A del Código civil, conforme a sus competencias (n° 6). Asimismo, la mención al III Pleno Casatorio deviene en impertinente, porque las decisiones de la Corte Suprema no vincula a los magistrados constitucionales, al ser autónomos, y además, porque se emitió en el año 2011, cuando ya estaban dadas las sentencias de los Jueces de Familia.

En suma, el Tribunal Constitucional al declarar fundada la demanda de amparo del sr. Juan Américo Isla Villanueva, ordena que se declare la nulidad de las resoluciones

---

<sup>7</sup> Pueden revisarse las estadísticas oficiales de los Matrimonios y Divorcios en la página oficial del INEI, en un documento de junio del 2013:

<http://www.inei.gov.pe/biblioinei/pub/bancopub/Est/Lib1081/libro.pdf>.

A nivel nacional, se celebraron 97 mil 693 matrimonios en el año 2011, observándose un aumento de 15 mil 650 (19,1%) respecto al año 2010. Y en el extranjero se registraron 1,030 matrimonios. Sobre la base proporcionada por RENIEC al 30 de octubre del 2012, los divorcios en el país, en el 2011, fueron: 5,625 y de este total el 31.7 % pertenecen a Lima. A lo que habría que sumar 72 divorcios generados en el extranjero (un total de 5,697). El 57,8% de los divorcios inscritos se tramitaron en los departamentos que conforman la región Costa, una tercera parte, 33,8%, se inscribió en los departamentos de la Sierra y el 8,4% en la Selva. A nivel Departamental, los divorcios inscritos fueron Lima, La Libertad, Áncash y Arequipa con valores que oscilan entre 400 y 1 mil 781 divorcios. Lo que supone un porcentaje de Divorcios del 5.77% (casi un 6%), a mi parecer, bastante elevado, cuando no tendría que llegar ni al 1%; y si cogemos otra fecha anterior al 2001, p.ej. el año 1997, se ha registrado e informado al INEI un total de 2,451 divorcios, a nivel nacional, siendo el departamento de Lima, el que registra el mayor número 2,007 (81.8%) y en Tacna solamente un divorcio. Vemos que la cifra es menor que en la actualidad.



cuestionadas, en orden a la indemnización por daño emocional a su excónyuge, por lo que el Quinto Juzgado de Familia de Trujillo, deberá expedir una nueva sentencia. Es decir, se le está indicando al Juez lo que debe hacer. En mi opinión, ya lo he afirmado, la sentencia de primera instancia, no es una sentencia viciada ni incongruente, porque ha habido una declaración expresa del demandante que identifica al cónyuge perjudicado en la persona de su exmujer (art. 221 del CPC) , y porque en la Audiencia de conciliación el demandante se pudo defender y no lo hizo. Además, en atención al art. 122 del Código procesal civil, las resoluciones contienen (...) 4. La expresión clara y precisa de lo que se decide y ordena, respecto de todos los puntos controvertidos (...). La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula (...): y la sentencia del Juez de Familia ha cumplido con los requisitos. Asimismo, los magistrados constitucionales no han tenido en cuenta lo señalado en el art. 174 del Código procesal civil, y caen en una contradicción, en cuanto que quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Ha quedado claro, que el demandante no puede decir que no se ha podido defender. La sola vulneración de forma no lleva a la nulidad de un acto, tendría que haber habido una vulneración al derecho de defensa.

En conclusión, podemos decir que el legislador al introducir este divorcio incausado quiso facilitar indudablemente la disolución del vínculo, como lo hemos apreciado en el caso comentado, pero es llamativo, sin embargo el largo viacrucis del demandante – ¡han pasado 7 años desde la interposición de la demanda y 20 años desde la separación de hecho!- en cuanto a su apego a los tribunales, para evitar el pago de una mínima indemnización que *in strictu iure* le correspondía a la mujer repudiada. ¿Cuánto habrá tenido que pagar el demandante en todo el tiempo transcurrido, por los honorarios profesionales de los abogados, y por otros gastos ocasionados en el proceso judicial? De hecho ha excedido con creces la cantidad que ha quedado impaga!. Conviene recordar lo que nos dice el legislador en el art. IX del Título preliminar del Código Procesal civil, que si bien las formalidades previstas en el Código son imperativas, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso, es decir, se prefiere la garantía del debido proceso. En realidad, la pregunta que surge es ¿cuál es el fin que se persigue con el divorcio-remedio? Y en concreto ¿cuál es el fin que se ha

perseguido en este caso concreto?

En otra ocasión he manifestado<sup>8</sup> que en cuanto a las exiguas e insignificantes indemnizaciones otorgadas al excónyuge perjudicado, que oscilan entre los dos mil y cuatro mil soles, el Juez puede apartarse en ocasiones de la estricta Justicia para acudir a la equidad, “que es justicia matizada”<sup>9</sup>. La Justicia no puede ser contemplada aisladamente -dice el profesor Hervada (1999:86-88)- “sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo y ello se funda en la ontología de la persona humana (...). La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común y la humanidad en las relaciones humanas (...). Los sujetos de la equidad en la atemperación de lo debido son el gobernante, el juez y el titular del derecho. Pero en los deberes de justicia legal es también sujeto de la equidad el destinatario de la ley, que puede aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obligan en los casos en los que estas se tornan nocivas o causan grave incómodo”. En línea con lo que apunta d’Ors<sup>10</sup>, “la equidad es la virtud del que juzga en derecho sobre casos concretos. Coincide con la Justicia en que supone un criterio de decisión “constante” en la diversidad de casos y “perpetua” en el tiempo.”

En definitiva, la protección al más débil es un principio rector del Derecho de Familia y para el equilibrio y estabilidad de la persona, conviene repensar bien el matrimonio y la familia, en su rol de función social, antes de entrar en el umbral del divorcio.

---

<sup>8</sup> Cfr. de la Fuente y Hontañón, R. (2013). “¿Indemnización fijada en forma prudencia y equitativa? A propósito de la Sentencia de divorcio por separación de hecho, del 15 de enero del 2013, Cas. N° 3679-2011-Lima-Norte”, en *Revista Jurídica La Ley*, Año I, n° 42, pp. 59-70. En este caso se otorgó una indemnización de cuatro mil soles, cuando la demandante solicitó cien mil soles por el daño causado por su excónyuge, al tener una enfermedad renal crónica, con necesidad de ser hospitalizada frecuentemente.

<sup>9</sup> Cfr. Hervada, J., (1999). *Introducción crítica al Derecho natural*, Lima: Colección Jurídica de la Universidad de Piura, p. 87

<sup>10</sup> Cfr. d’Ors, Á. (2001). “Apostillas a las “Claves conceptuales”, en *Verbo*, n. 395-396, p.433

