

EL PETITORIO IMPLÍCITO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA: A PROPÓSITO DEL TERCER PLENO CASATORIO

Erick Veramendi Flores¹

«En el presente artículo, el autor desarrolla la relevancia procesal del tercer pleno casatorio, sobre todo en los procesos de familia; partiendo del proceso civil, para luego abordar al proceso de familia, destacando la configuración especial en los procesos de familia de los principios procesales, tales como la congruencia, preclusión, acumulación; destacando el desarrollo del petitorio implícito y acumulación implícita en el proceso de familia»

Sumario

1. Planteamiento del problema
 2. La pretensión en el Proceso Civil
 - 2.1. El objeto del proceso
 - 2.2. La pretensión procesal
 - 2.3. Elementos objetivos de la pretensión procesal
 - a. Petitorio: *petitum o petitio*
 - b. Causa o razón de pedir: *causa petendi, iuris petitum o iuris petitio*
 3. Modificación del objeto del proceso
 4. El principio de congruencia procesal
 - 4.1. Clases de incongruencia objetiva.
 5. Principio *iura novit curia*
 6. La acumulación en el Proceso Civil
 7. La solución propuesta por el tercer pleno casatorio
 8. Pretensión procesal en el Derecho de Familia, según el tercer precedente vinculante
 9. El principio de congruencia en el Derecho de Familia, según el tercer pleno casatorio: fundamentos
 - 9.1. Planteamiento del tema en la doctrina
 10. El pedido implícito en el Derecho de Familia, según el tercer pleno casatorio
 11. La acumulación según el tercer pleno casatorio
- Conclusiones

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tercer pleno casatorio, Casación N° 4664-2010 Puno², refiere que los tribunales de justicia han emitido decisiones disímiles en procesos sobre divorcio por separación de hecho, específicamente sobre la pretensión acumulada de indemnización derivadas del divorcio por causal de separación

¹ Abogado. Magister en Derecho Civil y Comercial. Cursando estudios de Maestría con mención en Derecho Procesal. Egresado de PROFA primer nivel AMAG.

² Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 13 de mayo de 2010, pp. 30171-30190.

de hecho, previsto en el artículo 345-A del Código Civil³. Decisiones sobre las cuales no existía consenso en la judicatura respecto de la naturaleza del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiera lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos⁴.

En el aspecto procesal, el problema consiste en que algunas decisiones judiciales recaídas en procesos de divorcio por causal de separación de hecho, consideraban que la pretensión de indemnización o adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, prevista en el artículo 345-A del Código Civil, debía ser expresamente solicitada en la demanda. En tanto que, otro sector de la judicatura consideraba que constituía un deber del juez pronunciarse por dicha pretensión. En este último caso, se ponía en evidencia amplios poderes del juez para pronunciarse de oficio sobre la indicada pretensión, aunque no ha sido solicitada por las partes.

Frente a las diversas tesis desarrolladas por nuestros tribunales, la Suprema Corte resuelve la interrogante: ¿si la pretensión acumulada de indemnización o adjudicación de bienes, en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho, debe ser solicitada expresamente por las partes procesales o el juez tiene el deber de pronunciarse de oficio sobre ella? El tercer pleno establece que por la naturaleza de la pretensión procesal, esta es influenciada por la naturaleza del interés que se discuten en los procesos de familia, además del modelo procesal adoptado por el Código Procesal Civil. El problema planteado tiene directa influencia sobre instituciones procesales como: la pretensión procesal, el principio de congruencia procesal y el principio *iura novit curia*; instituciones a partir del cual desarrollaremos un breve comentario, para finalmente abordar en los conceptos desarrollados en el tercer pleno casatorio.

2. LA PRETENSIÓN EN EL PROCESO CIVIL

2.1. El objeto del proceso

La petición, junto con las partes y la causa de pedir son los que individualizan el objeto del proceso (Gimeno, 2007: 210). En principio, el objeto principal y necesario del proceso es la concreta acción afirmada (por el demandante); o, si se prefiere: es objeto del proceso el derecho a aquélla concreta tutela jurisdiccional que el actor afirma que el juez debe otorgarle frente a un cierto demandado. La materia o “tema” que se debatirá en ese proceso es,

³ Artículo 345-A del Código Civil: «Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

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, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes».

⁴ El citado precedente, cita como referencia las siguientes sentencias casatorias: N°s 5106-2009 Lima, 1585-2010 Lima, 5512-2009 Puno.

cabalmente, si debe o no concederse al demandado esa tutela jurídica que solicita. Corresponde al actor la facultad/carga de delimitar con total precisión cuál es la tutela jurídica que solicita y afirmar que tiene derecho a ella. Identificada la acción, queda delimitada el objeto principal del proceso (Fernández, 1990: 19-20).

2.2. La pretensión procesal

El profesor Monroy Gálvez afirma cuando la pretensión material no es satisfecha y el titular de esta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho, entonces solo queda el camino de la jurisdicción. Esto significa que el titular de una pretensión material, utilizando su derecho de acción, puede convertirla –sin necesidad de hacerla desaparecer– en *pretensión procesal*, la que no es otra cosa que la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derechos exige (reclama) algo a otro a través del Estado, concretamente utilizando sus órganos especializados en la solución de conflictos, llamados también *jurisdiccionales* (2007: 500). Peyrano afirma que la pretensión no es un derecho sino un simple acto de voluntad exteriorizada mediante la presentación de la demanda en ejercicio del derecho de acción. Para Devis Echandia la pretensión es el efecto jurídico concreto que el demandante persigue con el proceso, efecto al cual quiere vincular al demandado. El indicado autor afirma que el *objeto de la pretensión procesal* no se identifica con el *objeto del derecho material* que el demandante afirma tener, porque intencional o erradamente, se puede reclamar algo distinto a lo que se tiene derecho, que no corresponde al derecho material que pueda tenerse bien, sea en cantidad, bien en calidad e inclusive en identidad física o jurídica. Por consiguiente, la pretensión procesal puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que puede existir un derecho en cabeza de alguien y estar vulnerado o desconocido y, sin embargo, su titular puede no pretender su eficacia o ejercicio, por indiferencia o ignorancia; lo que demuestra que también puede existir un derecho sin pretensión. Así, pues, la pretensión no es un derecho, sino un simple acto de voluntad, para el cual no se requiere más que su manifestación o exteriorización mediante la demanda, en la cual se ejercita, además, el derecho de acción (Hinostroza, 2005: 116-120).

La doctrina afirma que la pretensión está formada por los siguientes elementos: subjetivos (partes) y objetivos (*petitum* y *causa petendi*). Las mismas que se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil, en el artículo 424º, numerales 2), 4), 5), 6) y 7), regula –entre otros– la exigencia de que la demanda deberá contener: (a) los datos del demandante; (b) los datos del demandado; (c) el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide; (d) Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad; (e) La fundamentación jurídica del petitorio.

2.3. Elementos objetivos de la pretensión procesal

a. Petitorio: *petitum* o *petitio*

La petición es la declaración de voluntad, integra el contenido sustancial de la pretensión, determinando los límites cuantitativos (acumulación de pretensiones) y cualitativos (naturaleza de la pretensión: declarativa, constitutiva o de condena) del deber de congruencia del fallo, la parte dispositiva de la sentencia (Sendra, 2007: 209). Devis Echandía afirma que el objeto de la pretensión lo constituye el determinado efecto perseguido (el derecho o la relación jurídica que se pretende o la responsabilidad que se imputa al sindicado) y por tanto, la *tutela jurídica que se reclama* (Hurtado, 2009: 361). El *petitum* es lo que se pide sea reconocido o declarado en la sentencia a favor del demandante. Se parte de la deducción jurídica del actor y se examina si de las circunstancias de hecho aducidas por él se puede extraer un determinado supuesto de hecho que corresponda con otro de la norma legal y permita la deducción de la pretendida consecuencia jurídica del supuesto de hecho adoptado (Ramos, 1997: 413). El profesor Apolín Meza afirma que algunos autores sería aquel bien jurídico cuya protección o concesión se solicita del juzgador, para otros, sería la prestación que se reclama o sea el derecho, la medida, la ventaja o la situación jurídica que se demanda y no la cosa corporal sobre la cual puede recaer la pretensión. El objeto consistiría en el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad el pretensor quiere que sea una actuación de lo pretendido; también la solicitud de una “consecuencia jurídica” prevista en el ordenamiento, ya que necesariamente dicha consecuencia deberá estar sustentada en la afirmación del supuesto de hecho de una norma (2009: 133).

Puede distinguirse entre un objeto inmediato y otro mediato. El objeto inmediato sería la petición en sentido estricto, puesto que se trata de la solicitud de un tipo concreto de tutela jurídica; en definitiva de un tipo concreto de actuación jurisdiccional: que el juez declare la existencia de un derecho o relación jurídica, condene al demandado al cumplimiento de una prestación determinada, extinga o modifique una relación jurídica o, finalmente, que constituya una nueva. Por su parte, el objeto mediato estaría constituido por el derecho subjetivo, bien o interés jurídico al que se refiere la solicitud de tutela jurisdiccional. El *petitum* es el elemento fundamental de la pretensión del actor en relación con la congruencia de la sentencia ya que ni su objeto inmediato ni mediato puede modificarse a lo largo del proceso ni en la resolución judicial. En pocas palabras, la sentencia debe inexcusablemente ser congruente con la petición (Ezquiaga, 2000: 53; Sendra, 2007: 209-210).

b. Causa o razón de pedir: *causa petendi, iuris petitum o iuris petitio*

La *causa petendi* es el fundamento histórico o de hecho de la acción, o bien los acontecimientos de la vida en que se apoya la pretensión, que no la justifiquen, sino que la acortan, esto es, la delimitan (Ramos, 1997: 413). Son los hechos o material fáctico que sustenta la pretensión, es la configuración de hechos ocurridos en el pasado que generan la posibilidad de proponer la pretensión. Los hechos también grafican más bien la situación de hecho (supuesto de hecho) por la cual se exige una consecuencia jurídica, concretamente por la aplicación de una determinada norma del ordenamiento jurídico (Hurtado, 2009: 364). La *causa petendi* es en esencia, la razón que motiva la solicitud de una consecuencia “jurídica” concreta, por lo que será necesario que la causa

de dicho pedido sea también “jurídica”. La *causa petendi* se encuentra conformada por supuesto de hecho a partir de los cuales, se podrá derivar lógicamente la consecuencia jurídica solicitada, es por ello, que los denominados fundamentos de hecho o la simple narración de los hechos no formarían parte de la *causa petendi* (Apolin, 2009: 134-135).

Los hechos que constituyen la *causa petendi* son aquellos que coinciden con el supuesto de hecho de una norma jurídica respecto de la cual, se ha derivado la consecuencia jurídica solicitada (petitorio). Los hechos que interesan al proceso, son los hechos “jurídicamente relevantes” o “hechos constitutivos” que conforman el supuesto de hecho de la norma alegada por el demandante. Para la moderna doctrina procesal, los hechos en el proceso no se encuentran constituidos por la mera narración fáctica o los simples acontecimientos del caso, sino por los hechos que son coincidentes con el supuesto de hecho de una norma, de la cual se deriva la consecuencia jurídica solicitada (petitorio), a estos hechos se le denomina hechos jurídicos, hechos constitutivos o hechos principales (Apolin, 2009: 136-139). En ese mismo sentido, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas afirma que el elemento factico de la *causa petendi* está integrado únicamente por los hechos alegados por el actor que coinciden con el supuesto de hecho de la norma que le otorga el derecho subjetivo en que se sustenta la solicitud de la tutela judicial y, en consecuencia, sólo a ellos se encuentra vinculado el juez. Por tanto, la sentencia para ser congruente con la pretensión, deberá necesariamente pronunciarse sobre ellos (2000: 55). Estos autores niegan que los “fundamentos de hecho” y “fundamentos de derecho” constituyen sub elementos de la *causa petendi*, sino constituyen requisitos formales de la demanda, cuya finalidad es informar metodológicamente el conflicto y la posición del demandante al órgano jurisdiccional. No obstante ello, el profesor Monroy Gálvez indica que la causa de pedir está formado por: la *fundamentación jurídica*: por el cual el pretensor debe invocar un derecho subjetivo que sustenta su reclamo; y, los *fundamentos de hecho*: es el sustento de la ocurrencia de cierto número de hechos, que será objeto de la actividad probatoria (2007: 501-502; Gimeno, 2007: 210). Ezquiaga afirma que los fundamentos de derecho, se mezclan distintos elementos que es conveniente diferenciar: la elección de la norma jurídica que va a marcar la solución del litigio, la calificación jurídica de los hechos y otras alegaciones jurídicas (2000: 56).

3. MODIFICACION DEL OBJETO DEL PROCESO

La modificación del objeto del proceso puede realizarse únicamente a iniciativa de parte y en los supuestos previstos en la ley, como en los casos de ampliación o modificación de la demanda, intervención excluyente principal, aseguramiento de pretensión futura, reconvencción y algunos casos de acumulación de procesos. El órgano jurisdiccional está prohibido de modificar o ampliar las pretensiones substanciales en el proceso, ya sea durante el transcurso del mismo o al momento de sentenciar. Si una sentencia decide sobre petitorios no solicitados o si se fundamenta en hechos (*causa petendi*) no afirmados, estaremos ante una modificación del objeto del proceso realizada

por el órgano jurisdiccional, lo que a su vez implicará una vulneración al principio de congruencia (Apolin, 2009: 136).

4. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL

Por el principio de congruencia el juez no puede darle a una parte más de que éste pide (*ne eat iudex ultra petita partium*). Según este principio, si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienen son de naturaleza privada, en consecuencia, les pertenece a las partes, por ello el juez no puede ir más allá de lo que le piden y discuten las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez le otorga menos de lo demandado, dado que tal declaración se habrá expedido cuando, por ejemplo, estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión (Monroy, 2007: 191-192). Si no se produce esta identidad –entre lo pedido por las partes y lo concedido por el juez– se habla de una decisión judicial incongruente (Hurtado, 2009: 138-139). Al respecto, cabe mencionar que los derechos que se discuten en los procesos de familia no son de naturaleza privada, pues una de las características del Derecho de Familia es su inalienabilidad, según el cual el sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio. El estado de familia no puede ser modificado, ni alterado, ni cedido por su titular, ni ser transmitido por voluntad de éste a terceros. No es renunciante (Bossert, 2004: 26-27).

Excepciones al principio de congruencia: no se produce incongruencia cuando el juez resuelve una pretensión que no fue demandada, siempre que la misma este referida a una *acumulación legal accesoria*; por ejemplo: art. 24^o del Código Civil (cese del derecho de la mujer a llevar apellidos del marido), art. 66^o (declaración de ausencia aún cuando se haya demandado la muerte presunta), 353^o (perdida de derecho hereditario), 358^o (cuando el juez declara la separación de los cónyuges aún cuando se hubiera demandado el divorcio), 220^o (declaración de nulidad de acto jurídico por el juez, cuando resulte manifiesta), 1985^o (pago de interés legal) del Código Civil, etc.

4.1. **Clases de incongruencia objetiva.** Son los siguientes: (a) *citra petita*: la decisión final del juez no se pronuncia sobre algunas de las pretensiones propuestas por las partes o sobre algún punto controvertido; (b) *extra petita*: la decisión final del juez se pronuncia sobre un pedido o pretensión no propuesta por las partes, esto es, se pronuncia sobre algo que no fue discutida en el proceso por las partes. Se admite excepciones, como el caso de la *acumulación legal accesoria*; (c) *ultra petita*: la decisión final del juez otorga más de lo que realmente pidieron las partes, basado en un criterio cuantitativo.

5. PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

Este principio se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. El aforismo *iura novit curia*, reconoce la necesaria libertad con que debe contar el juez para subsumir los hechos alegados y probados por las partes dentro del tipo legal; libertad que subsiste aún en la hipótesis que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones. El empleo de este principio por parte del juez debe operar con prudencia, limitado por la congruencia procesal, esto, no puede ir más allá del petitorio ni fundando su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, de lo contrario se generaría indefensión (Ledesma, 2008: 64-66). En virtud del principio *iura novit curia*, el juez no se encuentra vinculado en absoluto por las normas jurídicas que se invoquen en la demanda ni, en general, por las alegaciones jurídicas que el demandado realice. En consecuencia, una sentencia que se sustenta jurídicamente en preceptos no mencionados por el demandante o en una argumentación distinta a la de éste, no incurriría en incongruencia. Según Dante Ludwing Apolin Meza, el principio *iura novit curia*, prevista en el art. VII del Título Preliminar del Código procesal Civil, no autoriza al juez a modificar del petitorio, ni los hechos que constituyen la causa de la pretensión, debiendo respetarse el principio de contradicción (2009: 136-137).

Límite al principio *iura novit curia*: son: **(a) principio de contradictorio:** el juzgador debe poner de conocimiento a las partes del nuevo argumento o consideración jurídica, a efectos de que ejerzan su derecho de contradicción, por ende, al debido proceso; **(b) principio de congruencia:** la aplicación del principio *iura novit curia* no puede tener como consecuencia la modificación del objeto del proceso. La resolución congruente ha de atender a los elementos y presupuestos de la pretensión, es decir, a su estructura.

6. LA ACUMULACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Para efectos del presente trabajo conviene referirnos a la *acumulación objetiva originaria o inicial*. Es la que se produce cuando en la demanda se postula ante el órgano jurisdiccional una pluralidad de pretensiones con finalidades diversas, puesto que lo determinante para hablar de acumulación es la existencia de dos o más pretensiones en el proceso al margen de lo que se decida en la sentencia. El criterio o referente para determinar el carácter originario de la acumulación objetiva es la demanda (primitiva) y su eventual modificación; cualquiera otra pretensión que se incluya en el proceso luego de este momento procesal tendrá el carácter de *acumulación objetiva sucesiva o posterior* (Pérez, 2008: 53).

La acumulación objetiva originaria puede ser simple, alternativa, subordinada, accesoria. Ahora, la acumulación objetiva accesoria puede clasificarse: por su oportunidad (originaria, sucesiva), por su manifestación (explícita o manifiesta; implícita, tácita o legal), por su trascendencia (necesaria, facultativa)

La acumulación implícita, tácita o legal, es aquella donde la pretensión accesoria se considera tácitamente integrada a la demanda, siempre que esta accesoriadad esté expresamente prevista por la ley (párrafo final, artículo 87º

del Código Procesal Civil). Por ello, podría afirmarse que la postulación de la pretensión implica de modo indirecto, implícito o tácito, la postulación de la accesoria (Pérez, 2008:68).

7. LA SOLUCION PROPUESTA POR EL TERCER PLENO CASATORIO

En el aspecto procesal se ha fijado como precedente vinculante, las siguientes reglas:

«[...] **3.** Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal: **3.1.** A pedido de parte, podrá formular tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios. **3.2.** De oficio, el juez de primera instancia se pronunciara sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya **alegado o expresado** de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata. **3.3.** En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados. **3.4.** En todo caso, el Juez se pronunciara sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello. **3.5.** En el trámite señalado, se garantizara el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural. [...] **5.** El Juez Superior integrara la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil [...]».

8. PRETENSION PROCESAL EN EL DERECHO DE FAMILIA, SEGÚN EL TERCER PRECEDENTE VINCULANTE

Conforme las ideas antes desarrolladas una de las características de la pretensión es que jurídicamente sólo requiere la autoatribución de un derecho o la afirmación de tenerlo, lo que presupone una situación de hecho que lo origina, sin consideración a que se halle conforme con el ordenamiento jurídico. Criterio que al parecer habría sido asumido por el pleno casatorio en la pretensión procesal acumulada de indemnización derivada de los procesos sobre divorcio por causal de separación de hecho:

a. A pedido de parte

a.1. **En la demanda o reconvencción:** la parte que se considera más perjudicada por la separación de hecho, puede acumular en el petitorio como pretensión accesoria la indemnización o adjudicación preferencial de los bienes sociales.

a.2. **Después de los actos postulatorios y en cualquier estado del proceso:** las partes están habilitadas para alegar y solicitar expresamente indemnización⁵, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. En estos casos, el juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

b. De oficio en la sentencia

b.1. **Alegado o expresado de alguna forma los hechos, en la demanda, incluso, después de los actos postulatorios:** el juez puede fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí.

9. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA, SEGÚN EL TERCER PLENO CASATORIO: FUNDAMENTOS

El Derecho de Familia en el Estado Democrático y Social de Derecho: el Estado Democrático es un Estado *garantista* del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero también, el Estado Social es un Estado comprometido con la *promoción* del bienestar de la sociedad, especialmente con aquellos desfavorecidos. En tal sentido, una de las características del Estado Social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

En ese sentido, la Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar especial protección a los niños, adolescentes a los ancianos y madres en situación de abandono, también se extiende esta protección a la

⁵ Los *actos de petición*, entendidas como peticiones concretas de las partes, algunas de contenido procesal, otras de fondo (por ejemplo, la interposición de un recurso), ambas expresión de la instancia de parte del proceso civil. De otro lado, los *actos de alegaciones* es una actividad de las partes por medio del cual aportan al proceso los elementos facticos y jurídicos que han de determinar la resolución definitiva del proceso, las mismas que devienen en objeto de prueba, si son objeto de prueba, e incluso configuran el alcance de la carga subjetiva de la prueba y de su reparto (RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, p. 373).

familia y al mismo matrimonio. Por eso, las normatividad relacionada a derechos, deberes y obligaciones derivados de relaciones de familia (Código de los Niños y Adolescentes, Código Civil y el Código Procesal Civil) están inspirados en la cláusula compleja de Estado Democrático y Social de Derecho, acogiendo el principio de igualdad material sobre igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del juez en procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

Dentro de este contexto, existe la necesidad de implementar mecanismos procesales que permitan la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales. Pues, si bien es cierto que las relaciones derivadas del vínculo conyugal o parentesco, se tratan de relaciones privadas, también lo es que están dominadas por normas de orden público, destinadas a impedir la desnaturalización de los fines familiares. Coligiéndose que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público, y hacen que conlleven características especiales, tales, como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil, el reconocimiento del litisconsorte pasivo, la intervención del Ministerio Público, entre otros. En cuanto a la limitación del principio dispositivo, se debe tener presente que a diferencia de los procesos en los cuales se dilucida el interés privado, en los procesos de estado donde prevalecen los poderes del juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o supriman.

El principio de socialización en los procesos de familia: la orientación publicística del Código Procesal Civil impone al juez promover la igualdad material con la finalidad de emitir una sentencia objetiva y justa. Sobre todo en los procesos de familia donde una de las partes es notoriamente débil.

Función tuitiva del juez en los procesos de familia: el derecho procesal de familia se concibe como aquél 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, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc.; por lo que el juez debe tener una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *ultima ratio*. Estos conflictos condicionan 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 con componentes flexibles y, por otro lado, el juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia: estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia, y particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización. Por eso, cuando el juez decide los *pedidos o petitorios implícitos* no infringe el

principio de congruencia, pues de acuerdo a la facultad tuitiva del juez, debe tener en cuenta el tipo de problema que se aborda en un proceso de familia, en muchos casos, conflictos íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar el derecho a la dignidad. Si en el proceso de divorcio por separación de hecho, la parte interesada *en cualquier estado del proceso*, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el juez debe considerar esta manifestación de voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. El pedido o petitorio implícito es considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia. La flexibilización de estos principios también se observan en los procesos laborales y contencioso administrativo.

Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia: el proceso sobre el estado de familia tiene como característica el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso. Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. En consecuencia, el juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar puntos controvertidos; particularmente podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales. La flexibilización del principio de congruencia en nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y acumulación tácita, conforme se verifica de la última parte del artículo 87º del Código Procesal Civil, que establece: (i) si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso: (ii) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

Por el principio dispositivo las partes deben formular el petitorio de pago de indemnización o la adjudicación en el proceso acumulados al proceso sobre divorcio por causal de separación de hecho, sea en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso. Sin embargo, la orientación publicística del proceso civil exige por lo menos alegar hechos relativos al perjuicio sufrido. Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos, en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho, lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, por ende, el juez debe emitir pronunciamiento en decisión final.

La forma como las partes del proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvenzional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge mas perjudicado y que la otra parte tenga razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio contradictorio.

El juez debe interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de la prueba y el contenido de una decisión justa.

Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el juez debe interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte –demandante o demandada– implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que haya sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre el tema. Será suficiente, por ejemplo, que alegue que a raíz de la separación se desatendió la obligación de alimentos, por lo que tuvo que formular demanda para el pago de la obligación de alimentos a favor de sus hijos y ella. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el juez se pronunciara sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos, el referido a los perjuicios.

En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía interpretación no puede ser considerada. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio? En principio pueden hacerlo hasta el momento de fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante, cabe aún la posibilidad de que las partes aún puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural; en suma, debe respetarse las reglas mínimas del debido proceso.

Si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el juez debe correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevo a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata, con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios si fuera el caso, a la vez que se armoniza el tramite y el resultado del proceso con las normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado de Democrático y Social de Derecho que remarca nuestra carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la *familia monoparental* que resulta como consecuencia del divorcio.

9.1. Planteamiento del tema en la doctrina

Ya el profesor Dante Ludwing Apolin Meza ha realizado un estudio respecto del problema que se presenta en la práctica judicial, esto es, que debido a diversos factores las partes procesales no determinan correctamente el “hecho constitutivo” o “supuesto de hecho” que corresponde al caso concreto. El citado autor advierte que cierto sector de la doctrina viene considerando la “reconducción” de las postulaciones o mejor dicho de las pretensiones, es decir, la posibilidad de subsanar ciertos errores, como lo que se pueda incurrir en la calificación jurídica de los hechos. Precizando que no debe confundirse la reconducción de postulaciones con la aplicación del principio *iura novit curia*, pues la reconducción implica la posibilidad de modificar el objeto del proceso, ya sea en la causa como en el objeto, mientras que ello no puede realizarse en aplicación del mencionado aforismo. Este principio no se encuentra regulado en el Código Procesal Civil, como si lo está en los procesos constitucionales bajo la figura de suplencia de la queja deficiente (2009: 142-143).

El indicado profesor realizo un análisis del problema que se venían dando en los procesos sobre familia, proponiendo el siguiente ejemplo, el caso de una demanda de divorcio por causal de adulterio, sin embargo, el juez decide resolver el matrimonio por causal de conducta deshonrosa, decisión que estaría afectado de vicio de incongruencia porque el juez habría introducido indebidamente la causal de conducta deshonrosa, supuesto de hecho que no ha sido materia de debate, trasgrediendo el principio de contradicción. Otro ejemplo que propone es una demanda de indemnización por responsabilidad contractual, sin embargo, el juez resuelve el caso amparado en las reglas de responsabilidad extracontractual, por ende, al no haber sido materia de debate el supuesto de hecho referido a la responsabilidad contractual, se incurriría en vicio de incongruencia por trasgredir el principio de contradicción (2009:140-142). En ese mismo, sentido la profesora Marianella Ledesma afirma que existe una posición de la doctrina procesal (Juan Morales Godo) que justifica que el juez se pronuncie sobre una causal distinta a la invocada en la pretensión de divorcio por causal, amparados en el principio *iura novit curia*, bajo el

argumento que el demandante ha calificado erróneamente los hechos, y más bien, los mismos configuran otra causal. Se trata de otros hechos que son útiles para acreditar otra causal, por lo que el juez aplica la norma pertinente (2008: 67).

10.EL PEDIDO IMPLICITO EN EL DERECHO DE FAMILIA, SEGÚN EL TERCER PLENO CASATORIO

El pedido o petitorio implícito, es la alegación de hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho que se encuentra contenido en el escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso), como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes.

En la interpretación de la demanda y de la contestación son aplicables los principios *pro pretensor* y *favor procesum*, salvo casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que vía interpretación no puede ser considerada. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios.

¿Hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio? En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de puntos controvertidos, con el objeto de que el juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso. En este orden de ideas, el juez debe correr traslado a la parte contraria para darle oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya llevo a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata, con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba oficio que el juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados perjuicios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la familia monoparental que resulta de consecuencia del divorcio.

La pretensión implícita se deberá verificar sobre los “alegatos” que realicen las partes, pues no existe pedido o petitorio expresa. A partir de allí, se verificada los medios probatorios que la sustenten, además de verificar que no exista renuncia expresa del cónyuge perjudicado.

Elementos para la declaración de oficio por la indemnización. Son: (a) se haya alegado o manifestado los hechos configurativos del perjuicio; (b) los medios probatorios consten en el proceso; (c) no exista renuncia expresa del interesado.

Según el pleno casatorio, dado que la indemnización regulada por el art. 345-A del Código Civil es un mandato imperativo, el juez debe pronunciarse sobre la misma. Por eso, si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referente a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga oportunidad razonable de contradecirlos para que el juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica de la parte afectado.

Supuestos en el cual no está obligado a pronunciarse de oficio por la indemnización: (a) si no se identifica al cónyuge perjudicado; (b) si no existe elemento probatorio, indicio o presunción de ello. En este caso, deberá declarar la improcedencia de la indemnización en el caso concreto; pues no existe ninguna base fáctica, además que se vulneraría el derecho de defensa y contradicción de la parte afectada, consiguientemente el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

11. LA ACUMULACIÓN SEGÚN EL TERCER PLENO CASATORIO

Aunque el tercer pleno casatorio no es claro en establecer en qué tipo de acumulación nos encontramos, se infiere que al establecer que el artículo 345-A del Código Civil impone un deber al juez para pronunciarse sobre el cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad de gananciales, se trata de una acumulación objetiva implícita, tácita o legal, conforme al último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.

En realidad los problemas de familia resultan tan sensibles, que consideramos que debe darse un concepto amplio al concepto de acumulación objetiva implícita, pues debe proceder aún en casos no previstos en la ley, por ejemplo, en aquellos conflictos donde exista la necesidad de pronunciarnos sobre una situación jurídica que es relevante para un menor. Proponemos a modo de ejemplo, un caso de impugnación de reconocimiento de paternidad, en el cual el reconocimiento quedará sin efecto, por ende, el menor se quedará sin apellido paterno, situación donde existe la “necesidad” de pronunciarse sobre la verdadera filiación biológica del menor, dado que resulta una medida favorable al menor, de no ser así, no debería ampararse la demanda.

CONCLUSIONES

1. El nuevo precedente judicial ha desarrollado instituciones procesales dentro del proceso civil, por tanto, la causal de procedencia del recurso de casación por “infracción normativa” también puede estar referida a la correcta

interpretación de normas procesales, además de la aplicación de normas constitucionales.

2. El carácter público de las normas del Derecho de Familia, hacen que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad se flexibilicen, además de la ampliación del contenido de acumulación objetiva implícita. Sumado al sistema publicístico que orienta el proceso civil, otorgando facultades tuitivas al juez para resolver conflictos de familia.

3. Para el tercer pleno casatorio la pretensión de indemnización o adjudicación directa de bienes provenientes de la sociedad de gananciales, es una pretensión que se debe extraer de dos formas, cuando se solicita expresamente en el petitorio, y cuando el juez pueda deducirla de la *causa petendi*. Dicha pretensión se introduce al proceso como una acumulación objetiva implícita, tácita o legal, prevista en el último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil.

BIBLIOGRAFIA

- APOLÍN MEZA, Dante Ludwing. *Apuntes Iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo iura novit curia y la reconducción de pretensiones*. En Estudios de Derecho procesal Civil. Jurista Editores, primera edición, Lima 2009.
- BOSSERT, Gustavo. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires 2004.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y aplicación judicial del Derecho*. Editorial Lex Nova. Valladolid 2000.
- FERNANDEZ, Miguel Ángel. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid 1990.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Postulación del Proceso Civil*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2005.
- HURTADO REYES, Martín. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Idemsa, primera edición.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima 2008.
- MONROY GALVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Biblioteca de Derecho Procesal N 6, Palestra Editores, Lima 2007.
- PEREZ RIOS, Carlos Antonio. *La Acumulación en el Proceso Civil peruano*. Editorial Pryma, primera edición, Lima 2008.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, José María Bosch Editor, Barcelona 1997.
- SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Editorial Colex, segunda edición, Madrid 2007.