



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACUMULACIÓN OBJETIVA DE OFICIO EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Elmer Hermoza-Castro

Piura, junio de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Hermoza, E. (2018). *Constitucionalidad de la acumulación objetiva de oficio en el proceso de divorcio por separación de hecho* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



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](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO



**Constitucionalidad de la acumulación objetiva de oficio en el
proceso de divorcio por separación de hecho**

Tesis para optar el Título de Abogado.

Elmer Alcides Hermoza Castro

Asesor: Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal

Piura, Junio 2018

Aprobación

Tesis titulada “*Constitucionalidad de la acumulación objetiva de oficio en el proceso de divorcio por separación de hecho*”, presentada por Elmer Alcides Hermoza Castro en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.

Directora de Tesis

Dedicatoria

A mi esposa e hijas, por su comprensión y apoyo a lo largo de la realización de la presente investigación. Han sido el más grande motivo para culminarla.

A mis padres, mis amigos y todos quienes en mayor o menor medida colaboraron conmigo para hacer posible avanzar este nuevo peldaño en mi vida profesional.

Agradecimiento

Aprovecho estas líneas para manifestar mi agradecimiento sincero y profundo a la Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal por la asesoría brindada, por sus consejos y su paciencia que me han permitido culminar con éxito esta etapa.

Resumen Analítico Informativo

Constitucionalidad de la acumulación objetiva de oficio en el proceso de divorcio por separación de hecho.

Elmer Alcides Hermoza Castro.

Asesor: Dra. Karla Patricia Vilela Carbajal

Tesis de Grado

Licenciado en Derecho

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, junio de 2018.

Palabras claves: acumulación objetiva, divorcio, separación de hecho, indemnización, principio de preclusión, principio dispositivo.

Descripción: Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación de Derecho Procesal Civil.

El autor presenta el resultado de la investigación acerca de la adecuación constitucional de la acumulación de oficio ordenada por el artículo 345-A del Código Civil y cuál es la justificación objetiva de esta facultad judicial.

Contenido: El texto de la tesis está dividido en tres partes: En un primer capítulo se estudia la figura del divorcio, sus aspectos generales, su regulación, las causales por las que es posible obtenerlo, con un énfasis en la causal de separación de hecho. En un segundo capítulo, se analiza el ámbito procesal y los conceptos de derecho de acción, pretensión y demanda judicial, incluyendo la figura de la acumulación prevista en nuestro Código Procesal Civil, sus clases y los requisitos de su procedencia. Finalmente, en el tercer capítulo, se detallan las reglas adoptadas por el Tercer Pleno Casatorio Civil y nuestra posición respecto a si es válido que el juez ordene a través de una acumulación de oficio una indemnización por daños, recurriendo para ello al test de proporcionalidad.

Metodología: Método cualitativo.

La investigación emprende un análisis de tipo cualitativo mediante el repaso de conceptos que han aportado distintos autores en el ámbito nacional e internacional, información que permite finalmente arribar a las conclusiones propuestas.

Conclusiones: Se puede establecer que la medida adoptada por la norma e interpretada por el Tercer Pleno Casatorio Civil es idónea para lograr el fin constitucional que tiene como objetivo, esto es, velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y el resarcimiento del daño que se le pueda haber causado; que es la única medida que permite alcanzar plenamente la finalidad planteada y cubrir todos los supuestos posibles, y que supone una injerencia leve en los principios de congruencia y preclusión y permite un alto grado de realización del objetivo planteado, concluyendo que se trata de una medida constitucionalmente válida.

Fuentes: Información recogida de libros, monografías, revistas científicas, artículos, páginas web, jurisprudencia nacional y comparada.

Fecha de elaboración resumen: 05 de junio de 2018.

Índice de contenidos

Introducción	1
Capítulo 1. El divorcio	3
1.1. Aspectos generales.....	3
1.2. Noción de divorcio.....	4
1.3. El divorcio en el Perú.....	6
1.4. El divorcio sanción y el divorcio remedio en nuestro código civil	7
1.5. Causales de divorcio en el Perú	10
1.6. La causal de separación de hecho	13
1.7. Características y consecuencias de la acción de divorcio en el ordenamiento jurídico peruano	14
Capítulo 2. La acumulación en los procesos judiciales	17
2.1. Derecho de acción, pretensión y demanda judicial.....	17
2.1.1.El derecho de acción.....	17
2.1.2.La pretensión procesal.....	20
2.1.3.La demanda judicial	25
2.2. La acumulación procesal	27
2.2.1.Noción de acumulación procesal.....	27
2.2.2. Tipos de acumulación.....	29
Capítulo 3. Constitucionalidad de la acumulación objetiva de oficio en el proceso de divorcio por separación de hecho	35
3.1. El mandato del artículo 345-a del código civil y su interpretación por el tercer pleno casatorio	35
3.2. Los principios de congruencia procesal, preclusion y iura novit curia.....	40
3.3. Sobre el test de proporcionalidad o razonabilidad y su dinámica.....	41
3.3.1.Aplicación del juicio de idoneidad al presente caso.....	42
3.3.2.Aplicación del juicio de necesidad al presente caso.....	44
3.3.3.Aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto al presente caso.....	46

Conclusiones	51
Referencias bibliográficas	53

Introducción

La Ley N° 27495, promulgada el 07 de julio del 2001, incorporó a nuestro Código Civil el Artículo 345-A, mediante el cual se instituye la posibilidad de que el cónyuge “perjudicado” por la separación de hecho y divorcio posterior reciba una indemnización por los daños que le produce dicha ruptura del vínculo matrimonial.

Podría afirmarse *a priori* que se trata de una disposición justa toda vez que si existe un perjuicio es razonable que el mismo sea reparado por el agente que lo generó, en estricta aplicación del principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes. Sin embargo, las cuestiones problemáticas surgen de la redacción misma del indicado artículo puesto que lo dicho se ha dispuesto no como posibilidad sino básicamente como obligación al estipular que el juez “deberá” señalar la indemnización por daños, sin que haya quedado establecido que la misma proceda sólo cuando así lo pida el “perjudicado” (sea con la demanda o con la reconvencción).

En tal sentido, pareciese que la indicada norma contiene una vulneración al principio de congruencia procesal al permitirle al juez otorgar a una de las partes más allá de lo que ha pedido. Y debemos resaltar que no solo le permite sino que, incluso, le obliga a resolver en ese sentido. ¿Son los principios propios del derecho de familia suficiente justificación para dejar de lado las reglas procesales? ¿Existe contradicción entre lo que establece el Código Civil y lo dispuesto por el Código Procesal Civil?

En el presente estudio se busca analizar si la acumulación de oficio ordenada por el indicado artículo 345-A es constitucionalmente válida y cuál podría ser la justificación objetiva de esta facultad que parece ir más allá de las que naturalmente corresponden al juez. El Tercer Pleno Casatorio Civil, del año 2010, intentó encontrar el fundamento y sentido de la indicada disposición y hasta limitar sus alcances. Se examinará, en esa línea, si la posición adoptada por el Pleno es adecuada a derecho.

Con dicho afán, en un primer capítulo de la investigación nos referiremos a la figura del divorcio, sus aspectos generales, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Código Civil, las causales por las que es posible obtenerlo, con un énfasis final en la causal de separación de hecho que es la que motiva el otorgamiento de la indemnización por daños sub examine.

En un segundo capítulo, pasaremos a analizar el ámbito procesal haciendo un repaso por los conceptos de derecho de acción, pretensión y demanda judicial, para luego pasar a revisar la figura de la acumulación prevista en nuestro Código Procesal Civil, sus clases, los

requisitos de su procedencia y de esta forma tener en claro el tipo de acumulación que se presenta cuando el juez ordena la indemnización establecida en el mencionado artículo 345-A del Código Civil.

Finalmente, en el tercer capítulo, entraremos de lleno a analizar la cuestión controvertida, detallando las reglas adoptadas por el Tercer Pleno Casatorio Civil y fundamentando nuestra posición personal respecto a si es válido que el juez ordene a través de una acumulación de oficio una indemnización por daños, recurriendo para ello al test de proporcionalidad.

Esperamos que las siguientes líneas contribuyan en alguna medida a aclarar y profundizar en el análisis de la figura de la indemnización por daños en la separación de hecho, tema que, pese a haber sido objeto de un Pleno Casatorio, aún continúa generando dudas e incertidumbre en su aplicación.

Capítulo 1

El divorcio

1.1. Aspectos generales

Hasta hace algunos años, el divorcio en el Perú era una exclusividad de los órganos jurisdiccionales (Poder Judicial). Actualmente, además de la vía jurisdiccional para tramitar un divorcio por las causales de divorcio recogidas en el artículo 333° del Código Civil; existe otra vía para obtener la disolución del vínculo matrimonial que es el divorcio convencional ante las municipalidades y notarías.

Las causales sancionatorias recogidas por nuestro ordenamiento civil como el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal, entre otros, que presuponen que uno de los cónyuges haya cometido actos o hechos culpables debidamente probados que hagan incompatible la vida en común, han quedado relativizados con la dación de la Ley N° 27495 (07/07/2001), Ley que Incorpora la Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio, en la que se introduce como nueva causal de divorcio la separación de hecho de los cónyuges¹ durante un período ininterrumpido de dos años si es que no existen niños menores de edad y de cuatro años si es que los tuvieran.

El divorcio dejó de ser competencia exclusiva del Poder Judicial en nuestro país en el año 2008 debido a que la Ley N° 29227 (16/05/2008) reguló el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, que permitió el divorcio para los cónyuges que, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, decidiesen poner fin a dicha unión. Dicha ley, reglamentada mediante Decreto Supremo N° 009-2008-JUS (13/06/2008), otorgó competencia para llevar a cabo dicho procedimiento especial a los alcaldes distritales y provinciales, así como a los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio.

¹ Sobre el particular, TORRES CARRASCO señala que: “A partir de ese momento nuestro ordenamiento jurídico contó con dos modalidades de divorcio-remedio: i) la separación de hecho de los cónyuges en los términos antes expuestos; y ii) la separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio (inc.12 del art.333°)”. En TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Coordinador. *El Divorcio en la Legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: 2013. Editorial Gaceta Jurídica. pp. 544

1.2. Noción de divorcio

Es importante remarcar que algunas de las definiciones de divorcio recogidas en las próximas líneas refieren a un proceso de divorcio jurisdiccional a pesar que en nuestro país desde hace algunos años dicha competencia ya no es única del poder judicial.

El divorcio es denominado en la doctrina y en la legislación comparada como divorcio vincular, divorcio *ad vinculum*, divorcio absoluto, divorcio pleno, divorcio perfecto.²

Es precisamente Omar Barbero quien define al divorcio con varias denominaciones: “si se admite que los cónyuges pueden contraer válidamente un nuevo matrimonio, descartándose toda posibilidad de reanudación de la vida común (reconciliación) el divorcio será absoluto, vincular, ad vinculum. Es un caso de disolución del vínculo matrimonial, equiparable al fallecimiento de uno de los consortes³”.

Bossert y Zannoni señalan que denominan divorcio vincular “(...) a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. El divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges, sin perjuicio de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada...⁴”.

Suárez Franco afirma que “por el divorcio vincular se rompe el vínculo matrimonial, se extinguen las obligaciones de cohabitación, fidelidad y ayuda mutua, quedando en libertad los divorciados para celebrar un nuevo matrimonio válido⁵”.

Castillo Freyre y Torres Maldonado señalan que “el divorcio es una creación del derecho surgido por el cuestionamiento enraizado de que solo la muerte disuelve el vínculo matrimonial resultando antagónico en el sentido que el matrimonio, al surgir de la voluntad debería terminar de la misma forma, es decir deliberadamente⁶”.

Los autores antes mencionados definen al divorcio como “la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el

² HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, p.233.

³ Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Ibidem*, p.233.

⁴ BOSSERT, Gustavo A; ZANNONI Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 5^{ta} Edición. Argentina: Editorial Astrea, 1998.323p.

⁵ SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I Régimen de las Personas. 9^{na} Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2006.181p.

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario; TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “*El Divorcio como disolución del vínculo matrimonial. La génesis de una realidad*”. En: *El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia. Causales Proceso y garantía*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2013, p. 13.

ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges⁷”.

En esa línea de pensamiento, Colin y Capitant señalan que “el divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley⁸”.

Por su parte, Díez-Picazo y Gullón afirman que “el divorcio es siempre una decisión del Estado, adoptada a través de los órganos jurisdiccionales, previo ejercicio de una acción y tras un proceso contradictorio. No existe un derecho individual y libre de la persona a la recuperación de su libertad. Una institución de este tipo, que sería semejante a los repudios⁹ (...)”; remarcando que no es posible un divorcio unilateral sino que es necesario apoyarse en una causa legítima tipificada. Para estos autores es importante probar las causales legítimas tipificadas.

Puig Peña considera que “cuando se habla de divorcio se hace referencia al pleno, al definitivo y “que consiste en aquella institución por cuya virtud se rompe o disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas, o contra las que no se ha promovido impugnación, dejando a los esposos en libertad de contraer nuevo consorcio...¹⁰”.

Describe además unas notas fundamentales del divorcio:

“1.^a Es una institución jurídica comprensiva de una serie de relaciones que se abren en el Derecho a virtud de un pronunciamiento judicial. No hay divorcio sin que se declare tal por las autoridades del Estado.

2.^a Este recurso rompe unas nupcias legal y válidamente contraídas. En esto se diferencia el divorcio de la nulidad del matrimonio, que supone un estado de derecho viciosamente establecido. En el divorcio, el matrimonio no adolece de ningún vicio; se ha celebrado con todo los requisitos de forma y fondo que las leyes exigen, y es después de su vida plenamente jurídica cuando las partes provocan la ruptura de este vínculo perfectamente establecido.

⁷ *Ibídem*, p. 13.

⁸ Citado por CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei en *El Divorcio en la Legislación*, ... p. 13

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. 2^a Edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1982. 153p.

¹⁰ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.pp. 505-506.

3. ^a El vínculo de referencia queda deshecho mediante el mismo, de tal forma que los cónyuges quedan en libertad de pasar a contraer nuevo matrimonio. En esto se diferencia de la simple separación personal, ya que en ésta sólo desaparecen algunas obligaciones particulares, como la de cohabitación; pero el vínculo queda en pie, conservándose en su consecuencia el deber de fidelidad y no pudiendo los cónyuges pasar a nuevas nupcias¹¹”.

1.3. El divorcio en el Perú

La jurisprudencia en nuestro país ha señalado que “el divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguno de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial¹².”

Como se ha indicado previamente, en nuestro país, desde hace algunos años, el proceso de divorcio dejó de ser competencia exclusiva del Poder Judicial debido a que con la dación de la Ley N° 29227¹³ se reguló el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, que permitió el divorcio para los cónyuges que, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, decidiesen poner fin a dicha unión.

La Constitución Política del Perú establece la competencia exclusiva de la ley civil para regular la forma y las causas de separación y de disolución del matrimonio (art. 4). El divorcio en el Perú está regulado, en su parte sustantiva, en el Código Civil, Libro III, Derecho de Familia, Sección Segunda, Sociedad Conyugal, Título IV, decaimiento y disolución del vínculo. En el capítulo primero se regula la separación de cuerpos (arts. 332 al 347); y en el capítulo segundo se regula el divorcio vincular (arts. 348 al 360).

En su parte adjetiva el divorcio está normado en dos procesos: el de Separación de Cuerpos o Divorcio por Causal, contemplado en el Código Procesal Civil, sección quinta, Título I proceso de conocimiento, capítulo II, subcapítulo 1 (arts.480 al 485); y el de Separación Convencional y Divorcio Ulterior, sección quinta, título III, proceso sumarísimo, capítulo II, subcapítulo 2 (arts. 573 al580)¹⁴.

¹¹ *Ibidem*, p.506.

¹² Casación N° 2239-2001-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 31 de enero de 2003. De la misma manera, se ha indicado “Que, por la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley pueden acudir al órgano jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial civil existente entre ellos, conforme es de entenderse del artículo 384 del Código Civil, concordado con los artículos 349,333 y 354 de ese mismo texto normativo”. Casación N° 1358-05-lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Peruano, 30 de octubre de 2006.

¹³ Vigente desde el 16 de mayo de 2008

¹⁴ GÓMEZ RAMOS, Eniht Melisa. *Los modelos legislativos del divorcio sanción vs. divorcio remedio según el ordenamiento peruano*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Pimentel, Diciembre 2015.

El tema de la presente tesis está abocado al divorcio por causal y su análisis abarca predominantemente el ámbito procesal, advirtiendo que las causales contenidas en el artículo 333° del Código Civil resultan útiles para entablar tanto un proceso de separación personal como un proceso de divorcio.

1.4. El divorcio sanción y el divorcio remedio en nuestro Código Civil

En las próximas líneas se hará referencia al divorcio entendiendo por tal a aquél que rompe el vínculo matrimonial y que como he mencionado recibe múltiples denominaciones (divorcio vincular, divorcio *ad vinculum*, divorcio absoluto, divorcio pleno, divorcio perfecto, entre otros).

Afirma Álex Plácido que “existe una tendencia que señala que el divorcio, al igual que la separación personal, sólo puede ser decretado judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso circunscritas a causas taxativas enumeradas por ley¹⁵. El mismo autor remarca, que “la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc.¹⁶”. A dicha tendencia se le conoce como **divorcio sanción**.

La otra tendencia, el **divorcio remedio**, “se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio aun sin alegar hechos imputables a uno o ambos cónyuges, no obstante el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable¹⁷”.

Ripert y Boulanger enseñan que: “...Entre las legislaciones que (...) no admiten el divorcio sino por causas determinadas debe hacerse una distinción:

1° Hay algunas que ven en el divorcio un medio de liberar a uno de los esposos del vínculo conyugal, cuando ya no puede alcanzarse el fin del matrimonio, aunque no hubiese ninguna falta de parte del otro cónyuge. Es el concepto del llamado divorcio remedio (...).

2° Las demás legislaciones, por el contrario, consideran el divorcio como la sanción de una falta cometida por un cónyuge contra el otro, de modo que los hechos que no constituyen faltas no son causa de divorcio y deben ser soportadas por el otro cónyuge, por más enojosos

¹⁵ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2008. p.14.

¹⁶ *Ibíd*em, p. 14.

¹⁷ *Ibíd*em, p. 14.

que sean para él, como riesgos inseparables de la existencia humana. Es el concepto de divorcio- sanción...¹⁸”.

Para Álex Plácido la concepción del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges, que se traduce en la frustración de la finalidad del matrimonio, por lo que el otro cuenta con interés legítimo para demandar. El mismo autor considera que el divorcio remedio se sustenta en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar¹⁹.

La doctrina y jurisprudencia nacional mayoritariamente consideran que los incisos 1 al 11 del artículo 333° de nuestro Código Civil pertenecen a la tendencia de lo que se denomina divorcio sanción (causales inculporias o subjetivas); y los incisos 12 y 13 pertenecen a la tendencia del divorcio remedio (causales no inculporias u objetivas)²⁰.

“Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador²¹”.

Sobre este punto, Alex Plácido agrega que “el sistema de derecho peruano de separación personal y divorcio vincular es un sistema complejo en cuanto contempla causales subjetivas o inculporias propias del sistema del divorcio –sanción (artículo 333° incisos 1al 11, del Código Civil), con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculporación recíproca reconvenacional; y contempla también causales no inculporias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges , del sistema del divorcio-remedio (artículo 333° incisos 12 al 13, del Código Civil), con la

¹⁸ RIPERT; y BOULANGER, 1963, Tomo II, Volumen I :347-348. Citados por Hinojosa Mínguez, Alberto en *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorci (...)* op cit. p. 246.

¹⁹ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. *Las causales de divorcio ... Op. Cit.* p.14.

²⁰ El Dr. Manuel Miranda Canales afirma que “El Código Civil adopta la posición del divorcio sanción a tenor de los incisos 1 al 7 y del inc. 10 del art. 333; sin embargo, a partir de la Ley 27455, vigente desde el 8 de julio de 2001, incs. 8,9,11 y 12, estamos en la posición de divorcio remedio”. Cabe precisar que la Ley a la que hace mención el autor es la Ley N° 27495 y no la que equivocadamente por error de digitación señala Ley N° 27455. Véase MIRANDA CANALES, Manuel. *Nuevas causales de la separación de cuerpos.* p. 103. En, Abogados. Directorio Jurídico del Perú N°7.

²¹ Casación N°4664-2010-Puno. Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. p. 29.

consecuencia de que cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro, evidenciándose también en los efectos patrimoniales y personales, cuando se extienden los del divorcio-sanción a quienes acuden a las causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo del sistema de divorcio-remedio”²².

Señala la Casación N° 4664-2010-Puno – sentencia dictada por el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – que los incisos 12 y 13 del citado artículo 333° se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación en los que se evidencia el fracaso del vínculo matrimonial: “Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley”²³.

El Código Civil de 1984, a través de las reformas introducidas por las Leyes N° 27495, N° 28384 y N° 29227, adopta un sistema mixto y complejo en el que pueden darse diversas vías para obtener el divorcio vincular (también la separación personal). Álex Plácido señala las siguientes vías²⁴:

- a) admite el mutuo consentimiento (separación convencional) únicamente para invocar la separación de cuerpos que puede convertirse posteriormente en divorcio vincular;
- b) contempla causas de inculpación que pueden alegarse para demandar la separación de cuerpos así como el divorcio vincular, con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivo, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconvenzional;
- c) admite conjuntamente causas no inculpatorias (separación de hecho y separación convencional) con la consecuencia de que cualquiera de los cónyuges se encuentra legitimado para demandar al otro;
- d) permite el divorcio ulterior cuando la separación de cuerpos es declarada por cualquier causa.

²² PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. *Las causales de divorcio ... Op. Cit.* p.19

²³ Casación N°4664-2010-Puno. Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. P. 30.

²⁴ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. *Las causales de divorcio ... Op. Cit.* p.19.

1.5. Causales de divorcio en el Perú

Los motivos o causas por las cuales un juzgado puede otorgar un divorcio, se denominan comúnmente las *causales* para el divorcio que “no son más que presupuestos de hecho, cuya verificación el ordenamiento jurídico vinculará con un determinado efecto jurídico, esto es el cese del matrimonio”²⁵.

Para Álex Plácido “los hechos constitutivos de la causa determinante de la separación personal o del divorcio vincular son acciones u omisiones cometidas por uno o ambos cónyuges que revelan el incumplimiento de los deberes conyugales o la violación de ellos y, en consecuencia, configuran la causa de separación personal o de divorcio vincular”.

Dicho autor resalta que “las causas de separación personal o de divorcio vincular son supuestos de hecho que, en definitiva, implican una grave violación de los deberes del matrimonio”²⁶.

Lagomarsino y Uriarte acerca de los caracteres de las causales de divorcio, afirman que “participan estas causales (de divorcio) de similares caracteres que las de separación personal. En consecuencia, dichas causales son: a) taxativas; b) graves; c) imputables; d) invocables por el cónyuge ofendido; e) no se excluyen entre sí; f) requieren su acreditación probatoria, y g) se refieren a hechos posteriores al matrimonio.”²⁷

Por su parte, Belluscio²⁸ sobre los caracteres de las causas de divorcio afirma lo siguiente: “...Las causas de divorcio (...) son hechos que, en definitiva, implican una grave violación de los deberes derivados del matrimonio (...)”.

Los hechos que pueden dar causa al divorcio tienen los siguientes requisitos comunes:

- a) Gravedad. Deben ser de tal gravedad que hagan imposible moral o materialmente la vida en común de los esposos. En otras palabras, deben crear entre los cónyuges una situación imposible de ser sobrellevada con dignidad, atentando contra la convivencia conyugal de modo tal que excedan el margen de la tolerancia humana. De no ser así, no se justificaría una solución de importancia tal como el divorcio.
- b) Imputabilidad. También es elemento común a todas las causales la imputabilidad, pues suponen una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen. Sólo pueden justificar el divorcio si traducen de parte de su autor un comportamiento consciente y

²⁵ CASTILLO FREYRE, Mario; TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “El Divorcio como disolución del vínculo matrimonial. La génesis de una realidad”. En: *El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia. Causales Proceso y garantía*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2013, p. 17.

²⁶ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. *Las causales de divorcio ... Op. Cit.* p.20.

²⁷ LAGOMARSINO; Y URIARTE. Citados por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, p.242.

²⁸ Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, p.243

responsable. Por consiguiente, si uno de los cónyuges comete actos que constituyen causales de divorcio en estado de enajenación mental u otro estado de consciencia equiparable, el otro no puede invocarlos para demandar el divorcio. Lo mismo ocurre si fueron ejecutados bajo el imperio de una coacción irresistible; pero no si la irresponsabilidad resulta de hechos imputables al acusado, como en caso de embriaguez alcohólica o intoxicación con estupefacientes voluntarias.

- c) Invocabilidad. Los hechos que dan lugar al divorcio pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió.
- d) Posterioridad al matrimonio. Los hechos invocables como causales de divorcio deben ser posteriores al matrimonio, sin perjuicio de que los anteriores puedan ser tenidos en cuenta como antecedentes, o cuando se trata de actos de inconducta ocultados o revelados después del matrimonio en condiciones afrentosas para el cónyuge.

De otra manera, los hechos anteriores, o bien configuran causales de nulidad de matrimonio, o bien son irrelevantes²⁹.

Castillo Freyre y Torres Maldonado³⁰ sostienen las mismas apreciaciones respecto a las características de las causas del divorcio al afirmar que las causas del divorcio son posteriores a la celebración del matrimonio y siempre han estado específicamente determinadas, remarcando que por ello se le denomina divorcio causal o necesario. Añaden, refiriéndose a las causales de divorcio, que “estos presupuestos normativos se rigen por los principios de taxatividad, gravedad, invocabilidad, no exclusión entre sí, acreditación probatoria y referencia a hechos posteriores al matrimonio y el de una absorción de una causal por otra³¹”.

En nuestro país, el proceso de conocimiento de divorcio puede promoverse en base a las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del artículo 333° del Código Civil (concordado con el art. 480° primer párrafo del Código Procesal Civil y el art. 349° del Código Civil):

- 1.- El adulterio (333° inc.1 y 349° del C.C).
- 2.- La violencia física o psicológica (333° inc.2 y 349° del C.C).

²⁹Cfr. BELLUSCIO, 1081, Tomo I: 396-397. Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, p.243

³⁰CASTILLO FREYRE, Mario; TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “El Divorcio como disolución del vínculo matrimonial. La génesis de una realidad”. En: *El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia. Causales Proceso y garantía*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2013, p. 18.

³¹ “Las causales de divorcio son autónomas al estar reguladas taxativamente en la Ley Civil; por lo tanto los mismo hechos no pueden sustentar dos o más causales, que al respecto, si bien, la imposibilidad de hacer vida en común es comprendida como una causal inculpativa genérica, esta incorpora supuestos distintos a los incursos en las otras causales específicas de divorcio”. Casación N° 212-2006-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. El Peruano, 31 de julio de 2006.

- 3.- El atentado contra la vida del cónyuge (333° inc.3 y 349° del C.C).
- 4.- La injuria grave (333° inc.4, 337° y 349° del C.C).
- 5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo (333° inc.5 y 349° del C.C).
- 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (333° inc.6 y 349° del C.C).
- 7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía (333° inc.7 y 349° del C.C).
- 8.- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio (333° inc.8 y 349° del C.C).
- 9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio (333° inc.9 y 349° del C.C).
- 10.- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio (333° inc.10 y 349° del C.C).
- 11.- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (333° inc.11 y 349° del C.C).
- 12.- La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, siendo el plazo de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, debiéndose destacar que en tales casos no será de aplicación lo dispuesto en el 335° del Código Civil, según el cual ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio (333° inc.12 y 349° del C.C).

Por su parte, el proceso de separación convencional y divorcio ulterior al que se refiere el inciso 13 del art. 333° del código sustantivo³², se tramita en la vía del proceso sumarísimo (art.573° del Código Procesal Civil) en consideración a la naturaleza de la Litis y al consentimiento de ambos cónyuges.

En el acápite siguiente haremos una referencia más detallada a la causal de separación de hecho, por ser esta la que origina la acumulación de la pretensión de indemnización por daños, que es la materia de la presente investigación.

³²“ Art. 333° Código Civil.- Causales:
Son causas de separación de cuerpos:
(...)

13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”. Texto modificado según el Art. 2° de la Ley N° 27595 del 07/07/2001. Es una causal de separación de cuerpos previa al divorcio.

1.6. La causal de separación de hecho

Diez-Picazo y Gullón aseveran que se denomina separación “a aquella situación del matrimonio, en la que subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones, obedeciendo la terminología al hecho de que determina un alejamiento o distanciamiento personal”³³.

Para Alex Plácido la separación de hecho consiste en “el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos”³⁴.

Alterini agrega que la separación de hecho “obedece, simplemente, a la voluntad de los cónyuges, y deriva del hecho material de no continuar la convivencia. La separación de hecho (...) no produce efectos jurídicos desde que subsiste el status matrimonial”³⁵.

Existe consenso doctrinal respecto a que para que se configure la causal de separación de hecho, se requiere de tres elementos:

i) El elemento material u objetivo, está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones – básicamente económicas – los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales³⁶.

ii) El elemento subjetivo o psíquico; se presenta cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges – sea de ambos o de uno de ellos – para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando esta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible de eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el

³³ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. Madrid. 1983

³⁴ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *El divorcio*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2001. p.207.

³⁵ ALTERINI ATILIO, Aníbal. “*Derecho Privado*”. Abeledo-Perrot, 2ªed. (reimpresión), Buenos Aires. 1981. p.587

³⁶ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Tomo 2, pp.117 – 118.

consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, reconfigurará la causal de separación de hecho³⁷.

iii) El elemento temporal, está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges. En nuestro ordenamiento, se requieren dos años si no existen hijos menores de edad y cuatro años si los hubiere.

Como se adelantó, mediante la Ley N° 27495, vigente desde el 08 de julio del 2001, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la causal de divorcio por separación de hecho, la misma que depende de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial, incorporándose de esta forma la doctrina del divorcio remedio a nuestro sistema normativo.

Asimismo, la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495 señala que “para efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”

1.7. Características y consecuencias de la acción de divorcio en el ordenamiento jurídico peruano

El Divorcio en el Perú se encuentra regulado en el Capítulo Segundo (divorcio) del Título IV (decaimiento y disolución del vínculo) de la Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro III (Derecho de Familia) del Código Civil, en los artículos 348° al 360°.

Según Flores Macal³⁸, la acción de divorcio posee las siguientes características:

- “a) Es personalísima (...). Ni los herederos, ascendientes ni descendientes ni el Ministerio Público pueden entablarlo;
- b) Es acción irrenunciable, sus normas son de orden público (...).
- c) Es acción imprescriptible (...).
- d) Procesalmente, es una acción constitutiva porque la sentencia a que da lugar tiene por objeto destruir un estado civil para crear otro con sus efectos accesorios.”.

Las consecuencias o efectos jurídicos del divorcio, tal como lo considera Alex Plácido³⁹, pueden ser analizadas en relación a los cónyuges así como respecto a los hijos.

³⁷ Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil, p. 27.

³⁸ Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, p.243

³⁹ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Gaceta Jurídica, 2008, p.59-60. En el capítulo IV titulado: Los efectos de la separación personal y del divorcio vincular.

En relación a los cónyuges tenemos:

- a) Disolución del matrimonio (art. 348° del C.C)
- b) Cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades⁴⁰, cesando automáticamente si el excónyuge alimentista contrae nuevo matrimonio (art. 350° del C.C).
- c) Determina la pérdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del cónyuge inocente (art. 352° del C.C).
- d) Fenece la sociedad de gananciales (art. 318° 3 del C.C).
- e) Fenece el régimen de separación de patrimonios (art. 318° inc. 3 y art. 331° del C.C).
- f) Se extingue la vocación hereditaria entre ellos (art. 353° del C.C).
- g) Cesa el derecho de la mujer de llevar el apellido del marido agregado al suyo. (art. 24° del C.C).
- h) Posibilita indemnización para el cónyuge inocente por el daño moral (art. 351° del C.C).
- i) Cesan los derechos y deberes que el matrimonio impone.
- j) Los cónyuges divorciados pueden contraer nuevo matrimonio. (art. 348° del C.C).

En relación a los hijos:

- a) Regulación del régimen de patria potestad y de los alimentos.
- b) Tratándose de un divorcio convencional el juez fija la patria potestad y los alimentos de acuerdo al convenio regulador propuesto por los cónyuges siempre que convenga al interés familiar y resulte acorde con el orden público familiar.
- c) Tratándose de un divorcio por voluntad unilateral, la tenencia de los hijos se otorga al cónyuge inocente aunque el juez puede disponer lo contrario o entregárselo a un tercero. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones de 7 años quedan a cargo del padre y todos los demás al cuidado de la madre pudiendo el juez disponer otra solución. El régimen alimentario para los hijos será de cargo de los cónyuges según sus posibilidades económicas.

Estos criterios deben ser tomados en cuenta por el Juez al momento de decidir en base al interés superior del niño si los hubiera.

⁴⁰ CAS. 1673-96-LIMA, 30/04/1998.

Capítulo 2

La acumulación en los procesos judiciales

2.1. Derecho de acción, pretensión y demanda judicial

2.1.1 El derecho de Acción.

Es importante acotar que el vocablo acción tiene múltiples acepciones en el campo del derecho, muy distintas al sentido que, actualmente, se le da a la palabra acción en el ámbito procesal. Del mismo modo, incluso dentro del espacio estrictamente procesal el concepto de acción ha sufrido variaciones a lo largo de su desenvolvimiento doctrinario.

Así tenemos que en un primer momento, que podríamos situarlo en el derecho romano clásico, la acción era entendida como un “*ius persecuendi in iudicio*”, equivalente a una potestad jurídica de requerir al tribunal la satisfacción de un crédito o la entrega de una cosa. Conforme a esta concepción sólo se admitió la acción, no así los derechos sustanciales que la sustentan.

En un segundo momento, se involucra ya el derecho a la acción, por lo que la acción es realmente para sus defensores, el propio derecho en movimiento.

En un tercer momento, que es el actual, la acción se desprende del derecho material y se transforma en un poder jurídico autónomo, en el que la acción como instituto procesal entra en el sistema del derecho con un significado propio e inconfundible con las otras acepciones⁴¹”.

Juan Monroy Gálvez⁴² señala que la definición de acción extraída de los Digestos de Celso como: “(...) el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe (*Actio autem nihil aliud est, quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur*)” la identifica con el derecho material que se discute, de tal suerte que quien tenía acción tenía derecho y, a su vez, quien tenía derecho tenía acción, pero no guarda mayor relación con el concepto de acción vigente en el proceso contemporáneo, a pesar que “el Código Civil peruano, por ejemplo, utiliza de manera reiterada el término acción como sinónimo de derecho material que se discute en el proceso. También es común que en el ejercicio profesional actual se suelen incorporar cláusulas contractuales en las que se expresa que se transmiten los derechos y acciones, sin

⁴¹ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen I. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001, p.67. Para este autor, la corriente moderna concibe la acción como un derecho abstracto a la tutela jurídica por el Estado; concordando con los autores que afirman la independencia de la acción como instituto procesal del derecho material, de cuya diferenciación deriva la autonomía misma del Derecho procesal como disciplina jurídica.

⁴² MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil. Tomo I*, Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1996, p.253.

advertir que, desde una perspectiva contemporánea y científica, el derecho de acción es inalienable, intransmisible, irrenunciable, esto es, indisponible⁴³”.

En nuestro país, el artículo 2° del Código Procesal Civil recoge el ejercicio y alcance del derecho de acción:

“Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa, o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción”.

Carrión Lugo afirma que en el artículo citado precedentemente se define la acción procesal civil como un medio de poner en movimiento al órgano jurisdiccional, en este caso en materia civil, para hacer valer una pretensión procesal con la expectativa de que será protegida por el órgano indicado: “Esto significa que toda acción se plantea para hacer valer una pretensión procesal, que a su vez se sustenta en un derecho material. No es posible plantear una acción por plantear, si no es para hacer valer una pretensión procesal, por más que ésta, en la decisión final sea desestimada⁴⁴”.

En sentido más amplio, Monroy Gálvez sostiene que el derecho de acción no tiene una naturaleza puramente procesal aunque sea su expresión concreta sino constitucional en tanto se trata de un derecho muy vinculado al ser de un sujeto de derechos que forma parte del elenco de derechos que son configurativos de los derechos humanos básicos⁴⁵.

Agrega que “(...) el derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto – en cuanto es expresión esencial de este – que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto. Como afirma FIX-ZAMUDIO, al derecho

⁴³ *Idem* p. 255. El autor en mención cita algunos ejemplos del uso reiterado en el Código Civil peruano del término acción como sinónimo de derecho material que se discute en el proceso. Así tenemos:

Art. 373.- El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.

Art. 1892.- El fiador no tiene acción contra el deudor si, por haber omitido comunicarle el pago efectuado, este ha cancelado igualmente la deuda.

⁴⁴ CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen I. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001, p.66.

⁴⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil. Tomo I, Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 249.*

de acción debe concebirse (...) como un derecho humano a la justicia⁴⁶”; añadiendo como rasgos característicos que es un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo.

De la misma opinión es Hinostroza Mínguez quien se inclina “por la naturaleza constitucional de la acción, constituyendo su esencia el derecho de petición, no obstante que a éste pareciera darle nuestra Carta Magna de 1993, en el artículo 2-inciso 20)⁴⁷ -, una connotación estrictamente administrativa”⁴⁸. Para dicho autor el rango constitucional del derecho de acción se consagra al estar consignado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y elevada en el Perú a la categoría de Pacto Colectivo el 16 de diciembre de 1966 que señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

El mismo autor considera la acción como “un derecho autónomo y abstracto tendiente a la obtención de protección jurídica efectiva, canalizado por el Estado a través del órgano especializado respectivo (jurisdiccional) a raíz de su materialización con la presentación de la demanda (o solicitud), instrumento procesal que pone en marcha el aparato judicial⁴⁹”.

El derecho de acción está reconocido en nuestra Constitución a través del derecho genérico fundamental de tutela jurisdiccional efectiva en el artículo 139° inc.3⁵⁰. Es preciso

⁴⁶ *Ibidem*, p. 271. En dicha definición cita a Héctor FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Madrid (España) en el año 1985, pág.13.

⁴⁷ Constitución Política del Perú

Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

20.- Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional solo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.

⁴⁸ HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, 2004, p.56.

⁴⁹ HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, 2004, p.56.

⁵⁰ Constitución Política del Perú

Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[]

3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

recordar que este derecho de tutela jurisdiccional efectiva comprende tres derechos específicos fundamentales: de acción, de contradicción y de debido proceso⁵¹.

La doctrina procesal, tal como señala Carrión Lugo, ha establecido definitivamente que la acción, en el ámbito procesal, es el poder jurídico que tiene el individuo para dirigirse a los órganos jurisdiccionales para requerir su intervención a fin de que la persona a quien debe emplazarse cumpla con la prestación a la que está obligada o asegurarle el pleno goce de su derecho violado o para solicitar la definición de una incertidumbre jurídica⁵².

Carrión Lugo concuerda con Monroy Gálvez e Hinostroza Mínguez al concebir la acción como un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, propio de todo sujeto de derecho que tiene por finalidad requerir la tutela jurisdiccional del Estado a través de sus órganos respectivos.

Es público porque el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado; es subjetivo porque se encuentra permanentemente presente en todo sujeto de derechos por la sola razón de serlo, con absoluta irrelevancia de si está en condiciones de hacerlo efectivo; es abstracto porque no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse (derecho continente), se realiza como demanda de justicia con absoluta prescindencia de si este derecho tiene existencia; es autónomo porque tiene requisitos, presupuestos, teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica, normas reguladoras de su ejercicio, etc.⁵³

2.1.2 La pretensión procesal.

Varios autores, entre ellos Carlos Matheus López, señalan que el concepto de pretensión comúnmente es confundido con el de acción y con el de demanda⁵⁴, razón por la cual se brindará en las próximas líneas algunas precisiones terminológicas.

Sin embargo, como bien observa Carlos Ramírez Arcila, en realidad el concepto de pretensión no ofrece las dificultades que se han formulado: “En la mayoría de veces el problema consiste en la falta de precisión y coherencia en el manejo de los vocablos. La imprecisión, a su vez, se deriva de la inseguridad que suele presentarse en la evaluación de las diferentes tesis, para cuyo tratamiento correcto requiere un profundo estudio de sus fuentes

⁵¹ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*. Tomo I. 2ª. Edición, Editorial Rodhas, 1999, p.191.

⁵² CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen I*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001, p.66

⁵³ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil. Tomo I*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 271-272.

⁵⁴ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal*, p.54. Con similar parecer GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp.217-216; en igual sentido ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Giuffrè-Editore, Varese, 1947, p.56.

...Otros hablan de pretensión como equivalente a la demanda, algunos como sinónimo de derecho, y no falta quienes llegan a incluir el proceso en todas esas confusiones...”⁵⁵

La acción, que ya ha sido desarrollado en el acápite anterior, es el poder jurídico de naturaleza pública atribuido a los justiciables para solicitar tutela jurisdiccional, “siendo claro que su contenido se agota en esta posibilidad de pedir dicha tutela a efectos que el órgano judicial ponga en movimiento su actividad⁵⁶”.

Matheus López define a la demanda judicial como “el acto procedimental de eventual inicio del proceso, por el cual fácticamente se hace efectivo el poder de acción, constituyendo adicionalmente vehículo de la pretensión o pretensiones interpuestas ante el órgano jurisdiccional”⁵⁷.

Al ser abstracto, el derecho de acción carece de existencia material: es solo un impulso de exigir tutela jurisdiccional al Estado. Sin embargo, es cierto también que realizamos tal actividad cuando tenemos una exigencia material y concreta respecto de otra persona o de otro sujeto de derechos, es decir, cuando tenemos un interés con relevancia jurídica respecto de un bien tutelado, que es resistido por otro.

El acto de exigir algo relevante jurídicamente a otro, antes del inicio de un proceso se denomina pretensión material. Sin embargo, cuando la pretensión material no es satisfecha y el titular de esta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho ocurra, entonces sólo queda el camino de la jurisdicción. Esto significa, según Monroy Gálvez, que el titular de una pretensión material utilizando su derecho de acción puede convertirla en pretensión procesal la que no es otra cosa que “la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derecho exige algo a otro a través del Estado, concretamente utilizando sus órganos especializados en la solución de conflictos, llamados también jurisdiccionales⁵⁸”.

Añade Monroy Gálvez que la pretensión procesal difiere sustancialmente de la material en el sentido que el titular de una pretensión material goza de una amplia libertad en el ejercicio de su exigencia a diferencia del titular de una pretensión procesal – un demandante – dado que este debe regular su conducta a lo que las normas procesales prescriben. Sin embargo, remarca el reconocido procesalista que la definitividad (autoridad de

⁵⁵ RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *La Pretensión Procesal: Convergencias con la acción y la demanda*. Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A, 1986, p.4.

⁵⁶MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal*, p.54. Dicho autor señala que en esa definición se observa claramente la adecuada correlación entre el poder concedido al justiciable (acción) el cual dirige frente a la potestad del órgano (jurisdicción).

⁵⁷ Idem

⁵⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. op cit.,p.273.

cosa juzgada) y la coercitividad propias de la jurisdicción, le otorgan a la pretensión procesal prerrogativas de los cuales la exigencia privada carece⁵⁹.

Explica Ticona Postigo que la pretensión material al ser insertada en la demanda, se convierte en pretensión procesal, por cuanto la exigencia de subordinación del interés ajeno al interés propio deja de ser un acto personal y directo para convertirse en un acto más complejo, en donde interviene además el órgano jurisdiccional: “La exigencia de subordinación indicada ya no se hace directamente sino por intermedio del juez. Al estar contenida la pretensión en la demanda, cuando ésta es admitida a trámite (dando inicio al proceso) entonces la pretensión se convierte en procesal⁶⁰”.

La pretensión procesal es el pedido concreto y específico realizado por un justiciable⁶¹ de un determinado pronunciamiento jurisdiccional dirigido a la satisfacción de tal solicitud⁶². Para Matheus López el hecho de hablar de justiciable, nos lleva a determinar el primer ámbito de demarcación de nuestro concepto, y que viene dado por las partes del proceso, esto es, por la determinación de la respectiva posición de actor y demandado⁶³.

Para Eduardo Couture la pretensión es la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que lo invoca y pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica⁶⁴.

Carrión Lugo señala que la pretensión procesal no es la acción: “La acción es el poder jurídico que tienen las personas para hacer valer la pretensión procesal⁶⁵”. Recurre este autor al aforismo jurídico “no hay derecho sin acción, ni acción sin derecho”, porque un derecho que careciera de protección jurídica no sería derecho, y una acción sin derecho, cuyo amparo

⁵⁹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. op. cit., p.273. Cabe resaltar que en el tercer párrafo del artículo 1302° del vigente Código Civil peruano se establece que “la transacción tiene valor de cosa juzgada”; según dicha norma legal la transacción sea judicial o extrajudicial es irrevisable, inmutable y ejecutable. Por su parte, la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley N° 26872) en su artículo 18° señala que “el acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución”.

⁶⁰ TICONA POSTIGO, Víctor. op. cit., p.196.

⁶¹ Se entiende por justiciables a todos los sujetos jurídicos en cuanto puedan entrar en relación con la jurisdicción o administración de justicia o en cuanto de modo actual, sean participantes principales de un proceso. DE LA OLIVA, Andrés; y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Derecho Procesal Civil, Volumen I, 4ª Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, pp.171-172. Citado por MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal*, p.55.

⁶² En una definición que ha tenido mucha fortuna en la doctrina, Carnelutti concibe a la pretensión en términos generales como la “exigencia de subordinación de un interés ajeno a un interés propio”, toda vez que el conflicto de intereses se convierte en litigio cuando una de las partes *pretende* mientras que la otra *resiste* a la pretensión. Citado por TICONA POSTIGO, Víctor, op. cit., p.194.

⁶³ A este primer ámbito de demarcación del concepto de pretensión procesal Matheus López la denomina límites subjetivos. Para una mayor comprensión del concepto de parte, ver MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *El Litisconsorcio necesario*, ARA Editores, Lima, 1999, pp.27-34. Citado por MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal*, p.56.

⁶⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3ª Edición póstuma. Depalma, Buenos Aires, 1973, p.72. Citado por CARRIÓN LUGO, Jorge en Op.Cit p.68.

⁶⁵ CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo I. Lima, Grijley: 2001, p. 68.

se aspira, no tendría significación alguna, aun cuando al final del proceso se deniegue la tutela de la pretensión procesal.

La acción es un derecho público subjetivo, mediante la cual requerimos la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de un derecho también subjetivo, derecho éste que, hecho valer mediante la acción, constituye lo que llamamos pretensión procesal. Acción y jurisdicción son conceptos que se corresponden, pues la acción es el derecho a la jurisdicción. La pretensión procesal que se hace valer con la acción puede o no prosperar, dependiendo de ella esté o no amparada por una norma sustancial y que se pruebe sus fundamentos de hecho. Así se desampare la pretensión, la acción se habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá puesto en movimiento. La acción tiende a la protección del derecho subjetivo mediante la aplicación del derecho objetivo⁶⁶.

Ticona Postigo remarca que “la pretensión, obviamente, no es el derecho sustantivo que se invoca en la demanda, es una declaración de voluntad, una exigencia, es un acto y no un poder⁶⁷.”

Resaltamos, al igual que Carrión Lugo, que el ejercicio de la acción procesal, por el simple ejercicio no es admisible. El ejercicio de la acción es admisible para hacer valer algún derecho subjetivo, tutelado por el derecho objetivo, caso en el cual estamos frente a una pretensión procesal. La acción procesal, como derecho a la jurisdicción, está dirigida contra el Estado, en tanto que la pretensión procesal, como derecho subjetivo material, está dirigida contra el demandado⁶⁸.

Por lo expuesto hasta el momento, resulta interesante recoger las conclusiones señaladas por Víctor Ticona Postigo⁶⁹ referidas a la pretensión:

- a) La pretensión para su configuración no supone en modo alguno la existencia del derecho sustantivo.
- b) La pretensión tiene existencia propia, al margen de que exista o no realmente el derecho sustantivo invocado en la demanda.
- c) El derecho es un poder, algo que uno tiene en su esfera jurídica; la pretensión es un querer o una declaración de voluntad.
- d) La pretensión puede ser fundada o infundada pero siempre es pretensión.

⁶⁶ CARRIÓN LUGO, Jorge. *op. cit.*, p. 68-69.

⁶⁷ TICONA POSTIGO, Víctor. *op. cit.*, p. 194. Agrega dicho autor que suscribe la doctrina de Carnelutti, en el sentido de que la pretensión, como acto, como exigencia, como declaración de voluntad, no solamente no es un derecho sino que ni siquiera lo supone; la pretensión puede formularse tanto por quien sea verdadero titular del derecho sustantivo, como por quien simplemente afirme ser titular aunque al final nunca lo pruebe.

⁶⁸ Cfr. CARRIÓN LUGO, Jorge. *op. cit.*, p. 69-70.

⁶⁹ Cfr. Ticona Postigo, Víctor. *op. cit.*, p. 195.

- e) Cuando la pretensión es fundada ésta se halla acompañada por un derecho sustantivo, y cuando es infundada no se halla acompañada por tal derecho.
- f) Como fenómeno inverso a la pretensión infundada (pretensión sin derecho, no se prueban los hechos que sustentan la pretensión) existe el derecho inerte (derecho sustantivo sin pretensión, porque no se hace valer).

La pretensión procesal se sustenta en el derecho subjetivo de un sujeto, cuya tutela jurídica solicita mediante la acción al órgano jurisdiccional. Se trata de un derecho concreto, individualizado, regulado y amparado por el derecho objetivo⁷⁰.

Manuel Ortells Ramos⁷¹ afirma que la pretensión procesal se interpone en el proceso por el actor, mediante actos procesales cuyo tiempo, contenido y forma depende de las diversas ordenaciones procedimentales a las que puede estar sujeto el proceso.

Tal como señala Monroy Gálvez, siendo la pretensión procesal el núcleo de la demanda, y en consecuencia, el elemento central de la relación procesal, resulta necesario describir qué elementos la conforman. Por un lado, dado que se trata de una manifestación de voluntad por la que se exige algo de otro, la pretensión procesal debe tener fundamentación jurídica que no es otra cosa que invocar un derecho subjetivo que sustente el reclamo. Por otro lado, además de esta fundamentación jurídica, la pretensión procesal debe sustentarse en fundamentos de hecho cuya eventual acreditación posterior a través de la actividad probatoria permitirá que la pretensión contenida en la demanda sea declarada fundada⁷².

Estos dos fundamentos, el jurídico y los hechos, apreciados conjuntamente se conocen con el nombre genérico de *causa petendi, iuris petitum* o *iuris petitio*⁷³. Asimismo, la pretensión procesal tiene un elemento central, este es el pedido concreto que en doctrina suele llamársele también *petitum* o *petitio*⁷⁴.

⁷⁰ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Op. cit.*, p. 70. El Código Procesal Civil, bajo la denominación de intereses difusos, concibe determinadas pretensiones procesales referidas a bienes de inestimable valor patrimonial, como la defensa del medio ambiente, la defensa de bienes y valores culturales o históricos, la defensa del consumidor, etc., en los que la titularidad del derecho subjetivo corresponde a un conjunto indeterminado de personas y donde el derecho de acción se le confía al Ministerio Público y a las asociaciones e instituciones sin fines de lucro, que según la ley o el criterio del Juez debidamente motivado están legitimados para interponerla (Art. 82°, primer y segundo párrafo CPC)

⁷¹ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 5ª. Edición. Cizur Menor : Aranzadi 2005, p.246.

⁷² Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. *op. cit.*, p.274.

⁷³ Otros autores castellanizando el concepto lo denominan como la causa o razón de pedir. En MONROY GÁLVEZ, Juan. *op. cit.*, p.274.

⁷⁴ Inclusive un sector de la doctrina identifica este petitório con lo que se denomina el objeto de la pretensión. En MONROY GÁLVEZ, Juan. *op. cit.*, p.274.

En resumidas cuentas, los elementos que componen la pretensión procesal en su aspecto objetivo son dos⁷⁵:

- El objeto (conocido como *petitum* o petitorio).
- El título, también llamado *causa petendi* o causa pedir, que es el fundamento de la petición.

Además, en su aspecto subjetivo la pretensión procesal está compuesta por las partes intervinientes: el órgano jurisdiccional (juez), la persona que la interpone (demandante) y frente a quien se interpone (demandado).

Estos elementos se encuentran regulados en nuestro Código Procesal Civil, en el artículo 424º, numerales 2), 4), 5), 6) y 7), en los que se establece –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 petitorio⁷⁶.

2.1.3 La demanda judicial

El profesor Nelson Ramírez Jiménez concibe a la demanda como el “acto procesal que da inicio al proceso. Documenta el ejercicio de nuestro derecho de acción y contiene la pretensión respecto de la cual pedimos tutela, acción que se dirige contra el Estado para que a través del tercero imparcial (Juez) se resuelva. El petitorio, por el contrario, se dirige contra el demandado, de quien exigimos cumpla, se abstenga o reconozca un derecho respecto del cual creemos ser titulares; ello va a originar el emplazamiento con la demanda, la que debidamente notificada permitirá al ciudadano demandado exponer sus razones⁷⁷”.

Para Hugo Alsina⁷⁸ la demanda es el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del tribunal la protección, declaración o la constitución de una situación jurídica.

Ticona Postigo encuentra entre la acción y la demanda una relación de derecho a ejercicio de derecho. Si la acción es un derecho subjetivo, abstracto, público y autónomo, la demanda es el acto procesal y la forma como se ejercita aquel derecho⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 5ª. Edición. Cizur Menor : Aranzadi 2005, p.247.

⁷⁶ Cfr. VERAMENDI FLORES, Erick. “El petitorio implícito en los procesos de familia: Propósito del Tercer Pleno Casatorio”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 154. Lima, Julio 2011. pp. 114-122.

⁷⁷ *Postulación del Proceso*, en Revista del Foro, año LXXXI, N° 2, Colegio de Abogados de Lima, Lima Perú, 1993, p.52. Citado por TICONA POSTIGO, Víctor. op. cit., p. 198.

⁷⁸ *Tratado*, T.III, p.24. Citado por TICONA POSTIGO, Víctor. op. cit., p. 192.

⁷⁹ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. op. cit., p. 193. También Devis Echandía considera que entre acción y demanda existe una relación de derecho a ejercicio de derecho: “(...) Desde este punto de vista, la demanda es el instrumento para ejercitar la acción, y no se la debe confundir con ésta, pues en la demanda se contiene,

Matheus López⁸⁰ considera a la demanda judicial como el acto procedimental de eventual inicio del proceso, por el cual fácticamente se hace efectivo el poder de acción, constituyendo adicionalmente vehículo de la pretensión o pretensiones interpuestas ante el órgano jurisdiccional.

En opinión de Chiovenda, la demanda judicial, en general, “es el acto con que la parte (actora), afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado), e invoca para este fin la autoridad del órgano jurisdiccional⁸¹”.

Desde una perspectiva doctrinal, la demanda es la manifestación concreta del principio de la iniciativa privada que nos enseña que un proceso no puede empezar por decisión del órgano jurisdiccional, sino por interés directo del titular del derecho que sustenta la pretensión o exigencia⁸².

Si bien la demanda es un acto procesal de suma importancia, se admite – en circunstancias muy concretas – qué aspectos esenciales de esta, como la pretensión, puedan ser modificados. Esta oportunidad sólo le está concedida al demandante, es decir, el titular del derecho de acción es el único apto para producir un cambio en la demanda. Sin embargo, siendo una circunstancia tan excepcional, el demandante sólo puede ejercer esta facultad dentro de un plazo precario, que dura hasta antes que la demanda sea notificada.

La razón es evidente, una vez conocida por el demandado las pretensiones que la demanda contiene, una modificación del contenido de la demanda implicaría dos situaciones alternativas pero igualmente perjudiciales: un severo caso de indefensión para el demandado o, en todo caso, un injustificable retraso en la tramitación del proceso, dado que la modificación realizada con posterioridad al emplazamiento tendría que ser nuevamente notificada.

Una situación distinta de la modificación es la ampliación del petitorio contenido en la demanda, la que también puede ser intentada por el demandante, pero atendiendo a requisitos específicos: a) que en la demanda haya expresado que se reserva el derecho de hacerlo durante el íter procesal y b) esta ampliación sólo es procedente en aquellos casos en que la pretensión contiene como exigencia una obligación de cumplimiento sucesivo, la que se va a

además, la pretensión del demandante...” . *Teoría General del Proceso*, T.II, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 1985, pp.461-462. Citado por TICONA POSTIGO, Víctor. op. cit.,p. 192.

⁸⁰ Cfr. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal*. Lima, Palestra Editores, 2001, pp. 54-55.

⁸¹ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones...* op.cit, t. I, 1954, p.183. Citado por MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 1996, p. 275.

⁸² Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 1996, p. 275.

ir venciendo o devengando con posterioridad a la notificación de la demanda o emplazamiento.

Tanto la modificación como la ampliación son también aplicables a la reconvencción, siendo titular de tales facultades, en este caso, el demandado – reconviniente. Ambas facultades están recogidas en el Código Procesal Civil.

2.2. La acumulación procesal

2.2.1. Noción de acumulación procesal

Teóricamente se considera que una relación jurídico procesal clásica es unitaria y supone la presencia de dos partes (demandante y demandado) y en cada parte se encuentra una sola persona y una sola pretensión. Sin embargo, en la realidad se aprecian relaciones jurídicas más complejas en las que aparecen en cada una de las partes más de dos personas (como demandantes o como demandados) y más de una pretensión; entonces surge la institución procesal de la acumulación⁸³. Acumulación proviene del latín *acumulare* y en sentido general implica la actividad de juntar o amontonar⁸⁴.

Gozaini sostiene que “acumular pretensiones significa introducir simultáneamente en una sola demanda varias peticiones (objetos o finalidades) contra uno o varios demandados”⁸⁵.

En un mismo sentido, Beatriz Quintero y Eugenio Pietro aseveran que “el proceso es acumulativo, no simple, cuando sirve para la composición de dos o más pretensiones, cada una de las cuales puede ser ventilada en proceso diverso”.⁸⁶

Para Lino Enrique acumulación de procesos consiste en la unión material de dos o más causas originadas con motivo del ejercicio de acciones conexas o afines, cuya substanciación separada podría conducir al pronunciamiento de sentencias contradictorias o insusceptibles de cumplimiento por efecto de la cosa juzgada. La acumulación tiende a evitar tales riesgos, pues una vez que ella se decreta, las causas se substancian conjuntamente y se resuelven en una sentencia única⁸⁷.

⁸³ GOMEZ VALDIZAN, Rocío. Tomado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/05/29/la-acumulacion/>. Consultado el 06-12-2016.

⁸⁴De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, vigésimo segunda edición, Tomo I. p. 28

⁸⁵ GOZAINI, Oswaldo. *Derecho Procesal Civil: Tomo I (Teoría general del derecho procesal)*, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, 1992. Volumen 1. Jurisdicción, acción y proceso, 1992, pp. 472

⁸⁶ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tomo II. Editorial Themis, Bogotá 1995. p. 48

⁸⁷ PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 15.

En esa línea, puede señalarse que es aceptado mayoritariamente por la doctrina que la acumulación procesal es la institución por la cual existen, en un mismo proceso, varias pretensiones, varios sujetos en calidad de parte o ambas cosas simultáneamente⁸⁸. A partir de ello, de modo casi uniforme se conciben dos tipos de acumulación: objetiva y subjetiva. La primera, referida a la pluralidad de pretensiones y la segunda a la de sujetos. Asimismo, la llamada acumulación mixta o acumulación subjetiva de pretensiones, ocurriría cuando concurren ambos tipos de acumulación en el mismo proceso⁸⁹.

En el Perú, la clasificación de acumulación objetiva y subjetiva está recogida en el artículo 83 del Código Procesal Civil que establece que: “En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva”.

En referencia a los fundamentos de la acumulación, Reggiardo Saavedra indica que “los estudios procesales han coincidido en afirmar que la acumulación tiene dos fines: (i) hacer efectivo el principio de economía procesal y, (ii) evitar fallos opuestos. El primer supuesto se refiere a los costos en tiempo y dinero que genera un proceso no solo a las partes, sino también al órgano jurisdiccional que finalmente es financiado en buena medida con el dinero de los contribuyentes. La actividad jurisdiccional que se sustente en consideraciones teóricas pero que genere un costo que se puede evitar, es innecesaria, y, en consecuencia, derrocha recursos escasos. El segundo supuesto se refiere a los daños que se genera no solo a las partes, sino a los demás miembros de la sociedad, con el hecho de que el órgano jurisdiccional no tenga una posición definida sobre un tema. Cuando los jueces fallan de diversos modos sobre un mismo hecho se generan incentivos incorrectos en los ciudadanos”⁹⁰.

Para Carnelutti la justificación de la acumulación procesal radica en lo siguiente: “Lo que justifica la composición acumulativa de litigios diversos, esto es, el empleo para tal

⁸⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. “Partes, Acumulación, Litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas* 6. 1993. p. 44.

⁸⁹ En posición contraria, Reggiardo Saavedra considera que sólo existe la acumulación de pretensiones. Señala que el criterio de clasificación tradicional no es el mejor y ello se debe a una sencilla razón: la institución que regula la situación en la cual existen varios sujetos en calidad de parte en el proceso es el litisconsorcio. La supuesta especie de acumulación “subjetiva” suele aparecer sólo en la introducción de los estudios teóricos cuando se hace la clasificación del género “acumulación”. Pero no hay mayor desarrollo de la acumulación subjetiva, porque inmediatamente debe hacerse referencia al litisconsorcio, institución procesal que con reglas y principios propios regula la existencia de varios sujetos en el proceso. Por ello, si el género “acumulación” solo tiene realmente una especie llamada “objetiva”, género y especie pasan a ser lo mismo. Cfr. REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. “Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil. En *Themis* N° 58, Revista de Derecho. Lima, 2010. p. 146

⁹⁰ *Idem*. p. 146

composición de un solo proceso, son siempre las dos razones notorias: economía y justicia; ahorro de tiempo y de dinero, y posibilidad de alcanzar mejor el resultado del proceso”⁹¹.

En similar sentido, Montero Aroca señala que “normalmente el procedimiento envolverá un único proceso, es decir, una única pretensión, pero el principio de economía procesal y la conveniencia de evitar sentencias contradictorias, aconsejan, en determinados casos, la reunión de varios procesos en un único procedimiento. La economía procesal es el fundamento primordial de esta reunión, pero no es el único; en efecto, esta reunión sólo podrá llevarse a cabo cuando exista algún elemento común entre las diferentes pretensiones —que podrían dar origen a decisiones contradictorias-, pues, si no, no existiría realmente economía sino confusión. La economía sólo es posible, por lo tanto, cuando existe conexión entre las pretensiones”⁹².

2.2.2. Tipos de acumulación

Podemos clasificar la acumulación en:

A. Acumulación objetiva

Existirá acumulación objetiva cuando en el proceso de que se trate se demanda más de una pretensión. En palabras de Alvarado Velloso “existe acumulación objetiva cuando se reúnen distintas pretensiones que un sujeto tiene contemporáneamente frente a otro, realizadas con la finalidad de que sean sustanciadas en un único procedimiento y decididas en la misma sentencia, para obtener con ello una mayor economía y celeridad procesal”⁹³.

En nuestro ordenamiento, para que proceda la acumulación objetiva es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos:

- i) Las pretensiones que se acumulan deben ser competencia de un mismo juez, es decir que el juez que tramite la demanda debe tener competencia para conocer a la vez todas las pretensiones, de tal manera que si alguna de las pretensiones es de competencia de un juez distinto no podrá admitirse la acumulación.
- ii) Que las pretensiones se encuentren sujetas a la misma vía procedimental (debe existir homogeneidad procedimental).

⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y SENTÍS MÜLENDO, Buenos Aires 1944, tomo II, p. 661.

⁹² MONTERO AROCA, Juan. "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes". *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Buenos Aires, La ley, 1972. p. 231

⁹³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Segunda Parte. Buenos Aires 2005. p. 232

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30293⁹⁴ se ha flexibilizado este requisito disponiéndose que se exceptúen los casos expresamente establecidos en el Código y leyes especiales.

Asimismo, la norma señala que también son supuestos de acumulación los siguientes:

- a. Cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental, en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas.
 - b. Cuando las pretensiones sean de competencia de Jueces distintos, en cuyo caso la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado.
- iii) Las pretensiones acumuladas no deben ser contrarias entre sí, es decir no deben ser incompatibles, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa.

Se requiera además que entre las pretensiones exista conexidad, es decir elementos comunes, que estén relacionadas o vinculadas. El artículo 84° de nuestro Código Procesal Civil regula el tema señalando que habrá conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones (conexidad propia, es decir se trata de unos mismos hechos) o, por lo menos, elementos afines en ellas (conexidad impropia, es decir hay coincidencia parcial en cuanto a los hechos o alguno de los elementos identificadores de la acción)⁹⁵.

A.1. Acumulación objetiva originaria o inicial

Esta institución se configura cuando existen más de dos pretensiones en la presentación de la demanda. En efecto, Montero Aroca indica que “la acumulación inicial u originaria se produce cuando un solo demandante frente a un solo demandado y en una única demanda (formal) ejercita dos o más pretensiones (y por lo tanto entabla dos o más relaciones jurídico-profesionales, es decir, dos o más procesos), para que todas se conozcan en un único procedimiento y se resuelvan en una sentencia (formal, no material), que contendrá tantos pronunciamientos como pretensiones”⁹⁶.

Pérez Ríos tiene dicho que acumulación objetiva originaria es “la que se produce cuando en la demanda se postula ante el órgano jurisdiccional una pluralidad de pretensiones

⁹⁴ Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y la celeridad procesal, promulgada el 27/12/2015 y publicada en el diario oficial El Peruano el 28/01/2015, entrando en vigencia a los treinta días hábiles de su publicación.

⁹⁵ Cfr. VIDAL PÉREZ, María Fernanda. *El litisconsorcio en el proceso civil*. Editorial La Ley, Madrid: 2007, p. 142. También puede revisarse: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/LecturaTema-5.pdf>. Consultado el 12-03-2017.

⁹⁶ MONTERO AROCA, Juan. "Acumulación ..." op.cit. p. 234

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 posterior⁹⁷.

La acumulación objetiva originaria puede ser:

- simple o de pretensiones autónomas: En este supuesto se acumulan dos o más pretensiones principales, es decir que no dependen una de otra y que deben ser cumplidas por el demandado en su totalidad. La admisión o desestimación de las pretensiones acumuladas, no depende de la admisión o rechazo de otras pretensiones, cada pretensión tiene su propio sustento fáctico y serán objeto de probanza de manera independiente, debiendo el juez pronunciarse por cada una de ellas⁹⁸.
- de pretensiones condicionadas: Se presenta cuando el amparo de una pretensión se encuentra sujeta a la condición de que se ampare otra. Pueden ser:
 - alternativa: En este tipo de acumulación no existe relación de dependencia entre las pretensiones, tampoco se debe esperar a que una pretensión decaiga para ocuparse de la otra, todas las pretensiones propuestas deben recibir el pronunciamiento expreso y conjunto del órgano jurisdiccional y se le brinda al demandado la opción de elegir cumplir cualquiera de las pretensiones demandadas en la ejecución de la sentencia. La selección de una excluye a las demás. De acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Civil, si el demandado no lo hace en ejecución de sentencia, elige el demandante.
 - subordinada: En ella al desestimarse la pretensión principal, el Juez deberá pronunciarse respecto a la otra, planteada como subordinada. La relación de subordinación debe ser expresada por el demandante (de lo contrario se puede declarar improcedente la demanda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 427° inciso 7 del Código Procesal Civil).
- accesoria: De acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Civil, las pretensiones accesorias se presentan cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. A diferencia de la acumulación subordinada o alternativa, en la acumulación accesoria las

⁹⁷ PEREZ RIOS, Carlos Antonio. *La Acumulación en el Proceso Civil peruano*. Editorial Prysma, primera edición, Lima 2008. p. 53

⁹⁸ Cfr: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/LecturaTema-5.pdf>. Consultado el 12-03-2017

pretensiones son compatibles entre sí, por ello se proponen en forma conjunta, esperando un resultado positivo para ambas.

Asimismo, la acumulación objetiva accesoria puede clasificarse:

- por su oportunidad: originaria o sucesiva,
- por su manifestación: explícita o manifiesta, implícita, tácita o legal. 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 87° del Código Procesal Civil)⁹⁹.
- por su trascendencia: necesaria o facultativa.

A.2. Acumulación objetiva sucesiva o sobrevenida

Reggiardo Saavedra señala que “este tipo de acumulación se presenta cuando en el desarrollo del proceso, luego de la notificación de la demanda o el emplazamiento, se agregan otras pretensiones que proceden no necesariamente de la parte que dio inicio al proceso”¹⁰⁰.

Para González Pérez “este tipo de acumulación tiene lugar cuando de las pretensiones que se acumulan, una al menos se ha hecho valer en un proceso existente. Por tanto, cabe distinguir dos tipos de acumulación sucesiva: uno, consistente en la reunión de una pretensión que todavía no se ha hecho valer procesalmente a otra que ya ha originado un proceso pendiente (acumulación por inserción); otro, consistente en la acumulación de pretensiones que ya se han hecho valer anteriormente en procesos distintos (acumulación por reunión)”¹⁰¹.

En nuestro país, de acuerdo con el artículo 85° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 30293, la acumulación objetiva sucesiva se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones;
2. Cuando el demandado reconviene;
3. Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos; y
4. Cuando el demandado formula el aseguramiento de la pretensión futura.

⁹⁹ Cfr. VERAMENDI FLORES, Erick. “El petitorio implícito en los procesos de familia: Propósito del Tercer Pleno Casatorio”. Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 154. Lima, Julio 2011. pp. 114-122.

¹⁰⁰ REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. “Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil. En Themis N° 58, Revista de Derecho. Lima, 2010. p. 155

¹⁰¹ GONZALES PEREZ, Jesús. “La acumulación de pretensiones en el procedimiento administrativo”. Revista de Administración Pública N° 10, Madrid: 1953. p. 95

La acumulación de pretensiones se realizaba antes de la audiencia de conciliación, ahora con la modificación del Decreto Legislativo N° 1070, se realiza antes del saneamiento procesal, debido a que ya no existe una audiencia de conciliación¹⁰².

B. Acumulación subjetiva

El artículo 86° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 30293, establece que se presenta acumulación subjetiva cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados. Esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto o exista conexidad entre ellas; además, se deben cumplir con los requisitos del artículo 85°, en cuanto sean aplicables.

Esta acumulación tiene sus variantes al igual que la objetiva y puede presentarse de las siguientes maneras:

1. Activa: cuando es la parte demandante la que está integrada por más de un sujeto.
2. Pasiva: cuando es la parte demandada la que está integrada por más de un sujeto.
3. Mixta: Cuando tanto la parte demandante como la demandada están integradas por varios sujetos.

Asimismo, la acumulación subjetiva puede ser originaria (cuando la pluralidad subjetiva se observa al momento de presentar la demanda) y sucesiva (cuando se presenta después de la demanda, por integración de sujetos legitimados cuya presencia resulta necesaria para emitir sentencia válidamente o por intervención de terceros, etc)¹⁰³. Finalmente cabe resaltar que la acumulación subjetiva tiene dos tópicos definidos que son el Litisconsorcio (necesario o facultativo) si la pluralidad de sujetos en el proceso son demandantes o demandados y la Intervención de terceros cuando la pluralidad de sujetos en el proceso no son demandantes ni demandados.

En base a lo hasta aquí esbozado, podemos señalar que la acumulación de la indemnización por daños en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho es una de carácter objetivo (acumulación de pretensiones), autónoma (cada pretensión tiene su propio sustento fáctico y serán objeto de probanza de manera independiente, debiendo el juez pronunciarse por cada una de ellas), tácita o legal (pues se considera tácitamente integrada a la demanda cuando se evidencie un cónyuge perjudicado, situación expresamente prevista por el artículo 345-A), que puede ser originaria (cuando el juez la acumule con la demanda o la

¹⁰² Cfr. <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2396/3/acumulacion%20procesos.pdf> Consultado el 12-03-2017

¹⁰³ Cfr. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/LecturaTema-5.pdf> Consultado el 12-03-2017.

contestación) o sobrevenida (cuando el juez la acumule en el auto de fijación de puntos controvertidos), y en el supuesto de que sea realizada de oficio tendrá como sustento la propia norma y no el principio dispositivo de las partes.

En tal sentido, en las siguientes líneas analizaremos si esa acumulación objetiva, autónoma, legal, originaria o sobrevenida y de oficio tiene sustento constitucional y si, en consecuencia, es capaz de superar el test de proporcionalidad, efectuando previamente un breve repaso de los principios de congruencia, preclusión y *iura novit curia*.

Capítulo 3

Constitucionalidad de la acumulación objetiva de oficio en el proceso de divorcio por separación de hecho

3.1. El mandato del artículo 345-A del Código Civil y su interpretación por el Tercer Pleno Casatorio

Como se indicó previamente, la Ley N° 27495, promulgada el 07 de julio del 2001, incorporó a nuestro Código Civil el Artículo 345-A, mediante el cual se instituye la posibilidad de que el cónyuge “perjudicado” por el divorcio reciba una indemnización por los daños que le produce la separación. Así puede verse:

"Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio.

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.”

Tal como se señaló *ut supra* el segundo párrafo de esta disposición ha generado diversidad de problemas jurídicos, dando lugar a la emisión de pronunciamientos incluso contradictorios respecto al carácter imperativo de la norma, la naturaleza de la indemnización ordenada, la carga de la prueba del perjuicio, entre otros. Respecto a lo que aquí concierne, existen quienes han entendido que la norma no contiene un mandato imperativo y, por tanto, corresponderá a las partes acumular la pretensión de indemnización a la demanda de divorcio o a la reconvencción; por el otro lado, están quienes sostienen que se trata de una norma que obliga al Juez a pronunciarse necesariamente aún cuando el pedido indemnizatorio no haya sido formulado por la parte afectada¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Cfr. SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. “La indemnización en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho, conforme al Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema no tiene carácter de

En efecto, a nivel judicial se venían dando diversas interpretaciones a este artículo, así tenemos a modo de ejemplo, los siguientes fallos¹⁰⁵:

- a) Casación N.º 208–2004–Piura: “El juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado debido a la separación de hecho. En tal sentido, establecerá un monto de indemnización por daños, incluyendo el daño personal o inclusive ordenando la adjudicación preferentemente de un bien social. Por otro lado, la pensión alimenticia es un concepto independiente respecto a la indemnización”.
- b) Casación No. 2003–1284–00–1SC: “El a quo sostiene no haberse probado responsabilidad de alguno de los cónyuges en la separación, por lo que considera que no corresponde la aplicación del segundo párrafo del artículo 345–A del Código Civil, empero, en el fallo ordena que el demandado pague una indemnización de daños y perjuicios, lo que no guarda coherencia con lo señalado. Este colegiado, considera que la demandante al subsanar su demanda, ha solicitado la indemnización por daño personal, sin que haya fundamentado tal daño, no habiéndose acreditado cómo fue perjudicada por la separación de hecho, menos el nexo causal entre este y el daño irrogado; por lo que no corresponde fijar indemnización por tal concepto”.
- c) Casación N.º 2178–2005–Lima: “Si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no haya sido solicitado, respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación, a efectos de fijar una indemnización a cargo de la parte menos afectada; sin embargo, en este caso se advierte que la demandada no acredita su condición de cónyuge perjudicada, además que su conducta procesal no hizo notar esa condición a efectos de verse beneficiada con alguna indemnización”.
- d) Casación N.º 2449–2006–Cusco: “La norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido. Siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 345–A del Código acotado, en forma imperativa, exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efectos de

responsabilidad civil contractual sino de equidad y solidaridad familiar”. Revista Jurídica Docentia et Investigatio. Facultad de Derecho UNMSM. Vol. 14 N° 02. Lima, Diciembre 2012. p. 52

¹⁰⁵ Citados por MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. “Flexibilización de Principios Procesales e Indemnización o Adjudicación Preferente en el Tercer Pleno Casatorio”. En *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, Diciembre de 2010. p. 75-76

cuantificarlo vía indemnización; por lo tanto, es cierto que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización, pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado”.

En las casaciones antes indicadas se evidencia que, a pesar de que han sido emitidas en procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, tienen orientaciones diferentes, así, en la primera al hablar de la obligación del juez de establecer una indemnización por daños, se habla del daño personal, o en todo caso que se debe disponer la adjudicación preferente de un bien social; la segunda se refiere no sólo al daño personal, sino que va más allá al referirse a la existencia de nexo causal entre la separación y el daño; la tercera señala que la demandada al no haber acreditado ser la perjudicada, y al no haber invocado esta condición, no puede ser indemnizada; finalmente la cuarta señala que el Juez tiene la obligación de fijar una indemnización cuando se acredite el daño personal o moral¹⁰⁶.

Con la finalidad de poner término a estos problemas interpretativos y aplicativos de la norma bajo comentario, la Corte Suprema de Justicia de la República decide convocar al Tercer Pleno Casatorio Civil, dictando Sentencia de Pleno con fecha 18 de marzo de 2011 (Cas. N.º 4664-2010-Puno), mediante la cual se establece como precedente judicial vinculante las siguientes normas:

“1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado Democrático y Social de Derecho.

2. En los procesos sobre divorcio —y de separación de cuerpos— por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal,

¹⁰⁶ Ibidem. p. 83

independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

3.1. A pedido de parte, podrá formularse 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 pronunciará 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 inmediata¹⁰⁷.

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 pronunciará 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 garantizará 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.

4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación

¹⁰⁷ Resaltado agregado.

económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

5. El Juez Superior integrará 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.

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar”.

Conforme se aprecia, y abocándonos al tema de la presente investigación, se puede corroborar que la solución arribada por el Pleno Supremo respecto a la acumulación de oficio de la pretensión de indemnización, es permitir la únicamente en el supuesto en el que la parte interesada (demandante o demandado) haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Con ello, aún cuando se reduce el alcance de esta facultad¹⁰⁸, se continúa manteniendo parcialmente la prerrogativa del Juez para decidir más allá de lo petitionado por las partes.

Nos encontramos de acuerdo con el hecho de considerar válido el otorgamiento de una indemnización cuando se solicite en la demanda o en la reconvención y se pueda probar adecuadamente, “puesto que toda reclamación de daños, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia”¹⁰⁹. De igual forma, consideramos adecuado sostener que si no se ha solicitado como pretensión de la demanda ni de la reconvención ni tampoco se ha señalado ni siquiera en los fundamentos de hecho de dichos actos procesales la existencia de perjuicio, el juez no puede ordenar de oficio el otorgamiento de una indemnización pues carecería de fundamento alguno.

Sin embargo, la postura intermedia asumida por el Tercer Pleno Casatorio, por la cual se da prevalencia al derecho de familia antes que al principio dispositivo o de iniciativa de parte¹¹⁰, no puede ser aceptada sin un análisis detenido que permita determinar si es adecuada a derecho, esto es, si resulta razonable o si, por el contrario, encierra una vulneración al

¹⁰⁸ Al considerar que el Juez no podrá emitir pronunciamiento sobre la indemnización cuando el demandante o demandado no hayan alegado hechos referidos a perjuicio resultante de la separación.

¹⁰⁹ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Segunda edición. Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la PUC del Perú. Biblioteca para leer el Código Civil. p. 400

¹¹⁰ Según el cual son las partes las que tienen que formular las pretensiones sobre las que el juez se pronunciará.

debido proceso específicamente a los principios de congruencia y preclusión procesales e inclusive al derecho de defensa.

En tal sentido, en los párrafos siguientes recurriremos a la aplicación del test de proporcionalidad para determinar si la posición adoptada por el Pleno, en base a lo dispuesto en la norma, obedece a una justificación objetivamente razonable y que respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

3.2. Los principios de congruencia procesal, preclusión y iura novit curia.

En la STC Expediente 0896-2009-PHC/TC el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

En el mismo sentido, Devis Echandía define a la congruencia como “el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes¹¹¹” Asimismo, añade, “se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquél derecho¹¹²”.

Para Guasp la congruencia equivale a la “conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición y oposiciones en cuanto delimitan este objeto, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila¹¹³”.

Por su lado, el principio de preclusión impone un orden en el debate y posibilita el desarrollo del trámite procesal, permitiendo alcanzar sus fines¹¹⁴. El Tribunal también señala que a través de la preclusión, cuando concluye una etapa y se inicia una nueva, se clausura la anterior, y los actos procesales realizados quedan firmes al proscribirse cualquier intento de retomar la discusión sobre los mismos, salvo supuestos excepcionalísimos contemplados en la propia norma procesal¹¹⁵.

¹¹¹ ECHANDÍA, Devis, *Teoría General del proceso*, t. 1, p. 49.

¹¹² *Ibidem*. p. 50

¹¹³ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid: 1961. p. 567

¹¹⁴ BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. “Por una justicia predecible en materia familiar: Análisis del Tercer Pleno Casatorio”. En Tercer Pleno Casatorio Civil. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, Diciembre de 2010. p. 48

¹¹⁵ STC Exp. 03271-2012-PA/TC. Fundamento Jurídico 15

En relación con el principio de *iura novit curia*, Alsina precisa: “Aunque las partes no invoquen el derecho, o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige”; de esta forma el principio *iura novit curia* va perfilando su naturaleza y se deslinda claramente las funciones que le corresponde al interior de un proceso.

Asimismo, Sentís Melendo afirma que el significado exacto del principio que hoy en día se le atribuye, es el de conocimiento del derecho objetivo de la norma jurídica por parte del Juez. La extensión del aforismo y la aplicación normal del mismo alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes.

3.3. Sobre el Test de Proporcionalidad o Razonabilidad y su dinámica

El Tribunal Constitucional ha señalado que el test de razonabilidad o proporcionalidad “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto de los poderes públicos y adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos. Como tal ha sido entendido como una herramienta para dilucidar el contenido constitucional de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamente o restrinja y constituye, a su vez, un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos. De este modo opera como un verdadero test mediante el cual se realiza un control de los actos normativos a fin de dilucidar si son o no conformes a la Constitución y como una herramienta para brindar razones de lo decidido”¹¹⁶.

Prieto Sanchís sostiene que “si el Estado es un artificio, si las instituciones son un instrumento y la política viene sometida a la justicia, entonces en el marco de los inevitables conflictos entre ley y los derechos la carga de la prueba o la carga de la argumentación corresponde a aquélla antes que a éstos, corresponde al poder antes que a los individuos. En consecuencia, toda intervención en el ámbito de los derechos que implique un sacrificio en su ejercicio habrá de estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de análoga importancia directa o indirectamente conectado a la propia constelación de valores en que reposan los derechos”¹¹⁷.

En la misma línea, Castillo Córdova ha manifestado que “para definir la constitucionalidad tanto de la no intervención como de la intervención que el poder público pueda realizar sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental, existe una herramienta hermenéutica de primer orden: el principio de proporcionalidad. Se trata de definir en cada

¹¹⁶STC Exp. N° 0006–2003–AI/TC. Fundamento Jurídico 9

¹¹⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”. En: Luis Ortega y Susana de la Sierra (Coordinadores). Ponderación y derecho administrativo. Marcial Pons, 2009, pp. 53-54.

caso concreto y con base al mencionado principio, si la intervención o la inacción del poder político se desarrollan según los cauces constitucionales o no”¹¹⁸.

Nos encontramos, por tanto, ante un principio de naturaleza sustantiva, íntimamente ligado a la noción de justicia pero, como se verá, suficientemente articulado como para constituir un importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, porque la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo, como criterio que se identifica con lo razonable¹¹⁹.

Ahora bien, respecto a la forma de aplicación de este test, Castillo Córdova señala que el principio de proporcionalidad “tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio. Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu stricto*. Para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios. Es decir, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto”¹²⁰.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que “los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación deben ser aplicados de modo sucesivo. Es decir, en primer lugar, se debe partir examinando la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. De ser así, no corresponderá examinarlo bajo el sub principio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el sub principio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”¹²¹.

3.3.1. Aplicación del juicio de idoneidad al presente caso

Respecto a este primer sub principio del test de proporcionalidad, el profesor Juan Cianciardo ha indicado que por medio de él “se evalúa si la medida dictada por el Estado es capaz de causar su finalidad. (...) tras esta caracterización general se esconde, en realidad, un control múltiple, que tiene varios aspectos: a) lo primero que se exige de una medida es que

¹¹⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. Revista Peruana de Derecho Público, 6 (11), p. 127

¹¹⁹ VIDAL FUEYO, María del Camino. “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”. Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano, 2 (2009) 2, p. 442

¹²⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio de ...” op. cit. p. 138

¹²¹ STC Exp. N.º 045-2004-PI/TC.

tenga un fin, y que ese fin se encuentre entre los que la Constitución permite perseguir al Estado; b) en segundo lugar, la medida debe ser adecuada o idónea para el logro de ese fin. Es decir, debe ser capaz de causar su objetivo; c) en algunos casos se exige, en tercer lugar, que la finalidad perseguida por el Estado tenga relevancia social”¹²².

Por su parte Castillo Córdova entiende que “el juicio de idoneidad, también conocido como juicio de adecuación o de aptitud, tiene una doble exigencia. En primer lugar requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o sub principio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, es decir que no permite alcanzar ningún fin constitucionalmente válido, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable”¹²³.

También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse a este juicio señalando que “la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin (...)”¹²⁴. En suma, puede afirmarse que el juicio de idoneidad exige el cumplimiento de dos aspectos: que la medida tenga un fin constitucionalmente válido y que dicha medida sea capaz de conseguir dicho fin.

Veamos entonces, en primer lugar, si lo dispuesto en el artículo 345-A del Código Civil y la interpretación dada por el Tercer Pleno Casatorio persiguen un fin que se encuentre entre los que la Constitución permite perseguir al Estado.

Como señala la norma en cuestión, y lo reafirma el Pleno, la finalidad del establecimiento de la indemnización radica en preservar la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, y resarcir el daño que se le haya podido causar incluyendo el daño personal. En tal sentido, siendo este el objetivo de la disposición se puede verificar que cuenta con respaldo constitucional toda vez que los artículos 4° y 43° de la Constitución Política de 1993 reconocen, respectivamente, la

¹²² CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Editorial Abaco de Rodolfo DePalma. Buenos Aires, Abril 2004. p. 62

¹²³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio de ...” op. cit. p. 138

¹²⁴ STC Exp. N° 00045-2004-PI/TC. Fundamento Jurídico 38.

protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado Democrático y Social de Derecho.

Asimismo, se debe agregar que, como se indica en la Sentencia del Pleno, que 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 es posible concluir que la postura adoptada supera este primer aspecto del juicio de idoneidad.

Analicemos, en segundo lugar, si la referida medida es adecuada para alcanzar este objetivo. Si nos preguntamos si es posible que el otorgamiento de una indemnización monetaria pueda coadyuvar a conservar la estabilidad económica del cónyuge desfavorecido con la separación, la respuesta es afirmativa puesto que al producirse la disolución del vínculo matrimonial existen aspectos que no es posible reparar como es la afectación a los sentimientos y expectativas del cónyuge afectado, debiendo limitarse el análisis a un plano netamente patrimonial y, en ese ámbito, el otorgamiento de una indemnización por el daño generado será adecuada para resarcirlo, para lo cual el juzgador deberá tener en cuenta la situación económica del perjudicado antes de producirse la separación y sus posibilidades actuales de obtener por su cuenta los ingresos suficientes para conservar su ritmo de vida habitual, además del daño moral que como sabemos no es cuantificable y debe ser determinado por el Juez en base a un criterio de equidad. Entonces, podemos concluir igualmente que también se supera este segundo elemento del juicio de idoneidad.

3.3.2. Aplicación del juicio de necesidad al presente caso

El Tribunal Constitucional ha señalado que “este test tiene como finalidad principal verificar la existencia o no de medios alternativos al elegido y, de haberlos, si son menos gravosos que este último. Se trata del análisis de una relación medio-medio. Lo que significa que el juicio de necesidad supone un proceso de comparación entre el medio elegido y aquellos que hipotéticamente se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin constitucional; debiéndose entender que los otros medios disponibles al momento de la elección de la medida también deben ser idóneos. Por tanto, el examen de necesidad del medio o medida supone verificar la presencia de otros medios hipotéticos alternativos idóneos y si son menos gravosos que el elegido”¹²⁵.

¹²⁵ STC Exp. N° 0045-2004-PI/TC. Fundamento Jurídico 39.

Fernández Nieto agrega que “la norma será necesaria si no hay otra más suave que tenga igual o mayor eficacia (sea, en su intensidad, extensión o duración). El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad (...) es decir, presume la existencia de varios medios útiles entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición necesario puesto que no habrá elección ni contraste posible”¹²⁶.

Para Grandez Castro “una medida resultará indispensable (juicio de necesidad) y en consecuencia se debe proseguir con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, si es que del análisis fáctico del caso, resulta que no hay medios alternativos o los que eventualmente aparecen como tales, resultan sin embargo menos ventajosos o eficaces con relación a la promoción del bien constitucional en cuestión. La necesidad de la medida está relacionada entonces, con: a) la existencia de otros medios, y; b) la posibilidad de que tales medios puedan ser mejor calificados respecto de su nivel de eficacia en la promoción del fin constitucional”¹²⁷.

A su vez Castillo Córdova refiere que este juicio consiste en “examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue”¹²⁸.

Finalmente Juan Cianciardo precisa que “mediante él [juicio de necesidad] se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas *ius* fundamentales de entre las igualmente eficaces. Se exige, por tanto, la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”¹²⁹.

De lo señalado, se puede inferir que en primer término debemos intentar encontrar otras medidas que sean igualmente eficaces para preservar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y resarcir el daño personal causado por la separación. Se nos ocurren dos posibilidades: la pensión alimenticia posterior a la disolución del vínculo y la adjudicación preferente de bienes conyugales.

¹²⁶ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*. Editorial Dykinson. Madrid 2009. p. 364

¹²⁷ GRANDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. En CARBONNELL, Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional 8. Lima, 2010, Palestra Editores. p. 337

¹²⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio ...” op. cit. p. 139

¹²⁹ CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Editorial Abaco de Rodolfo DePalma. Buenos Aires, Abril 2004. p. 73

Respecto a la pensión alimenticia debemos recordar que ésta encuentra su fundamento en el principio de la ‘solidaridad familiar’ y tiene como finalidad garantizar el derecho a la supervivencia de quien los reclama, al carecer éste de recursos para procurar su propia subsistencia. Por tanto, se trata de un deber ético entre familiares que el ordenamiento jurídico convierte en legal¹³⁰. En cambio la indemnización, tiene un fundamento distinto en la medida que busca colocar a la persona en similar situación a la que se encontraba antes de producido el evento dañoso en estricta aplicación del principio general que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes. En consecuencia, consideramos que el establecimiento de la pensión alimenticia no es una medida igualmente eficaz desde que tiene una finalidad distinta a la de la indemnización, siendo que por ello el propio ordenamiento jurídico la ha establecido incluso como adicional a la propia indemnización.

Sobre la adjudicación preferente de bienes conyugales debe precisarse que no son pocos los casos en que la sociedad conyugal carece de bienes y, en ese sentido, esta medida si bien podría llegar a cumplir la finalidad de la norma (resarcir el daño), no cubriría la totalidad de casos posibles, es por ello que ha sido fijada como opcional, quedando a discreción del juez si ordena la indemnización o la adjudicación siempre que existan bienes conyugales para ello. En esa línea, se puede afirmar que la adjudicación preferente de bienes tampoco es una medida igualmente eficaz en todos los casos que el otorgamiento de una indemnización por daños.

Por lo indicado y dado que no encontramos otra medida con la cual se pueda alcanzar el mismo objetivo y cubrir todos los supuestos que con la indemnización por daños, se debe concluir que la misma es una medida necesaria y por lo tanto ha superado este segundo juicio o sub principio del test de proporcionalidad.

3.3.3. Aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto al presente caso

Respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, la denominada “Ley de ponderación” de Robert Alexy postula que: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹³¹.

¹³⁰ Cfr. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “Reflexiones en torno a la pensión de alimentos: la irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos”. Rev. Bolivariana de Derecho, N° 19, Enero 2015, p. 550

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón V., CEPC, Madrid 2002. p. 161.

Juan Cianciardo señala que este último juicio consiste en establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Doctrinalmente se ha entendido que esta relación razonable debe valorarse teniendo en cuenta las ventajas y desventajas de la medida¹³².

En similar sentido, Castillo Córdova señala que “generalmente se admite que se está frente a una relación adecuada o razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y las desventajas o los costos que conlleva adoptar la medida restrictiva de un derecho fundamental”¹³³.

Así también, el Tribunal Constitucional ha dicho que “una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”¹³⁴.

Veamos entonces cuál es el grado de afectación que el artículo 345-A del Código Civil y su interpretación por el Tercer Pleno Casatorio generan en el derecho fundamental al debido proceso del cónyuge no perjudicado (específicamente en relación con los principios de congruencia procesal, preclusión y defensa). En efecto, la acumulación de oficio que puede producirse en un proceso de divorcio respecto a la pretensión de indemnización por daños puede generar una lesión al derecho a un debido proceso en varios aspectos, sin embargo descartaremos previamente aquellos supuestos que no resultan controvertidos por ser evidentemente inconstitucionales, tal como se ha aceptado doctrinalmente y también en el Pleno Casatorio.

Así, por ejemplo, puede aceptarse sin mayores reparos que la acumulación de oficio pueda darse con la calificación de la demanda o de la reconvención y hasta el auto que fije los puntos controvertidos, recuperando desde aquí toda su virtualidad el principio de preclusión¹³⁵, que hasta esta etapa se entiende flexibilizado. Asimismo, hay consenso en que en cualquiera de estas dos etapas se debe legitimar la acumulación corriendo traslado de la pretensión acumulada a la parte no perjudicada con el fin de que pueda ejercer su derecho de defensa. En consonancia con ello, una acumulación a instancia del juzgador con la emisión de

¹³² CIANCIARDO, Juan. “El juicio ...” op. cit. p. 76

¹³³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio...” op. cit. p. 140

¹³⁴ STC Expediente N° 00045-2004-AI/TC. Fundamento Jurídico 40.

¹³⁵ El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el iter processus. Cfr. MORELLO AUGUSTO, citado por: PEYRANO, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

la sentencia resulta inaceptable pues implicaría una vulneración flagrante tanto del principio de preclusión como del derecho de defensa.

Estos son algunos de los puntos sobre los que, en términos generales, no existe discusión. Sin embargo, la materia del presente estudio es específicamente la injerencia que se produce en el principio de congruencia procesal, que es finalmente el que implica un mayor grado de afectación por parte del legislador y del intérprete de la norma, en este caso la Corte Suprema.

Cierto es que el principio de congruencia, obliga al juez a pronunciarse de acuerdo a las alegaciones de las partes, por lo que tiene gran importancia al encontrarse ligado al derecho de defensa y al debido proceso. Asimismo, como señala Hurtado Reyes, “este se vincula estrechamente con el derecho a la motivación de resoluciones judiciales y a la búsqueda de una decisión que respete los parámetros de logicidad. No cabe duda de que el principio de congruencia está ligado y forma parte del contenido esencial o constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de resoluciones judiciales ya que el juez al realizar la motivación de sus decisiones no solo debe cuidar que estas sean lógicas sino también congruentes. La motivación se vaciaría de contenido si el razonamiento efectuado por el juez no soporta un test de logicidad y congruencia. Con lo cual sostenemos a priori que la motivación no se agota con la sola fundamentación fáctica y jurídica, sino que se requiere además que la argumentación que sustenta la misma debe ser congruente y lógica, la transmisión del pensamiento del juez al momento de resolver determinado petitorio debe cumplir con los parámetros ya indicados, caso contrario se puede postular la afectación al derecho constitucional a la motivación de las decisiones judiciales”¹³⁶.

El Tribunal Constitucional ha subrayado que “el deber de respetar el principio de congruencia se encuentra garantizado por el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Sin embargo no es este último derecho el que sólo puede resultar lesionado a consecuencia de no respetarse el referido principio de congruencia. En efecto, en el ámbito del proceso civil, la infracción del deber de congruencia supone no sólo la afectación del principio dispositivo al cual también se encuentra sumergido el proceso civil, sino que a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos,

¹³⁶ HURTADO REYES, Alejandro Manuel. “Soltando las Rígidias Formas. El Principio de Congruencia Procesal y su Flexibilización en el Tercer Pleno Casatorio”. En *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, Diciembre de 2010. p. 83

verbigracia el derecho de defensa y, en determinadas ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial”¹³⁷.

Siendo así, no es poca la importancia que implica este principio que puede reconducirse hasta el derecho al debido proceso y que está íntimamente relacionado además con el derecho a la defensa (derechos recogidos en la Constitución Política de 1993 en su artículo 139). En tal sentido, el hecho de que el Juez resuelva una pretensión que no ha sido incorporada al proceso por las partes, constituye una grave lesión a los derechos fundamentales de los justiciables.

En el presente caso consideramos que esta afectación no se produce en un grado inaceptable. En efecto, como se ha visto, a partir del pleno se encuentra vedada la posibilidad de que se incorpore vía acumulación una pretensión de indemnización que no ha sido solicitada en demanda o reconvención y sin que, además, se hayan expresado hechos que estén referidos a perjuicios causados por la separación. De producirse ésta, sí constituiría una injerencia de tipo grave en el principio de congruencia procesal.

Sin embargo, la afectación que genera el artículo 345-A del Código Civil a partir de su interpretación y delimitación por el Tercer Pleno Casatorio Civil, consideramos que no puede calificarse más allá de leve, siempre que, como ha quedado establecida, traiga aparejado el respeto irrestricto del derecho de defensa y del de preclusión hasta la etapa señalada. Creemos que con ello no se genera una distorsión insostenible en el iter procesal ni tampoco se perjudica gravemente el debido proceso en perjuicio de una de las partes, puesto que existiendo los elementos que evidencien la presencia de un daño el Juez debe administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme le impone el artículo 184° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En contraparte, creemos que el grado de satisfacción del objetivo a alcanzar es alto pues coincidimos con el Pleno en el hecho de que los conflictos de naturaleza familiar involucran, muchos de ellos, problemas tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor pero sobre todo por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad, más aún si se tiene presente que incluso en casos de alimentos se ha flexibilizado la exigencia de la defensa cautiva. En tal sentido, si el Juez logra advertir de la narración de los hechos efectuada por las partes, la existencia de algún tipo de perjuicio en uno de los cónyuges, es el llamado

¹³⁷ STC Exp. 03151-2006-PA/TC. Fundamento Jurídico 5.

natural a ordenar su resarcimiento con las pruebas suficientes, logrando de esta forma la máxima realización del objetivo de resguardar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y la reparación del daño causado. En consecuencia, siendo leve la injerencia en el derecho de congruencia y alto el grado de realización del objetivo planteado por la norma y el Pleno, se puede considerar superado este tercer juicio del test de proporcionalidad.

Por lo expuesto, es posible concluir que la medida de disponer la acumulación objetiva de oficio (pretensión de indemnización) en el proceso de divorcio por separación de hecho y la afectación del derecho al debido proceso que supone, al flexibilizarse los principios de congruencia y preclusión, supera el test de proporcionalidad, siempre que se respete sin restricción alguna el derecho de defensa, y por lo tanto se trata de una medida constitucionalmente válida.

Conclusiones

Primera: La Ley N° 27495 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la causal de separación de hecho con la finalidad de dar una solución legal a la realidad social y familiar que vivía nuestro país, en el que parejas que llevaban varios años separadas de facto no podían hacerlo legalmente por no estar prevista tal posibilidad, introduciendo de esta forma la teoría del divorcio remedio a nuestro sistema normativo, que pasó a ser un sistema mixto en materia de divorcio.

Segunda: La indicada Ley N° 27495 también incorporó al Código Civil el Artículo 345-A, mediante el cual se instituye la posibilidad de que el cónyuge “perjudicado” por la separación de hecho y divorcio posterior reciba una indemnización por los daños que le produce dicha ruptura del vínculo matrimonial. La redacción misma de dicho artículo ha generado una serie de cuestiones problemáticas en torno a su aplicación e interpretación, entre las que se encuentra la discusión en torno a si contiene un mandato imperativo al juzgador de acumular la pretensión de indemnización por daños en todos los supuestos de divorcio por separación de hecho o si se trata de una facultad discrecional.

Tercera: El Tercer Pleno Casatorio Civil intentó uniformizar los criterios jurisprudenciales disímiles en la interpretación del artículo 345-A del Código Civil, estableciendo una serie de reglas con carácter de precedente judicial vinculante. En lo que aquí concierne se estableció que el Juez de primera instancia de oficio debía acumular y pronunciarse sobre la pretensión de indemnización por daños, siempre que la parte interesada hubiese alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Esta posición asumida por el Tercer Pleno Casatorio, por la cual se da prevalencia al derecho de familia antes que al principio dispositivo o de iniciativa de parte, no deja de lado las dudas respecto a su validez por lo que resultaba necesario determinar si se trataba de una medida adecuada a derecho, esto es, si resulta razonable o si, por el contrario, encierra una vulneración al debido proceso específicamente a los principios de congruencia y preclusión procesales e inclusive al derecho de defensa.

Cuarta: Realizado el Test de Proporcionalidad a la medida adoptada por la norma e interpretada por el Tercer Pleno Casatorio Civil, hemos llegado a determinar que se trata de una medida idónea para lograr el fin constitucional que tiene como objetivo, esto es, velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado y el resarcimiento del daño que se le pueda haber causado; que es la única medida que permite alcanzar plenamente la finalidad

planteada y cubrir todos los supuestos posibles, resultando, por tanto, una medida necesaria; y finalmente, supone una injerencia leve en los principios de congruencia y preclusión y permite un alto grado de realización del objetivo planteado por la norma, por lo que se puede concluir que se trata de una medida constitucionalmente válida.

Quinta: Finalmente, sería recomendable que se precise normativamente los criterios para determinar la cuantía de la indemnización a favor del cónyuge perjudicado debido a que ni la Ley N° 27495 ni el Tercer Pleno Casatorio los fijan. Criterios como los recogidos en el artículo 97 del Código Civil español - acuerdo de los cónyuges, edad y estado de salud, duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, entre otros - resultarían sumamente útiles para fijar el monto de la indemnización en favor del cónyuge perjudicado.

Referencias bibliográficas

Libros y artículos

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Segunda Parte. Buenos Aires 2005.
- BOSSERT, Gustavo A; ZANNONI Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 5^{ta} Edición. Argentina: Editorial Astrea, 1998.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *Revista Peruana de Derecho Público*.
- CASTILLO FREYRE, Mario; TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “El Divorcio como disolución del vínculo matrimonial. La génesis de una realidad”. En: *El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia. Causales Proceso y garantía*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2013.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen I. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y SENTÍS MÜLENDO, , tomo II, Buenos Aires, 1944.
- CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Editorial Abaco de Rodolfo DePalma. Buenos Aires, Abril 2004
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3^a Edición póstuma. Depalma, Buenos Aires, 1973.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “Reflexiones en torno a la pensión de alimentos: la irretroactividad de la modificación de una pensión de alimentos”. *Rev. Bolivariana de Derecho*, N° 19, Enero 2015

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. 2ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1982.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*. Editorial Dykinson. Madrid 2009

GONZALES PEREZ, Jesús. “La acumulación de pretensiones en el procedimiento administrativo”. *Revista de Administración Pública* N° 10, Madrid: 1953.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968,

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I Régimen de las Personas. 9ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2006.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2008.

MIRANDA CANALES, Manuel. *Nuevas causales de la separación de cuerpos*. p. 103. En, Abogados. Directorio Jurídico del Perú N°7.

LAGOMARSINO; Y URIARTE. Citados por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I, Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1996.

TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*. Tomo I. 2ª.Edición, Editorial Rodhas, 1999.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal*,

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *El Litisconsorcio necesario*, ARA Editores, Lima, 1999.

ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Giuffre-Editore, Varese, 1947.

RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *La Pretensión Procesal: Convergencias con la acción y la demanda*. Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A, 1986.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 5ª. Edición. Cizur Menor : Aranzadi 2005.

VERAMENDI FLORES, Erick. “El petitorio implícito en los procesos de familia: Propósito del Tercer Pleno Casatorio”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 154. Lima, Julio 2011. pp. 114-122.

GOZAINI, Oswaldo. *Derecho Procesal Civil: Tomo I (Teoría general del derecho procesal)*, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, 1992. Volumen 1. Jurisdicción, acción y proceso, 1992.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tomo II. Editorial Themis, Bogotá 1995.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. “Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil. En Themis N° 58, Revista de Derecho. Lima, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes". Revista Argentina de Derecho Procesal, Buenos Aires, La ley, 1972.

PEREZ RIOS, Carlos Antonio. *La Acumulación en el Proceso Civil peruano*. Editorial Prysma, primera edición, Lima 2008.

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Coordinador. *El Divorcio en la Legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. Lima: 2013. Editorial Gaceta Jurídica.

SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. "La indemnización en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho, conforme al Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema no tiene carácter de responsabilidad civil contractual sino de equidad y solidaridad familiar". Revista Jurídica Docentía et Investigatio. Facultad de Derecho UNMSM. Vol. 14 N° 02. Lima, Diciembre 2012

MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. "Flexibilización de Principios Procesales e Indemnización o Adjudicación Preferente en el Tercer Pleno Casatorio". En *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, Diciembre de 2010

PRIETO SANCHÍS, Luis, "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales". En: Luis Ortega y Susana de la Sierra (Coordinadores). *Ponderación y derecho administrativo*. Marcial Pons, 2009

VIDAL FUEYO, María del Camino. "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano, 2009

HURTADO REYES, Alejandro Manuel. "Soltando las Rígidias Formas. El Principio de Congruencia Procesal y su Flexibilización en el Tercer Pleno Casatorio". En *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima, Diciembre de 2010

GRANDEZ CASTRO, Pedro. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano". En CARBONNELL, Miguel y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro

(Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional 8. Lima, 2010, Palestra Editores

Links

- <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/05/29/la-acumulacion/>
- <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/LecturaTema-5.pdf>
- <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2396/3/acumulacion%20procesos.pdf>
- <http://www.rae.es/>

Jurisprudencia

- Casación N°4664-2010-Puno. Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0006–2003–AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00045-2004-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03151-2006-PA/TC.