

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Escuela Profesional de Derecho**



**TESIS**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL A FAVOR DE LOS  
MENORES AFECTADOS EN EL DIVORCIO DE PADRES EN  
EL CONTEXTO PERUANO**

Para Optar : El Título Profesional De Abogado  
Autor : Bach. Pereira Ludeña Cesar Pablo  
Asesor : Dr. Montero Yaranga, Isaac Wilmer  
Línea de Investigación Institucional : Desarrollo Humano y Derechos  
Área de investigación : Ciencias sociales  
Fecha de Inicio y de Culminación : 17 octubre 2021 – 15 setiembre 2022

**HUANCAYO – PERÚ**

**2022**

## HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. LUIS POMA LAGOS Decano de la Facultad de Derecho

Mg. Barrera Baldeón Franklin Enrique

Docente Revisor Titular 1

Mg. Gutierrez Perez Augusto Benjamin

Docente Revisor Titular 2

Mg. Orihuela Abregú Alexander

Docente Revisor Titular 3

Mg. Orellana Vicuña Rosmery Marielena

Docente Revisor Suplente

## **DEDICATORIA**

A mi familia, por ser el principal pilar que me motiva a crecer profesionalmente, además de brindarme su amor y un inmenso apoyo durante toda mi vida

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por darme la bendición de la vida, permitirme culminar con mis estudios académicos y llevar a cabo exitosamente mi formación profesional.

A mi familia, por brindarme el apoyo moral que necesité durante la elaboración de este proyecto.

A mis docentes universitarios, por las enseñanzas brindadas a lo largo de mi carrera universitaria.

A mi asesor, por sus constantes retroalimentaciones que hicieron posible que este trabajo de investigación fuera lo mejor posible.

A la Universidad Peruana los Andes, por la formación académica brindada y la excelente plana docente que contribuyó a mi desarrollo profesional

## CONTENIDO

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>ii</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>iv</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>viii</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>ix</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>x</b>
<b>CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA .....</b>	<b>13</b>
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA .....	13
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA .....	15
1.2.1. Delimitación espacial .....	15
1.2.2. Delimitación temporal .....	15
1.2.3. Delimitación conceptual.....	16
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	16
1.3.1. Problema general.....	16
1.3.2. Problemas específicos .....	16
1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN .....	17
1.5. JUSTIFICACIÓN.....	17
1.5.1. Social .....	17
1.5.2. Teórica .....	18
1.5.3. Metodológica .....	18
1.6. OBJETIVOS.....	19
1.6.1. Objetivo general.....	19
1.6.2. Objetivos específicos .....	19
1.7. Importancia de la investigación.....	19
1.8. Limitaciones de la investigación .....	20
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>21</b>
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	21
2.1.1. Antecedentes Internacionales .....	21
2.1.2. Antecedentes Nacionales.....	26
2.1.3. Antecedentes Locales.....	31

2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN .....	31
2.2.1. Responsabilidad Civil .....	31
2.2.2. Menor afectado por divorcio .....	47
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	64
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA .....</b>	<b>66</b>
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica .....	66
3.2. Metodología .....	66
3.2.1. Tipo de estudio.....	67
3.2.3. Nivel de estudio .....	67
3.3. Diseño metodológico.....	68
3.3.1. Trayectoria del estudio .....	68
3.3.2. Escenario de estudio.....	69
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	69
3.3.3.1. Mapeamiento.....	70
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	71
3.10.1. Técnicas de recolección de datos .....	71
3.10.2. Instrumentos de recolección de datos .....	71
3.3.5. Tratamiento de la información .....	71
3.3.6. Rigor científico .....	72
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....</b>	<b>73</b>
4.1. RESULTADOS DEL OBJETIVO UNO .....	73
4.2. RESULTADOS DE LA OBJETIVO DOS .....	76
<b>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS .....</b>	<b>85</b>
5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO UNO.....	85
5.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO DOS .....	86
5.3. DISCUSIÓN DEL OBJETIVO GENERAL.....	88
<b>CAPÍTULO VI: PROPUESTA DE MEJORA.....</b>	<b>93</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>94</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>96</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>97</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>102</b>

MATRIZ DE CONSISTENCIA .....	103
INSTRUMENTOS .....	105
PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS .....	106
PROCESO DE CODIFICACIÓN .....	107
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL.....	110
COMPROMISO DE AUTORIA.....	111

## RESUMEN

La presente investigación identificó como problema que, teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño, este no es indemnizado de ninguna forma cuando sus padres se divorcian, a pesar de que sufre un daño moral inminente puesto que la separación de los cónyuges le afecta psicológicamente. De este modo, se planteó como objetivo general de esta tesis: Analizar la manera en la que la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano. En base a ello, la pregunta general que se ha formulado fue: ¿De qué manera influye la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano? En este contexto de análisis, hemos tomado la investigación desde un enfoque cualitativo, usando la metodología general de la hermenéutica y un tipo de investigación básico o fundamental, que alcanza un nivel correlacional y un diseño de observación. Además, vamos a utilizar la técnica del análisis documental de leyes, códigos, sentencias y libros doctrinarios que inmediatamente después de su selección se agruparan sistemáticamente para procesar a través de la argumentación jurídica todos los datos necesarios para lograr los fines de la tesis. El **resultado** fue que debe indemnizarse al menor que se afecta moralmente cuando sus padres se divorcian. La **conclusión** fue que debe generarse un artículo en el Código Civil que indemnice al menor que sufre daño moral cuando sus padres se divorcian.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, daño, menor de edad, divorcio.



## ABSTRACT

The present investigation identified as a problem that, taking into account the Best Interests of the Child, he is not compensated in any way when his parents divorce, despite the fact that he suffers imminent moral damage since the separation of the spouses affects him psychologically. In this way, the general objective of this thesis was raised: to analyze the way in which civil liability would influence the damage caused to a minor by the divorce of his parents in the Peruvian State. Based on this, the general question that has been formulated was: How would civil liability influence the damage caused to a minor by the divorce of his parents in the Peruvian State? In this context of analysis, we have taken the research from a qualitative approach, using the general methodology of hermeneutics and a type of basic or fundamental research, which reaches a correlational level and an observation design. In addition, we will use the technique of documentary analysis of laws, codes, sentences and doctrinal books that immediately after their selection will be systematically grouped to process through legal argumentation all the necessary data to achieve the purposes of the thesis. The result was that the minor who is morally affected when his parents' divorce must be compensated. The conclusion was that an article should be generated in the Civil Code that compensates the minor who suffers moral damage when his parents' divorce.

Keywords: Civil liability, damage, minor, divorce.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación posee el **título** de “La responsabilidad civil a favor de los menores afectados en el divorcio de padres en el contexto peruano”; de este modo, el **propósito** de la investigación ha sido que los menores de edad puedan recibir un monto de indemnización cuando sus padres se divorcian, puesto que esto genera un impacto negativo en su desarrollo socio emocional, lo cual se traduce en daño moral.

Esto parte de la **problemática** básica de que se suele pensar que los niños son lo más importante de la sociedad; sin embargo, todavía en la actualidad ciertos mecanismos jurídicos no tienen en cuenta la importancia de los niños en la sociedad. Este es el caso de la figura jurídica del divorcio, que planifica una indemnización para el cónyuge afectado, pero nunca para el niño que se afectó emocionalmente por el divorcio de sus padres y que cuyo sufrimiento puede ser interpretado como daño moral. Por esto, la **formulación del problema** es ¿De qué manera influye la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano? También tenemos como **objetivo general**: Analizar la manera en la que la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano.

La presente investigación tiene como **justificación** el hecho de que los niños son constantemente víctimas de una serie de abusos que, por su situación de indefensión, no se conocen, a propósito de que ellos no manifiesten sus malestares. Entonces, se está investigando sobre el daño recibido por los niños justamente para que los doctrinarios puedan influir en la legislación peruana y se genere una indemnización a favor de los niños que sufren daño moral cuando sus padres se divorcian.

En cuanto a la **metodología**, la presente investigación sigue la estructura de una tesis de enfoque cualitativo, siendo el tipo de la investigación una tesis básica; siendo el nivel de la tesis un nivel explicativo; siendo el diseño de la tesis un diseño de teoría fundamentada.

Por lo anterior, la tesis ha seguido la siguiente estructura:

En el Capítulo I, se ha abordado los aspectos generales de la investigación, como la problemática, los objetivos, la delimitación y justificación de la tesis. De forma inmediata, se ha podido desarrollar cada antecedente de la tesis, de tal modo que se ha podido precisar un panorama de generalidad sobre el contexto de la tesis. Después, se ha hecho el marco teórico de la tesis de acuerdo al contenido de las dos variables.

En el siguiente capítulo, se observó la metodología de la investigación, que consigna la forma del desarrollo del trabajo teniendo en cuenta una serie de niveles y tipos de investigación que se centran en la revisión de documentos y elaboración de ciertas fichas de investigación.

Finalmente, se ha podido llegar a la obtención de resultados de la investigación, mediante un proceso didáctico de elaboración de tesis, teniendo lo siguiente:

- La finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil tiene como pilar fundamental el resarcimiento de los daños, razón por la que es congruente brindar a los menores un resarcimiento cuando sus padres se divorcian.
- Se cumple con todos los elementos de la responsabilidad civil cuando dos padres se divorcian, razón por la que tienen que indemnizar a sus hijos.

El siguiente capítulo desarrolla el análisis de los resultados anteriores para someterlos a discusión teniendo en cuenta que la argumentación ha sido a base de la investigación de derecho, para evitar confusiones en el planteamiento.

Seguidamente, se ha consignado las **conclusiones** a las que ha arribado la investigación. Siendo la más relevante:

- Se ha podido comprobar que la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil es idónea para retrotraer en todo lo posible la situación del menor a como era previo al daño. Por esto, se señaló que el *indemnere* es perfecto para resarcir al menor

De igual modo, se generó ciertas recomendaciones para que la tesis tenga un alcance académico.

Es deseo del tesista, por el trabajo vertido, que la tesis pueda servir con fines académicos y de aplicación inmediata, para que nuestros legisladores puedan regularizar una situación que no se halla acorde a la lógica requerida.

## **CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1.DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

Cuando hablamos de niños, tenemos que partir reconociendo su fundamental importancia. No ha sido, pues, un hecho fácil el que en la actualidad se hable de un Interés Superior del Niño. Si bien en la Edad Antigua y la Edad Media, los niños eran menospreciados, a tal punto que no gozaban siquiera de derechos básicos como el acceso a la salud o a la educación, en la actualidad, es impensable que un niño no goce de los mismos derechos que los adultos, e incluso otro tipo de garantías o derechos que les son propios por su condición de niños.

Habiendo reconocido la fundamental importancia de los niños, tenemos que ser conscientes de que todas las legislaciones en el mundo deben salvaguardar los intereses de los menores privilegiándoles en cualquier situación en la que estos estén involucrados. Claramente, el Interés Superior del Niño contiene la necesidad de que, cada vez que un niño se encuentre envuelto en una situación jurídica, se salvaguarde sus intereses y se le otorgue todo tipo de facilidades.

En el caso del derecho de familia, el niño debe cobrar aún mayor importancia, puesto que es el principal involucrado en el núcleo familiar. En concordancia con este hecho, existe garantías como la pensión alimentaria que otorga la posibilidad de que el niño goce de una vida digna.

Debido a que en la actualidad se observa más y más casos de divorcios, a tal punto de que es muy común que una pareja se divorcie, debemos tener en cuenta que no son solo los cónyuges los únicos implicados en el fenómeno jurídico del divorcio. Cuando dos personas toman la decisión de poner fin a su vínculo matrimonial, también los niños se ven afectados por este hecho, razón por la cual es imprescindible que la legislación otorgue un espacio para

cualquier tipo de afectación que pueda sufrir el menor cuando sus padres se divorcian. Así, es afán de la tesis analizar la forma en la que debería indemnizarse a estos menores afectados, razón por la cual se recurre a la responsabilidad civil para el análisis del fenómeno.

El problema de la investigación, en términos exactos se concentra en que todo niño que presencia el divorcio de sus padres sufre aflicciones que encajan perfectamente en el fenómeno de daño moral. Cuando los padres de un menor se separan, el niño sufre de episodios de depresión, ansiedad, rabia, estrés, sufrimiento moral y hasta traumas psicológicos. Entonces, todos estos sentimientos y emociones que el niño experimenta afectan directamente a su desarrollo social, emocional e incluso cognitivo, puesto que muchos niños terminan teniendo problemas que se proyectan en el largo plazo. Entonces, es evidente que los niños experimentan daño moral cuando sus padres se divorcian; sin embargo, en toda la legislación del Código Civil peruano, únicamente se observa indemnizaciones por responsabilidad civil para favor de los cónyuges. Esto significa que la legislación peruana indemniza a los padres que se han divorciado (en específico al padre inocente por la separación) y desampara al menor, puesto que este, como tal, no tiene una protección específica. Esto denota claramente un vacío en la legislación, puesto que es pilar fundamental del derecho que cuando alguien sea lesionado en sus derechos, la norma debe brindar una solución inmediata.

Esta solución inmediata se observaría en el caso de que el Código Civil peruano ordenara la indemnización a favor del menor cuyos padres se han divorciado, sin embargo, esta figura es inexistente, puesto que se tendría que derivar, de manera forzada, de la responsabilidad civil extracontractual, cuando realmente se desprende de los deberes de los padres de cuidado psicológico y moral de sus hijos. Entonces, el fin principal de la tesis es rellenar este vacío legal de indemnización a los niños cuyos padres se divorcian.

En caso de que este vacío legal persista, lo que se estaría ocasionando sería que más y más niños sean afectados en su aspecto psicológico cuando sus padres se divorcian y no tengan

a cambio ningún tipo de reparación por parte del Estado, lo cual reflejaría una clara desprotección y desinterés estatal y una escasez de preocupación por el futuro de los niños que se afectan por esta problemática real.

Por lo expuesto es que nosotros, los tesisistas, formulamos la siguiente pregunta de investigación: ¿De qué manera influye la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano?

## **1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Delimitación espacial**

La presente tesis está limitada espacialmente a la ciudad de Huancayo, puesto que la tesis, al tener un enfoque cualitativo, y ser de enfoque dogmático, no requiere más que recurrir a la utilización de libros, artículos de investigación y otros documentos que sostengan doctrinariamente al tema escogido. En este sentido, para ello no se tendrá que salir de la ciudad. Por otro lado, la tesis no tiene un contexto sociológico, como fuera el caso de analizar el fenómeno dentro de un juzgado o alguna otra institución pública, sino que el fenómeno será analizado desde la óptica del Código civil peruano, que tiene aplicación en todo el Perú.

### **1.2.2. Delimitación temporal**

La presente investigación ha sido desarrollada durante el año 2021. Por esta razón, se dirá que la tesis tiene una extensión desde el mes de enero del 2021 hasta el mes de diciembre del mismo año. La tesis analizará documentos bibliográficos que se hayan obtenido a lo largo del 2021, razón por la que la delimitación temporal es dentro de este año.

### **1.2.3. Delimitación conceptual**

La presente tesis está enmarcada dentro del positivismo jurídicos, puesto que lo que se pretende finalmente es la modificación normativa para que los menores reciban resarcimiento cuando sus padres se divorcian. De manera más específica, la tesis se enmarcará dentro de los conceptos jurídicos siguientes:

- Responsabilidad Civil
- Divorcio como parte del derecho civil
- Derechos fundamentales del menor
- Interés Superior del Niño

## **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.3.1. Problema general**

- ¿De qué manera influye la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano?

### **1.3.2. Problemas específicos**

1.3.2.1. ¿De qué manera influye la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano?

1.3.2.2. ¿De qué manera influyen los elementos de la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano?



## **1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN**

Como se ha observado que existe un vacío legal para cubrir la indemnización a favor de los menores que se han visto afectados cuando sus padres se divorcian, puesto que se genera un daño moral en su perjuicio. Entonces, lo que la tesis está buscando es disminuir el daño moral que sufren estos niños. No es de nuestro interés inmiscuirnos en la discusión sobre si la indemnización por daño moral realmente resarce al afectado, sino que estamos tomando como punto de partida asumir que la forma en la cual el derecho actual reacciona frente al daño moral es a través de la indemnización por responsabilidad civil. Entonces, adecuándonos a esta realidad actual, lo que busca la presente investigación es inspirar la reflexión de los legisladores de tal modo que puedan generar una ley cuya finalidad sea la de regular la indemnización por daño moral a favor de los menores cuyos padres se divorcian.

## **1.5. JUSTIFICACIÓN**

### **1.5.1. Social**

Los principales afectados cuando dos cónyuges toman la decisión de divorciarse, o se divorcian por causal de sanción, son sus hijos. Por esta razón, esta tesis tiene como principales benefactores a los niños, quienes, una vez la presente tesis sea escuchada, se beneficiarán con un monto indemnizatorio en caso de que sus padres se divorcien.

Esto quiere decir que el grupo de la sociedad que se beneficia con la presente investigación es el conformado por los niños cuyos padres se divorcian, puesto que, con la presente se va a demostrar que debe crearse una ley que permita la inclusión en el código civil del “Derecho de indemnización por daño moral a favor del menor cuyos padres se divorcian”, lo cual impacta positivamente en los niños, puesto que reciben un monto dinerario como resarcimiento.

### **1.5.2. Teórica**

Además, esta investigación también es trascendental en el ámbito teórico, puesto que, teniendo en cuenta que se otorgará mayor espacio a los niños dentro de la legislación peruana, la comunidad académico jurídica tendrá en cuenta con mayor énfasis la relevancia de los niños al momento de legislar o regular un instituto jurídico. Esto quiere decir que los legisladores tendrán una herramienta académica que sirve como base para mostrar su interés y preocupación por los niños cuyos padres se divorcian. En la actualidad, la doctrina jurídica todavía no ha cubierto en la normativa peruana del Código Civil qué pasa con aquellos niños cuyos padres se divorcian. Se ha hablado de la tenencia, de la tutela, de la curatela y otros fenómenos; empero, no se ha hablado del daño moral que sufren los niños cuando sus padres se divorcian. Entonces, la presente investigación va incrementar la doctrina existente sobre el daño moral a los niños cuyos padres se han divorciado, y de este modo, se genera una contribución doctrinaria, pero también una inspiración para que los legisladores regulen este fenómeno en el Código Civil peruano.

### **1.5.3. Metodológica**

La tesis no presenta ninguna forma innovadora para llevar a cabo una investigación, razón por la que sería falaz la consignación de una nueva metodología. Sin embargo, la tesis no ha seguido el patrón regular de las investigaciones cualitativas, que usualmente se basan en experiencias individuales de los entrevistados, sino que se ha innovado en el sentido de que se ha estructurado los argumentos de la investigación en base a la doctrina misma, procurando el mayor nivel de objetividad posible. Para esto, se ha utilizado a la argumentación jurídica con fuerte base en la lógica argumentativa, de tal modo que los argumentos presentados sigan una secuencia lógica de premisas y conclusiones, para que posteriormente se pueda replicar esta metodología en otras tesis de derecho.

## **1.6. OBJETIVOS**

### **1.6.1. Objetivo general**

- Analizar la manera en la que la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano.

### **1.6.2. Objetivos específicos**

1.6.2.1. Analizar la manera en la que la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano.

1.6.2.2. Analizar la manera en la que los elementos de la responsabilidad civil influyen en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano.

## **1.7. Importancia de la investigación**

La tesis es, en extremo, relevante, y hasta crucial en el sentido de que se está hablando de un grupo poblacional vulnerable y que se protege especialmente por el principio del interés superior del niño.

Los menores son el eje de la sociedad, razón por la que es importante tutelarlos cuando sufren una afectación o daño. Esto significa que toda la investigación está enfocada en beneficiar a los menores cuyos padres se divorcian.

Es de suma importancia que los legisladores presten atención a los niños que están siendo obstaculizados en su desarrollo emocional y cognitivo, y más aún cuando esto no es su culpa, sino la de sus padres.

Entonces, es completamente relevante que esta investigación sea realizada para que se pueda comprender más en la doctrina sobre la indemnización por daño moral a favor de menores que se afectan emocionalmente por el divorcio de sus padres, pero, sobre todo, es importante porque cuando la presente investigación sea aprobada y publicada, otros investigadores podrán profundizar en su contenido, y los legisladores podrán utilizar esta información para promover una ley que indemnice a los menores cuyos padres se divorcian, rellenando este vacío legal que no había advertido el Código Civil peruano.

### **1.8. Limitaciones de la investigación**

Una de las limitaciones más grandes que ha experimentado la presente investigación es el hecho de que cuando se habla de una indemnización por daño moral a favor de los menores cuyos padres se divorcian, esto puede ser aparentemente cubierto por la responsabilidad civil extracontractual, en tanto no hay una relación contractual entre los padres y el menor afectado, razón por la que se puede hablar de que el menor puede indemnizarse bajo estos términos y reglas; sin embargo, aunque no existe una relación contractual entre los padres y sus hijos, sí existe una relación de obligaciones, puesto que los padres tienen una serie de deberes y obligaciones frente a sus hijos, entre los cuales se encuentra el deber de cuidar la salud mental y estabilidad emocional del menor, además de velar por su desarrollo en todos los ámbitos de su vida, de acuerdo al Interés Superior del Niño.

Por esto, es imprescindible que se hable de una responsabilidad civil en específico para este fenómeno y que no sea solo un instrumento accesorio de la responsabilidad civil extracontractual. Entonces, aunque esta limitación sea doctrinaria, la manera en la que se supera es haciendo prevalecer el Interés Superior del Niño antes que la metodología legislativa de la responsabilidad civil.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

#### 2.1.1. Antecedentes Internacionales

Se halló la investigación (tesis) defendida por Pastor (1995), intitulada “La responsabilidad civil del tutor y curador por los delitos de los interdictos que se hallen bajo su autoridad”, sustentada para optar el título de Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional autónoma de México. Las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- Debe reconocerse el que la ilicitud de un acto no solo implica el presente de la responsabilidad extracontractual, sino también la presencia de un caso de responsabilidad con fines penales, puesto que las finalidades y los elementos propios de cada responsabilidad tienen el fin de sancionar la conducta.
- Debe señalarse el que la responsabilidad propuesta por el tutor o curador del menor se declara en base a interdicciones por la comisión de delitos, teniendo en cuenta las deficiencias mentales que se tienen, dejando de lado la responsabilidad por actos, tal cual se ha señalado la exclusión de la responsabilidad de carácter penal, teniendo al estado de comprensión de la licitud del carácter y los actos. Es así como se concluye que todos los enfermos mentales se identifican en base a excepción de responsabilidad, teniendo la aplicación de medidas seguras que nose base en la pena, de forma civil, teniendo a los actos de tutela y obligaciones de reparación propias de la responsabilidad penal.

Otra investigación (tesis), defendida por Rabasa (2015), intitulada “La responsabilidad civil derivada del delito: víctimas, perjudicados y terceros afectados”,

sustentada para optar el grado de Doctor por la Universidad de Alicante. Se administró las siguientes conclusiones:

- Teniendo en cuenta que una fuente de obligaciones se desprende del delito mismo, como señala el Código Civil, entonces la responsabilidad de carácter civil se basa en el daño derivado de infracciones de carácter penal, con la generación de obligar el resarcimiento, existiendo una relación inevitable entre la responsabilidad civil y penal. De este modo, es relevante que se tipifique penalmente el hecho, razón por la que el ordenamiento en México se puede ejercer a través de la vía civil en la acción de delitos, puesto que ejecutar los hechos legales como delitos genera la obligación de reparación según la ley los perjuicios que se hayan causado. Estas acciones previas al delito se ejercen en base a procesos penales, no dejando de lado la parte civil, razón por la que generalmente se considera la aplicación de ciertos principios propios del proceso civil, como señala la jurisprudencia.
- En el momento de ejercicio de las acciones civiles, se tiene un precedente en el proceso de forma penal, teniendo a la incidencia con base en las resoluciones de dictamen. Entonces, no se trata de efectos iguales en las sentencias declaradas donde no existen hechos, teniendo autos de sobreseimiento que quedan exentos porque no se posean indicios, puesto que se comete, de todas formas, archivos y sobreseimiento porque no se ha constituido delito. También puede tratarse de sobreseimiento de provisión, puesto que no existe suficiente justificación en la perpetración del delito, sobre todo cuando la sentencia no se justifica en lo absoluto, porque no se tiene suficientes pruebas para la autoría del delito. Entonces, se genera ciertas formas en las que se extingue la responsabilidad penal, porque las sentencias penales ya han optado por no pronunciarse en base a la responsabilidad civil,

generando el ejercicio conjunto de la acción civil o penal, incluso cuando la responsabilidad civil se alega como excepción definitiva.

Como investigación internacional se tiene a la tesis defendida por Ochoa (2012), intitulada “El divorcio y su influencia en el rendimiento académico en estudiantes de segundo año de bachillerato”, sustentada para optar el grado académico de Psicóloga educativa y orientadora vocacional por la Universidad de Guayaquil. El análisis de dicha investigación fueron las siguientes conclusiones:

- Es necesario identificar la relación que existe entre el fenómeno del divorcio y la forma en la que académicamente rinden los estudiantes en la parte del bachillerato.
- Incluso cuando en la actualidad el divorcio esté referido a situaciones habituales, se genera la no conformidad y la diversidad de conflictos en la parte estudiantil, teniendo en cuenta los perjuicios generados para los estudiantes, sobre todo teniendo la protección de la salud mental.
- De esta investigación, también se puede señalar que cada estudiante tiene diversos problemas en la familia, puesto que los hijos usualmente son una situación de mediación en conflictos que no les pertenecen, generando precauciones que no previenen los riesgos ni siquiera emocionalmente.
- Finalmente, se observa al divorcio como una generación de inestabilidad sentimental, no solo en los padres, sino también y principalmente en los hijos, lo cual se proyecta a su rendimiento académico.

Como siguiente tesis internacional tenemos la investigación de Gonzáles (2015), intitulada “Consecuencia del divorcio en la niñez y la adolescencia, desde la perspectiva de los alumnos en la ciudad de San Pedro Sula, Cortes, Honduras”, sustentada para optar el título de Magister en psicología con categoría en ciencias, por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Las conclusiones de dicha investigación fueron las siguientes:

- De acuerdo a la investigación, se cumple con cada objetivo que se plantea, puesto que se describe cada consecuencia en el divorcio, en perjuicio de los menores y los adolescentes que presencian este fenómeno, por lo que se ha logrado analizar e interpretar la información, a través de la utilización de la herramienta de SPSS, por lo que se logró cada objetivo.
- En medio de las consecuencias que se observan por cada adulto en el nivel de conducta, se puede concluir que la mayoría de niños y jóvenes presentan periodos en los que lloran de manera desconsolada, puesto que se tiene conductas de regresión, lo cual se ha intensificado con exageración en base al comportamiento del contacto del cuerpo con el padre que conserva la guarda, desarrollando rituales de manera previa al sueño, presentando comportamientos agresivos hacia los hermanos o compañeros en los estudios.
- Cuando se observa cada consecuencia afectiva o sentimental, se puede concluir que el adulto observa en los menores y adolescentes expresiones de rabia cuando sus padres se divorcian, así como se ha acompañado ello de tristeza una vez superado el divorcio; asimismo, se ha podido experimentar ansiedad, culpa y nostalgia en fechas de carácter especial.
- Dentro de los rangos en los que se habla de consecuencias interpersonales, se puede concluir que cada adulto ha observado en los niños y los adolescentes una serie de dificultades para la relación con diversas personas una vez que han adquirido conciencia del divorcio de sus padres, puesto que sienten miedo al rechazo por parte de sus pares, generándose quejas por la pérdida de amigos una vez terminado el divorcio.
- Cuando se evalúa el nivel cognoscitivo, se ha podido observar que los menores cuyos padres se han divorciado han sentido preocupación con respecto de su futuro,



puesto que se concentran tanto en el divorcio de los papás, que pierden el foco sobre su propio futuro, naciendo así pensamientos irracionales como miedo a la muerte de los padres o miedo porque estos lo abandonen, generando una preocupación para el rechazo.

Como tercera tesis internacional tenemos la investigación de Gahona & Willatt (2006), intitulada “Separación conyugal y los efectos en el desarrollo psicosocial de los hijos adolescentes”, sustentada para optar el grado de licenciado en trabajo social, por la Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Así, las conclusiones fueron las siguientes:

- Se ha podido llegar a concluir que separar la situación de generación de cambios en la vida de la persona en cuanto a los aspectos de afecto, sociedad, economía, sobre la pareja de las personas lleva a un periodo de duelo inevitable, sufrimiento que depende de cuanto se ha esperado de la otra persona, pero que ha terminado en fracaso, de tal modo que se genera una serie de sentimientos de culpa que se enfrentan de forma ineludible. Es por ello que se debe mencionar a la separación como una medida en la que los periodos críticos afectan a la estructura y la forma en la que funciona la familia, generando de esta forma una ruptura de los cónyuges, afectando a los hijos dentro de la familia.
- Se puede concluir en base a la investigación que la característica principal que se observa dentro de la adolescencia y la familia del adolescente tiene consecuencias que se presentan de inmediato, después de que los padres se han separado, puesto esto genera, de manera necesaria un fenómeno monoparental, lo que significa que la mujer o el varón deben quedarse solo con los hijos. Entonces, esta nueva forma de familia genera un nuevo liderazgo en la misma, identificando una forma de empobrecerse teniendo en cuenta los ingresos de la madre que suelen ser escasos.

- Esta situación puede conllevar al hecho de que la mujer se incorpore al campo de trabajo, originando inseguridad, angustia y confusión en los menores, disminuyendo también la atención que se le presta a las personas, por lo que los conflictos surgen a partir del abandono de la casa.
- En ciertas circunstancias, el que los padres se separen generan traumas para los menores, pero también para los padres, puesto que se genera una experiencia de pérdida que desestabiliza a la familia, de tal modo que se señala dentro del estudio que la separación usa mecánicas que no se basan en el diálogo, generando confusión para los roles de los padres, desorganizando la familia, y con esto, haciendo surgir más y más conflictos a propósito de que la pareja no solucionó sus conflictos interpersonales mediante la observación de cada modelo en la adultez, señalando crisis frente a la separación, impactando de manera directa en la percepción de los hijos.

### **2.1.2. Antecedentes Nacionales**

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis por Rangel (2015), intitulada “El “daño a la persona” en materia de responsabilidad civil extracontractual. especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar”, sustentada para optar el título profesional de Abogado, por la Universidad de Piura, la cual tuvo las siguientes conclusiones:

- Los investigadores han afirmado que los daños moral y material son regulados por el Código Civil, siguiendo una tradición de Francia en cuanto al daño. Es por ello que no se confunde ninguna categoría a través del uso del nombre de daño al patrimonio, no patrimonio o extrapatrimonio, puesto que esta mecánica se desprende más bien de Alemania e Italia.

- El empleo del término de daño a la persona, en cambio de que se use el tradicional daño moral, resulta ocioso, puesto que su resarcimiento es el mismo, fuera del que indemniza al proyecto de vida.
- Si se recuerda el que aparece el concepto de daño para la persona, se tiene que recurrir de manera necesaria a Sessarego, puesto que cuando estuvo en Italia profundizó en esta doctrina, elaborando argumentos que luego se harían parte de la perspectiva peruana. No obstante, cuando se trae esta conceptualización al plano peruano, se tiene una influencia determinada de Italia, lo cual se especifica únicamente cuando se continúa con el estudio y no solo se basa ello en críticas.
- Dentro de la motivación para que no se adopte las conceptualizaciones de daño al proyecto de vida, no se obtiene seguridad, puesto que no se puede generar una valorización en montos dinerarios. Toda persona no puede hacer los valores del sufrimiento o del dolor, puesto que son sentimientos que gozan de mucha subjetividad, razón por la que no se pueden cuantificar, de modo que no se tiene una perspectiva de la Constitución, sino una completamente distinta.

También se tiene a la investigación desarrollada por Ortiz (2017), intitulada “Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio”, sustentada para optar el título de abogado por la Universidad de Piura. Las conclusiones obtenidas fueron:

- La responsabilidad civil dentro del derecho familiar no representa responsabilidad civil de carácter extracontractual ni aquella que deviene de la inejecución de obligaciones, se trata más bien de un nuevo tipo que se da como respuesta a la característica delimitada en la naturaleza de especificidad de derecho de familia.

- El daño moral dentro del derecho de familia puede ser proyectado como daño al proyecto de vida, el que implica recortes y los fracasos inherentes al provenir mundial.
- Se indemniza como pretensión al fundamento de que un hijo que sufre daño, debe ser reparado por la voluntad precedente en los padres de familia en el momento de la separación.

Otra investigación (tesis) elaborada por Mariños (2016), intitulada “Criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la responsabilidad civil a nivel del ordenamiento civil peruano”, sustentada para optar el título profesional de abogada por la Universidad Privada Antenor Orrego, la cual tuvo las siguientes conclusiones:

- Se tiene que la actualidad impera en base a mecanismos de modernidad que fundamentan al daño que sufre una persona, razón por la que el resarcimiento se convierte en el lado objetivo de este fenómeno, teniendo al daño como aquella modalidad que pretenda la unificación de sistemas en el contexto peruano de responsabilidad.
- Se denomina a la responsabilidad civil como una base de sustitución por la teoría de los daños, que se centra en el cuidado de la persona humana antes que el responsable por un determinado daño, de tal modo que se genere una preocupación sobre la magnitud y lo que resulta como consecuencia de los daños, sufriendo para evitar que se indemnice de forma irresponsable.
- La teoría de daños está en un nivel responsable de los contratos o de la responsabilidad que se deriva de una forma extracontractual, razón por la que es justificable la unión de estos dos sistemas.
- De lo anterior, se proporciona una perspectiva que lucha por unificar a los sistemas en la teoría de daño, puesto que metodológicamente se podría uniformar aspectos

de vital importancia, teniendo como un modo accidental a la generalización y regulación de aquellos que es particularmente importante para que se unifique la responsabilidad civil como tal.

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis elaborada por Maita (2016), intitulada “Divorcio de los padres e inteligencia emocional en estudiantes de primer semestre de la Universidad Adventista de Bolivia 2016”, sustentada para optar el grado académico Magister en Ciencias de familia con mención en terapia familiar, por la Universidad Peruana Unión la cual tuvo las siguientes conclusiones:

- Se puede identificar como el primer punto de este segmento a la relación que se genera entre la inteligencia de las emociones que se basa en en modelo de *Rho Spearman* reporta un coeficiente de correlación =  $-.289$  y valor =  $0.009$ , donde  $p < \alpha (0.05)$ , obteniéndose un modelo de correlación inverso y significativo, por lo que el divorcio de los padres genera un impacto negativo en la inteligencia emocional de los menores que sufren afectación a propósito de esto.
- Ahora, cuando se habla sobre el divorcio como parte de la relación en la inteligencia de emociones intrapersonales en los estudiantes de la universidad que se ha evaluado, se recurre a la estadística propia del *Rho Spearman* reportando un coeficiente de correlación =  $-.213$  y  $p\_valor = 0.045$ , donde  $p < \alpha (0.05)$ , por lo que se tiene un modelo correlacional inverso y significativo, porque el problema de los divorcios se agrava y la inteligencia intrapersonal de los menores disminuye.
- Cuando los padres de los menores se divorcian, se puede identificar que los estudiantes en el caso de la universidad que se ha estudiado se relacionan de manera inversa y significativa, puesto que los resultados estadísticos arrojan lo siguiente: *Rho Spearman* reporta un coeficiente de correlación =  $-.380$  y  $p\_valor = 0.001$ , donde  $p < \alpha (0.05)$ , cuya correlación es inversa y significativa.

Como investigación en el ámbito nacional hacemos referencia a la tesis elaborada por Valencia (2018), intitulada “Situación Socio-Jurídica Del Divorcio y el perjuicio causado a los niños y adolescentes”, sustentada para optar el grado académico de Doctor en Derecho, por la Universidad Nacional Federico Villareal, la cual tuvo las siguientes conclusiones:

- Una vez que ya se ha podido realizar cada encuesta, se ha podido observar que el 80% en frente de un 20% de quienes se ha podido encuestar se basan en que Perú legisla en una relación del divorcio referida a proteger a los niños y a los adolescentes, teniendo como hecho que las políticas de propiedad deban contrarrestar al divorcio, sin una afectación negativa a la forma en la que los niños y adolescentes se desarrollan.
- En los casos en los que el vínculo entre la sociedad y el derecho con respecto del divorcio se enfrente a una forma directa para los daños que se generaron a los niños y los adolescentes como consecuencia de que sus progenitores se separaron, se puede generar una afectación directa para el comportamiento de los menores, por lo que el daño emocional impacta no solo en el corto sino en el largo plazo.
- Sobre el contexto de la sociedad y el derecho con respecto del divorcio, se tiene un vínculo fuerte entre los niños y los adolescentes, sobre todo en aquellos casos en los que se evalúa el crecimiento y se puede ver desarrollo en los términos volitivos y de evolución.
- De forma básica, se rompe dentro de la pareja la afectación directa para los niños y los adolescentes en cuando a las formas de desarrollarse en extremos biológicos, psicológicos y de afecto social, con dirección a los contextos que hayan podido influir de manera negativa, puesto que se puede tener como consecuencia final a la delincuencia o la drogadicción.

### **2.1.3. Antecedentes Locales**

No se ha podido encontrar antecedentes locales.

## **2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2.2.1. Responsabilidad Civil**

#### **2.2.1.1. Aspectos Preliminares**

Con inspiración en el principio de no generación de daño generalizado no se causa en base al daño, puesto que antes de la responsabilidad se comprendió un grupo de reglamentos que hacían real la disciplina, obligando al resarcimiento del daño ocasionado, lo cual se legisló desde el Código de Hammurabi, Ley de las XII tablas, ley de aquilia, y demás cuerpos normativos que instauran a modo de sanción el deber de reparo frente a los daños.

Se tiene como ejemplo la represión en los daños que se denominan *damnum iniuria datum*, donde la fecha es desconocida, pero es previa a Cristo, tiempo de dicto de plebiscito que contenía a la ley aquilia, la misma que establece que el causante de un daño consiste en otorgar el doble de los casos negativos o de desconocimiento y procedes en base a la época. Entonces, esta acción se prevee como un objetivo que se calcula en base al deterioro o la destrucción (Bustamante, 1986).

Es base a ello, puede mencionarse que el siglo XIX sirvió para comprender la responsabilidad civil como aquel instituto del derecho en el que se tiene la finalidad de otorgar indemnización a propósito de los daños que se causan de forma voluntaria o dolosa, y que además busca el impedimento para lucro con el responsable de un daño (Osterling, s/f).

Incluso cuando la responsabilidad civil como instituto se ha originado en la actividad del hombre, es cierto que ningún humano está exento de que sus partes de la vida en las que hay tranquilidad y paz, también sucedan fenómenos o eventos que le generen daño, de tal modo que puede ser tragedia y fatalidad sucesos que invadan su vida tranquila. Por esto el derecho actúa respondiendo a través de la responsabilidad civil.

### **2.2.1.2. La responsabilidad como fenómeno humano**

Son muchos los comportamientos que generan en el hombre a lo largo de su vida conocimiento o desconocimiento sobre los sucesos propios de la realidad, por lo que es un hecho inevitable el que, en ciertos momentos de la vida, la paz y el sosiego puedan ser interrumpidos por tragedias o eventos fatales generadores de daño.

De la forma en la que Vidal (s/f) ha mencionado, todos los seres humanos, en sus relaciones intersubjetivas se han expuesto a la probabilidad de que sean responsables por algún daño que forma parte de su vida en sociedad.

En base a ello, no puede tratarse de un error el reconocimiento de que todo daño forma parte de la vida diaria, por lo que se precisa que los eventos de daño no significan responsabilidad en sentido extenso, pero tampoco debería pensarse que se debe desentender el derecho de lo que no merezca indemnización, sino que hay una carga que recae sobre el sujeto.

León (2016) desarrolla un análisis sobre la figura de la responsabilidad civil en cuanto a su naturaleza epistemológica, señalando que el resultado de los juicios, análisis o estudios de la responsabilidad en sentido estricto, solo se puede logra a



través de la jurisdicción, logrando determinar cada consecuencia de los daños que han sucedido, procurando que se reparen en base a la damnificación y resarcimiento.

Es por ello que se precisa que se pueda distinguir la naturaleza del daño que afecta desde una persona, puesto que no puede indemnizarse a alguien que se ha dañado a sí mismo, cuando sucede lo contrario en los casos en los que el daño fue hacia un tercero.

Entonces, se tiene como una lógica taxativa la afirmación de que, en el comportamiento que haya generado daño en perjuicio de otro, sea ello por acción o por omisión, se tiene un panorama de responsabilidad, puesto que se tiene que brindar una indemnización por la conducta culpable.

Por esto, al hablar de responsabilidad, debe ella entenderse como su antecedente sintáctico, que señala que la responsabilidad se desprende de *spondere*, que significa la promesa o compromiso de constreñirse en forma de deudor (Vidal, s/f, p. 389).

De este modo, es necesaria la respuesta que tenga la finalidad de recuperación o restablecimiento para equilibrios de originalidad en los que existe una doble posición, donde las formas de responsabilidad civil en el experimentar humano se escribe como un presupuesto que rompe el equilibrio y las necesidades de recomponerse (Leysser, 2016). Entonces, cada quien puede actuar y dejarse conducir en un sentido en el que se evite la generación de daño en perjuicio de otros.

Así, se tiene como una responsabilidad ética el hecho de que se reproche o se reprecanda de las conductas, sin que exista como medio el vínculo que conecta la invisibilidad de acción y omisión para los hechos que suceden. Estos reproches prueban el fuero de moralidad responsable, con la espera de que se enmiende la

acción, el arrepentimiento o se invade sentimientos o remordimientos para arrepentirse.

### **2.2.1.3. Responsabilidad jurídica**

Debemos reflexionar sobre el hecho jurídico que antepone una situación que se preocupa porque el sujeto de derecho se establezca en base a una diversidad de sujetos que se relacionan con un grupo de bienes que concuerdan con la jerarquía normativa.

León (2016) confirma lo que se señaló, mencionando que el espectro ubica al derecho de subjetividad y el de potestad o facultad, una forma de expectativa y de interés en legitimidad, que se trata de una situación jurídica activa, y, por otro lado, un deber de derecho cuya finalidad de sujeción sea la de responsabilizar las situaciones no activas.

En este sentido, se concuerda con enfoques de sujetos de responsabilidad que se comportan en base a asumir lo que se prevé por la norma de derecho, atendiendo la comprobación de presupuestos.

### **2.2.1.4. La Responsabilidad Civil**

Sobre la responsabilidad civil, hay múltiples definiciones que son admitidas; por ejemplo, León (2016) los clasifica de la siguiente forma:

- a) Se ha podido evidenciar que la responsabilidad llega a ser un instituto del derecho de privados, puesto que se tiene un sistema ordenado de reglas y mecanismos que hacen posible que el evento de daño no afecte la naturaleza

propia de establecer un estatus quo que ya existía antes de que suceda el daño o la realidad sea alterada.

- b) Se ha observado la obligación con base en el compromiso de compensación de los daños atribuidos a quien tiene el cargo de las normas y el derecho mismo.
- c) Se ha observado que llega a ser un área de estudio que contiene un análisis de conceptos y de evidencias empíricas de cada precepto que resarce daños de la responsabilidad civil misma (p. 32-33).

En el contexto peruano, cuando se habla de este fenómeno de estudio, se refiere con uniformidad a la responsabilidad por contratos o la que no deviene de contratos, lo cual ha sido consecuencia de diferenciar la experiencia de Italia y de Francia, donde la responsabilidad civil ha sido limitada a solo aspectos extra contratos.

Cada uno de los objetivos que persigue este fenómeno de la responsabilidad civil como una institución del derecho o de la antropología misma, sucede porque existe efectos hacia las sentencias que hacen obligatorio el resarcimiento, de modo que hay injerencia en cómo los individuos se comportan.

Tras entender al a responsabilidad civil como una herramienta que tutela a las personas, estamos de acuerdo con León (2016):

La responsabilidad civil tiene como misión resarcir a los damnificados, y el resarcimiento persigue: Fines de desincentivo contra acciones riesgosas; fines de incentivo para buscar prevenir ciertos comportamientos que puedan causar daño y fines de sanción para quien daña, con el fin de enmendar y corregir su conducta (p. 35).

En la misma línea, sobre la responsabilidad civil Rodota y Morales citados por Espinoza (2007) alegan que “(...) la responsabilidad civil como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado (...)”. (p. 46); dicho de otro modo, se observa que, teniendo una diferencia en la actual y la anterior forma de definir, se tiene un instituto que se extiende a la sanción de la indemnización cuando se genera un daño en perjuicio de otros, por lo que no se asume la autoría, sino que se deja abierta la posibilidad de que exista terceros involucrados, por lo que se habla, con necesidad, de ejemplos en casos de lesiones culposas, que se ocasionan por el individuo, cuando maneja un vehículo y ello conlleva al atropello de las personas, teniendo como autoría del delito en quien responda penalmente para que el vehículo en sí mismo sea el encargado de la indemnización.

#### **2.2.1.5. Resarcimiento e indemnización**

Es muy cierto que en el contexto peruano no se tiene ninguna diferencia nítida entre términos de resarcir e indemnizar, lo cual corresponde más bien a los juzgados o a la jurisprudencia, quien limita el alcance.

Como tal, esto no es un impedimento para emprender su desarrollo; así en el artículo 1985 del C.C. prescribe:

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...).

Por tanto, respecto a la responsabilidad civil, Maiorca c.p. Leysser (2016) escribe:

(...) al desarrollo prestado, con la claridad que se observa en la ley especial, dispuesta a los reglamentos y obligaciones de indemnizar, pero no de resarcir, esto es, aquellas medidas que tienen la finalidad de hacer posible de evasión una desventaja para quien tiene la titularidad de la obligación, de tal modo que se haga ganar ventajas a favor de quien está obligado (p. 36).

En base a lo señalado, se resalta figuras de interés para la investigación, como las que siguen:

- a) la indemnización por despido arbitrario previsto por el D. S. N° 003-97-TR (art. 34° y 38°);
- b) También la indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho, el mismo que lo encontramos en (art. 345° C. C.);
- c) Así como la indemnización por ruptura de esponsales que está previsto en (art. 240° C. C.).

Del ejemplo anterior, se observa como común denominador a aquella obligación de indemnización que se concreta con especificidad, por lo que se responde civilmente por todos los hechos.

Asimismo, es pertinente citar lo previsto en el artículo 1332 del Código Civil contempla lo siguiente: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa”.

#### **2.2.1.6. Elementos de la Responsabilidad Civil**

##### **A. La Antijuricidad**

De forma tradicional, se concibe que la conducta opuesta al derecho es aquella que contraviene la norma encargada de la prohibición, Taboada (2013) observa: “(...) la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daño y dar lugar a la obligación legal de indemnizar (...)” (p. 37); dicho de otro modo, se llega a la indemnización de conductas que llegan a tener tipicidad, pero que son contrarias a todo lo que señala el derecho, es más, conteniendo a la responsabilidad como factor de indemnización frente a conductas contrarias al derecho, esto es, aquellas que no se contienen en un dispositivo normativo, por lo que se tiene conductas que se hacen parte de la responsabilidad fuera de los contratos.

Es un estándar que haya dos tipos de antijuricidad, la que se denomina como la típica, en la que se prohíbe conductas propiamente humanas, Taboada (2013): “La responsabilidad civil extracontractual no considera [antijurídico] aquellas conductas que contradicen los comportamientos socialmente aceptados por todos, sino que llega a considerar antijurídico a las conductas que contradicen la norma expresa (...)” (p. 47); aquí podría caber los delitos que son conductas antijurídicas, ya que pertenecen al ámbito penal.

El hecho antijurídico con atipicidad o generalidad llega a ser un comportamiento que no se regula por las normas legales para que explique como lo hace Espinoza (2007): “Las conductas son antijurídicas no solamente por contradecir una norma, sino además por violar el sistema jurídico en su totalidad, perjudicando los valores o principios sobre los que se construyó el sistema jurídico”. (p. 105).

## **B. El Daño Causado**

El elemento más clave de esta responsabilidad civil se encuentra en lo señalado por Alpa (2016), quien versa que existe frente al daño lo siguiente: i) una noción sobre el daño que está configurada en la injusticia; ii) una percepción de ser un mecanismo que se opone a lo ilícito, lo cual no se puede configurar como responsabilidad civil si no se ha generado un daño fehaciente; iii) cuando se habla de un daño, debe existir un vínculo entre el comportamiento de quien es responsable del daño y el daño en sí mismo, para que ello se pueda resarcir, o, dicho de otro modo, debe entenderse al daño como una consecuencia que se vincula a la conducta de ejercicio de las actividades e intereses de lesión.

Por otro lado, Taboada (2013): “(...) solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, bien se trate en el ámbito contractual o extracontractual.” (p. 70); por lo que se advierte que la institución llega a cumplir con el elemento de daño, que se genera automáticamente frente a supuestos de responsabilidad que determinan concurrencia de otros elementos similares.

La norma peruana, al igual que la doctrina, entiende una distinción entre ambos tipos de responsabilidad civil, por eso, Ojeda (2009): “(...) en la responsabilidad extracontractual, el monto del resarcimiento debe extenderse a todos los efectos generados a raíz de la aparición del daño, no solo los que sean consecuencia inmediata, sino también los que sean consecuencia mediata del acto ejecutado (...)” (p. 45); lo que trata de explicar el autor citado es que el daño, es un evento ocasionado que muchas veces puede prolongarse en el tiempo, es decir el autor responsable debe responder por todos los perjuicios, sea en el momento

o los que cause a futuro; por ejemplo el daño protegerá a los hijos (quienes son personas dependientes) del sujeto agraviado en el supuesto de que este haya fallecido.

- **Clasificación de daños**

- a) **Daño material o patrimonial**

El daño relacionado con el patrimonio llega a ser aquel cuya finalidad de perjuicio se encuentra en el dominio o la posesión de lo que económicamente se ha perjudicado, por lo que es necesario ubicar aquí al lucro cesante como expectativa y al daño emergente como daño en sí.

Es así que primero se tiene al daño emergente que según Peña (2015): “el daño emergente se entiende a la necesidad de reparar al agraviado, en base a una evaluación económica estimada al grado de afectación ocasionado, siendo que el daño comprende la compensación cuantificable en dinero, sobre los patrimonios del agraviado.” (p. 941); este tipo de daño se entiende como una suerte de menoscabar el sufrimiento de los agraviados porque se ha perdido bienes como consecuencia de la realización de actos ilícitos.

También tiene que entenderse que el lucro cesante llega a ser una forma de indemnización frente a la pérdida de utilidades que sufre la víctima, puesto que, como el nombre señala, ocurre ganancias o ingresos sobre el agravio percibido.

Peña (2015):

Al hablar de este fenómeno, se tiene en cuenta todas las ganancias de las que se ha privado a la persona afectada, teniendo en cuenta que no se puede percibir la retribución que se esperaba obtener precisamente porque ha



surgido un daño, por lo que se acumula la riqueza en base a un denominado ahorro frustrado. (p. 942);

Es vital que se consolide este fenómeno, puesto que en muchas ocasiones el futuro de la persona depende de este lucro cesante, porque se frustra una ganancia que hasta puede servir para la subsistencia.

## **b) Daño Moral**

Como se sabe, al definir el daño moral, se tiene un resarcimiento definido en base a las afectaciones de la esfera interna del sujeto, pero con correspondencia a lo que señala la normativa.

Es cierto que cuando se habla de daño moral, se concibe un sufrimiento en el interior de la persona afectada, puesto que se refleja una serie de sentimientos malos como el dolor, la ansiedad, lo cual interfiere en la conducta regular de los afectados, de tal modo que se frustra particularidades de las víctimas, como dice León (2007): “El daño moral es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil”. (p. 231).

Taboada (2013):

(...) cuando se habla de daños morales, debe comprenderse lesión en las emociones, porque se afecta a la víctima, produciendo grandes dolores, aflicciones, sufrimientos en ella, y es así como se trata sentimientos considerados socialmente legítimos, esto es, que se aprueban por la conciencia de la sociedad, lo cual se liga a la percepción común, que está determinada por el contexto (...). (pp. 75-76).

### c) **Daño a la Persona”**

“Daño a la persona es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil” (León, 2007, p. 232).

Entendido entonces como el atentado en contra de un derecho individual o una lesión a la personalidad.

Además, el jurista Alpa (2016) lo argumenta de la siguiente forma: “Concebido como el daño a la integridad física, al que se agrega el *daño moral*. (...)” (p. 850).

Se puede observar que se habla de daños morales como aquellos que se encargan de la afectación del ser íntegro de las personas. De este modo, no únicamente se evalúa en el cuerpo de las víctimas ello, sino que también se puede identificar una proyección de agravios que no han alcanzado objetivos consolidados como daño. Es así como, de manera diferente a los daños personales, se habla de daños morales como un rédito que se disponga a lidiar con emociones, que se examina de manera externa, por lo que es imposible que se ponga un precio al sufrimiento.

### **C. Relación de Causalidad**

Cuando se pretende la atribución de responsabilidad en perjuicio de un ser humano, se tiene que determinar qué es lo que une el comportamiento de quien ha realizado el daño y lo que ha sucedido con la víctima. Entonces, se tiene una causa muy adecuada cuando se fundamenta todas las relaciones en base a responsabilidad fuera de los contratos, y el teorema de causa próxima o de causa inmediata llega a fundamentarse en la misma responsabilidad civil. Sobre esto, Parada (2017):

Este fenómeno llega a ser una herramienta fáctica, puesto que identifica una relación causal entre el comportamiento contrario a ley del responsable del daño y quien ha sufrido el daño en cuestión. Por esto, se tiene la presencia de casos de responsabilidad civil en los que la causa adecuada es perfecta, pero, en otras situaciones se tiene que hablar de una causa inmediata o directa, originándose un incumplimiento en su totalidad, sea ello incluso en casos de cumplir, pero tarde o con defecto. (p. 34).

Es así como el comportamiento que se opone al derecho llega a ser una relación y concatenación para el daño que se ha observado, incluso cuando este daño no debe provenir de inejecuciones inmediatas de obligaciones de los deudores, por lo que más bien se trata de que pasa el tiempo y se establece relaciones entre los daños que se producen y la causa originadora de ellos, así el artículo 1985 va a decir que “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño (...), debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”.

Llegado hasta este punto, es imprescindible aclarar la noción acerca de lo que significa causa adecuada.

Para esto, es necesario observar que se tiene una serie de razones para defender la teoría de la responsabilidad civil, porque se ha observado una causa adecuada que se basa en la probabilidad, pero siempre escogiendo una postura sensata que observa la realidad a través de su propia fenomenología, pero con un criterio objetivo y basado en la norma.

#### **D. Factor de atribución**

El inicio de la explicación se centra en la respuesta a la pregunta ¿A título de quien llega a ser uno responsable? Es decir, qué acción motiva la acción.

Para mejor entendimiento se tiene lo señalado por Parada (2017):

El factor de atribución se compone por la determinación final de que existe responsabilidad civil en la presentación de los supuestos concretos de conflictos en la sociedad, por lo que se tiene en cuenta los demás elementos de responsabilidad (p. 35).

Del mismo modo en que se ha explicado, se comprueba que comportarse de manera diferente al derecho genera que exista daño, puesto que la consecuencia del comportamiento es atribuida a la responsabilidad civil, el peso del resarcimiento, detrimento que se genera por el comportamiento. Es así como se reprocha a los agentes que hayan generado el daño, lo que se analiza en la responsabilidad de quien agrede.

Cada factor genera una regulación de la responsabilidad civil basada en la objetividad y la subjetividad.

Se sigue una línea de subjetividad y objetividad para la explicación de los sistemas de responsabilidad fuera de los contratos, donde el sistema conoce los factores como subjetivos cuando el culpable es el autor, como consecuencia de su negligencia e imprudencia, y el dolo, cuando se ha tenido un ánimo intencional de generar más daño a la víctima. Se puede llegar a inferir, en este sentido, que no se reprocha conductas en las que no se tuvo ninguna intención, pero aquellas donde el daño ha sido involuntariedad de los implicados.

Siendo la culpa uno de los primeros factores de atribución, para lo cual citaremos lo que describe Parada (2017): “El concepto del Código Civil de 1936 define la culpa en contraposición al término diligencia, siendo que este vocablo debe

entenderse como el celo o cuidado que debe guardarse al ejecutarse una determinada actividad (...)” (p. 36); en términos generales todos los hombres estamos llamados a reflexionar sobre el cuidado necesario de nuestros comportamientos, los mismos que deben estar dentro de las conductas socialmente permitidas y dentro de lo que normalmente se considera un comportamiento bueno, en el lugar y tiempo determinado.

Por otra parte, el último factor de atribución de carácter subjetivo será el dolo, al respecto Espinoza (2002) asevera: “La noción de dolo hace referencia a la existencia de la voluntad del autor en el momento de causar daño, de forma premeditada (...)” (pp. 143-144).

#### **2.2.1.7. Daños en las Relaciones de Familia**

Ya se conoce que la responsabilidad civil fuera de los contratos está basada en el denominado non laedere, que es una prohibición general de causar daño a otras personas. Por esto, se llama la inexistencia del deber genérico en el que no se tiene riesgo de la institución, como llegara a ser la familia misma.

Por ello, se ha observado el daño como parte de la vida, cuando el vínculo de sangre o la cercanía no llega a ser un impedimento como tal.

En tal sentido, compartimos lo expuesto por Vivas citado por Rangel (2015), respecto al subtipo de responsabilidad que estamos tratando:

Esta forma de derecho llega a ser la forma de mayor humanidad, puesto que el afecto, la emoción, la aspiración, el deseo y la convicción o creencia profunda de personal ético o religioso cuando las personas se pueden convertir en otras modalidades. No obstante, al tener a la armonía de la familia como una alteración que se destruye por los propios miembros, se tiene una serie de

comportamientos de lesión en los que el derecho renuncia sin que se tenga obligaciones jurídicas en la reparación de todo daño que se ocasiona y sufre dentro de los círculos de la familia, sin que intervenga la ética. (pp. 49-50).

Es así como cada integrante de la familia se expone al sufrimiento de daño, incluso cuando esto es de forma indirecta, por lo que, al divorciarse los padres, los niños llegan a ser los de mayor afectación, sin embargo, cuando se tiene que evaluar ello, se observa que los niños son parte de este equilibrio familiar, por lo que se debe procurar en mayor medida la seguridad, amor y protección para ellos. Estas escenas, entonces, generan síntomas de autoestima muy bajo en todo menor, por lo que se tiene cambios de radicalidad en la conducta, frustración o denominación de proyectos de vida, sin que el daño se convierta en un sector complejo de la familia.

SE tiene determinados contextos en los que se habla de inmunidad, como gracias y familias de la jurisprudencia, donde se otorga compensación, pero solo sobre el daño específico. Este contexto se revista por determinados modelos en los que el daño neutraliza la responsabilidad.

En doctrina nacional, se señala que la inmunidad en los daños está referida en estricto a la familia nuclear (padre, madre e hijos) y que otro tipo de parentesco sí puede generar el nacimiento de obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual (Rangel, 2015, p. 50).

Se puede plantear que todos los días la relación familiar se genera en base a contextos que a veces tienen violencia, divorciándose de manera regular en el paso que incurre en obstaculizar la visita de los padres, reconociendo la paternidad, con la forma de atribuir la paternidad al esposo, transmitiendo enfermedad incluso a los hijos.

### **2.2.2. Menor afectado por divorcio**

Se observa que, al disolver el vínculo de los casados, se acaba por completo con la relación conyugal, lo cual hace que todas las personas puedan contraer matrimonio de nuevo. Por esto, Varsi (2014) ha establecido que el ordenamiento jurídico disuelve de forma directa o indirecta la originalidad causal, por lo que se tiene a la separación de cuerpos como el vínculo normativo. Es por esto una necesidad que los divorcios se manifiesten en estados generales, pero con la excepción de plantear el remedio a la causa que hace difícil que sea vigente el vínculo de matrimonio, por lo que se rompe y se separan ellos de manera definitiva (Jara y Gallegos, 2014).

Por ello, se analiza la mención de Perú cuando se plantea que el divorcio llega a ser una solución antes que un problema, porque su carácter excepcional hace que solo se pueda recurrir a este cuando el matrimonio es imposible de continuar. Por esto, las leyes hacen posible que el divorcio solicite a los cónyuges la solicitud de juicio que hace competente el manifiesto de voluntad para que no se continúe con el matrimonio.

Ahora bien, en opinión de Baqueiro & Buenrostro Báez, citados por Jara & Gallegos (2014):

(...) una forma de disolución del estado matrimonial y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges- es el divorcio, entendido como el único medio racional capaz de subsanar hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de seguir su separación. El divorcio es un caso de excepción y no un estado general, por lo mismo que es necesario verlo solo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo

matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo (...) (p. 243).

Es decir los autores con esta definición nos indican claramente que entonces es así que divorciarse llega a ser el fin para los vínculos de derecho, en cuanto a los aspectos de afecto, economía y sociedad. Entonces, todo aspecto debe ser revisado y replanteado después de que se separa, lo cual tiene que ver con agregar estados de psicología entre los esposos, con sensaciones de inviabilidad y fracaso que hacen que el divorcio sea considerado algo personal, por lo que se afirma que el divorcio no únicamente llega a ser una forma de separarse legalmente, sino también una forma de separar los cuerpos, de tal modo que la pareja ya no se une, lo cual no significa que se deba hacer una desvinculación de emociones con cualquier hijo, ya que el divorcio es entre los miembros del matrimonio, pero todavía teniendo vínculos legales y emocionales. De este modo, al presentarse cero emociones, se puede tener épocas de más adelante.

Según el ordenamiento jurídico de Perú, se tiene al divorcio en su aspecto de divorcio sanción y de divorcio remedio.

- Divorcio sanción

En lo que respecta al divorcio sanción, según Amado (2017, p. 77). Se busca al culpable y se aplican las sanciones y castigos:

Las sanciones que se aplican al cónyuge que propicio el divorcio son:

- a. Pérdida de la patria potestad según art. 340 del Código civil.
- b. Pérdida del derecho hereditario según artículo 353 y 343 del código civil.
- c. Pérdida del derecho alimentario, según los artículos 350 del código civil.
- d. Pérdida del derecho de gananciales que procedan de los bienes del otro, según los artículos 352 y 324 del código civil.
- e. Pérdida del derecho al nombre, según el artículo 24 del código civil.



Respecto a lo mencionado por el autor, este tipo de divorcio es una sanción contra el cónyuge que ha incurrido en alguna de las causales expresadas específicamente por el legislador y aquellos términos de “culpa”, “cónyuge inocente”, “cónyuge culpable”, se desprenden en los artículos 335, 340, 343, 350, 351, 352, y 354, del código civil de 1984.

Todo estudioso del derecho debe estar en la capacidad de poder entender que el divorcio llega a ser una forma de afectación para el hombre o para la mujer, incurriendo en ciertas formas de expresión que se señalan según la ley, por lo que razonar en una vida conyugal puede ser un acto de inmoralidad entre los esposos. Empero, debe entenderse que la historia y la realidad de la legislación hacen posible también a la realidad de derecho.

- **Divorcio Remedio**

Básicamente se produce cuando la convivencia se torna intolerable, sin culpa de las partes, este divorcio busca una salida a la crisis conyugal.

Se tiene que el derecho viene a regular el divorcio como cualquier forma de concepto que no se contiene en el derecho mismo, sino que se basa en leyes que hacen posible que se observe causas genéricas de emblemas que se arreglan en base a descripción de principios que adoptan y manejan la forma en la que los cuerpos se separan o se tiene todavía en vigencia la convivencia. De este modo, se tiene una conversión de divorcio remedio en la separación de las relaciones entre cónyuges, como se ha podido observar cuando se entiende que los autores realizan reflexiones sobre el divorcio y sobre los remedios que hacen imposible la vida de emociones estables, por lo que se debe generar lazos de afección positiva entre los hijos y sus padres. Así, el matrimonio se genera entre hombres y mujeres que se interrelacionan con objetividad entre los culpables de cualquier relación.

#### **2.2.2.1. Causas del divorcio**

Según Valencia, citado por Jara & Gallegos (2014):

Se puede ver la existencia de dos conjuntos que son generadores del divorcio, entre los que se tiene la inexistencia de dolo o culpa que termina afectando la relación entre los cónyuges, de tal suerte que se tiene la mención de infidelidad, formas de abandonar, obligar a los familiares, generando situaciones de incomodidad como la embriaguez, el consumo de drogas, lo cual puede pervertir y hasta sentenciar a familiares (p. 244-245).

Respecto el autor nos menciona los dos grupos de causales en lo respecta el divorcio y estos hechos implican una grave violación a los derechos adquiridos por el matrimonio, por ello estas causales deben cumplir con ciertos requisitos comunes.

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

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

Es así que se distingue en el grupo de las causales subjetivas tales como:

a) adulterio.
b) violencia física o psicológica.
c) atentado contra la vida del cónyuge.
d) injuria grave.
e) abandono injustificado de la casa conyugal.
f) conducta deshonrosa.
g) el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
h) enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
i) la homosexualidad.
j) la condena por delito doloso.
En el grupo de las causales objetivas encontramos supuestos como:
a) imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probado en proceso judicial, b) la separación de hecho de uno de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años o de cuatro en el caso de que los cónyuges tuviesen hijos menores de edad,
c) la separación convencional, después de transcurridos dos años de celebración del matrimonio. (Umpire, 2006).

Las causales de divorcio según Amado (2017) dividen en:

<p>a. Directas. En donde la acción va dirigida contra el otro cónyuge, como por ejemplo atentado contra su vida, violencia o maltrato o injuria.</p>
<p>b. Indirectas. La conducta de un cónyuge repercute en el otro, como por ejemplo el adulterio, la homosexualidad, condena por delito doloso, abandono injustificado, conducta deshonrosa, uso de drogas y enfermedad venérea.</p>
<p>c. Objetivas. Conducta que no implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó. Tenemos como ejemplo la separación de hecho, homosexualidad, condena por delito doloso y enfermedad venérea</p>
<p>d. Subjetivas. Conducta que implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó, como el adulterio, abandono injustificado, conducta deshonrosa, uso de drogas, imposibilidad de hacer vida en común (p. 76).</p>

#### 2.2.2.2. Efectos del divorcio

Seguidamente a lo que se ha mencionado, debe comprenderse que al extinguirse los derechos y las obligaciones que se otorgan a las partes de un matrimonio, debe también entenderse que las partes conyugales son libres de desenvolverse en comportamientos que mejor consideren, siempre que se preserve a la familia, pero también cautelando los intereses de los menores.

Lagomarismo & Uriarta, citados por Jara & Gallegos (2014), sostiene que son efectos comunes del divorcio vincular y de la separación de cuerpos los siguientes:

1. Derecho de los cónyuges divorciados a fijar libremente su domicilio o residencia.
2. Destino material de la tenencia de los hijos menores de cinco años de padres divorciados, y determinación de los progenitores que tendrán a su cargo a los hijos mayores de esa edad.
3. Derecho de alimentos de parte del ex cónyuge que no hubiera dado motivo al divorcio fundado en las causales culpables.
4. Fijación de alimentos en favor del ex cónyuge enfermo.
5. Transmisión de la cuota alimentaria a los herederos y legatarios del alimentante en favor del ex cónyuge enfermo.
6. Extensión del deber alimentario para los ex cónyuges, culpables o no, que carecieren de medios suficientes y de la posibilidad de procurárselos.
7. Cesación de la obligación alimentaria por concubinato o injurias graves contra el alimentante.
8. Protección de la vivienda sede del hogar conyugal con motivo de la liquidación del inmueble ganancial o por desocupación del inmueble propio de otro ex cónyuge.
9. Revocación de las donaciones que el ex esposo hubiera hecho a su mujer como objeto de una convención matrimonial.

Cuando los cónyuges han tomado la determinación de optar por el divorcio, se genera una serie de consecuencias que surgen de inmediato, entre periodos que pueden terminar generando ansiedad, estrés y depresión para los involucrados, haciendo que su conducta y comportamiento se vean alterados, por lo que se muestran signos de

intensidad y persistencia en un nivel de afección entre la voluntad de los padres. Por esto, debe siempre evitarse la generación de traumas en perjuicio de los menores, procurando que se tenga una abstinencia de la violencia.

En conclusión, los efectos del divorcio implican:

Según Ayvar (2017), la disolución del vínculo matrimonial que ha sido regulada de forma distinta entre las causales inculpatorias y exculpatorias, por ello se precisa los efectos, haciendo las distinciones siguientes:

- a. En cuanto al ejercicio de la patria potestad. En las causales inculpatorias el artículo 340<sup>a</sup> del c.c. señala que en principio los hijos serán confiados al padre o la madre que resulte inocente, salvo que por interés superior del niño justifique que sea encargado al otro progenitor o de no estar en condiciones para poder ejercer la patria potestad, a un familiar. En caso de que ambos cónyuges resulten culpables la norma fija los baremos a ser considerados por el juzgador para fijar a quién encarga a los hijos, sin embargo, esta norma debe ser interpretada a la luz del código de los niños y adolescentes.
- b. En cuanto a la obligación alimentaria entre cónyuges. En donde se especifica que si bien disuelto el vínculo matrimonial cesa la obligación alimentaria, el artículo 350<sup>a</sup> del c.c. establece que pese a que se dà la disolución del vínculo matrimonial sea por culpa de uno de los cónyuges y este careciera de bienes propios o gananciales suficientes o no contara con las posibilidades de ejercer alguna actividad que le permita solventar sus necesidades, el juez podrá asignarle una pensión domestica no mayor a la tercera parte de la renta del otro cónyuge y esta obligación solo se mantiene mientras dure el estado de necesidad.

- c. En cuanto a la indemnización por daño moral. En estos supuestos de causas inculpatorias, el artículo 351<sup>a</sup> del c.c. prevé que el cónyuge inocente podrá ser reparado del daño moral que le haya generado por la conducta del cónyuge culpable. En las causas exculpatorias, el artículo 345<sup>a</sup> señala que el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, debiendo fijar una indemnización por los daños generados incluyendo el daño personal.
- d. En cuanto a los gananciales. En los casos de divorcios por causal inculpatoria, de conformidad con el artículo 352<sup>a</sup> del código civil, el cónyuge culpable pierde los gananciales provenientes de los bienes del otro cónyuge, vale decir los frutos y productos de todos los bienes propios del otro cónyuge, las rentas de los derechos de autor e inventor, en cuanto a las causales exculpatorias el artículo 324<sup>a</sup> señala que para la causal de separación de hecho el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales de forma proporcional al tiempo de duración de la separación, resultado esto aplicable siempre que se corrobore en el proceso que es el cónyuge más afectado.

### **2.2.2.3. Divorcio analizado desde la perspectiva legal**

En lo que respecta al análisis del divorcio desde la perspectiva legal se tiene como antecedente legislativo lo siguiente: El Código Civil Peruano de 1852 no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos: "Art. 191.- Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial". Era el art. 192 el que expresaba taxativamente las trece causales, por las cuales podía obtenerse este divorcio-separación, a saber:

Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial".

Este Código, como es de verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el Derecho Español y Canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monogámico e indisoluble, sustentándose por ello una actitud plenamente antidivorcista. Posteriormente, en diciembre de 1897, se establece el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesaran la religión católica pudieran contraer matrimonio, sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio de Trento.

Es en este siglo, en 1930 y mediante los Decretos Leyes No. 6889 y 6890 del 4 y 8 de octubre de ese año, según Calisaya (2016):

(...) que se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la República, introduciéndose además el divorcio absoluto en nuestra legislación, lo que significó para entonces la asunción de una alternativa legal de "avanzada", que generó e incluso sigue generando de alguna manera más de una discusión. El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley No. 7894, por la cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal más de divorcio.

Mientras tanto, durante esos años, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el Proyecto de lo que sería el C.C. de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las Leyes 7893 y 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.



Como puede apreciarse, de acuerdo a Calisaya (2016) “.(...)el Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon, pero presente por imposición del Ejecutivo de ese momento; admitía el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el art. 247 inc. 1° al 9° de carácter específico, aunque además consentía el mutuo disenso como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio (...)” (pp. 16-18), analizando ello el Decreto Supremo No.95 del 1° de marzo de 1965, estableció la Comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquel Código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto del Libro de Familia, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances.

En esa línea se analiza respecto al divorcio que en el círculo familiar el divorcio constituye un proceso de ruptura y transformación, constituido principalmente por tres momentos: i) cuando uno de los miembros comienza a pensar en la separación, ii) cuando ocurre la separación física de los cónyuges y iii) cuando se formaliza legalmente la separación, tal como lo menciona Ribeiro y Cepeda, citado por Tamaez & Ribeiro, (2016). Es decir, es todo un proceso de transformación familiar el cual se caracteriza por ser heterogéneo y complejo debido a que lo podemos encontrar en todos los niveles socioeconómicos.

#### **2.2.2.4. Impacto que produce el divorcio en los menores**

Precisamente en este punto es importante recalcar que el tema de la separación de los padres es aquel hecho, que afecta emocionalmente a los integrantes de la familia

sobre todo a aquellos que son menores de edad o jóvenes que aún no adquieren experiencias de vida suficiente para poder asimilar una situación como esta.

De acuerdo a lo mencionado debemos afirmar lo que sucede en el ámbito de la sociedad citando a los informes periodísticos siguientes:

Según su edad, ¿cómo repercute el divorcio en los hijos?, artículo periodístico de la página web de RPP (22 de abril del 2015), el cual menciona lo siguiente: “Los hijos suelen ser las víctimas del divorcio, para ellos es un hecho que les marca y puede romperles la estabilidad emocional a la que estaban acostumbrados (...)”.

Es decir, se manifiesta con lo mencionado que el impacto que produce el divorcio en los menores de edad es medido en un grado de afectación emocional, muy alto, en el mismo artículo periodístico también se menciona a la Psicóloga Cristina Noriega, autora del libro Divorcio. Y la cual fue entrevistada por el portal ABC de España con la pregunta ¿Cómo ayudamos a los hijos?, donde ella explica las múltiples reacciones de los hijos y como el divorcio les afecta de acuerdo a la edad de cada integrante de la familia y la relación que mantiene directamente con el padre o la madre.

- **Niños hasta los dos años:**

La psicóloga detalla que los desde que un bebe nace empieza a confiar en los adultos de acuerdo a los cuidados que este puede recibir y al ser aún muy pequeños aun no comprenderán lo que esta ocurriendo ni lo ello implica, sin perjuicio a ello aun en el periodo de esta edad aún son muy sensibles, son capaces de poder percibir los cambios que se presentan en el hogar al que ellos son más cercanos.

De todas maneras van a sentir la usencia de por lo menos uno de los progenitores y ello generar angustia que usualmente se puede manifestar en irritabilidad, llantos, alteración en los regímenes de la alimentación, en esa línea debe

comprenderse según la psicóloga que la ausencia de por lo menos uno de los padres en esta etapa se considera por el hijo como abandono, en ese sentido es muy importante que el hijo tenga contacto habitual con sus padres, mostrándole rutinas y hábitos lo más consistentes posibles.

- **Niños de 3 a 5 años**

En esta etapa suelen hacer bastantes preguntas. Desarrollan su actividad, imaginación, cuentan historias, son egocéntricos, todo lo que ocurre a su alrededor tiene relación con lo que piensan: "papá y mamá se han separado porque me he portado mal". También es una etapa de muchos miedos, sobre todo a quedarse solos o que sus padres dejen de quererlos. En ese sentido, **es necesario insistir en que la culpa no es suya y que papá y mamá no le van a abandonar nunca**. Observar los cambios de conductas y corregirle explicando cuáles son las consecuencias. Mantener los hábitos y rutinas para que el niño sienta seguridad y continuidad.

- **Niños de 6 a 12 años**

El niño es menos activo que en la fase anterior porque dedica sus energías al estudio y aprendizaje. A nivel emocional salen de su egocentrismo y comienzan a ser más sensibles hacia sus propias emociones y las de los demás. Tienen mayor capacidad para entender lo que es un divorcio, aunque no suelen expresarlo por miedo a preocupar a los padres o a sentimientos de culpa. Muchas veces aún creen en la unión de los padres, lo cual, al no ver confirmado hace que se sientan traicionados, tristes y rabiosos. En ocasiones pueden sufrir regresiones y sentimientos de abandono. Por ello, **es importante mantener contacto con el colegio para informar de la situación y reforzar sus logros en el aprendizaje**. Hacerle saber que sus padres no le van a abandonar.

- **Adolescencia**

Es una fase complicada porque el adolescente está en búsqueda de su propia identidad, en la que suele revivir experiencias anteriores. **El divorcio en esta etapa complica la construcción de su identidad porque ellos necesitan sentir mucha seguridad.** Por eso, si el ambiente en casa no es seguro, sentirá miedo. Algunos experimentarán soledad y buscarán esa seguridad en otros grupos de iguales de los que tendrá excesiva dependencia. Muchos pueden encontrar vías de expresión de ira a través de trastornos de alimentación, consumo de sustancias, conductas sexuales de riesgo, dándose la mayoría de conflictos en el colegio. Es importante hablarles abiertamente del divorcio y no convertirlo (al hijo) en pareja, padre o confidente. Es esencial que mantenga contacto con el progenitor de su mismo sexo para que así pueda construir de forma adecuada su identidad sexual.

### **2.2.3. Legislación y jurisprudencia comparada**

Como la finalidad de la presente investigación es la de evaluar la posibilidad de que los menores cuyos padres se divorcian reciban una indemnización por daño moral, entonces es necesario si este fenómeno ya es evaluado en otros países del mundo. Por ello, se presenta a continuación:

#### **A. México**

Para comenzar, tenemos el caso mexicano. Podemos observar la investigación desarrollada por Zapata & Urbina (2020), quienes nos brindan luces a partir de la responsabilidad civil a favor de menores de padres divorciados. En este caso, no se observa que, de manera específica, los padres tengan que indemnizar a sus hijos cuando se divorcian. Sino que se plantea una situación en la que, una vez que los padres se han divorciado, se tienen que hacer cargo de cumplir con ciertos deberes a favor del menor. Por lo tanto, en aquellos

casos en los que los padres divorciados no cumplen sus deberes de padre, tienen que brindar una indemnización a favor del menor afectado por dicha irresponsabilidad.

En el caso mexicano, no existe actualmente una ley que regule la indemnización a favor de los menores cuyos padres incumplen sus deberes paternales después de la separación, sino que ello se desprende de los artículos 1830° y 1910° del Código Civil Federal que regulan la responsabilidad civil extracontractual de manera general, como consecuencia del incumplimiento del deber general de no dañar a otros. Estos artículos señalan textualmente:

Art. 1830°.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1910°.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Sin perjuicio de esto, aunque no se regule en la ley, la jurisprudencia ha generado precedentes vinculantes que soportan dicha posición. Se tiene a la jurisprudencia de la SCJN Primera Sala, en el Amparo Directo en Revisión 4355/2015, del 5 de abril del año 2017, según el cual, sucede lo siguiente:

Cuando dos padres se divorcian, incluso cuando la separación fuera solo de hecho, a través del concubinato, estos generan una ruptura de la relación de costumbre estandarizada entre ambos sujetos. Empero, el concubinato genera convivencia no únicamente con la pareja, sino también con el menor que nace producto de ello. En este sentido, la mayor afección es hacia el menor, razón por la que sufre daño moral. Es por esto que se debe indemnizar al menor a través de la responsabilidad civil (pp. 23-33).

En base a esto, son muchos los casos de la jurisdicción mexicana que se han amparado en este precedente para indemnizar al menor cuando sus padres se separan. Incluso, a partir de

esto, también se ha propuesto la legislación de este fenómeno, como lo ha hecho la misma “Suprema Corte de Justicia de la Nación” en sus conclusiones jurisprudenciales de “Compensación económica”.

## **B. España**

En España, a diferencia de México, si se aborda específicamente la indemnización por daño moral que nace a partir de la ruptura conyugal, enfatizando al menor afectado. Esto, como era de esperarse, se desprende del artículo 1902° del Código Civil español, que indica:

Art. 1902°.- El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Lo curioso es que en el caso español, no se regula específicamente la indemnización a favor del cónyuge que se afectó por el fenómeno de la separación. Esto es curioso, puesto que se señala que, en caso de indemnización por daño moral a favor del cónyuge inocente en el caso de una separación, se debe desprender de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902°. Lo que sí es generable, para este tipo de casos es lo señalado en el art. 709° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que puede imponer una sanción en perjuicio del cónyuge que causó la separación. Esto se va más por el sentido de generar un reproche a su conducta, antes que enfocarse en el menor y su bienestar.

Entonces, ¿se debería usar la siguiente lógica?: si no se indemniza al cónyuge afectado, mucho menos se debe indemnizar al menor cuyos padres se divorcian. Esto es incorrecto. Es más, de acuerdo a lo planteado por Vázquez (2018), quien señala que, **así como existe la necesidad de regular la indemnización por daño moral a favor del cónyuge afectado, también se debe regular la indemnización por daño moral a favor del menor cuyos padres se divorcian.**

## **C. Colombia**

A diferencia de los casos mexicano y español, en el caso colombiano, específicamente, se regula la indemnización a favor de los miembros de la familia que se afectan por la separación conyugal. Esto significa que, si uno de los cónyuges es culpable, el juez deberá indemnizar al cónyuge inocente y al menor afectado. Lo mismo sucede en los casos en los que el menor se afecta por la separación de sus padres, cuando esta separación es por decisión mutua. En estos casos, el menor también debe recibir indemnización.

Esto se puede corroborar en el Artículo 444° del Código de Procedimiento Civil colombiano, según el cual:

Art. 444°.- En el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas:

1. Simultáneamente con la admisión de la demanda o antes, si hubiere urgencia, el juez podrá decretar las siguientes medidas:

a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si éstos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero, cuando el juez lo considere conveniente;

b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero, según lo crea más conveniente para su protección;

c) Señalar la cantidad con que **cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de éstos, así como un monto específico a favor del menor afectado;**

d) Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto, si el marido las solicitare, y

e) Decretar, a petición de parte, las medidas cautelares autorizadas en el ordinal primero del artículo 691 sobre los bienes sociales y los propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge y los hijos tuvieren derecho, si fuere el caso.

En este caso, no se observa expresamente una indemnización a favor del menor, incluso cuando este recibe un monto para cobertura de sus afectaciones (que según las reglas de la responsabilidad civil recibe el nombre de reparación). Entonces, el caso Colombiano sí regula nuestro fenómeno de estudio.

### 2.3. MARCO CONCEPTUAL

Los conceptos claves para comprender mucho mejor el proyecto de tesis serán desarrollados a continuación, sin embargo, dichos conceptos serán descritos bajo el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico de Lengua Española y el Diccionario de la Real Academia Española.

- **Familia:** Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas; Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje (RAE, 2015).
- **Niño:** Incapaz absoluto por la naturaleza y por ley, para los negocios jurídicos en los cuales ha de estar siempre representado por un padre o un tutor (Cabanellas, 2001a, p. 550).
- **Reparación del daño:** Obligación que, al responsable de un daño, por dolo, culpa, convenio o disposición legal, le corresponde para reponer las cosas en el estado anterior, dentro de lo posible, y para compensar las pérdidas de toda índole que por ello haya padecido el perjudicado o la víctima. (Cabanellas, 2001, p.147.)



- **Responsabilidad Civil:** El talión económico jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero. (Cabanellas,2001, p.193).
- **Tutela:** En general, toda surte de protección amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses. Protectorado. En lo jurídico la suplencia de la patria potestad en cuanto a la capacidad de un menor de edad. Por analogía, denominada curatela en los sistemas diversificadores, representación jurídica y cuidado personal de un incapaz (Cabanellas, 2001c, p. 233)

## **CAPÍTULO III: METODOLOGÍA**

### **3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica**

La presente investigación mantiene un enfoque cualitativo en el que se ha predispuesto la necesidad de describir un fenómeno de estudio a partir del punto de vista de la doctrina, con la finalidad de profundizar en su contenido teórico. Para esto, se ha utilizado como postura epistemológica el ius positivismo de Hans Kelsen, según el cual se tiene un modelo alturado de modificación normativa.

### **3.2. Metodología**

Para la presente tesis, se aplicó como método al método hermenéutico, que se encarga del estador del arte interpretativo. Con esta metodología se pretende la búsqueda de la verdad, pero a través de la estructura de argumentos, aunque no necesariamente se recurra a un procesamiento sin intervención del sujeto (Gómez & Gómez, 2006).

En base a ello, no se pierda el atributo científico por la razón de que los datos no sean empíricos, sino que la subjetividad determina a la institución jurídica en la doctrina misma.

Del mismo modo, se afirma que la búsqueda de la verdad está presente en esta metodología puesto que la epistemología plantea que se conozca la realidad a través de la participación del sujeto en la investigación (Gómez & Gómez, 2006).

Esto significa que ya viene dentro de este método una teoría que se elabora para la realización de aplicar la ciencia misma, dentro del fenómeno hermenéutico, siendo la observación continua la que se interpreta un momento para el otorgamiento de una visión del conocimiento del sujeto, pero volviendo a interpretar los mismos textos con una visión de mayor oportunidad académica, de tal modo que la verdad se base en teorías ya fundamentadas de otros investigadores.

Entonces, debemos observar cómo es que este método en específico calza en el interés de nuestra investigación, puesto que se recurre a la doctrina, jurisprudencia, ley y libros

doctrinarios sobre la responsabilidad civil y los menores que se afectan cuando sus padres se divorcian.

Es así como el derecho ha utilizado la exégesis para entender cuál ha sido la voluntad del legislador al momento de establecer un dispositivo normativo (Miró-Quesada, 2003, 157).

En el sentido de que no solo se puede interpretar la voluntad del legislador a través de la subjetividad, también tiene que intervenir la ciencia, lo cual se logra a través del método de sistema y lógica, que consiste en el hallazgo de sistemas para el ordenamiento jurídica de conceptos de derecho para el logro de esclarecimiento de la ambigüedad sobre el fenómeno que se viene estudiando.

### **3.2.1. Tipo de estudio**

La presente investigación tiene la propuesta de ser de tipo básico, puesto que esta clase de investigaciones son aquellas que procuran el avance en el conocimiento científico, es decir, que buscan agregar información a la ya existente, de tal modo que la ciencia y la epistemología evolucionen (Carrasco, 2013).

De este modo, la presente investigación es de tipo básico puesto que escudriña cada tema que se ha desarrollado en el marco teórico, relacionados con la responsabilidad civil y los niños cuyos padres se divorcian, de tal forma que se pueda profundizar en los tópicos de cada variable, aportando conocimiento no únicamente para la comunidad de la doctrina, sino para la comunidad jurídica misma.

### **3.2.3. Nivel de estudio**

Se tiene como investigación explicativa a aquella cuya intención es la de identificar la influencia de un fenómeno sobre otro, determinando el impacto y la forma en la que se da este impacto e influencia (Hernández, Fernández & Baptista, 2010).

Teniendo esta investigación como específica, se otorga validez a la responsabilidad civil, para conocer si impacto en los hijos que sufren daño moral cuando sus padres se divorcian, de tal modo que se pueda conocer si la responsabilidad civil podría indemnizar o resarcir a los niños.

### **3.3. Diseño metodológico**

Según lo que refiere Paucar (2020), una tesis de enfoque cualitativo tiene como diseños al etnográfico, biográfico-narrativo, fenomenológico, investigación-acción, documentales. En el caso del diseño fenomenológico, este es aquel que tiene la finalidad de analizar como es que una teoría fundamentada se desarrolla dentro de un determinado contexto fenomenológico.

En el caso de la tesis presente, lo que se hace es utilizar la teoría fundamentada de la responsabilidad civil como forma de resarcimiento para el daño que sufre un menor cuyos padres se divorcian. Entonces, lo que se hace es analizar un fenómeno aplicado a partir de la teoría existente.

#### **3.3.1. Trayectoria del estudio**

La trayectoria metodológica se refiere a la manera como se ha logrado sistemáticamente adecuar la información obtenida. En la presente investigación, se hizo uso del método inductivo y deductivo, así como de la hermenéutica para el análisis de la afectación al menor cuyos padres se han divorciado. Es así como, se tiene una base sobre la cual realizar una discusión, para poder cumplir con los objetivos planteados.

A continuación, se describe los pasos que se llevaron a cabo con la finalidad de lograr argumentos sólidos que comprueben que la responsabilidad civil es la mejor herramienta para la indemnización del menor cuando sus padres se divorcian:

1. Se recolectó información bibliográfica sobre los fenómenos de responsabilidad civil y de la afectación que sufre el menor cuando sus padres se divorcian.
2. Se organizó la información y se extrajo la de mayor relevancia.

3. Se organizó información de la legislación comparada, para observar en qué países es esto una realidad jurídica.
4. Se estructuró argumentos que logren los objetivos de la investigación.

### **3.3.2. Escenario de estudio**

La presente investigación al tener un enfoque cualitativo, en la que se pretende la aparición de un nuevo artículo normativo en el Código Civil peruano, se tiene un escenario eminentemente positivista, puesto que es el mismo ordenamiento jurídico el que se pretende transformar.

Esto significa que el escenario en el que la tesis será desarrollado se trata de la doctrina que existe sobre responsabilidad civil y menores afectados por el divorcio de sus padres. Sin embargo, en vista de que la doctrina pudiera entenderse como un escenario insuficiente, también se ha recurrido a la legislación comparada, con la finalidad de que se pueda observar cómo es que en otros países se regula el fenómeno de responsabilidad civil a favor del menor en los casos en los que sus padres se divorcian, de tal forma que se analice el escenario peruano y se pueda comprender la razón por la que Perú no genera indemnización a favor de este menor.

Sin perjuicio de esto, debido a que la finalidad de la tesis es la de modificación normativa, para que el Código Civil regule este fenómeno, es necesario que se mantenga la investigación dentro del positivismo jurídico, que se encarga de tomar a la norma como una herramienta de modificación social de conductas, y se pueda generar una disminución de daño moral en perjuicio de los menores cuyos padres se divorcian.

### **3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos**

El presente estudio, como se explicó, tiene la finalidad de promover una tutela estatal adecuada a favor de los menores, lo cual quiere decir que los principales implicados en la investigación son los menores que se afectan por el divorcio de sus padres. Sin embargo, los

cónyuges también desempeñan un papel fundamental en la investigación, puesto que son ellos los generadores del daño.

Entonces, en base a lo mencionado, los agentes jurídicos involucrados como objeto de la investigación son:

1. Los menores cuyos padres se divorcian, pues son estos los que se ven afectados en modalidad de daño moral, tras la separación de sus progenitores.
2. Los ex cónyuges que se divorcian, puesto que son estos los responsables por el daño ocasionado al menor.

La fenomenología en la cual se desarrollará la tesis es la responsabilidad civil, puesto que se ha observado a esta corriente del derecho civil como la óptima para indemnizar al menor afectado. Sin embargo, también se observará ello a partir del fenómeno extranjero, teniendo en cuenta que la legislación comparada puede mostrar un panorama beneficioso para el menor.

### **3.3.3.1. Mapeamiento**

Para Nel (2010) la población está contenida por un conjunto de elementos que estudian o contienen el objeto de estudio, de este modo la población estará comprendida por datos, fenómenos, animales y personas, etc.; bajo esa lógica se sostiene que: “(...) representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” (p. 95).

Según el profesor Nel Quesada, la población también estará contenido por un **conjunto de datos** que contienen rasgos comunes, los mismos que a su vez, de dichos datos se condice con la **información** expresada con cada una como oraciones, frases, conceptos o palabras contenidas en diferentes libros, los mismos que tienen cualidades en común. Entonces, los datos utilizados para esta investigación son aquellos de relación con la responsabilidad civil y el divorcio.

### **3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

#### **3.10.1. Técnicas de recolección de datos**

La técnica que se ha utilizado para recolectar los datos y realizar esta investigación es la técnica del análisis documental, el mismo que aborda la extracción de información de diversas fuentes bibliográficas con la finalidad de estructurar un texto sólido y rico en perspectivas, para que, posteriormente, sirva como fundamento para la elaboración de argumentos que logren los objetivos (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

Entonces, la razón por la que se ha escogido al análisis documental es porque se ha extraído información de libros de responsabilidad civil y de derecho de familia, para conocer cómo los menores son afectados por el divorcio de sus padres; empero, también, se analiza la legislación de otros países, para tener un esquema de legislación comparada que brinde mayor soporte a la intención principal de la tesis.

#### **3.10.2. Instrumentos de recolección de datos**

Para el caso de nuestra investigación hemos utilizado las fichas documentales, donde se ha recolectado información documental de forma textual, de resumen y bibliográfico a fin de recrear un marco teórico de acuerdo a las necesidades de la interpretación que demos de la realidad y de los textos.

Estas fichas también se han utilizado para recolectar la información de legislaciones ajenas al Perú, teniendo una perspectiva internacional del fenómeno que pueda contribuir con la elaboración de argumentos sólidos que logren el objetivo de la tesis.

### **3.3.5. Tratamiento de la información**

Se recolecta la información a través de fichas de documento, tal cual se ha mencionado, en base a resúmenes, copias y bibliografía, pero también en base a legislación de otros países, de tal modo que se permita un análisis de forma y contenido que disminuya lo subjetivo del trabajo

y busque el mayor rigor científico, formando un marco teórico con sustento (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). Esto se presenta bajo el siguiente esquema.

**FICHA TEXTUAL o RESUMEN:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

“ .....  
 .....  
 .....”

En este sentido, si cada dato obtenido puede servir para la estructura de argumentos, debe utilizarse al razonamiento como la forma de persuadir a oponentes intelectuales o antagónicos, teniendo en cuenta que de esto se trata la argumentación jurídica en investigación (Maletta, 2011).

### 3.3.6. Rigor científico

El rigor científico se encuentra relacionado con la seriedad con la que se obtuvo los datos por analizar; asimismo, si estos datos pueden vulnerar el derecho a la intimidad de la población estudiada. De este modo, en la presente investigación, con tal de cumplir con los parámetros mencionados, no se ha tomado datos personales, y no se adulteró ninguna información obtenida, teniendo así información transparente y pública, que puede ser contrastada por cualquier persona interesada. Otro punto relevante para este estudio es tener consistencia y coherencia en la formulación de argumentos, por lo que se debe cumplir con los principios de la lógica jurídica: principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido.



## **CAPÍTULO IV: RESULTADOS**

### **4.1. RESULTADOS DEL OBJETIVO UNO**

El objetivo uno ha sido: “Analizar la manera en la que la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”; y sus resultados fueron:

A lo largo de los años, las relaciones familiares se han ido transformando de manera bastante libertina, puesto que derechos que en la antigüedad solo eran reconocidos a favor del padre de familia, ahora son derechos que se reconocen a todos los miembros del grupo familiar; de este modo, se puede observar en la actualidad a mujeres reclamando su derecho al trabajo digno y niños reclamando el goce de pensión alimentaria, cosa que en el pasado era impensable.

En el caso específico de los vínculos familiares, las cosas también se han transformado en beneficio de otros miembros del núcleo familiar, más allá que el padre de familia; por esto, el divorcio se convierte en una herramienta de reclamo de la libertad por parte de cualquiera de los cónyuges.

Aunque la familia sea constitucionalmente reconocida como uno de los pilares fundamentales de la sociedad, no se puede entender al vínculo de los padres de familia como eterno, o al menos no en todos los casos. El divorcio llega a ser la disolución del vínculo matrimonial existente entre un hombre y una mujer, por lo que estos cónyuges rompen aquel lazo que les convertía en una familia nuclear para poder volver a contraer matrimonio, pero con otras personas.

Desde un valor jurídico debe decirse que el divorcio es una disolución directa del matrimonio por causal explícitamente definida en el ordenamiento jurídico, por eso para que el divorcio proceda, tiene que necesariamente la pareja de cónyuges hallarse en alguno de los supuestos establecidos en el Código Civil peruano.

En el caso peruano, el divorcio se entiende como una medida que permite la solución de males de la actual legislación que tiene que necesariamente ser excepcional, puesto que, en caso contrario, se entendería al divorcio como una salida fácil. Sin perjuicio de esto, no obstante, la cantidad de divorcios suscitados en el país ha ido creciendo año tras año de manera notable.

La doctrina ha señalado que la legislación peruana contempla dos tipos principales de divorcio: el divorcio remedio y el divorcio sanción, dependiendo de la culpa de los cónyuges, puesto que el divorcio remedio se debe entender como aquel tipo de divorcio en el que ambos cónyuges están de acuerdo en separarse. Por otro lado, el divorcio sanción se manifiesta cuando uno de los cónyuges ha cometido una falta a sus deberes conyugales, situación que se regula en el Artículo 333 del Código Civil Peruano. Estas causales son: adulterio, violencia física o psicológica, el atentar contra la vida del cónyuge, la injuria grave, abandonar el hogar conyugal sin explicación, conducta deshonrosa, enfermedad de transmisión sexual que se contrae después del matrimonio, la homosexualidad, condena por delito.

Sin perjuicio de cuál haya sido la causa de la separación de los cónyuges, pero sin desmerecer el hecho de que algunas causas son más graves que otras, es importante observar que no solo son los cónyuges quienes se lesionan en un divorcio, puesto que los hijos del matrimonio también se afectan al menos moralmente, e incluso pueden ser estos los más afectados.

La legislación peruana, específicamente el Código Civil, una serie de mecanismos legales, para que el cónyuge que se ha afectado por el divorcio pueda acogerse a una suerte de resarcimiento a través de la solicitud judicial de la indemnización por daños y perjuicios; no obstante, el legislador no ha pensado en fórmulas de socorro a favor de los hijos del matrimonio que se han afectado moralmente.

La razón por la que señalamos que los menores son los más afectados es que dependiendo de su edad, todos sufren afecciones psicológicas cuando sus padres se distancian. Por ejemplo, los niños desde su nacimiento hasta los dos años desarrollan la confianza, por lo que, al estar una de las dos figuras paternas ausente, no se logra el adecuado desarrollo de este importante valor. En niños entre tres y cinco años existe la necesidad de mostrar a los niños que el divorcio de sus padres no es culpa suya, puesto que, en este periodo, los niños pueden concluir que los padres se han separado a causa suya. En el caso de los niños de seis a doce años, los menores son más sensibles a sus propias emociones que a las de los demás, por lo que no pueden empatizar adecuadamente con sus padres y aunque tienen más capacidad para entender la separación, sienten por parte de estos traición y deslealtad. Por último, en el caso de los adolescentes, en estos se complica la construcción de su identidad, puesto que ambos padres juegan un papel determinante en este proceso, y al estar ambos separados no pueden cubrir coherentemente esta necesidad del menor.

Una vez demostrado el sufrimiento de los menores cuando sus padres se divorcian, podemos establecer un mecanismo de consuelo que pueda cubrir los intereses del menor afectado, nos referimos a la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es una institución jurídica antigua que aparece casi como una necesidad frente a las afecciones patrimoniales de las personas, puesto que aun cuando todos sufren daños a lo largo de su vida hay situaciones por las que el daño no es culpa de uno, sino de un tercero que haya actuado con o sin intención de dañar a uno.

En ese sentido, la responsabilidad civil aparece como una respuesta jurídica para el daño ocasionado por terceros quienes se hacen responsables de cubrir los gastos generados por el daño y otorgar una suma indemnizatoria a favor del afectado y a modo de consuelo o compensación por lo que colateralmente le ha perjudicado.

El ser humano tiende a la generación de daño, por esta razón es inevitable que en el transcurso de relacionarse con otros seres humanos queden expuestos a la posibilidad de incurrir en responsabilidad. En estos casos, la responsabilidad civil se muestra como la institución perfecta de compensación.

Como primera dimensión de la responsabilidad civil, hemos considerado a su finalidad indemnizatoria, por lo que tenemos que enfatizar el que la responsabilidad civil nace con el afán de resarcir a quien ha sido afectado por un daño, de tal forma que la persona afectada quede satisfecha con el resultado último del daño.

Indemnización proviene del término latín *indemnere* que significa retrotraer la situación al momento previo al daño, pero como no se puede materialmente viajar en el tiempo, el derecho se sirve de la herramienta monetaria como alternativa perfecta para la indemnización.

El Código Civil define a la indemnización en el Artículo 1985, cuando señala que esta figura es una respuesta para las consecuencias de la acción que generó el daño, por lo que se otorga una suma dineraria a cambio del lucro cesante, daño a la persona y daño moral.

Al señalar que la finalidad de la responsabilidad civil es indemnizatoria, nos referimos a que de entre todas las salidas jurídicas, brindar una indemnización a favor del afectado es la mejor elección.

#### **4.2. RESULTADOS DE LA OBJETIVO DOS**

El objetivo dos ha sido: “Analizar la manera en la que los elementos de la responsabilidad civil influyen en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”; y sus resultados fueron:

A lo largo de los años, las relaciones familiares se han ido transformando de manera bastante libertina, puesto que derechos que en la antigüedad solo eran reconocidos a favor del padre de familia, ahora son derechos que se reconocen a todos los miembros del grupo familiar;

de este modo, se puede observar en la actualidad a mujeres reclamando su derecho al trabajo digno y niños reclamando el goce de pensión alimentaria, cosa que en el pasado era impensable.

En el caso específico de los vínculos familiares, las cosas también se han transformado en beneficio de otros miembros del núcleo familiar, más allá que el padre de familia; por esto, el divorcio se convierte en una herramienta de reclamo de la libertad por parte de cualquiera de los cónyuges.

Aunque la familia sea constitucionalmente reconocida como uno de los pilares fundamentales de la sociedad, no se puede entender al vínculo de los padres de familia como eterno, o al menos no en todos los casos. El divorcio llega a ser la disolución del vínculo matrimonial existente entre un hombre y una mujer, por lo que estos cónyuges rompen aquel lazo que les convertía en una familia nuclear para poder volver a contraer matrimonio, pero con otras personas.

Desde un valor jurídico debe decirse que el divorcio es una disolución directa del matrimonio por causal explícitamente definida en el ordenamiento jurídico, por eso para que el divorcio proceda, tiene que necesariamente la pareja de cónyuges hallarse en alguno de los supuestos establecidos en el Código Civil peruano.

En el caso peruano, el divorcio se entiende como una medida que permite la solución de males de la actual legislación que tiene que necesariamente ser excepcional, puesto que, en caso contrario, se entendería al divorcio como una salida fácil. Sin perjuicio de esto, no obstante, la cantidad de divorcios suscitados en el país ha ido creciendo año tras año de manera notable.

La doctrina ha señalado que la legislación peruana contempla dos tipos principales de divorcio: el divorcio remedio y el divorcio sanción, dependiendo de la culpa de los cónyuges, puesto que el divorcio remedio se debe entender como aquel tipo de divorcio en el que ambos cónyuges están de acuerdo en separarse. Por otro lado, el divorcio sanción se manifiesta cuando

uno de los cónyuges ha cometido una falta a sus deberes conyugales, situación que se regula en el Artículo 333 del Código Civil Peruano. Estas causales son: adulterio, violencia física o psicológica, el atentar contra la vida del cónyuge, la injuria grave, abandonar el hogar conyugal sin explicación, conducta deshonrosa, enfermedad de transmisión sexual que se contrae después del matrimonio, la homosexualidad, condena por delito.

Sin perjuicio de cuál haya sido la causa de la separación de los cónyuges, pero sin desmerecer el hecho de que algunas causas son más graves que otras, es importante observar que no solo son los cónyuges quienes se lesionan en un divorcio, puesto que los hijos del matrimonio también se afectan al menos moralmente, e incluso pueden ser estos los más afectados.

La legislación peruana, específicamente el Código Civil, una serie de mecanismos legales, para que el cónyuge que se ha afectado por el divorcio pueda acogerse a una suerte de resarcimiento a través de la solicitud judicial de la indemnización por daños y perjuicios; no obstante, el legislador no ha pensado en fórmulas de socorro a favor de los hijos del matrimonio que se han afectado moralmente.

La razón por la que señalamos que los menores son los más afectados es que dependiendo de su edad, todos sufren afecciones psicológicas cuando sus padres se distancian. Por ejemplo, los niños desde su nacimiento hasta los dos años desarrollan la confianza, por lo que, al estar una de las dos figuras paternas ausente, no se logra el adecuado desarrollo de este importante valor. En niños entre tres y cinco años existe la necesidad de mostrar a los niños que el divorcio de sus padres no es culpa suya, puesto que, en este periodo, los niños pueden concluir que los padres se han separado a causa suya. En el caso de los niños de seis a doce años, los menores son más sensibles a sus propias emociones que a las de los demás, por lo que no pueden empatizar adecuadamente con sus padres y aunque tienen más capacidad para entender la separación, sienten por parte de estos traición y deslealtad. Por último, en el caso

de los adolescentes, en estos se complica la construcción de su identidad, puesto que ambos padres juegan un papel determinante en este proceso, y al estar ambos separados no pueden cubrir coherentemente esta necesidad del menor.

Una vez demostrado el sufrimiento de los menores cuando sus padres se divorcian, podemos establecer un mecanismo de consuelo que pueda cubrir los intereses del menor afectado, nos referimos a la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es una institución jurídica antigua que aparece casi como una necesidad frente a las afecciones patrimoniales de las personas, puesto que aun cuando todos sufren daños a lo largo de su vida hay situaciones por las que el daño no es culpa de uno, sino de un tercero que haya actuado con o sin intención de dañar a uno.

En ese sentido, la responsabilidad civil aparece como una respuesta jurídica para el daño ocasionado por terceros quienes se hacen responsables de cubrir los gastos generados por el daño y otorgar una suma indemnizatoria a favor del afectado y a modo de consuelo o compensación por lo que colateralmente le ha perjudicado.

El ser humano tiende a la generación de daño, por esta razón es inevitable que en el transcurso de relacionarse con otros seres humanos queden expuestos a la posibilidad de incurrir en responsabilidad. En estos casos, la responsabilidad civil se muestra como la institución perfecta de compensación.

Como segunda dimensión de la variable responsabilidad civil, se tiene a los elementos que configuran este instituto jurídico. Tenemos diversas formas de comprender estos elementos dependiendo de la postura que se asuma. Por ejemplo, si se adopta la postura de Leysser León, diremos que la responsabilidad civil tiene tres elementos. En cambio, si adoptamos la posición de Lizardo Taboada, señalaremos que la responsabilidad civil tiene cuatro elementos. Por último, si señalamos que la responsabilidad civil posee cinco elementos tendremos el panorama de Juan Espinoza. Por cuestiones metodológicas, practicidad y completitud optaremos por la

postura de Juan Espinoza y diremos que son cinco los elementos que configuran la responsabilidad civil.

El primer elemento es el daño que comprende toda la afectación de el culpable al afectado, el daño podrá ser patrimonial o extra patrimonial. Será patrimonial cuando comprenda al daño emergente (que es la afectación patrimonial directa), y el lucro cesante (que es lo que se deja de ganar a consecuencia de la aparición del daño). Cuando se habla de daño extra patrimonial, nos referimos al daño moral (que es la afectación a la psique interna del sujeto).

Como segundo elemento, tenemos a la imputabilidad que no es otra cosa que la capacidad del responsable del daño de hacerse cargo de la indemnización. Por eso, si un niño de siete años, por ejemplo, produce un daño no tiene capacidad de imputación para responder por él mismo.

Como tercer elemento, se tiene a la antijuricidad, que es el elemento que comprueba que el daño ha sido ilegítimo y contrario a ley, que en caso de responsabilidad civil contractual contraviene al contrato mismo y en el caso de responsabilidad civil extra contractual, contraviene al deber general de no causar daño a otros.

Como cuarto elemento, se tiene a la relación causal que es el elemento que prueba el nexo causal entre el afectado por el daño y el responsable del mismo.

Como último elemento de la responsabilidad civil, se tiene al factor de atribución que mide la culpabilidad del responsable del daño a través del dolo y la culpa. De este modo, habrá actuado con dolo el responsable que tuvo intención de dañar; y habrá actuado con culpa quien comete un daño sin intención.

#### **4.3 RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

Como la finalidad de la presente investigación es la de evaluar la posibilidad de que los menores cuyos padres se divorcian reciban una indemnización por daño moral, entonces es



necesario si este fenómeno ya es evaluado en otros países del mundo. Por ello, se presenta a continuación:

### **A. México**

Para comenzar, tenemos el caso mexicano. Podemos observar la investigación desarrollada por Zapata & Urbina (2020), quienes nos brindan luces a partir de la responsabilidad civil a favor de menores de padres divorciados. En este caso, no se observa que, de manera específica, los padres tengan que indemnizar a sus hijos cuando se divorcian. Sino que se plantea una situación en la que, una vez que los padres se han divorciado, se tienen que hacer cargo de cumplir con ciertos deberes a favor del menor. Por lo tanto, en aquellos casos en los que los padres divorciados no cumplen sus deberes de padre, tienen que brindar una indemnización a favor del menor afectado por dicha irresponsabilidad.

En el caso mexicano, no existe actualmente una ley que regule la indemnización a favor de los menores cuyos padres incumplen sus deberes paternales después de la separación, sino que ello se desprende de los artículos 1830° y 1910° del Código Civil Federal que regulan la responsabilidad civil extracontractual de manera general, como consecuencia del incumplimiento del deber general de no dañar a otros. Estos artículos señalan textualmente:

Art. 1830°.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1910°.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima

Sin perjuicio de esto, aunque no se regule en la ley, la jurisprudencia ha generado precedentes vinculantes que soportan dicha posición. Se tiene a la jurisprudencia de la SCJN Primera Sala, en el Amparo Directo en Revisión 4355/2015, del 5 de abril del año 2017, según el cual, sucede lo siguiente:

Cuando dos padres se divorcian, incluso cuando la separación fuera solo de hecho, a través del concubinato, estos generan una ruptura de la relación de costumbre estandarizada entre ambos sujetos. Empero, el concubinato genera convivencia no únicamente con la pareja, sino también con el menor que nace producto de ello. En este sentido, la mayor afección es hacia el menor, razón por la que sufre daño moral. Es por esto que se debe indemnizar al menor a través de la responsabilidad civil (pp. 23-33).

En base a esto, son muchos los casos de la jurisdicción mexicana que se han amparado en este precedente para indemnizar al menor cuando sus padres se separan. Incluso, a partir de esto, también se ha propuesto la legislación de este fenómeno, como lo ha hecho la misma “Suprema Corte de Justicia de la Nación” en sus conclusiones jurisprudenciales de “Compensación económica”.

## **B. España**

En España, a diferencia de México, si se aborda específicamente la indemnización por daño moral que nace a partir de la ruptura conyugal, enfatizando al menor afectado. Esto, como era de esperarse, se desprende del artículo 1902º del Código Civil español, que indica:

Art. 1902º.- El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Lo curioso es que en el caso español, no se regula específicamente la indemnización a favor del cónyuge que se afectó por el fenómeno de la separación. Esto es curioso, puesto que se señala que, en caso de indemnización por daño moral a favor del cónyuge inocente en el caso de una separación, se debe desprender de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902°. Lo que sí es generable, para este tipo de casos es lo señalado en el art. 709° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que puede imponer una sanción en perjuicio del cónyuge que causó la separación. Esto se va más por el sentido de generar un reproche a su conducta, antes que enfocarse en el menor y su bienestar.

Entonces, ¿se debería usar la siguiente lógica?: si no se indemniza al cónyuge afectado, mucho menos se debe indemnizar al menor cuyos padres se divorcian. Esto es incorrecto. Es más, de acuerdo a lo planteado por Vázquez (2018), quien señala que, **así como existe la necesidad de regular la indemnización por daño moral a favor del cónyuge afectado, también se debe regular la indemnización por daño moral a favor del menor cuyos padres se divorcian.**

### **C. Colombia**

A diferencia de los casos mexicano y español, en el caso colombiano, específicamente, se regula la indemnización a favor de los miembros de la familia que se afectan por la separación conyugal. Esto significa que, si uno de los cónyuges es culpable, el juez deberá indemnizar al cónyuge inocente y al menor afectado. Lo mismo sucede en los casos en los que el menor se afecta por la separación de sus padres, cuando esta separación es por decisión mutua. En estos casos, el menor también debe recibir indemnización.

Esto se puede corroborar en el Artículo 444° del Código de Procedimiento Civil colombiano, según el cual:

Art. 444°.- En el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas:

1. Simultáneamente con la admisión de la demanda o antes, si hubiere urgencia, el juez podrá decretar las siguientes medidas:

a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si éstos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero, cuando el juez lo considere conveniente;

b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero, según lo crea más conveniente para su protección;

c) Señalar la cantidad con que **cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de éstos, así como un monto específico a favor del menor afectado;**

d) Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto, si el marido las solicitare, y

e) Decretar, a petición de parte, las medidas cautelares autorizadas en el ordinal primero del artículo 691 sobre los bienes sociales y los propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge y los hijos tuvieren derecho, si fuere el caso.

En este caso, no se observa expresamente una indemnización a favor del menor, incluso cuando este recibe un monto para cobertura de sus afectaciones (que según las reglas de la responsabilidad civil recibe el nombre de reparación). Entonces, el caso Colombiano sí regula nuestro fenómeno de estudio.

## CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

### 5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO UNO

El objetivo uno es el siguiente: “Analizar la manera en la que la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita probar su contenido.

Como ya se ha mencionado, la responsabilidad civil se comporta como un fenómeno que responde a la necesidad de resarcir un daño. Cuando alguien es responsable de dañar a otro, sea con o sin intención, le ha generado un perjuicio que debe ser inexorablemente resuelto. En este sentido, la responsabilidad civil se comporta como un consuelo para quien ha sido afectado, porque no se encuentra forma de retrotraer materialmente las cosas. Es justamente por ello que la presente tesis sugiere que la mejor forma de proteger al menor que se ha afectado por el divorcio de sus padres es a través de brindarle una indemnización en el formato de responsabilidad civil.

Como ya se ha señalado, los menores de todas las edades sufren una afectación moral en el momento en el que sus padres se divorcian, y, aunque la legislación peruana protege al cónyuge afectado (en caso de divorcio sanción), no brinda ningún tipo de indemnización a favor del menor.

Ya se ha señalado que la finalidad de la responsabilidad civil es indemnizatoria, en términos del concepto *indemnere*, esto es, que la responsabilidad civil procura retrotraer las cosas a como estas estaban antes del evento dañoso. En este caso en específico, el evento dañoso es el divorcio de los padres del menor; entonces, retrotraer la situación al momento previo al daño implicaría que los padres se vuelvan a casar, situación inviable cuando el divorcio ha sido el mecanismo extremo para la solución del conflicto conyugal.

En el caso de que la separación haya sido producto de un acuerdo mutuo, la finalidad indemnizatoria tiene que favorecer al menor por parte de ambos cónyuges, es decir, solidariamente, ambos cónyuges tienen que responder civilmente por el daño moral que ha sufrido el niño, porque la entrega de un monto dinerario a su favor actúa como el mecanismo ideal para resarcir al menor.

En el caso de que el divorcio sea de tipo sanción, es decir que uno de los cónyuges haya incurrido en causal de separación del artículo 333° del Código Civil, afectando al otro cónyuge, lo coherente es que, además de indemnizar al cónyuge afectado, también brinde una indemnización a favor del menor a modo de resarcimiento, cumpliendo así con la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil.

**En conclusión**, frente al objetivo “Analizar la manera en la que la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”, podemos **confirmar su logro**.

## **5.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DEL OBJETIVO ESPECÍFICO DOS**

El objetivo dos es la siguiente: “Analizar la manera en la que los elementos de la responsabilidad civil influyen en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita probar su contenido.

En el caso de el objetivo segundo de esta investigación, habiendo comprendido que la responsabilidad civil es el mecanismo más eficiente para brindar al menor una salida al daño que le ha afectado, es necesario conocer cómo metodológicamente es funcional el que se configure la responsabilidad civil a favor del menor afectado por el divorcio de sus padres. Para esto, diremos que se configura responsabilidad civil siempre que el evento dañoso cumpla con los cinco elementos de la responsabilidad civil.

En el caso del primer elemento, referido al daño, es cierto que no existe en la separación de los padres del menor ningún tipo de daño emergente, pues el menor no se ha afectado de manera patrimonial; asimismo, también debe señalarse que no ha existido lucro cesante, pues ello no afecta en la esperanza patrimonial a futuro del menor; lo que sí se encuentra, de manera evidente, como se ha señalado en el segmento de resultados, es una afectación psicológica y moral en perjuicio del menor, teniendo en cuenta que, sin importar la edad del menor, sufre aflicción y depresión cuando sus padres se separan.

En el caso del segundo elemento, referido a la antijuricidad, este elemento puede encontrarse en el momento en el que los padres generan un daño al menor, contraviniendo el artículo 1969° del Código Civil peruano, lo cual es un comportamiento ilegítimo y contrario a ley. Además de incumplir con este deber general de no causar daño a otros, están incumpliendo con sus deberes de padres de brindar al menor todas las herramientas que promuevan su desarrollo y no lo obstaculicen.

En el caso del tercer elemento, la relación causal puede comprobarse porque es directamente el divorcio de los padres lo que afecta al menor, por lo que son los padres los responsables civilmente del sufrimiento del niño, generándole daño moral.

En el caso del cuarto elemento, el factor causal puede hallarse en la modalidad de culpa, ya que sería ilógico pensar que un padre puede esperar generar sufrimiento en perjuicio de su hijo.

Por último, sabiendo que el quinto elemento es la imputabilidad, se reconoce que ambos padres son capaces de responder civilmente por el daño generado, por lo que poseen esta capacidad de imputación.

Entonces, al haber comprobado el cumplimiento de los cinco elementos de la responsabilidad civil, se comprueba que puede perfectamente configurarse en el caso de un menor afectado por el divorcio de sus padres.

**En conclusión**, frente al objetivo: “Analizar la manera en la que los elementos de la responsabilidad civil influyen en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”; podemos **confirmar su logro**.

### 5.3. DISCUSIÓN DEL OBJETIVO GENERAL

El objetivo general es la siguiente: “Analizar la manera en la que la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita probar su contenido.

A lo largo de la investigación se ha tenido en cuenta que el menor cuyos padres se divorcian sufre, aunque no de manera material, ve mucha esperanza frustrada y una familia separada, lo cual le genera ansiedad, depresión, tristeza, aflicción, entre otras emociones negativas.

Teniendo en cuenta que un menor cuyos padres se han divorciado se somete a estas emociones negativas, evidentemente se ha reconocido que se genera en perjuicio de ellos un daño moral

Como respuesta del Estado, hemos visto que no existe ningún mecanismo de reparación a favor del menor en caso de que sus padres se divorcien, puesto que el cuerpo normativo únicamente protege al cónyuge afectado tras la separación.

A la luz de la presente investigación, se ha determinado que quien más se afecta por el divorcio es el hijo de los cónyuges, razón por la cual es lógico que el Estado brinde a favor de los menores un mecanismo de reparación.

En el objetivo primero, se ha determinado que la responsabilidad civil es la institución jurídica perfecta para resarcir el daño sufrido por el menor. Esto se debe a que este instituto tiene una finalidad indemnizatoria, que proviene del término *indemnere*, cuyo afán es retrotraer



las cosas a como eran estas antes de la ocurrencia del daño. Entonces, como no se puede viajar en el tiempo, una respuesta económica funciona perfectamente para la solución del daño. Así, brindar una indemnización a favor del menor es eficiente en este caso.

En el objetivo segundo, se ha evaluado la viabilidad metodológica de la responsabilidad civil para indemnizar el daño moral sufrido por el menor descrito. Se ha podido comprobar que, de manera eficiente, este fenómeno calza en cada uno de los elementos de la responsabilidad civil.

Entonces, al observar que la responsabilidad civil resarce eficientemente con su finalidad indemnizatoria, y que se cumplen efectivamente los cinco elementos de la responsabilidad civil, solo queda señalar que la responsabilidad civil es perfecta para casos de protección a menores que se afectan por el divorcio de sus padres.

### **5.3.1. Triangulación de resultados**

La presente investigación debe ser comparada en cuanto a sus antecedentes de investigación y también a la legislación y jurisprudencia externa, de tal modo que se alcance el máximo nivel de objetividad y científicidad para el logro de objetivos.

En primer lugar, tenemos en lo referido a nuestros resultados que se ha podido identificar que la responsabilidad civil debe manifestarse frente a la aparición de cualquier tipo de daño. No importa si el afectado es un anciano, un niño, una mujer, un discapacitado. Todo aquel afectado por un daño a propósito de la acción de un tercero, merece recibir indemnización a partir de la responsabilidad civil.

Ahora, cuando ese daño ha sido ocasionado en perjuicio de un menor, ¿la legislación debe actuar? Claro que sí, entonces, en el caso del menor afectado por el divorcio de sus padres este merece recibir indemnización. Es por eso que el objetivo primero ha podido identificar el hecho de que la finalidad indemnizatoria encaja perfectamente con la reparación a favor del

menor que sufre daño moral por el divorcio de sus padres. Frente a esto, podemos observar los resultados de Pastor (1995), quien ha concluido en su investigación que los menores tienen que afrontar las desavenencias propias de la vida, razón por la que, si un menor es responsable civilmente, tiene que afrontar las consecuencias de manera directa, lo cual conlleva también a pensar que, en caso de que el menor sufra daño moral por la separación de sus padres, desde la perspectiva de Pastor (1995), también se tendría que dejar desamparado al menor, de tal modo que pueda superar por sí mismo sus malestares. En este sentido, es necesario reconocer que un menor se encuentra en situación de vulnerabilidad, y es justamente por esto que los adultos a su cargo deben responder tanto por sus acciones con discernimiento, como por aquellas acciones que no dependen del menor. Entonces, el menor debería ser indemnizado, en tanto no puede hacerse cargo de afrontar por sí mismo los daños causados por la separación de sus padres. Entonces, la finalidad de la responsabilidad civil cumpliría correctamente su esencia de colocar al menor en la mejor situación posible.

Se tiene, asimismo, la tesis planteada por Ochoa (2012), quien ha tenido como resultado el que el rendimiento académico de los menores baja cuando sus padres se divorcian. En este sentido, el divorcio de los padres de un niño genera que este se coloque en una situación peor a su estado normal. Esto significa que el niño tenía un desempeño regular, que, a propósito de la separación de sus padres, disminuye drásticamente. Entonces, se genera una lesión directa a su estado actual. Ahora, pensemos en nuestro resultado del objetivo uno: se ha observado que los niños empeoran su situación actual cuando sus padres se divorcian, entonces, ¿cuál es el mejor modo para regresar las cosas a como estaban antes del daño?, la respuesta es la indemnización. Entonces, la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil, al procurar retroceder en el tiempo (de manera figurada), coloca al menor en la situación más favorable para que pueda recuperar sus condiciones previas a la separación de sus padres. Por esto, es correcto indemnizar al menor.

Ahora, al ponernos a pensar en el segundo objetivo de la tesis, se ha podido tener como resultado el que, cuando un menor sufre daño moral por el divorcio de sus padres, se configura responsabilidad civil en su aspecto material, puesto que suceden todos los elementos de la responsabilidad civil. De esto se desprende que no solo es correcto configurar responsabilidad civil a favor del menor cuyos padres se divorcian, sino que también es necesario.

Para una contrastación más objetiva de este punto, se puede revisar la tesis de Gonzáles (2015), según la cual, los niños cuyos padres se divorcian reflejan un ilegítimo desenvolvimiento de los deberes paternales, lo cual muestra que se trata de un fenómeno antijurídico, cumpliendo así con el elemento de la **antijuricidad**, que también se ha observado en nuestra argumentación. Por otro lado, también se ha observado que los niños sufren consecuencias emocionales negativas, a partir de lo cual se puede evidenciar que existe **daño moral**. Además, se genera en esta tesis una comparación entre niños cuyos padres se han divorciado y niños cuyos padres no se han divorciado, observando que los menores afectados son aquellos cuyos padres se divorcian. En base a esto, podemos deducir que los responsables del daño son los padres que se divorcian. Por esto, se puede decir que se cumple con el **nexo causal**.

Asimismo, la investigación de Willatt (2006), nos muestra que el daño que sufren los menores es un daño que se prolonga en el desarrollo psicosocial del menor, lo cual es una clara vulneración al proyecto de vida del menor, razón por la cual se habla de un **daño al proyecto de vida**, que es una forma de daño extrapatrimonial.

Entonces, también se está evidenciando con investigaciones anteriores que el daño moral sufrido por el menor cuyos padres se divorcian es legítimamente un caso de responsabilidad civil. Esto incluso es manifestado de manera abierta y concreta en la investigación de Ortiz (2017), según quien es urgente regular la responsabilidad civil familiar a favor del menor cuyos padres se divorcian; empero, este autor solo abarca la indemnización

por parte del cónyuge culpable del divorcio, y no aquellos casos de separación por mutuo disenso, en la cual también el menor sufre la afectación moral de la que hemos hablado a lo largo de la investigación.

Ya si observamos el plano internacional, se puede evidenciar que países como México y España tienen precedentes jurisprudenciales en los que se observa la necesidad de regular la indemnización a favor del menor cuyos padres se divorcian. Incluso, en el caso específico de Colombia, este tipo de indemnización se regula textual y específicamente, con la única diferencia de que no le colocan el nombre de responsabilidad civil. Sin embargo, en el caso de la presente tesis, es urgente la modificación normativa para regular este fenómeno.

**En conclusión**, frente al objetivo: “Analizar la manera en la que la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano”; podemos **confirmar su logro**.

## **CAPÍTULO VI: PROPUESTA DE MEJORA**

Como consecuencia de lo mencionado resulta necesaria la apertura de un artículo normativo en el Código Civil que esté destinado al resarcimiento del menor que se afecta cuando sus padres se divorcian, el mismo que debe plantearse del siguiente modo:

Artículo.- Indemnización a favor del menor cuyos padres se divorcian.

Tras el divorcio de sus padres, el menor afectado, podrá exigir una indemnización por concepto de daño moral.

En el caso de que los padres se hayan divorciado por mutuo disenso, ambos tendrán que responder solidariamente por el daño generado. En caso de que uno de los padres haya incumplido sus deberes conyugales, y el divorcio se haya generado en aplicación de las causales 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil peruano, el cónyuge culpable del divorcio deberá brindar una indemnización a favor del menor por concepto de daño moral.

## CONCLUSIONES

1. El divorcio es un fenómeno cada vez más popular, puesto que muchos cónyuges recurren a él cuando ya no encuentran otra solución para la solvencia de su matrimonio. Sin embargo, el divorcio es un mecanismo contrario a la idea de familia, puesto que conlleva a la separación del núcleo familiar, lo cual genera preocupación cuando hay un niño de por medio. Esto se debe a que, como ha demostrado la presente investigación, los niños cuyos padres se divorcian siempre se ven afectados por esta separación, siendo víctimas de daño moral. Sumado a esto, se tiene que el cuerpo normativo peruano no genera ningún tipo de indemnización a favor del menor, sino que únicamente se indemniza al cónyuge afectado.
2. Al quedar desamparado de mecanismo de resarcimiento el menor, se ha generado la conjetura de que la responsabilidad civil es la institución perfecta para resarcir al menor. Por esto, se ha podido comprobar que la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil es idónea para retrotraer en todo lo posible la situación del menor a como era previo al daño. Por esto, se señaló que el *indemnere* es perfecto para resarcir al menor.
3. Por otro lado, también se ha evaluado si, de manera metodológica, el daño sufrido por el menor tras el divorcio de sus padres cumple con los 5 elementos de la responsabilidad civil, y se ha podido demostrar que, en efecto, se configura adecuadamente la responsabilidad civil, razón por la cual también se tiene una consistencia institucional para adoptar a este instituto como el apropiado para resarcir al menor.
4. Como conclusión general, debemos llegar a comprender que en la actualidad hay un vacío legal al no regular el resarcimiento a favor del menor que sufre daño moral por el divorcio de sus padres. Entonces, viendo que el daño moral recibe indemnización en todos los casos, es obvio que, en atención al principio de Interés Superior del Niño, en casos de afectación por daño moral al menor, también tenga este que ser resarcido. Por

esto, el presente trabajo ha concluido que es necesario regular este fenómeno a través de la utilización de la responsabilidad civil.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda, en primer lugar, la generación de un nuevo artículo en el Código Civil peruano, cuyo contenido sea el siguiente:

Artículo.- Indemnización a favor del menor cuyos padres se divorcian.

Tras el divorcio de sus padres, el menor afectado, podrá exigir una indemnización por concepto de daño moral.

En el caso de que los padres se hayan divorciado por mutuo disenso, ambos tendrán que responder solidariamente por el daño generado. En caso de que uno de los padres haya incumplido sus deberes conyugales, y el divorcio se haya generado en aplicación de las causales 1 al 10 del artículo 333° del Código Civil peruano, el cónyuge culpable del divorcio deberá brindar una indemnización a favor del menor por concepto de daño moral.

2. Se recomienda que más allá de un resarcimiento dinerario a favor del menor afectado cuando sus padres se divorcian, el Estado pueda generar otros mecanismos de protección como el constante contacto de los menores con sus padres o la asistencia a terapia psicológica y escuela de padres obligatoria.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Barfield. T (2011). *Diccionario Antropológico*. Barcelona: España, Editorial: BELLATERRA
- Bustamante, H. (1986). *Teoría General De La Responsabilidad Civil*. Disponible En:  
<https://es.scribd.com/doc/233451052/129435034-Teoria-General-De-La-Responsabilidad-Civil-Hugo-Bustamante-Alsina-Pdf>
- Cabanellas, G. (2001a). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. (Veintiochoava edición), Tomo V, Argentina: Editorial Heliasta.
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Lima: Editorial San Marcos.
- Espinoza, J. (2007). *Derechos De La Responsabilidad Civil*. [Lima-Perú: Gaceta Jurídica](#).
- Gahona & Willatt (2006). Separación conyugal y los efectos en el desarrollo psicosocial de los hijos adolescentes: Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile, disponible en:  
<http://bibliotecadigital.academia.cl/bitstream/handle/123456789/1501/ttraso174.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.
- González, P. (2015). Consecuencia del divorcio en la niñez y la adolescencia, desde la perspectiva de los alumnos en la ciudad de San Pedro Sula, Cortes, Honduras: Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, disponible en:

[http://www.repositorio.usac.edu.gt/771/1/13TM\\_%2828%29.pdf](http://www.repositorio.usac.edu.gt/771/1/13TM_%2828%29.pdf)

Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.

León, L. (2007). *La Responsabilidad Civil*. Lima-Perú: Jurista Editores.

León, L. (2016). *Responsabilidad Civil Contractual Y Extracontractual*. Lima-Perú: Disponible

En:

<Http://Repositorio.Amag.Edu.Pe/Bitstream/Handle/123456789/714/Manual%20responsabilidad%20civil.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y&Fbclid=Iwar1ukgdqdudulqng1ecioqjzgwkhugr8b5q9w3pmkuedkqgtce65q5cumy>

Maita, J. (2016) *Divorcio de los padres e inteligencia emocional en estudiantes de primer semestre de la universidad adventista de Bolivia 2016*: Universidad Peruana Unión, Lima, Perú, disponible en:

[https://repositorio.upeu.edu.pe/bitstream/handle/UPEU/362/Jenny\\_Tesis\\_maestr%c3%ada\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.upeu.edu.pe/bitstream/handle/UPEU/362/Jenny_Tesis_maestr%c3%ada_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.

Mariños, R. (2016) “*Criterios Jurídicos Para La Unificación Del Régimen Dual De La Responsabilidad Civil A Nivel Del Ordenamiento Civil Peruano*”, Trujillo-Perú: Universidad Privada Antenor Orrego, Disponible En:

[Http://Repositorio.Upao.Edu.Pe/Bitstream/Upaorep/1795/1/Re\\_Derecho\\_Criterios.Jur%20C3%8ddicos\\_Unificaci%20C3%93n.R%20C3%89gimen.Dual.Responsabilidad.Civil\\_Tesis.Pdf](Http://Repositorio.Upao.Edu.Pe/Bitstream/Upaorep/1795/1/Re_Derecho_Criterios.Jur%20C3%8ddicos_Unificaci%20C3%93n.R%20C3%89gimen.Dual.Responsabilidad.Civil_Tesis.Pdf)

Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.

Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. Lima-Perú: MACRO

Ochoa, D. (2012). El divorcio y su influencia en el rendimiento académico en estudiantes de segundo año de bachillerato: Universidad de Guayaquil, facultad de ciencias psicologicas, Guayaqui, Ecuador, disponible en:

<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/5983/1/Tesis%20de%20Psicolog%C3%ADa%20Educativa.pdf>

Ortiz, C. (2017). Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio. Universidad de Piura.

[https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2854/DER\\_094.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2854/DER_094.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Osterling, F.(S/F). Responsabilidad Civil: Costo Comercial Y Costo Social. Disponible En:

<Http://Www.Osterlingfirm.Com/Documentos/Articulos/Responsabilidad%20civil.df>

Pastor, M. (1995). La Responsabilidad Civil Del Tutor Y Curador Por Los Delitos De Los Interdictos Que Se Hallen Bajo Su Autoridad, México: Universidad Autónoma De México, Disponible En:

<Http://132.248.9.195/Pmig2016/0224179/0224179.Pdf>

Rabasa, J. (2015). La Responsabilidad Civil Derivada Del Delito: Víctimas, Perjudicados Y Terceros Afectados, Alicante-España: Universidad De Alicante, Disponible En:

[Https://Rua.Ua.Es/Dspace/Bitstream/10045/55270/1/Tesis\\_Jorge\\_Rabasa\\_Dolado.Pdf](Https://Rua.Ua.Es/Dspace/Bitstream/10045/55270/1/Tesis_Jorge_Rabasa_Dolado.Pdf)

Rangel, D. (2015). “El ‘Daño A La Persona’ En Materia De Responsabilidad Civil Extracontractual. Especial Referencia A Los Daños Derivados De La Responsabilidad Civil Familiar. Piura-Peru: Universidad De Piura, Disponible En:

[https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/Handle/11042/2684/Der\\_042.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/Handle/11042/2684/Der_042.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y)

Real academia española. (2015). *Diccionario de la lengua española*. Vigésima tercera edición.

Disponible en:

<http://lema.rae.es/drae/>

RPP. “Según la edad ¿Cómo repercute el divorcio en los hijos?”, publicado 27 de Abril del 2015, disponible en:

<https://rpp.pe/vida-y-estilo/salud/segun-su-edad-como-repercute-el-divorcio-en-los-hijos-noticia-791564>

Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.

Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Mantaro.

Sokolich Alva. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema Judicial Peruano. *Vox Juris: Revista Lima (Perú)* 25(1), 81-90, disponible en:

<http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1083/1/5.pdf>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020). Compensación económica Cuadernos de jurisprudencia. Centro de Estudios Constitucionales.  
<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020->

07/Compensaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica-  
Versi%C3%B3n%20Final%20de%20julio.pdf

Taboada, L. (2013). *Elementos De La Responsabilidad Civil*. (Tercera Edición). Lima-Perú:  
Grijley.

Valencia, I. (2018) Situación Socio-Jurídica Del Divorcio y el perjuicio causado a los niños y  
adolescentes: Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, Perú disponible en:

<http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2468/VALENCIA%20ARIZPE%20ISAAC%20ADOLFO-%20DOCTORADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vázquez, L. (2018). La indemnización por daños morales entre los cónyuges. En especial,  
indemnización por ruptura conyugal. España. <http://www.revista-aji.com/articulos/2019/10/570-603.pdf>

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial  
San Marcos.

Vidal, F. (S/F). La Responsabilidad Civil. Disponible En:

<Http://Revistas.Pucp.Edu.Pe/Index.Php/Derechopucp/Article/Viewfile/6527/6607>

# ANEXOS

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
<b>PROBLEMA GENERAL</b>	<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>Variable Dependiente</b>	<b>Tipo y nivel de investigación</b>
¿De qué manera influye la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano?	Analizar la manera en la que la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano.	➤ Menor afectado por divorcio  <b>DIMENSIONES</b> • Divorcio • Tipos de divorcio • Daño moral al menor	La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Correlacional” y un enfoque cualitativo  <b>Diseño de investigación</b> El diseño es observacional y transaccional
<b>Problemas específicos</b>	<b>Objetivos específicos</b>		<b>Técnica de Investigación</b>

<p>¿De qué manera influye la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano?</p> <p>¿De qué manera influyen los elementos de la responsabilidad civil en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano?</p>	<p>Analizar la manera en la que la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil influye en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano.</p> <p>Analizar la manera en la que los elementos de la responsabilidad civil influyen en el menor afectado por el divorcio de sus padres en la legislación del Código Civil peruano.</p>	<p style="text-align: center;"><b>Variable independiente</b></p> <p>➤ Responsabilidad civil</p> <p style="text-align: center;"><b>DIMENSIONES</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Finalidad indemnizatoria</li> <li>• Elementos de la responsabilidad civil</li> </ul>	<p>Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p style="text-align: center;"><b>Instrumento de Análisis</b></p> <p>Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p style="text-align: center;"><b>Procesamiento y Análisis</b></p> <p>Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p> <p style="text-align: center;"><b>Método General</b></p> <p>Se utilizará el método y hermenéutico.</p> <p style="text-align: center;"><b>Método Específico</b></p> <p>Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>
--	--	---	--



## INSTRUMENTOS

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

**FICHA TEXTUAL:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

“ .....  
.....  
.....”

[Transcripción literal del texto]

**FICHA RESUMEN:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

.....  
.....  
..... [Resumen de  
lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

## PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS

Como ya se había mencionado la información será recolectada a través de la técnica del fichaje, para ello se realizaron fichas textuales, de resumen y bibliográfica. Se recolectó de la siguiente manera:

**FICHA DE RESUMEN:** Definición de la responsabilidad civil

**DATOS GENERALES:** Espinoza, J. (2007). *La responsabilidad civil*. Perú: Grijley. Página 25

**CONTENIDO:** La responsabilidad civil es un fenómeno cuya aparición es consecuencia del surgimiento de un daño comprobado, que ha sido cometido por un sujeto imputable, que haya actuado con dolo o culpa y cuya conducta está directamente relacionada con el daño.

Habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204).

## PROCESO DE CODIFICACIÓN

La codificación para una investigación cualitativa de especie jurídico dogmático (aunando con la explicación de la sección precedida), su codificación tiene que ver con la identificación de argumentos clave (saneamiento de puntos controversiales) que serán debatidos en la discusión de resultados, cuyos criterios se basan en una operacionalización de conceptos de forma sistemática, que además son el norte y direccionamiento del debate, de esa manera se compone así:

CONCEPTOS JURÍDICOS	ARGUMENTOS NORTE DE DEBATE	ARGUMENTOS COMPLEMENTARIOS
Menor afectado por divorcio	Divorcio	Ética familiar
		Causales de separación
	Tipos de divorcio	Divorcio sanción
		Divorcio remedio
	Daño moral al menor	Daño moral
Responsabilidad civil	Finalidad indemnizatoria	Resarcimiento basado en el <i>indemnere</i>
	Elementos de la responsabilidad civil	Daño
		Imputabilidad
		Relación causal
		Antijuricidad
		Factor de atribución

El Concepto jurídico 1: “Artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal” se ha correlacionado con los argumentos norte de debate del Concepto jurídico 2: “Lesión grave a bienes jurídicos” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Concepto jurídico 1 (Artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal) + Argumento debate 1 (Verosímil lesión continua de bienes jurídicos) del Concepto jurídico 2 (Lesión grave a bienes jurídicos).
- **Segunda pregunta específica:** Concepto jurídico 1 (Artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal) + Argumento debate 2 (Grave conmoción social) del Concepto jurídico 2 (Lesión grave a bienes jurídicos).
- **Tercera pregunta específica:** Concepto jurídico 1 (Artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal) + Argumento debate 3 (delito de violación sexual) del Concepto jurídico 2 (Lesión grave a bienes jurídicos).

En ese entender, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre el Concepto jurídico 1 (Artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal) y el Concepto jurídico 2 (Lesión grave a bienes jurídicos), por ello es que la pregunta general de la presente tesis es:

- ¿De qué manera sería posible la modificación del artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal en casos de lesión grave a bienes jurídicos en el ordenamiento jurídico peruano?

Y para pregunta específica que se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia, surgen los objetivos específicos, los cuales se persiguieron durante toda la investigación:

**Primer objetivo específico:** Determinar la manera en la que sería posible la modificación del artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal en casos de verosímil lesión continua de bienes jurídicos en el ordenamiento jurídico peruano.

**Segundo objetivo específico:** Identificar la manera en la que sería posible la modificación del artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal en casos de grave conmoción social en el ordenamiento jurídico peruano.

**Tercer objetivo específico:** Identificar la manera en la que sería posible la modificación del artículo 327° del Nuevo Código Procesal Penal en casos de delito de violación sexual en el ordenamiento jurídico peruano.

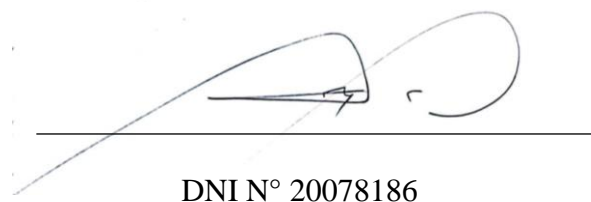
## **PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL**

En el caso de entrevistas, no se ha tenido que contar con ellas para la finalidad del presente trabajo. Por otro lado, el proceso de observación ha sido eminentemente documentario, puesto que se ha evaluado la responsabilidad civil en casos de divorcio de los padres, razón por la que el análisis documental ha sido sobre bibliografía correspondiente a divorcio, matrimonio, responsabilidad civil, y otros temas relacionados con estos, los mismos que se han procesado a través de la argumentación jurídica.

## COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, yo, identificada con DNI N° 20078186, domiciliada en Calla las Garzas sur # 155 Corona del Fraile – Chorrillos - Huancayo , estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La responsabilidad civil a favor de los menores afectados en el divorcio de padres en el contexto peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 15 de octubre del 2021



DNI N° 20078186

