

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL PADRE O MADRE CULPABLE DEL DIVORCIO EN FAVOR DE LOS HIJOS

Para optar	:	El título profesional de Abogado
Autor	:	Bach. Walter David Poma Caso
Asesor	:	Mg. Hilario Romero Girón
Línea de inv. Institucional	:	Desarrollo humano y derechos
Área de investigación Institucional	:	Ciencias Sociales
Fecha de inicio y Culminación	:	31-01-2022 a 04-12-2022

**HUANCAYO - PERU
2022**

HOJA DE DOCENTES REVISORES

DR. LUIS ALBERTO POMA LAGOS

Decano de la Facultad de Derecho

DR. HELSIDES LEANDRO CASTILLO MENDOZA

Docente Revisor Titular 1

MG. MERLÍN JOSUÉ CARBAJAL MENDOZA

Docente Revisor Titular 2

ABG. EDITH ALEJANDRINA CHACHI VICUÑA

Docente Revisor Titular 3

DRA. MIRIAM ROSARIO CÓRDOVA MAYO

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA:

A mis padres, por su amor incondicional, que siempre me apoyan en cada etapa de mi vida y a mi esposa e hijo que son mi razón y motivo para seguir adelante, los amo mucho.

AGRADECIMIENTO

“Expreso mi agradecimiento a mi asesor de esta tesis, Mg. Hilario Romero Girón por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a las sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha tenido conmigo, por sus palabras de aliento, por haberme acompañado en este camino de la tesis. También un agradecimiento muy especial a todas las personas que apoyaron de alguna u otra manera en el desarrollo de esta Tesis”.



**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN**



CONSTANCIA DE SIMILITUD

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Deja Constancia:

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **POMA CASO WALTER DAVID**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: “**DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL PADRE O MADRE CULPABLE DEL DIVORCIO EN FAVOR DE LOS HIJOS.**”, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el **porcentaje** de **23 %** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 24 de agosto del 2022.

DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

CONTENIDO

HOJA DE DOCENTES REVISORES	ii
DEDICATORIA:	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONTENIDO	vi
RESUMEN	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN	xi

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.Descripción de la realidad problemática.....	12
1.2.Delimitación del problema.....	14
1.2.1.Delimitación espacial.....	14
1.2.2.Delimitación temporal	14
1.2.3.Delimitación conceptual.....	14
1.3.Formulación del problema	15
1.3.1.Problema general	15
1.3.2.Problemas específicos	15
1.4.Justificación	15
1.4.1.Justificación Social	15
1.4.2.Justificación Científica - teórica	15
1.4.3.Justificación Metodológica.....	16
1.5.Objetivos de la investigación	16
1.5.1.Objetivo General.....	16
1.5.2.Objetivos Específicos.....	17

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación	18
2.2. Bases teóricas	24

CAPITULO III:

HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis General	48
3.2. Hipótesis Específicas	48
3.3. Variables	48
3.4. Operacionalización de las variables	48

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Método de investigación	51
4.2. Tipo de investigación	52
4.3. Nivel de investigación	52
4.4. Diseño de investigación	52
4.5. Población y muestra	53
4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	54
4.6.1. Técnicas de recolección de datos	54
4.6.2. Instrumentos de recolección de datos	54
4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	55
4.8. Aspectos éticos de la investigación	55

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1. Descripción de resultados	57
5.2. Contrastación de hipótesis	64

5.3. Discusión de resultados	67
CONCLUSIONES	77
RECOMENDACIONES	78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79
ANEXOS.....	81
MATRIZ DE CONSISTENCIA	82
MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	83
COMPROMISO DE AUTORÍA	85
CONSIDERACIONES ÉTICAS.....	86

RESUMEN

El problema general de la presente ha sido: ¿cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021?, el objetivo general fue: determinar cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021. La hipótesis general planteada fue que: la regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, enfoque cualitativo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal. Como conclusión de la presente investigación se ha mencionado lo siguiente: Se ha determinado que la regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021. Como resultado se ha planteado lo siguiente: la indemnización que se propone se basa en el desarrollo alcanzado por el Derecho de familia enfocado en los derechos fundamentales de las personas y dentro de ellas de los niños y adolescentes, por encima del desarrollo tradicional enfocado. “Como recomendación principal se ha indicado que: se sugiere que la pretensión indemnizatoria se fundamenta también en el hecho de que los hijos al sufrir la separación de sus padres por la conducta culpable de uno de ellos, genera en ellos, la alteración y la no garantía de las esferas de libertad, temporalidad y voluntad, restringiéndose, por tanto, las posibilidades de que pueden tomar las decisiones eficaces que construirán su proyecto de vida, desde el nacimiento, hasta el momento en que se independizan de la patria potestad”.

PALABRAS CLAVES: Indemnización por daño moral en favor de los hijos, Divorcio ocasionado por uno de los progenitores, Culpa del progenitor.

ABSTRACT

The general problem of the present has been: how will the regulation of compensation for moral damages influence in favor of the children produced by the father or mother guilty of the divorce, in the city of Huancayo, 2021?, the general objective was: to determine how the regulation of compensation for moral damage will influence in favor of the children produced by the father or mother guilty of the divorce, in the city of Huancayo, 2021. The general hypothesis raised was that: the regulation of compensation for moral damage will influence direct and significant way in favor of the children produced by the father or mother guilty of the divorce, in the city of Huancayo, 2021. The general methods that were used were the inductive-deductive method, qualitative approach, being its type of investigation that of social legal nature, the level of research is explanatory, non-experimental research design and transversal. As a conclusion of the present investigation, the following has been mentioned: It has been determined that the regulation of compensation for moral damages will influence directly and significantly in favor of the children produced by the father or mother guilty of the divorce, in the city of Huancayo, 2021. As a result, the following has been proposed: the proposed compensation is based on the development achieved by Family Law focused on the fundamental rights of individuals and – within them – of children and adolescents, above the focused traditional development. As a main recommendation, it has been indicated that: it is suggested that the compensation claim is also based on the fact that the children, when suffering the separation of their parents due to the guilty behavior of one of them, generates in them, the alteration and the non-guarantee of the spheres of freedom, temporality and will, thus restricting the possibilities that they can make effective decisions that will build their life project, from birth, until the moment they become independent of parental authority.

KEY WORDS: Compensation for moral damage in favor of the children, Divorce caused by one of the parents, Fault of the parent.

INTRODUCCIÓN

Debe indicarse, que la formulación de un tema de investigación parte por explorar algunas alternativas normativas para solucionar ciertos vacíos jurídicos que se hallan en la aplicación e interpretación de ciertas disposiciones. Así, el tema del presente proyecto de tesis, parte por indicar que no ha sido debidamente estudiado en nuestro país, ya que son escasas las investigaciones que se han realizado al respecto, tanto a nivel doctrinal como a nivel de tesis sobre la materia.

La posibilidad de fijar una indemnización por daño moral en favor de los hijos menores de edad perjudicados por el divorcio de sus padres, ocasionado por la culpa de unos de los progenitores, es la problemática que se pretende investigar, ya que, a nivel del derecho comparado, sí existen algunas legislaciones que lo regulan, pero también desde diferentes ópticas y formas, así, existen algunos países que han establecido dicha indemnización desde un enfoque jurisprudencial, en tanto otros países, lo han regulado de forma expresa en sus legislaciones civiles, cuestión que da cuenta que constituye un problema al que algunos países ya se han ocupado de regularlo.

Desde nuestra óptica, sí es importante la posibilidad que se regula una indemnización en favor de los hijos menores de edad en este tipo de situaciones, ya que esto podría generar un efectivo resarcimiento al daño ocasionado e infligido por parte del progenitor que generó el divorcio, y, por tanto, ocasionado una afectación al derecho a su estabilidad y desarrollo emocional.

En consecuencia, la posibilidad de generar una alternativa jurídica para este tipo de afectaciones, se torna necesaria como importante poder abordarla, a fin que se pueda generar una mejor tutela de los derechos de los hijos afectados emocionalmente por la ruptura del hogar en el que viven, debido a que se generó el divorcio por culpa de uno de sus padres, hecho que debe ser adecuadamente resarcido.

Asimismo, la presente tesis se encuentra dividida en cinco capítulos, siendo su estructura la siguiente:

“En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación”.

“En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal”.

“En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, población y muestras, diseño de investigación, técnicas de investigación e instrumento, y técnicas de procesamiento y análisis de datos”.

“En el cuarto capítulo denominado Resultados de la investigación, se consideran los siguientes ítems: presentación de resultados y contrastación hipótesis”.

En el quinto capítulo se aborda el aspecto de la discusión.

Y finalmente, se han redactado las conclusiones y recomendaciones; como las referencias bibliográficas y anexos.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.Descripción de la realidad problemática

El tema que se propone es un aspecto de corte innovador, toda vez que, no existe una regulación normativa adecuada para poder indemnizar a los hijos que sufren las consecuencias del divorcio por culpa de uno de sus padres. En tal sentido, es fundamental comprender que este aspecto da cuenta que el tema se esboza a partir de un vacío jurídico que contiene el Código Civil, por lo que la propuesta que se formulará será a partir de un proyecto de ley que modifica dicho código.

Debe indicarse que, en la ciudad de Huancayo, son frecuentes los casos de divorcios, produciendo el quebrantamiento del vínculo matrimonial, así como también una afectación a la estabilidad de los hijos, quienes son los directamente perjudicados, cuando los padres se separan, perjudicando principalmente su estabilidad emocional. En tal sentido, puede indicarse que dicha afectación producida en ciertas ocasiones por la culpa de uno de los progenitores, es decir, por uno de los cónyuges dentro de la institución matrimonial, debe ser objeto de sanción, no sólo para la pareja que ha sido perjudicada, sino también, se propone una indemnización en favor de los hijos, ya que también son ellos quienes sufren las consecuencias de la ruptura del vínculo matrimonial de sus padres.

A nivel internacional, puede esbozarse que existen diferentes criterios legislativos que algunos países han ido adoptando, tanto desde una consideración normativa propiamente dicha, como a partir de ciertos criterios jurisprudenciales emitidos por sus respectivas cortes. Así, por ejemplo, en el caso de España, en los últimos años, su Tribunal Supremo ha ido esbozando la regulación de un criterio indemnizatorio, en favor de los hijos menores de edad que han sido perjudicados por el divorcio de sus padres, pero individualizando el monto indemnizatorio a quién ocasionó el divorcio, de

ahí la relevancia de determinar quién ha incurrido en la culpa del divorcio, a efectos de establecer que ese progenitor será quién deba indemnizar por daño moral a los menores afectados.

De otro lado, también puede citarse el caso del derecho italiano y alemán, en donde ya existe normativamente una regulación expresa y concreta para poder fijar la indemnización en el caso que alguno de los padres ocasione el divorcio, y que, por esto, la estabilidad emocional de los menores hijos pueda verse alterada, razón por la que dichas legislaciones ha determinado que el fundamento dogmático para este tipo de indemnización se fundamenta en el principio del interés superior del niño y sus derechos ligados, como son, el derecho al bienestar, a su integridad, así como también la posibilidad de desarrollarse en un ambiente adecuado, sin que existan perturbaciones externas que lo afecten, y menos aún, cuando se ocasiona el divorcio de sus padres por culpa de uno de ellos, aspecto que merece resarcirse mediante un monto indemnizatorio.

A nivel nacional, como se ha indicado, no existen mayores elementos normativos para poder fijar una indemnización de tal tipo, lo que limita la posibilidad de fijar un indemnizatorio en favor de dichos menores, por ello, es importante poder plantear esta figura normativa de indemnizar a los hijos que son perjudicados emocionalmente por el divorcio generado por sus padres, determinando quién ocasionó tal divorcio, a fin de que se pueda resarcir de forma efectiva, y se pueda de alguna manera compensar el daño ocasionado, de lo que alguna vez ya mencionaba el maestro (Fernández, 2019), quién indicaba que “la posibilidad de resarcir debe fundarse en el daño ocasionado, siendo necesario explicarlo probatoriamente, de manera que el daño infligido sea disminuido, o compensado” (p. 194).

“Uno de los pilares de la libertad es la responsabilidad. Si no asumiéramos responsabilidad por nuestros actos, entonces la libertad no existiría. En su lugar existiría el caos. Los seres humanos tenemos la naturaleza humana que nos diferencia de la naturaleza animal porque podemos proyectar, en la imaginación, el alcance general de todos nuestros

actos. Una herramienta de esa capacidad para imaginarnos el alcance general de nuestros actos es la planificación” (Flores, 2020, p. 28).

Responderla ha generado un debate que tiene enfrentados, por un lado, a quienes consideran que sí es viable jurídicamente hablando demandar indemnización por daño moral, y, por otro lado, “a quienes niegan rotundamente esta posibilidad. Se formuló como objetivo principal determinar el derecho de los hijos a recibir una indemnización por daño moral del padre/madre culpable del divorcio, por medio de una argumentación que se expone en cuatro capítulos. En el primero, se presentan conceptos introductorios sobre la responsabilidad civil, que servirán para una mejor comprensión de sus funciones; también, se exponen las dos posiciones más resaltantes en el Derecho de familia sobre la responsabilidad” (García, 2020, p. 38), por un lado, la posición tradicional y, por el otro, la posición no tradicional.

1.2.Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La presente tesis estableció como lugar de estudio la ciudad de Huancayo, región Junín.

1.2.2. Delimitación temporal

La tesis considerará en cuanto a sus datos de estudio el año 2021.

1.2.3. Delimitación conceptual.

Los conceptos más relevantes para la presente investigación serán los siguientes ítems:

- Indemnización por daño moral.
- Acreditación del daño moral.
- Estabilidad emocional de los hijos.
- Principio del interés superior del niño.
- Derecho a vivir en una familia.
- Regulación normativa de la indemnización.
- Resarcimiento del daño generado.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿Cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021?
- ¿Cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021?

1.4. Justificación

1.4.1. Justificación Social

A nivel social, la investigación beneficia los hijos menores de edad, que son afectados cuando se produce el divorcio de sus padres, ya que, al producirse el divorcio, esto termina generando una afectación a su desarrollo emocional y a su integridad psicológica, aspecto que perjudica claramente sus derecho al bienestar y también el interés superior del niño y del adolescente, cuestión que debe regularse, a fin de lograr una real tutela hacia los menores, ya que son ellos quienes sufren y son perjudicados por el rompimiento del matrimonio de sus padres, y sobre todo, por aquel progenitor que generó el divorcio.

1.4.2. Justificación Científica - teórica

A nivel teórico, la investigación ha tenido como aporte importante, el hecho de fijar una indemnización a favor de los hijos menores de edad, que son perjudicados por el divorcio de sus padres, aspecto que será necesariamente fundamentado a partir de ciertos criterios dogmáticos, que forman parte de la responsabilidad civil extracontractual, razón por la que se hace de vital análisis el hecho de

evaluar qué criterios normativos se deben emplear para justificar un tipo de indemnización como el que la investigación viene proponiendo a nivel normativo.

En tal sentido, “se propone normativamente hacer una propuesta legislativa orientada a modificar el código civil vigente a través de la inserción del artículo 350-A”, que debería tener el siguiente tenor:

“Artículo 350-A.- Efectos del divorcio respecto de los hijos En la demanda de divorcio, el cónyuge inocente, **podrá solicitar una indemnización por daño moral en favor de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio**. Esta solicitud, que se tramita como pretensión accesorio, deberá ser aprobada por la parte demandante en el proceso. El juez, en decisión motivada, establecerá el monto y la forma de pago de dicha indemnización”.

1.4.3. Justificación Metodológica

“La investigación se justifica a nivel metodológico porque planteó la elaboración y el diseño de un instrumento de investigación, que previamente ha sido sometido a una prueba piloto, asimismo, para establecer su validez este ha sido revisado por un juicio de expertos. Sirve para que futuros investigadores puedan emplear dicho instrumento en temas similares de investigación” (Flores, 2020, p. 18).

Como limitación, puede indicarse que, a nivel bibliográfico, existen pocas investigaciones que se han desarrollado al respecto, toda vez que es un tema innovador, ya que existen pocos estudios y no existe ningún proyecto de ley que se ha esgrimido al respecto en sede nacional.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo General

Determinar cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Establecer cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.
- Establecer cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

A nivel internacional se referencian las siguientes investigaciones:

“Criterios normativos para fundamentar una responsabilidad civil en favor de la tutela de los hijos” Barrón (2020). Sustentada en la Universidad Ferrer de Guatemala, para optar el grado de Doctor en Derecho. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“El daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta a los derechos de la persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia. Para interponer demanda sobre indemnización de daño moral, la norma procesal no exige vía previa. Que, es la lesión a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial, el cual puede producirse en el sentido de daño a la persona (entendido como lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas) o el daño moral (expresado en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, los cuales por general son pasajeros y no eternos) en ese sentido la indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que aquel le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o la reparación del mal causado” (p. 194).

“Empleó como método de investigación el de carácter científico, de nivel explicativo, de diseño transversal, considerando como instrumento de investigación la ficha de análisis documental” (p. 84).

“La responsabilidad civil extracontractual vinculada al daño moral y el resarcimiento a los hijos”. Gonzáles (2018). Sustentada en la Universidad de Cuenca, para optar el grado de Magíster en Derecho Civil. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“La pretensión indemnizatoria se fundamenta también en el hecho de que los hijos al sufrir la separación de sus padres por la conducta culpable de uno de ellos, genera

en ellos, la alteración y la no garantía de las esferas de libertad, temporalidad y voluntad, restringiéndose, por tanto, las posibilidades de que pueden tomar las decisiones eficaces que construirán su proyecto de vida, desde el nacimiento, hasta el momento en que se independizan de la patria potestad. La indemnización por daño moral, a los hijos menores de edad, habidos en el matrimonio por el divorcio culpable de uno de sus progenitores, es una proyección del derecho a la indemnización que el ordenamiento jurídico vigente ha desarrollado en favor del cónyuge más perjudicado en la ruptura del vínculo matrimonial” (p. 144).

Empleó como método de investigación el de carácter comparativo, de nivel explicativo, de diseño descriptivo simple, considerando como instrumento de investigación la entrevista.

“Responsabilidad civil en favor de los menores hijos. Cuantificación del daño moral y legitimación activa”. Bálsamo (2017). Sustentada en la Universidad Siglo 21, Córdoba. Planteó como objetivos: “analizar la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia, evaluar si el daño ocasionado por la omisión o extemporaneidad del reconocimiento paterno de un hijo extramatrimonial debe ser reparado, analizar si la demora de la madre en promover la acción de filiación extramatrimonial de su hijo debe afectar el quantum indemnizatorio, y analizar la legitimación activa del no reconocido y de la madre reconociente para iniciar las acciones de filiación y daño moral” (p. 16). Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Para un mejor desarrollo, las conclusiones del TFG se dividen en tres puntos conceptuales. En primer lugar, se abordan los presupuestos de la responsabilidad civil para dar respuesta a los objetivos planteados de analizar la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia y evaluar si el daño ocasionado por la omisión o extemporaneidad del reconocimiento paterno de un hijo extramatrimonial debe ser reparado. El Art. 1737 del CCYC (Código Civil y Comercial de la Nación) establece que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. El derecho o interés que se lesiona con la falta de reconocimiento se trata de una lesión a los derechos de la

personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal al negarse el estado de familia de hijo” (p. 133).

“Daño moral y la responsabilidad civil de los padres”. Chiriboga (2016). Sustentada en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil. Planteó como objetivo: demostrar si existe o no el daño moral y determinar si cabe exigir el daño material por el agravio de su patrimonio. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Existe un daño moral de manera evidente cuando se hace una demanda con toda la intención de perjudicar al sujeto o, sin esa misma intención presionarlo a que se haga responsable por un hecho que no ha provocado, el daño moral nace desde que el sujeto se siente perjudicado hacia su persona, y en el presente caso existe desde la presentación de la demanda debido a que se ve embestido de una nueva carga que poco a poco debe aliviar, pero lo marca por la importancia de la situación. Siendo el daño moral un tema que se ha tocado a lo largo del trabajo, cabe mencionar que se ha tocado temas como: la lesión, el perjuicio, el honor, la honra, la dignidad, hablamos de los derechos personalísimos de la persona, de lo que el sujeto es dado a su naturaleza es menester un sistema que impida su perjuicio. Es por esta razón que, en el caso presentado, vemos que se ha quebrantado lo más personal dando como resultado que el sujeto no se encuentre bien consigo mismo y se haya alterado su relación con la sociedad. Ante este supuesto se establecen las posibilidades de exigir un resarcimiento. Pero, para llegar a este punto no solo hay que demostrar la negativa, sino que como la carga de la prueba la tiene el actor, deberá demostrar por todos los medios que realmente existió el perjuicio que está reclamando” (p. 111).

“Responsabilidad civil en las relaciones de familia: daño moral por falta de reconocimiento del hijo”. Dupanlou (2019). Sustentada en la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba. Planteó como objetivo: determinar jurídicamente que el no reconocimiento de un hijo o el reconocimiento extemporáneo del mismo implican un menoscabo a sus derechos. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Cuando se habla de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel material como psicológico y por supuesto moral. Cuando se habla, se debate o se plantea la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, no se persigue castigar actos antijurídicos, sino todo lo contrario, el fin último es darle protección a una persona que ve vulnerados sus derechos esenciales por una conducta ajena, conducta que no solo no depende de su voluntad sino que tampoco tiene obligación de soportar.- Por lo tanto quien dolosa o culposamente, priva a un niño del estado de familia, de llevar el apellido paterno, de estar en igualdad de derechos y condiciones respecto de los hijos matrimoniales, debe ser civilmente responsable” (p. 120).

A nivel nacional:

Sistema de responsabilidad civil y el vínculo familiar en favor de los hijos”. García (2019). Sustentada en la Universidad Nacional Federico Villarreal, para optar el grado de Doctor en Derecho. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Considero que la indemnización regulada en nuestro ordenamiento jurídico no se configura dentro de un sistema de responsabilidad civil, ni contractual, ni extracontractual, debido a que no se verifican sus elementos característicos como la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y factor de atribución. Por el contrario, considero que, la indemnización constituye un supuesto sui generis de la responsabilidad civil, como es la Responsabilidad Civil Familiar, en el sentido que los daños y perjuicios que se han ocasionado a uno de los cónyuges, han surgido en el ámbito de la vida familiar privada, de la relación intrafamiliar entre cónyuges”.

“Elementos normativos para sustentar una indemnización en favor de los hijos perjudicados por el divorcio de sus padres” Antezana (2019). Sustentada en la Universidad Nacional de Trujillo, para optar el grado de Magíster en Derecho Civil. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“El daño moral debe ser el más amplio posible, no limitándose al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extra patrimoniales. Aunque el daño moral no puede ser reparado íntegramente, hasta el momento el dinero es el único

medio idóneo con el cual realizarlo, ya que la reparación sólo será satisfactiva. Dicho instrumento otorgará a la víctima ciertas satisfacciones que podrán compensar el daño causado, pero no eliminará el perjuicio sufrido. El daño moral no puede ser estandarizado. Para determinar su valor, el juez convendrá tomar todas las consideraciones pertinentes y utilizar los medios de prueba presentados por las partes a fin de decidir lo más justo” (p. 114).

“El derecho a una indemnización por daño moral a los menores y el proceso de filiación extramatrimonial”. Pupuche (2017). Sustentada en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque, para optar el grado académico de Maestro en Derecho con mención en Civil y Comercial. “Planteó como objetivo: determinar que la deficiencia de la Ley impide reconocer el derecho a una indemnización por daño moral a los menores que han recibido un reconocimiento tardío por parte de sus progenitores en un proceso de filiación extramatrimonial” (p. 19). Siendo las siguientes sus conclusiones:

“La carencia de normatividad en nuestro país en relación a una fundamentada regulación sobre el daño moral a menores que han sido reconocidos tardíamente está impidiendo que estos exijan una indemnización a sus progenitores por el daño que les causan al no reconocerlos como hijos de manera voluntaria, sino que este reconocimiento se tiene que dar a través de un proceso de filiación extramatrimonial. Que no se trata simplemente de castigar actos antijurídicos, sino que lo que se busca además es darle protección a una persona en este caso el menor reconocido tardíamente quien ve vulnerados sus derechos por una conducta ajena, que no depende de su voluntad y que no tiene obligación de soportar” (p. 134).

El método de investigación fue el análisis – síntesis, inductivo – deductivo, y el descriptivo - explicativo. El tipo de investigación ha sido de carácter jurídico social. Las técnicas de recojo de información fueron el análisis documental, la encuesta y la entrevista.

“Responsabilidad civil: en busca de los criterios de evaluación en la indemnización por daño moral”. Viñas-Ramírez (2016). Sustentada en la Universidad de Piura, Perú. Planteó como objetivo: propiciar la introducción de la responsabilidad civil por la omisión del reconocimiento de la paternidad voluntaria

del hijo extramatrimonial en el Código Civil. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Hoy en día, tenemos una escasa regulación normativa en materia de daños desencadenados en las relaciones familiares, debido en algunos casos a la afirmación de que es muy poco probable que lleguen a ocasionarse daños entre los miembros de una familia. Esta situación, ha llevado a que se niegue la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia, por lo que el presente trabajo de investigación busca sensibilizar no sólo a los legisladores frente a la carencia normativa actual, sino que también busca se realice una actualización de las normas en relación de las diversas manifestaciones presentes en la actualidad social, las mismas que se manifiestan en exigencias que en ningún orden de la vida en sociedad es permisible, es decir la de permitir se transgredan las leyes sin una consecuente sanción en materia de responsabilidad civil. El Derecho de Familia debe ser replanteado, sobre todo en lo que respecta a la necesaria regulación de las consecuencias jurídicas que logren desencadenar los progenitores que hayan limitado los derechos del menor de conocer sus orígenes biológicos para lograr emplazarlo en el estado de familia que le pertenece, así como por la comisión de los actos antijurídicos que no le hayan permitido gozar de una relación padre hijo” (p. 140).

“Criterios innovadores para establecer el daño moral en el hijo menor de edad”. Menacho y Panta (2019). Sustentada en la Universidad Nacional del Santa, Nuevo Chimbote. Planteó como objetivo: fundamentar si los criterios a proponerse permitirán cuantificar el daño moral causado al hijo menor de edad no reconocido por su padre. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“La responsabilidad civil es aquel mecanismo adecuado que permite resarcir a los hijos menores de edad no reconocidos por su padre ante la vulneración de sus derechos fundamentales como a la identidad, al nombre, a la verdad biológica, a tener una familia, y a la integridad moral y psíquica. En los casos de omisión de reconocimiento de paternidad extramatrimonial sí se aplican los presupuestos de la responsabilidad civil, constituyéndose de la siguiente manera: i) la imputabilidad se relaciona con la capacidad de discernimiento que tiene el padre para responder

por las consecuencias dañosas de su conducta omisiva; ii) sobre la antijuricidad, la omisión de reconocimiento de paternidad es contrario a derecho; iii) en relación al daño, el menor no reconocido sufre principalmente daño moral; iv) respecto al nexo de causalidad, es indiscutible el daño moral que causa la conducta omisiva del padre; y, v) sobre el factor de atribución, es atribuible la culpa al padre quien a pesar de conocer la existencia de su hijo no lo reconoce” (p. 130).

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Indemnización por daño moral

Desde una perspectiva general, debe mencionarse que “los elementos esenciales y que caracterizan la existencia o configuración de la responsabilidad extracontractual son sendos, tal y como se cita en la Casación N.º 1072-2003-ICA” (García, 2020, p. 19), estos son:

- a) la antijuricidad de la conducta,
- b) el daño causado,
- c) la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido y,
- d) los factores de atribución” (Fundamento Jurídico Nro. 12).

Estando así definidos por la jurisprudencia, revisaremos el contenido de cada uno de ellos a continuación:

1) La antijuricidad:

“Es todo comportamiento que ocasiona daño a otro a través de actos u omisiones que no están protegidos por la ley, en violación de una regla, orden general, moral y buenas prácticas” (Espinoza, 2016, p. 144).

- **Conductas Típicas:** “Es todo comportamiento humano que causa daño a otro a través de actos u omisiones que no están protegidos por la ley, en violación de una regla, orden general, moral y buenas prácticas. Los comportamientos que pueden causar daño y por ello dar lugar a que se configure la responsabilidad civil pueden ser” (Espinoza, 2015, p. 66).
- **Conductas Atípicas:** “Aquellos que no están regulados por estándares legales, pero violan el sistema legal. El comportamiento es contrario a los valores y principios” (León, 2018, p. 59).

Es obvio “que el comportamiento ilegal o ilegítimo siempre es necesario para dar origen a la reclamación. Se entiende que la ilegalidad se encuentra

configurada a través de la contravención manifiesta de los preceptos y comportamientos que la norma enmarca como actitudes de carácter imperativo” (Morales, 2016, p. 99).

- **El hecho ilícito:**

Son todos los actos u omisiones los que contravienen el sistema legal. Al respecto, el profesor Torres (2008) señala que "la ilegalidad se deriva del artículo V de la División Provisional de Derecho Civil" (p 167), que establece que el acto contrario a las leyes imperativas del orden público “y las buenas prácticas no es válido, lo que indica que la diferencia entre lo que es legal o ilegal depende más de la naturaleza voluntaria del acto, las consecuencias. La aceptación subjetiva de la ilegalidad se acepta en el derecho civil mediante la regulación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual” (Espinoza, 2017, p. 92).

- **El hecho abusivo:**

“En torno al hecho abusivo, se han desarrollado una serie de discusiones teóricas han intentado de precisar los criterios que los analistas de la responsabilidad civil deben de tener en cuenta para establecer cuando estamos ante un hecho de tal naturaleza” (Garrido, 2020, p. 81).

- **El hecho excesivo:**

Para muchos autores, “el hecho exagerado no debe regularse independientemente del hecho ofensivo, ya que ambos responden a una lógica idéntica” (León, 2018, p. 88).

2) El Daño:

Es el daño a un interés legalmente protegido. “Sin lesiones o con ellas, no configuran responsabilidad civil, ya que el objetivo principal de esto es precisamente la compensación o compensación por el daño causado” (Espinoza, 2016, p. 77).

Ahora bien, “ha quedado establecido en la doctrina, así como en la norma y la jurisprudencia, que todos los daños para ser compensados deben ser verdaderos, esto significa que la persona que supuestamente sufrió una lesión debe demostrar que existe, lo cual también es requerido en nuestra legislación, ya a nivel procesal, y el Artículo 424 del Código de Procedimiento Civil se refiere a los hechos, la ley y evidencia” (Palacios, 2020, p. 19).

Doctrinariamente, según afirma Espinoza (2011), “se han caracterizado un conjunto de requisitos o elementos del daño” (p. 70). Así pues, “existe la exigencia de que el daño, en tanto objeto de indemnización, sea real y objetivo. El daño futuro también es objeto de indemnización, en tanto se pueda tener certeza de su ocurrencia. Por otro lado, el daño eventual no resulta ser indemnizable, porque no se puede demostrar su certeza” (Arias, 2020, p. 17).

En ese sentido, “para que el daño sea objeto de indemnización, deben concurrir en él, su directa vinculación con la determinación e individualización del autor y el incumplimiento de una manifiesta y comprobable obligación para con el afectado” (García, 2019, p. 195).

El daño indirecto, así entendido, “no es objeto de indemnización, pues no existe en él, la comprobada configuración de un nexo causal respecto del incumplimiento y la generación de un daño a otro” (Martínez, 2017, p. 66).

Finalmente, el daño moral “es objeto de indemnización, en ambos supuestos de responsabilidad, en tanto se sujeta a la aparición manifiesta de dolor, angustia, más allá de la estimación financiera que se pueda tener de ellas” (García, 2016, p. 39).

(Hilario, 2016) indica que “el daño moral es entonces aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas” (p. 99).

Existen características “comunes que tipifican al daño moral, a saber: a) Lesiona un bien extrapatrimonial; b) Produce sufrimiento o dolor; c) A veces se traduce en repercusiones de orden psíquico sufridas por el que lo padece; d) No admite una valoración adecuada en dinero” (Rosales, 2020, p. 19).

La Responsabilidad Civil “nace cuando una persona es víctima de un daño o lesión a su patrimonio o algún bien extrapatrimonial, situación que inmediatamente activa el sistema normativo vigente, de manera que se obliga al responsable del perjuicio a resarcir el daño ocasionado, con el claro objetivo de que la víctima no quede desamparada” (Paredes, 2020, p. 10).

Los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil son cuatro:

“a) La conducta antijurídica: concebida como todo aquel proceder contrario al ordenamiento jurídico y, en general, contrario al Derecho. b) El daño indemnizable, concebido como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, se trate de un daño patrimonial o extrapatrimonial. c) El nexo causal o relación de causalidad, concebido como la relación causa-efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar. d) Los factores de atribución o imputabilidad, los cuales se encuentran constituidos por el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve” (Puente, 2020, p. 19).

Los daños morales “son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O en todo caso, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico. El concepto del daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extra patrimonialidad del bien jurídico afectado” (Puente, 2020, p. 17).

En la doctrina nacional “la clasificación del daño moral es directo: perjuicio contra la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial, lesiona derechos a la personalidad, e inflige por menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona. El daño moral indirecto: daña un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, además del menoscabo de un bien no patrimonial, como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial del afectado” (Perales, 2020, p. 10).

Adicionalmente, la complejidad de la prueba del daño moral “pasa también por su indeterminación normativa que podemos observar en el artículo 1984 del Código Civil peruano cuando se señala que el daño moral es indemnizado considerado su magnitud. En nuestro ordenamiento jurídico no existe consenso sobre la noción del daño moral, ni en la inejecución de obligaciones y tampoco en responsabilidad extracontractual” (Rodríguez, 2020, p. 10).

(Tapia, 2021) indica que “el daño moral está basado en una libre valoración de la prueba, pero con límites, que es entender a la prueba desde una concepción racional, es decir, que el juez va a decidir con base a la corroboración suficiente

sobre las pruebas que se tienen en el expediente judicial, lo cual demuestra la necesidad de acreditar de alguna manera” (p. 99).

“Compensar el daño moral, en sentido estricto, en atención a la aflicción psicológica, que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto, porque implica dar por sentado, que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador; la única que puede presumirse según el artículo 1329 del Código Civil, hasta incluir dentro del ámbito de este criterio de imputación, consecuencias que dependen, muy por el contrario de la situación de la persona que reclame el resarcimiento” (Sosa, 2020, p. 17).

El daño moral es una afectación a la parte intrínseca del sujeto. “Se plantea inicialmente como un tipo de afectación a la entidad psíquica del sujeto con imposibilidad de trasladarse a la faz externa, es decir, a la fase de la productividad. Cuando afecta la faz interna, nos encontramos ante un daño moral objetivo y cuando queda en la interna nos encontramos ante un daño moral subjetivo. El daño moral será aquel que la psiquis y sentimiento de la persona humano, el cual conforme a su origen conceptual refleja un padecimiento y dolor espiritual” (Polanco, 2020, p. 66).

(Larez, 2010) explica que el daño es: “el sufrimiento de un individuo, por el menoscabo que ha surgido por la consecuencia o evento determinado, ya sea en sus principios morales o bienes patrimoniales” (p. 99).

(Bejarano, 2020) indica “como parte del patrimonio moral la importancia del denominado daño moral, y lo define como aquella “lesión que ha sufrido un individuo en sus sentimientos, reputación, honor, afectos, creencias, o el menoscabo en su autoestima, como consecuencias por culpa de un tercero, antijurídico y culpable, o por un peligro organizado” (p. 90). Por ende, el daño es ya sea moral, corporal o material, “el cual puede ser entendido como una lesión o perjuicio sufrido que ha tenido que pasar un individuo, el cual es estimado como un hecho originario que se ve en el sustrato del sentimiento como también se puede apreciar en cuanto a bienes materiales” (Rodríguez, 2020, p. 10).

(Taboada, 2013) manifiesta que el daño es el “interés lesionado y los resultados desestimados en cuanto a la dicha lesión; empero en la responsabilidad civil extracontractual el perjuicio este puede ser derivación de incumplimiento de la

obligación genérico de no producir daño a otro, mientras que en el campo contractual el mismo deberá ser resultado del simultáneamente de una obligación preliminarmente estipulada entre las dos partes” (p. 122).

(Antúñez & Olórtgui, 2011), refieren que “es aquel daño extrapatrimonial que, muchas veces, se ocasiona a la par del daño patrimonial como consecuencia de un mismo hecho dañino y que se relaciona con los daños psicológicos o los daños a los intereses morales” (p. 21).

El daño moral constituye toda modificación desvaliosa del espíritu, “puede constituir en profundas preocupaciones, o en estados de ánimo de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona. No constituye título para ser indemnizable cualquier inquietud o perturbación del ánimo. El daño moral atenúa el dolor o la herida a los principios ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano” (Solano, 2020, p. 19).

Los requisitos son, de manera más extendida son:

- **Afectación personal del daño:**

En todos los casos de compensación, “se identifica con claridad la existencia de una relación entre sujeto activo y víctima, siendo esta última, la facultada para reclamar una compensación por dañar sus intereses” (Espinoza, 2016, p. 66).

La necesidad actual “se complementa con el requisito establecido en el artículo 424° del ordenamiento civil adjetivo, ello en pro de identificar al demandante y al demandado, ello como una condición de acción en el ejercicio del derecho indemnizatorio” (García, 2016, p. 29).

Mantiene entonces una relación con la concepción que se tenga sobre el daño, señalándose que “se trata de resarcir un interés legalmente protegido. Sin lesiones o con ellas, no configuran responsabilidad civil, ya que el objetivo principal de esto es precisamente la compensación o compensación por el daño causado” (Garrido, 2019, p. 98).

3) Nexo causal o relación causal:

El profesor León (2015), “la define como la relación existente entre el hecho determinante y el daño, implica la existencia de una relación evidente de causa y efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser

considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasiono el daño que produce finalmente el detrimento” (p. 180).

Uno de los aspectos que llama nuestra atención “es el llamado crimen o crimen en la conexión causal. Eliminando la responsabilidad subjetiva si ha habido un caso exitoso o si un tercero determina el hecho o el hecho decisivo de la víctima, enfrentamos una falta de culpa por la causa obvia. Por lo tanto, sobre el supuesto autor prueba que han mediado las circunstancias antes mencionadas, no será obligado a la reparación del daño” (Garrido, 2019, p. 111).

La fractura causal, dice el profesor León (2015), se configura cada vez que un determinado supuesto “presenta un conflicto entre dos causas o conductas sobre la realización de un daño, el cual será resultado de una de las conductas” (p. 70).

Así, se menciona que “fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena (es decir de otra causa), la cual puede ser el hecho determinante de un tercero o del propio hecho de la víctima, o bien un caso fortuito o de fuerza mayor” Urquiza (2010, p. 84).

4) El factor de atribución de la responsabilidad:

Se convierte “en la base de la obligación de hacer las paces, hay dos sistemas o complejos teóricos de atribución de la responsabilidad: en su ámbito subjetivo y objetivo, cada cual, se fundamenta en distintos factores atributivos” (Fuenzalida, 2019, p. 133).

2.2.2. Aspectos históricos del divorcio

El divorcio es una figura conocida a lo largo de toda la historia del derecho que tiene sus cimientos, como tantas otras instituciones, en el Derecho romano. De romano origen es el nombre “divortium” que, al igual que en la actualidad, “representaba la disolución del vínculo matrimonial, pero a su vez se desarrollaba en dos formas: si se realizaba de mutuo acuerdo, se hablaba de divorcio stricto sensu; pero si se producía por la voluntad de uno de los cónyuges se estaba ante un caso de repudium” (Barrera, 2019, p. 55).

Con anterioridad a la influencia del cristianismo en Roma, “existen diferentes figuras de divorcio. Inicialmente y dado que se consideraba el matrimonio como una forma constituida por la simple declaración de consentimiento de los cónyuges” (Varsi, 2016, p. 30).

Sin embargo, “esta libertad para disolver el matrimonio se hallaba restringida por el tribunal doméstico, institución importante en la vida de los romanos, que estaba constituida por los familiares de ambos cónyuges para juzgar sus decisiones” (Espinoza, 2008, p. 155).

“Durante dicha época solo los hombres tenían derecho a divorciarse, pero con la llegada de la ley de las XII Tablas, fuente de todo el derecho romano tanto público como privado, y con la difusión del matrimonio libre, en el cual la mujer no estaba sometida a la voluntad del hombre, podía divorciarse con solo pernoctar tres noches seguidas fuera de casa al año” (Espinoza, 2018, p. 44).

“Dicta las célebres leyes caducarias, mediante las cuales para los viudos y divorciados era obligatorio contraer nuevo matrimonio inmediatamente y si no serían castigados por la ley” (Cornejo, 1986, p. 40), mientras que las viudas y divorciadas disponían del plazo de un año para contraer un nuevo matrimonio para no ser sancionadas por la ley.

2.2.3. Matrimonio

En palabras del legislador peruano, según el Art. 234 del Código Civil, el matrimonio es definida así: “Es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a la disposición de este código, a fin de hacer vida en común”.

Para (Varsi, 2014) sobre el matrimonio “se tejen actualmente mil y una opiniones, que llegan a darle consideraciones desde una mera formalidad innecesaria para llevar una buena convivencia en pareja, hasta un simple contrato como los demás existentes en el Código Civil o incluso de menor categoría que estos” (p. 139).

Cuando el matrimonio de una pareja deja de cumplir su finalidad: hacer vida en común, proyecto de vida, etc. a consecuencia de aspectos externos o por conductas directamente atribuidas a uno de los cónyuges o ambos, “se produce a veces el decaimiento del vínculo matrimonio, sin embargo, cuando éstas causales afectan gravemente las relaciones familiares es principalmente como pareja, se produce hablamos de una disolución del vínculo matrimonial” (Chávez, 1991, p. 63).

El divorcio “es el decaimiento absoluto del vínculo matrimonial; agrega, además, significa que desaparece totalmente el nexo conyugal, por lo que cada conyugue tiene la facultad de contraer nuevo matrimonio” (Otero, 2003, p. 96).

2.2.4. Separación de hecho

La separación de hecho “es una de las causales de reciente incorporación a nuestro sistema civil, para la incursión del divorcio y la separación de cuerpos, empero, aunque esto sea así, su estudio no es para nuevo, ya que en la doctrina y la jurisprudencia ya se ha venido dando pronunciamiento determinados respecto de su estructura y contenido” (Garrido, 2018, p. 134).

Uno de los estudiosos que más ha explicado el tema en nuestra doctrina reciente es el profesor (Plácido, 2003), quién “explica que la separación de hecho significa interrumpir la vida en común que sostenían los cónyuges, por una decisión o bien por una voluntad unilateral o conjunta” (p. 144), con lo cual no se quiere decir que exista un cónyuge que se halle perjudicado por uno que sea culpable, de modo que es posible que quien se acoja a esta causal, funde su pretensión en hechos propios.

Así pues, para (Plácido, 2002), esta causal implica, además, que los cónyuges se vean dispuestos, sin mediar la vía judicial definitiva, de quebrantar su deber de cohabitación de forma permanente, de modo que no es necesario que exista todavía una necesidad jurídica que sustente tal decisión, sino por voluntad expresa o tácita de uno de ellos, o en forma conjunta.

En ese sentido, para (Andia, 2016), “la separación de hecho implica por sobre todo, una especie de constatación objetiva de la que se debe de hacer responsable la judicatura, con el objetivo de acreditar que las partes en el matrimonio” (p. 156), deciden, ya sea de forma unilateral o conjunta, separarse en los hechos; tratándose así, de una causal que se caracteriza por ser directa, no inculpatoria y perentoria, “que configura el divorcio, y por medio de la cual se interrumpe el deber matrimonial de llevar una vida en común, sin que medie previamente una decisión judicial, ni propósito de normalizar la vida conyugal” (Garrido, 2018, p. 41).

Jurisprudencialmente, también se ha intentado definir el contenido de la separación de hecho, esto mediante un conjunto de pronunciamientos casatorios,

puntualmente mediante aquellas signadas con los números 0207-2010-Lima; N° 1120-2002-Puno; N° 01215-2011-Lima y N° 3362-2006-Lima; por las cuales, se ha dicho que esta causal significa “[...] la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la exigencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios”.

2.2.5. Causal de separación de cuerpos

Se entiende por separación de cuerpos, “la situación jurídica en que quedan los esposos válidamente casados, en razón de haber suspendido legalmente el cumplimiento entre ellos del deber de cohabitación, pero subsistiendo el vínculo que los une y, por ende, el estado conyugal” (Chávez, 1999, p. 44).

La separación conyugal, “se presenta en varias formas como la separación amistosa, la separación de hecho, la separación convencional, la separación de cuerpos y el divorcio vincular” (Varsi, 2014). A la separación de cuerpos la doctrina también la ha denominado separación conyugal, separación del matrimonio y con mayor propiedad separación judicial.

En sentido, para (Escobar, 2013) se denomina separación "a aquella situación del matrimonio, en la que, subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones, obedeciendo la terminología al hecho de que determina un alejamiento o distanciamiento personal"(p. 45).

De esta forma, (Torres, 2016), comenta referente a este motivo de separación y dice que se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: “la separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos” (p. 86).

También se puede aseverar que “la separación de hecho es el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes, sin previa decisión jurisdiccional

definitiva, quiebra el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos” (Espinoza, 2016, p. 29).

2.2.6. Perspectiva dogmática del daño moral

(Maza, 2018) indica que “el daño moral se define como el sufrimiento, trastorno psicológico, afección espiritual o lesión de un interés personalísimo, ocasionado a la espiritualidad del ofendido, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o de la vulneración de un derecho subjetivo, no definible por parámetros objetivos, susceptible de afligir a la víctima o a un tercero, y que puede traducirse en un daño moral puro o bien de índole pecuniario, cuando indirectamente menoscaba la capacidad productiva del perjudicado”.

El daño moral es, entre los perjuicios extrapatrimoniales, “la categoría más reconocida y aceptada en diferentes latitudes. El daño moral es un mecanismo que garantiza la dignidad de la persona. En un principio era sinónimo de perjuicio extrapatrimonial, sin embargo, de la mano del reconocimiento de otros perjuicios extrapatrimoniales por ejemplo: daño a la salud, daño a la vida de relación se entendió que el daño moral es únicamente una especie dentro del género” (Bazalar, 2020, p. 19).

El daño moral es un perjuicio que solamente puede ser irrogado a la persona natural, gracias a la característica emotivo-espiritual única del ser humano; y por ende la persona jurídica, al ser incapaz de sentir, no es susceptible de recibir daño moral puro, sino exclusivamente material. Por eso, esta última, no puede ser víctima del daño moral, debido a que la naturaleza de este excluye su existencia y resarcimiento respecto de un sujeto de derechos incapaz de experimentar algún tipo de sentimiento.

(Hilario, 2016) señala que “el daño moral es entonces aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas” (p. 88).

En tal sentido, la responsabilidad civil constituye “el conjunto de normas que como sanción obligan a reparar las consecuencias dañosas, emergentes de un

comportamiento antijurídico, que es imputable, física o moralmente, a una persona” (p. 18).

El daño moral “es la lesión a derechos subjetivos o bienes de la personalidad, en oposición a quienes que lo confunden con el dolor, la aflicción o el pesar. Esto último correspondería más bien a las consecuencias del daño moral experimentado. De este modo, sufrir un daño moral se traduciría, por ejemplo, en una afectación de la integridad psíquica y física garantizada por la Constitución. Ahora bien, dado que dichos derechos subjetivos o bienes de la personalidad están esencialmente unidos a su titular dejan de existir cuando este fallece, ergo son intransmisibles” (Bazalar, 2020, p. 90).

El daño moral podrá ser definido “más que en contraposición al daño patrimonial como la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona y que este agravio afecta bienes jurídicos que el derecho protege” (Puente, 2020, p. 10).

Sobre la clasificación del daño moral se presentan dos corrientes en la doctrina comparada. Daño moral objetivo y daño moral subjetivo. “El daño moral objetivo no es un daño patrimonial, tiene repercusiones en el patrimonio como resultado de las angustias o trastornos psíquicos que se sufren a raíz de un hecho dañoso, siendo que la lesión de intereses inmateriales trasciende a valores del patrimonio. El daño moral subjetivo comprende aspectos sentimentales, afectivos; ocasionando un sufrimiento psíquico o una alteración moral del ofendido” (Adriano, 2021, p. 39). Se caracteriza por su proyección en las afecciones legítimas, en los sentimientos del individuo, teniendo la significación de un dolor o padecimientos físico o espiritual.

(Aguinaga, 2019) indica que “en la doctrina nacional la clasificación del daño moral es directo: perjuicio contra la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial, lesiona derechos a la personalidad, e inflige por menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona. El daño moral indirecto: daña un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, además del menoscabo de un bien no patrimonial, como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial del afectado” (p. 70).

Adicionalmente, “la complejidad de la prueba del daño moral pasa también por su indeterminación normativa que podemos observar en el artículo 1984 del Código Civil peruano cuando se señala que el daño moral es indemnizado considerado su magnitud. En nuestro ordenamiento jurídico no existe consenso sobre la noción del daño moral, ni en la inejecución de obligaciones y tampoco en responsabilidad extracontractual” (Mosquera, 2020, p. 18).

El daño moral está basado “en una libre valoración de la prueba, pero con límites, que es entender a la prueba desde una concepción racional, es decir, que el juez va a decidir con base a la corroboración suficiente sobre las pruebas que se tienen en el expediente judicial, lo cual demuestra la necesidad de acreditar de alguna manera” (Prado, 2020, p. 19).

Compensar el daño moral, en sentido estricto, “en atención a la aflicción psicológica, que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto, porque implica dar por sentado, que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador; la única que puede presumirse según el artículo 1329 del Código Civil, hasta incluir dentro del ámbito de este criterio de imputación, consecuencias que dependen, muy por el contrario de la situación de la persona que reclame el resarcimiento. El Código Civil, señala que el acreedor responde hasta el límite por los daños previsibles, salvo que incurre en error o en culpa grave” (López, 2020, p. 10).

“El daño moral es una afectación a la parte intrínseca del sujeto. Se plantea inicialmente como un tipo de afectación a la entidad psíquica del sujeto con imposibilidad de trasladarse a la faz externa, es decir, a la fase de la productividad. Cuando afecta la faz interna, nos encontramos ante un daño moral objetivo y cuando queda en la interna nos encontramos ante un daño moral subjetivo. El daño moral será aquel que la psiquis y sentimiento de la persona humano, el cual conforme a su origen conceptual refleja un padecimiento y dolor espiritual” (Arias, 2020, p. 10).

También el daño “se puede definir en conocimiento de la derivación que es indemnizar, aquello que fue producido y que representa un supuesto o mecanismo necesario en cuanto a la responsabilidad civil; por ende, se establece que es un supuesto de obligación compensar el daño moral” (Solano, 2020, p. 10).

(Bejarano, 1999) indica como parte del patrimonio moral “la importancia del denominado daño moral, y lo define como aquella “lesión que ha sufrido un individuo en sus sentimientos, reputación, honor, afectos, creencias, o el menoscabo en su autoestima, como consecuencias por culpa de un tercero, antijurídico y culpable, o por un peligro organizado. Por ende, el daño es ya sea moral, corporal o material, el cual puede ser entendido como una lesión o perjuicio sufrido que ha tenido que pasar un individuo, el cual es estimado como un hecho originario que se ve en el sustrato del sentimiento como también se puede apreciar en cuanto a bienes materiales” (González, 2020, p. 17).

(Taboada, 2013) manifiesta que daño es el “interés lesionado y los resultados desestimados en cuanto a la dicha lesión; empero en la responsabilidad civil extracontractual el perjuicio este puede ser derivación de incumplimiento de la obligación genérico de no producir daño a otro, mientras que en el campo contractual el mismo deberá ser resultado del simultáneamente de una obligación preliminarmente estipulada entre las dos partes” (p. 88).

(Antúnez & Olórtogui, 2011), refieren que “daño moral es aquel daño extrapatrimonial que, muchas veces, se ocasiona a la par del daño patrimonial como consecuencia de un mismo hecho dañino y que se relaciona con los daños psicológicos o los daños a los intereses morales” (p. 89).

Siendo el “daño moral” un daño subjetivo, verificamos que en doctrina como en la práctica jurisprudencial existen varios criterios para intentar su reparación en dinero. En Italia, “ciertos tribunales han elaborado baremos, tarifas o tablas de infortunios a través de los cuales se logra determinar un porcentaje que, en función al daño físico o somático, se debe fijar como reparación. No somos partidarios, al menos por ahora, de esta forzada solución que no depende de la magnitud de las consecuencias psíquicas del propio daño moral” (Barral, 2020, p. 44), sino que se halla exclusivamente en función del daño somático o físico. “La formulación de baremos o tarifas por daños es aconsejable en el caso de los daños corporales o somáticos, como actualmente sucede en algunos tribunales como es el caso del tribunal de Milán” (Meza, 2018, p. 105).

Otro criterio, que es en la actualidad el dominante en nuestro país, es el de delegar en el juez, frente a cada caso concreto, “el fijar equitativamente el monto

de la reparación en dinero de las consecuencias del daño moral, teniendo en cuenta la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima y su familia” (Morales, 2016, p. 104).

El mencionado criterio es el fijado por el propio artículo 1984 del Código Civil, “cuando establece que la indemnización se fija por el juez considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia. El juez, ante el caso que se somete a su conocimiento debe, por lo tanto, atender a dos factores como son, de un lado, la magnitud de las consecuencias del daño y, del otro, el menoscabo producido a la víctima o su familia” (Salas, 2000, p. 117).

“En el mandato del artículo 1984 sobre la manera cómo el juez debe fijar el monto de la reparación, se debería tener en cuenta los dos factores, por nosotros antes enunciados, es decir, la magnitud de las consecuencias del daño y el menoscabo producido a la víctima y su familia”. “El primer factor es primordialmente objetivo, como es la magnitud del daño y, el segundo, que tiene aspectos de orden subjetivo como de carácter objetivo, atiende al menoscabo de todo orden producido a la víctima y su familia. En el primero se tiene en cuenta el daño, considerado en sí mismo, en cuanto a su magnitud, intensidad mayor o menor” (Fuentes, 2020, p. 44). En teoría, “todas las víctimas deberían sufrir el mismo menoscabo frente a un determinado daño; sin embargo, el juez deberá atender esta situación caso por caso, situándose en la realidad del acontecer” (Dominguez, 2010, p. 198).

El aplicar la técnica antes mencionada en la reparación de las consecuencias del “daño moral”, “el atender al menoscabo de todo orden producido a la víctima o su familia, impediría o dificultaría lograr lo que algunos autores consideran que se debe obtener en la reparación de los daños a la persona, como es un criterio común uniforme para los casos similares pero, a la vez, dotado de cierta flexibilidad en cuanto a la fijación de la indemnización del daño, considerando las particularidades de cada caso que llega al conocimiento del juez” (Espinoza, 2008, 147).

Tratándose del “daño moral” “es sumamente difícil conseguir la aplicación de la fórmula de un criterio jurisprudencial común uniforme, y a la vez flexible, para indemnizar las consecuencias de dicho daño. Para la aplicación de la reparación del daño moral” resulta más fácil si se atiende a la magnitud del daño,

que es lo objetivo. No obstante, “se debe también considerar el menoscabo producido en la víctima o su familia, desde que este factor varía frente a cada caso concreto al que debe enfrentarse el juzgador. Sin embargo, la aplicación del criterio jurisprudencial común uniforme puede obtenerse, con el transcurso del tiempo, apreciando el dato objetivo de la magnitud del daño como, por ejemplo, la pérdida de un familiar cercano” (Meza, 2018, p. 172).

Con el correr del tiempo y la acción de los tribunales puede lograrse, lentamente, la aplicación de un criterio común uniforme para la fijación de la reparación de las consecuencias del “daño moral” en función de su magnitud. En un primer momento, ha de reinar una anarquía jurisprudencial. Cada juez civil asumirá la fijación de la reparación según su personal criterio, “el que muchas veces está influenciado por su sensibilidad personal como por el ambiente cultural reinante en el lugar donde ejerce sus funciones jurisdiccionales” (Fuentes, 2020, p. 44). Ocurre, con frecuencia, que un juez de una determinada región, “por razones culturales y tradicionales, considerará que la reparación civil por la muerte de un cónyuge puede ser notoriamente inferior al de aquel otro magistrado que despacha en un lugar con un diferente nivel cultural y tradicional” (Morales, 2016, p. 157).

“Si bien, en principio, es conveniente contar, en función de la magnitud del daño, con un criterio común uniforme frente a la fijación de la reparación para cada caso similar o parecido de daño moral”, “la flexibilidad permitiría atender los efectos y menoscabos causados a la víctima o a su familia los que, por lo general, difieren entre los casos particulares sometidos al conocimiento del juez” (Salas, 2000, p. 184).

De aplicarse dicha fórmula en la reparación de las consecuencias del “daño moral”, se lograría un cierto criterio común en la fijación del monto indemnizable en atención a la magnitud del daño “y, al mismo tiempo, una variante en la fijación de su monto en atención al menoscabo causado y a las peculiaridades de la víctima. De ser así, se obtendrían reparaciones que no acusarían notorias diferencias en el monto fijado por los jueces para cada específico caso de daño moral” (Dominguez, 2010, p. 115).

Es evidente que los tribunales de alzada deben contribuir “a la fijación del monto de la reparación según la técnica antes referida, tratando de uniformizar,

hasta donde ello es posible y recomendable, las sumas comunes a pagar como indemnización en casos similares, sin que ello sea obligatorio sino solo referencial para los jueces de primera instancia” (Espinoza, 2008, p. 54).

“Los jueces tienen la capacidad de, equitativamente, tomar en cuenta ambos factores existentes para la fijación del monto de la reparación, sobre todo el elemento que hemos referido como flexible, es decir, el menoscabo sufrido por la víctima o su familia según el caso” (Meza, 2018, p. 182)

Es indudable que, como hemos señalado “habrá, como está ocurriendo, un tiempo de anarquía para, en el futuro, lograr criterios más o menos uniformes, con un necesario margen de flexibilidad” (Morales, 2016, p. 142).

“Se ha propuesto por un sector de la doctrina la fijación de topes máximos para la determinación del monto de la reparación por daño moral. Este planteamiento es discutible pues existen razones atendibles de parte, tanto de los partidarios como de los adversarios de dicha propuesta”. “El hecho de fijar topes máximos resulta, para un sector de la doctrina, como inconveniente pues limitan o anulan su capacidad del juzgador. Los partidarios de la fijación de topes máximos consideran, en cambio, que ello es recomendable para evitar indebidos excesos de parte de los jueces” (Aguirre, 2020, p. 44). Consideramos que si bien, en principio, no somos partidarios de la fijación de topes máximos, debemos atender a la experiencia “de lo que viene ocurriendo en esta materia a nivel jurisprudencial a fin de determinar, con el tiempo, la conveniencia o no de fijar dichos topes. Esperemos que no sea necesario fijarlos pues el juez debe poseer libertad en su accionar reparatorio sin llegar a injustificados excesos” (Salas, 2000, p. 157).

Como se desprende del texto del artículo 1984 del Código Civil, “son titulares del derecho a reclamar una indemnización tanto la víctima directa del daño como su familia” (Dominguez, 2010, p. 154).

“No conocemos ningún ente u objeto del mundo que se le designe como moral. La moral es un conjunto de principios reguladores de la conducta personal al que adhiere cada ser humano, al efecto de conducir su vida de conformidad con ellos. Lo que rige su vida es lo que les conviene, lo que le es útil, con desprecio por todo lo demás. Son, generalmente, los seres humanos pragmáticos a ultranza. Los

principios morales son estrictamente personales y pueden renunciarse a ellos o cambiarlos por otros” (Espinoza, 2008, p. 192).

No obstante, lo expresado en precedencia, “existe una corriente de pensamiento que sostiene lo contrario de lo hasta aquí expuesto, en el sentido de que el daño a la persona es un daño específico del genérico daño moral. Se trata, como se advierte, de una tendencia de que ha hallado una peculiar solución ante la sorpresiva aparición, en la década de los años setenta del siglo pasado” (Fuentes, 2020, p 44), del daño al ser humano de carne y hueso, es decir, del daño al ente “persona. Dicha solución “consiste en el fácil expediente de ampliar, sin sustento lógico alguno, las fronteras del daño moral para incorporar, dentro de él, al novísimo daño a la persona” (Meza, 2018, p. 175).

Para ello, el daño “moral” ya no es solo dolor o sufrimiento, sino que comprende también, sin límite, todo daño al ser humano, “como la pérdida de un brazo, de un ojo, del ejercicio de la libertad fenoménica o de un trastorno psíquico. O sea, en otros términos, que la pérdida de una extremidad de la persona, por ejemplo, no es un daño a ella misma sino a su moral” (Morales, 2016, p. 131).

“Para entender mejor lo que sucede en el caso del llamado daño moral es necesario saber diferenciar, con claridad, los dos aspectos del daño, en general, en el cual, siendo uno el concepto, advertimos la presencia simultánea de dos instancias, como si fueran dos caras de la misma moneda que, generalmente, se producen en el mismo acto o instante. En efecto, una es el acto de dañar, en sentido estricto, es decir el momento en que se causa la lesión en sí misma” (Barral, 2020, p. 44), y, la otra, “es la consecuencia de la acción de dañar, los efectos producidos a raíz del acto de dañar. A la primera de dichas instancias se le conoce como daño-evento y, a la segunda, como daño-consecuencia” (Salas, 2000, p. 165).

Para precisar estas secuencias, teóricamente diferenciables dentro del concepto “daño”, podemos “poner un ejemplo que nos ayude a precisar la presencia de estas dos instancias comprendidas, como está dicho, en el único genérico concepto de daño. Así, si la cabeza de una persona se le golpea con un objeto contundente encontramos los mencionados momentos de un mismo acto” (Dominguez, 2010, p. 154).

En consecuencia, como se advierte de lo anteriormente expresado, “el daño-evento es el golpe en sí mismo, mientras que el daño-consecuencia nos muestra una variedad de lesiones, de diversa magnitud, de él derivadas” (Espinoza, 2008, p. 137).

Si aplicamos el referido esquema del daño en general al denominado “daño moral” encontramos que el daño evento “es la agresión a los principios morales de la persona o a algunos de sus intereses existenciales, mientras que el daño-consecuencia es la perturbación psíquica-emocional que experimenta la persona, de diversa magnitud e intensidad, según el caso, como derivación del acto de dañar” (Meza, 2018, p. 108).

Como se advierte de todo lo hasta aquí expresado, el llamado daño “moral” es uno de los tantos daños que afectan a la persona, la que es una realidad viviente dotada de sensibilidad. “Por ello, el daño psíquico-emocional, no patológico, conocido tradicionalmente como daño moral, es un daño que se inflige a la persona y no a ningún otro ente u objeto del mundo que nos rodea” (Morales, 2016, p. 187).

El daño a la persona, como decíamos en 1985, “tiene alcances mucho más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento”. En ese mismo momento aseverábamos que el “daño a la persona” es “más complejo que el sufrimiento o el dolor, no obstante que en ambos casos se presenta la común característica de la no patrimonialidad, de la imposibilidad de mensurar pecuniariamente sus consecuencias” (León, 2016, p. 44).

La nueva comprensión de lo que significa el “daño moral como una perturbación psíquica-emocional, no patológica, se va abriendo paso entre los estudiosos del derecho, así como dentro de cierta jurisprudencia, tanto en Europa como en Latinoamérica” (Salas, 2000, p. 152).

“En el sentido antes indicado se observa en los últimos tiempos un momento conjunto de los más representativos entes supranacionales, como la Comisión, el Parlamento y el Consejo europeos empeñados en armonizar el sistema de reparaciones del daño a la persona, más allá de las etiquetas con la que los juristas de ciertos países las pueda nominar como, por ejemplo, daño biológico, daño a la salud o daño corporal” (Espinoza, 2008, p. 78).

“Las mencionadas instituciones supranacionales encomendaron a un grupo de trabajo integrado por destacados profesores europeos, expertos en la materia para que armonizaran el mencionado sistema de reparaciones frente las consecuencias del amplio y genérico daño a la persona” y sus diferentes modalidades entre las que se encuentra el daño moral. “Este grupo de expertos en temas de derecho de daños o responsabilidad civil se reunieron en 2000 en el Congreso Internacional de Trier para aprobar las recomendaciones elaboradas por el mencionado grupo de trabajo” (Meza, 2018, p. 111).

El coordinador del grupo fue el profesor. Busnelli. Según señala en su informe este destacado profesor italiano, “el trabajo de la Comisión se extendió por un periodo de seis meses, habiéndose realizado cinco reuniones, la primera de las cuales se realizó el 13 de octubre de 1999 en la ciudad de Bruselas, luego la segunda en Viena, la tercera en París y las dos últimas en Pisa en marzo y abril de 2000” (Morales, 2016, p. 117).

“Es del mayor interés conocer la posición de la doctrina europea, expuesta por sus mejores exponentes reunidos en Trier, en lo que concierne al daño moral. Los juristas reunidos en aquella oportunidad se refirieron al daño moral como una lesión calificada de simple perturbación mental. Esta conclusión coincide con la posición que hemos venido asumiendo en las últimas décadas en la que hemos considerado, tal como se ha reiterado, al daño moral como un daño de consecuencias psíquicas, de carácter emocional, no patológico” (Salas, 2000, p. 109).

El profesor Busnelli (2009), al referirse al “daño moral deja sentado en su informe del año 2000, con toda claridad y precisión, que la ciencia médico-legal está en grado de trazar una línea divisoria distintiva tendencial entre una patología comprobada (enfermedad mental) y una simple perturbación psíquica” (p. 10).

Se aclara, de este modo, que siendo el “daño moral” uno de carácter psíquico es solo emocional, es decir, una perturbación en dicho nivel del psiquismo. Por ello, “no llega a ser una patología, una enfermedad psíquica de diverso grado y magnitud. Lo emocional, por lo general, tiende con el correr del tiempo a desaparecer, disiparse o derivar en otros sentimientos” (Dominguez, 2010, p. 44).

Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, no obstante, el fuerte arraigo de la concepción tradicional del “daño moral” que no llega a descubrir su naturaleza limitándose a decir que es un dolor o sufrimiento, advertimos que son cada vez más numerosas “las voces que lo identifican como un daño, cuyas consecuencias inciden en el psiquismo humano, a nivel emocional no patológico, integrando uno más de los daños que se causan a la persona. Es, por lo tanto, una modalidad del amplio y genérico daño a la persona” (Fuentes, 2020, p. 44), el que incluye, sin excepción, todos los daños que se le puedan inferir. Es así que la posición “que trasunta el informe de la reunión de Trier, elaborado por Busnelli, es coincidente con el planteamiento que venimos sosteniendo desde la década de los años ochenta del siglo XX” (Espinoza, 2008, p. 118).

“En nuestra región latinoamericana son varias las autorizadas voces que sintonizan con la posición de los juristas europeos en cuanto a la naturaleza y alcances del daño moral. Así, entre muchos otros, el jurista argentino Ricardo Lorenzetti, actual presidente de la Corte Suprema de la Nación argentina. Este destacado autor no se resigna a utilizar el concepto de daño moral para incluir en él a todos los múltiples daños que se pueden ocasionar a la persona. Por el contrario, opta por la posición que sostiene que la noción más amplia y genérica de daño a la persona comprende, ilimitadamente, todos los daños causados al ser humano” (Fuentes, 2020, p. 99). Es decir, que el “daño moral no es autónomo, sino que está integrando, como una cierta modalidad psíquica, el mencionado daño a la persona. Si el llamado daño moral no daña a la persona es lógico preguntarse ¿a cuál otro ente u objeto del mundo le origina un daño” (Meza, 2018, p. 184).

A propósito de la pregunta que hemos formulado, el distinguido y experimentado jurista argentino Iturraspe “resume con precisión el problema planteado cuando categóricamente afirma que para el Derecho el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias” (Morales, 2016, p. 157).

Iturraspe señala con precisión “que hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona. Y ello, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión” (Salas, 2000, p. 141).

“Sería extenso, y esta no es la ocasión, para glosar el pensamiento de los numerosos autores que, a través de los últimos años, han reconocido la existencia del daño a la persona y uno de sus componentes como el daño moral. En la actualidad existe consenso sobre la vigencia y aplicación jurídica del daño a la persona” (Dominguez, 2010, p. 188).

“Existen dos posiciones sobre el carácter de la reparación del daño moral. Nos encontramos con la tesis sancionatoria, por un lado, y con la tesis resarcitoria o satisfactoria por el otro. Según una primera corriente la reparación por el daño moral tendría el carácter de una sanción ejemplar, puesto que se trataría de una pena privada o civil, impuesta como castigo al responsable, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor” (Dominguez, 2010, p. 35).

Esta tesis punitiva o sancionatoria, cuyo mayor exponente nacional ha sido (Llambías, 1954), quien sostiene “el carácter sancionatorio de la reparación del daño moral. Se impone al responsable a título de castigo ejemplar. Se basa esta corriente en la persona autora del daño. Se tiene en cuenta su personalidad, la gravedad de la falta cometida y la capacidad económica del responsable para determinar la indemnización” (p. 55). Una vez establecida la misma a favor de una de las víctimas no puede ser condenado nuevamente en virtud del principio "non bis in idem". Asimismo, por tratarse de una pena privada se extingue con la muerte del ofensor.

De esta manera, podemos decir que "quedan sin reparar todos los daños que no pueden atribuirse a un factor subjetivo de imputabilidad -culpa o dolo-, puesto que sin culpabilidad no puede haber sanción punitiva". (Mosset, 1999, p. 46)

Decía (Llambías, 1954), en oposición al argumento de las "satisfacciones equivalentes" sostenido por los seguidores de la tesis del resarcimiento que "pretender que los dolores físicos o morales resultan remediados o aplacados por los sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar es caer en un grosero materialismo, que lamentablemente está presente aún en forma inconsciente en tantas manifestaciones de la civilización de nuestro tiempo” (p. 99).

Encierra también esa tesis “un notorio equívoco acerca de la significación del dolor en la vida del hombre. Pues principalmente el dolor no constituye un fin, sino que es un medio que el hombre puede convertir en su efectivo beneficio, desde

que es un maravilloso instrumento de perfección moral, de cultivo de las virtudes más elevadas, como la paciencia; en fin, el dolor es un excelente medio de expiación, es el crisol donde se purifica nuestra alma” (Garrido, 2019, p. 66).

“La otra corriente conocida como la tesis resarcitoria o satisfactoria sostiene que la indemnización por daño moral cumpliría una función satisfactoria, no de equivalencia; lo que no significa ponerle precio al dolor. Se pretende reparar el daño causado, aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso a través de satisfacciones equivalentes a las que fueron afectadas” (Espinoza, 2008, p. 34).

Además, les contesta a los seguidores de la tesis punitiva que considera inmoral resarcir con dinero daños puramente morales, que "el Derecho y la Moral no coinciden ni pueden coincidir las leyes, por consiguiente, y las instituciones que ellas reglan, pueden ser justas o injustas -según fuere su adecuación a las necesidades o conveniencias prácticas que tienden a satisfacer- pero no inmorales." (Orgaz, 1980, p. 65)

“Para la corriente que sostiene la tesis resarcitoria o satisfactoria, cuyos exponentes han sido en el derecho comparado, los hermanos Mazeaud y Chabas, y en el derecho nacional, Orgaz, Mosset Iturraspe, Andorno, Bueres, entre otros, y que actualmente es la posición mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, se tiene en cuenta a la víctima y sus circunstancias y a la entidad del daño causado” (Meza, 2018, p. 96).

“Como se considera a la persona de la víctima y al daño en sí mismo, en el caso de presentarse varios damnificados como consecuencia del mismo hecho generador de la responsabilidad, se otorgarán las indemnizaciones en forma independiente para cada uno de los reclamantes” (Morales, 2016, p. 44).

Por último, nos encontramos con una posición ecléctica o “de la sanción mixta, también llamada funcional, para la cual la reparación del daño moral reviste simultáneamente carácter resarcitorio y sancionatorio” (Morello, 1990, p. 33).

“Esta corriente doctrinaria considera tanto a la víctima del daño como a su ofensor, analizando la situación económica de cada uno de ellos como asimismo su personalidad y conducta. La indemnización a su vez cumpliría una doble función; por un lado, importaría una sanción para el victimario, y, por el otro, significa el resarcimiento del daño para la víctima” (Salas, 2000, p. 22).

“Un sector importante de la doctrina ve en los llamados daños punitivos o indemnizaciones punitivas una nueva formulación de esta tesis mixta, que entiende al daño moral con carácter resarcitorio, pero a su vez -en casos de grave conducta- sería condenado el autor del daño a un plus indemnizatorio con carácter de pena privada” (Dominguez, 2010, p. 46).

CAPITULO III: HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis General

La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021.

3.2. Hipótesis Específicas

- La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.
- La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.

3.3. Variables

- Variable independiente:

Indemnización por daño moral en favor de los hijos.

- Variable dependiente:

Divorcio ocasionado por los progenitores.

3.4. Operacionalización de las variables

TIPO DE VARIABLE	VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA	INSTRUMENTO
Variable independiente	Indemnización por daño moral en favor de los hijos.	Para (Espinoza, 2011) “por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas” (p. 111).	“Se define al daño como el menoscabo que sufre una persona en sus bienes o derechos el cual puede ser de carácter patrimonial, constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial, o sea, no pecuniario; es decir, el agravio moral no se traduce en la pérdida de dinero, sino en la lesión a intereses morales” (González, 2020, p. 18).	-Menoscabo a la esfera personal de la víctima. -Indemnización de acuerdo al grado de afectación.	Nominal	Cuestionario.
			“El divorcio es la ruptura del	-Afectación a la	Nominal	Cuestionario.

Variable dependiente	Divorcio ocasionado por uno de los progenitores.	“El cónyuge que incurre en una causal de divorcio es quién genera la disolución del vínculo matrimonial. El divorcio es una vía legal que se abre para disolver un matrimonio y permitir, consecuentemente, que los miembros de éste vuelvan a casarse con quien deseen” (García, 2019, p. 19).	vínculo matrimonial. En términos legales, el divorcio es la disolución del matrimonio, según la cual ambas partes tendrán que negociar las responsabilidades que les corresponde para continuar con sus vidas de forma independiente” (García, 2020, p. 18).	estabilidad del matrimonio. -Afectación a una convivencia pacífica en el hogar.		
----------------------	--	---	--	--	--	--

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Método de investigación

a) Métodos generales:

La investigación utilizó como método de investigación, el método inductivo-deductivo.

Para (Carrasco, 2016) tanto “el método inductivo como el deductivo son estrategias de razonamiento lógico, siendo que el inductivo utiliza premisas particulares para llegar a una conclusión general, y el deductivo usa principios generales para llegar a una conclusión específica”.

b) Métodos particulares:

- Método exegético:

Según (Carruitero, 2016) “el Método exegético es el estudio de las normas jurídicas artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador” (p. 47).

- Método sistemático:

Para (Máñez, 2017) este método “introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente” (p. 99).

En tal sentido, la presente investigación se encontró vinculada al análisis e interpretación de los siguientes elementos normativos:

- a) Convenciones internacionales.
- b) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c) Constitución Política.

- d) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- e) Jurisprudencia de la Corte Suprema.
- f) Código Civil.

- Método teleológico:

Para (Carruitero, 2015) este método “pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico” (p. 84).

4.2. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo cualitativo. Según (Sierra, 2018), “una investigación cualitativa es aquella que recoge los discursos existentes en torno al tema y realiza luego una interpretación rigurosa. No requiere de procedimientos numéricos, estadísticos o matemáticos, sino que obtiene datos descriptivos a través de una diversidad posible de métodos” (p. 79).

4.3. Nivel de investigación

La investigación es de carácter explicativo, que según (Carruitero, 2015) “todo proceso de estudio por medio del cual se pretende esclarecer la relación de causa y efecto que comprende un fenómeno, o lo que es lo mismo determinar las variables que dan a lugar a la ocurrencia del mismo” (p. 100).

4.4. Diseño de investigación

“El diseño de investigación que se empleó en la presente tesis es de carácter no experimental, porque las variables no se manipularon deliberada e intencionalmente. Asimismo, el diseño es de tipo transversal o transeccional, porque los datos de estudio han sido recolectados en un determinado momento” (Flores, 2020, p. 18).

De esta forma, el diseño se encuentra orientado a poder recolectar los datos de información requeridos para su desarrollo teórico y práctico. Esto sin alterar el carácter conceptual de las variables de estudio.

De acuerdo a (Carruitero, 2015) se define “como el diseño de una investigación observacional, individual, que mide una o más características o enfermedades (variables), en un momento dado” (p. 133).

El **rigor científico** “hace referencia a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio y sobre todo si la divulgación de dichos datos vulnera el derecho a la intimidad; respecto a la presente investigación, es preciso indicar que no se está utilizando datos personales, ni se está adulterando la información recolectada, lo cual es posible de corroborar al ser una información pública, siendo preciso indicar que importa para éste tipo de investigación la consistencia y coherencia de los argumentos” (Sierra, 2020, p. 19), en otras palabras, que cumpla con los principios de la lógica jurídica, es decir el principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido.

4.5. Población y muestra

4.5.1. Población

Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha determinado un número para la población.

4.5.2. Muestra

Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha determinado un número para la muestra.

Respecto al **escenario de estudio**, “la investigación al tener un enfoque cualitativa y al emplear uno de los métodos dogmáticos jurídicas, propio de la ciencia jurídica, el cual es analizar la norma jurídica y observar si responde a la realidad social y legislativa, dado que el escenario constituye el mismo ordenamiento jurídico peruano, siendo ello donde se puso a prueba su consistencia e interpretación conforme a la legislación civil” (Solano, 2020, p. 17).

En cuanto a **la caracterización de sujetos o fenómenos**, la investigación al ser de enfoque cualitativo” y ser de una modalidad específica dentro de la rama del Derecho, se analizó las estructuras normativas, así como las posturas doctrinarias referidas a los conceptos jurídicos, con el fin de saber si son compatibles o no, lo cual podría conllevar a poder hacer una modificación normativa racional y válida dentro del ordenamiento” (Prado, 2020, p. 111).

4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

4.6.1. Técnicas de recolección de datos

En la presente investigación se utilizó el análisis documental, que según (Valderrama, 2016) es definida como:

“una operación intelectual que da lugar a un subproducto o documento secundario que actúa como intermediario o instrumento de búsqueda obligado entre el documento original y el usuario que solicita información” (p. 44).

4.6.2. Instrumentos de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos que se empleó ha sido la ficha de análisis bibliográfico, que de acuerdo a (Carruitero, 2015) es definida como: “el procedimiento por el cual se analiza cada documento objeto de estudio, a fin de establecer sus principales particularidades y fundamentar su conceptualización metodológica” (p. 99).

De esta manera, el instrumento de investigación tiene un componente fundamental referido a la recolección de los datos necesarios para poder examinarlos e interpretarlos.

En relación a la **trayectoria metodológica**, hace referencia al cómo se va a proceder desde que “se instala la metodología hasta la explicación de manera sistemática de los datos, en otras palabras, se hace referencia a una explicación holística del cómo se va a realizar la tesis desde un enfoque metodológico. Por lo tanto, por la naturaleza de la investigación se empleó como método de investigación la hermenéutica jurídica que permitió analizar ambos conceptos jurídicos de estudio, por lo que el instrumento de recolección de datos fue la ficha (bibliográfica, textual y de resumen)” (Corrales, 2020, p. 111); y por estar orientado a un nivel correlacional, se analizó las características de cada concepto jurídico, con el fin de observar su nivel de relación y finalmente se empleó el procesamiento de datos a través de la argumentación jurídica, con lo cual se logró responder las preguntas planteadas.

4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Se realizó un análisis descriptivo para el procesamiento de los datos interpretados a partir de la teoría recogida para la presente investigación, considerando las principales corrientes dogmáticas que sobre el caso se han elaborado, tomando en cuenta teorías y jurisprudencias.

4.8. Aspectos éticos de la investigación

Para Valderrama (2020) los aspectos éticos de una investigación vienen a ser la “forma correcta de obtener la información, el trato adecuado de los sujetos a investigar, la confidencialidad, entre otros. Cualquier investigación que no respete aspectos éticos no podría ser considerada como una investigación pertinente” (p. 18).

Al respecto, se aplicarán los siguientes aspectos éticos de la investigación:

- Integridad Científica:

La integridad científica “se refiere a la práctica correcta de los métodos de investigación, de modo que dicha práctica sea honesta, transparente, justa y responsable.” (Valderrama, 2020, p. 19). Ante ello, la investigación versará bajo las fuentes de información debidamente consultadas y citadas de manera adecuada.

- Conflicto de Intereses:

Para Carruitero (2015) el conflicto de intereses “ocurre cuando el investigador puede ver influenciada la objetividad de los resultados debido a intereses económicos, comerciales o de otra índole sobre productos o servicios empleados o abordados en la investigación.” (pág. 19). En la presente investigación se podrá denotar que no existe ningún tipo de conflicto de interés que pueda subjetivizar la investigación.

- Mala conducta científica:

La mala conducta científica “incluye acciones u omisiones para llevar a cabo una investigación distorsionando los resultados de forma deliberada” (Valderrama, 2020, p. 19). Tal como se vienen desarrollando la presente

investigación, no se llevará a cabo una mala conducta científica para distorsionar los resultados, por el contrario, se buscará generar conocimientos nuevos, siendo respetuosos de los autores citados.

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1. Descripción de resultados

Se ha dejado sentado en el capítulo precedente la diferencia esencial que existe entre matrimonio y paternidad. “El primero regulado por normas consensuales, mientras que el segundo hasta donde lo permitan los derechos fundamentales de los hijos regulado por normas de carácter imperativas. De ahí que el verdadero nombre de este apartado no debería ser el matrimonio como marco de protección de los hijos sino la paternidad como marco de protección de los hijos” (León, 2020, p. 22).

Dicho en términos más breves: cualquier reclamación en materia de responsabilidad civil en las relaciones entre padres e hijos, deberá sustentarse en la paternidad y no en la relación marital entre esposos. Carrillo y Rivas (2020), sostienen que en general, “en el cumplimiento de su oficio como titulares ejercientes de la patria potestad, los padres pueden desarrollar conductas que, si las llevaran a cabo terceros, constituirían intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de sus hijos” (p. 19).

Desde tomar fotografías a sus recién nacidos, “hasta revelar datos médicos y sanitarios de los hijos a profesores y maestros, por poner dos ejemplos entre las docenas de actos de la vida cotidiana vinculados a la crianza y educación de la prole. Indudablemente, el alcance de las facultades de los padres dependerá de la edad y el grado de madurez de los hijos” (Sosa, 2020, p. 41).

Además, la actuación de los padres debe estar justificada “y ser proporcionada con relación a los intereses de sus hijos por los que deben velar. Ambos factores son cruciales a la hora de enjuiciar cualquier conflicto en relación con derechos como la libertad del menor, incluida la ambulatoria, las prácticas religiosas, el secreto en las comunicaciones o los Derechos a la intimidad o a la propia imagen” (Jiménez, 2020, p. 100).

No obstante, esto, “el oficio de representantes legales de los padres respecto de sus hijos tiene un límite: los derechos fundamentales de los menores. Recientemente, una sentencia, en nuestro país, ha negado a los padres oponerse a las transfusiones sanguíneas de uno de sus hijos, basados en su libertad de culto, por considerar que el Derecho a la vida de su menor hijo está por encima de la libertad religiosa de los padres en su crianza” (Torres, 2020, p. 82).

Finalmente, hay un autor que va más allá. “Para la construcción del principio del interés del menor no parte de una concepción paternalista, sino que se basa en la autodeterminación, es decir, en el reconocimiento de los menores como personas” (Solís, 2020, p. 111). Por ello, Cartagena (2019), sostiene que, “a partir de aquí, se plantea un doble problema: el obstáculo que se encuentra en los que se configuran como Derechos de los padres, que pueden enfrentarse con los de los hijos y provocar un conflicto entre ellos, y el segundo, la falta de capacidad natural en los menores, que hace muy difícil determinar la naturaleza de su reclamación” (p. 31).

El aumento de las tasas de divorcio y la creciente desestructuración de las familias “lleva determinadas consecuencias que interesa poner de relieve, antes de entrar a las implicancias del divorcio en el desarrollo de los hijos. Estudios llevados a cabo en Estados Unidos e Inglaterra entienden que el divorcio provoca algunas de estas consecuencias” a decir de (Romero, 2021, p. 111):

Los casados tienden a tener mejor salud que los divorciados y los hombres sufren más con el divorcio que las mujeres.

El divorcio afecta los niveles de vida de las personas. Los hombres aumentan sus ingresos, especialmente si no pagan las pensiones porque no se les impone o porque simplemente no quieren hacerlo.

Al mismo tiempo, “se ha comprobado estadísticamente que las mujeres pierden ingresos. En Estados Unidos se constata que el 41% de las mujeres separadas/divorciadas que viven con sus hijos, no reciben nada de sus exesposos. De aquí se puede deducir que las mujeres y los niños se convierten en más pobres” (Fuentes, 2020, p. 123).

Los resultados son todavía peores para los hijos. Según Varsi (2019), dado que “la mayoría de los niños americanos nacen en una familia formada por los dos progenitores (un 82%), más de la mitad de estos niños están expuestos a experimentar el divorcio de sus padres antes de llegar a la edad de 18 años. Los hijos de divorciados, comparados con los que viven con ambos progenitores, es más probable que presenten problemas de adaptación. Sin embargo, las estadísticas pueden estar ocultando el hecho de que muchos afrontan con éxito las transiciones matrimoniales de sus padres” (p. 199).

Durante el año que sigue a la separación, tanto los hijos como las hijas presentan unas tasas superiores de problemas externalizantes (agresión, delincuencia, consumo de drogas) que “los de hogares intactos, aunque son más frecuentes y parecen persistir durante más tiempo en los varones. Concretamente, los niños de familias monoparentales a cargo de la madre es más probable que presenten puntuaciones más elevadas en conducta agresiva, comportamiento antisocial, conducta delictiva y consumo de alcohol y drogas” (Paredes, 2020, p. 91).

Parra y Sosa (2019), sostienen que “los adolescentes de ambos géneros que viven en hogares monoparentales presentan más conductas delictivas (robos, citación judicial, persistencia en actos delictivos) que los de hogares intactos. Además, aunque los varones puntúan el doble que las chicas en conductas delictivas, las adolescentes de hogares monoparentales cometen más actos delictivos que los varones de hogares intactos. Asimismo, en las familias monoparentales se dan índices superiores de consumo de drogas, con independencia del estatus socioeconómico” (p. 21).

De la lectura del impacto que el divorcio produce en los hijos menores de edad, “se desprende que la separación de los padres tiene una influencia trascendental en el desarrollo de la personalidad y la vida, en general, de los hijos. Este daño a las perspectivas de la vida y del desarrollo de la personalidad ha sido tratado de manera muy especial y es el aporte de nuestro connacional Carlos Fernández Sessarego - al Derecho de daños universal” (Sosa, 2020, p. 81).

Ya se ha referido a él cuando se ha tratado sobre las teorías respecto a la noción del Derecho de daños. Sostiene Fernández Sessarego que el “proyecto de vida” “es un ingrediente de la propia constitución ontológica del ser humano. Surge como una exigencia, precisamente, en tanto el ser humano es libre, coexistencial y temporal. Como apunta Sartre, el “proyecto libre es fundamental, pues es mi ser”. El “proyecto de vida” encuentra necesariamente su origen en una decisión libre, la misma que tiende a su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato” (Fernández, 2020, p. 18).

Por ello, sólo el ente ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin proyectar. La libertad es, de suyo, un proyecto. Ser es proyectar. El “proyecto de vida” representa lo que el ser humano ha decidido ser y hacer en su vida o, mejor aún, lo que hace para ser. Todas las potencialidades y energías del ser humano actúan para hacer posible su realización, para lograr su concreción en la vida. Si el “proyecto de vida” se cumple total o parcialmente el ser humano se considera “realizado”, es decir, que ha cumplido con su personal destino, que su vida ha tenido un sentido valioso.

Los seres humanos, desde que venimos al mundo, venimos con todas nuestras potencialidades para alcanzar la autorrealización. La formación de la familia, la unión del padre y la madre, tiene propósitos por (Garrido, 2020) “que van a afectar la vida de terceros: sus propios hijos. Hay una fuente de responsabilidad original en la unión de dos personas que han proyectado formar una familia con hijos. Los padres no se unen para generar una prole de personas infelices o frustradas; todo lo contrario, se unen para traer a la sociedad seres que han de aportar no solo a sí mismos sino a la colectividad en general” (p. 99).

Dicho en términos más simples: crean hijos con un proyecto de vida bajo el brazo. Sessarego dice que para que “el proyecto de vida se concrete se requiere la coexistencia de tres esferas: la libertad, la temporalidad y la voluntad. Los padres, en el ejercicio de la patria potestad, deben asegurar a sus hijos la existencia de esas tres esferas. Los padres en el ámbito del matrimonio deben crear las condiciones de libertad a fin de que sus hijos estén

en capacidad de tomar sus propias decisiones. Esta libertad debe proveerse durante el tiempo que el ordenamiento jurídico les permite ejercer la patria potestad sobre sus hijos” (Fuentes, 2020, p. 18).

Como resultado de la garantía de estos dos primeros elementos, “los hijos, habrán valorado los suficientes elementos de juicio que les permitirá definirse en su proyecto de vida como personas maduras y constructivas. Ahora, el cuestionamiento que se plantea es qué ocurre cuando sobreviene el divorcio: cómo estas tres esferas pueden ser resentidas, trastocadas o desnaturalizadas” (p. 53).

Los resultados de los estudios a los que nos hemos referido en el ítem precedente son incontestables: “los hijos, producto de la separación de sus padres, ven alterados y no garantizadas estas esferas de libertad, temporalidad y voluntad, impidiéndoles tomar las decisiones eficaces que constituirán su proyecto de vida, desde el nacimiento hasta el momento en que se independizan de la patria potestad. Hay, pues, una responsabilidad de los padres –sobre todo del cónyuge culpable de la separación– al frustrar con el divorcio el proyecto de vida original de sus hijos, que se va formando desde el momento en que tomaron su decisión de unirse como pareja, como hogar, como matrimonio”. (Sosa y Ferrer, 2020, p. 36), sostienen que los fines normales del matrimonio lo constituyen la satisfacción de las necesidades espirituales que suponen sentimientos de amor, respeto y afectos mutuos, la asistencia común entre la pareja matrimonial, y la satisfacción de las necesidades naturales, aunque de gran contenido afectivo, cuales son la procreación de los hijos, de la que emerge, la necesidad de educar y formar adecuadamente a estos últimos.

a) Teorías del Derecho frente a los daños causados por los padres a sus hijos en el ámbito de las relaciones de familia:

“El Derecho de Familia y la responsabilidad civil tradicionalmente han recorrido caminos diversos. Se consideraba que aquél conformaba un sistema normativo autónomo y que era impermeable por los preceptos del Derecho de Daños. Se hacía aplicación casi absoluta del principio de inmunidad familiar, en razón del cual las acciones de responsabilidad civil no

cabrían entre familiares en especial entre los cónyuges y entre éstos y los hijos. Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia y la doctrina han abierto paso a una nueva hermenéutica” (p. 98).

Estas controversias “se resolvían a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil, lo que acontece aún en la actualidad. Sin embargo, debe destacarse que la doctrina y jurisprudencia no es uniforme en torno a la cuestión, y se advierten diversas opiniones no sólo en cuanto a la reparación o no de los daños derivados de las relaciones de familia sino, también, que se discrepa –entre quienes admiten estas indemnizaciones respecto del factor de atribución (por ejemplo: culpa, culpa grave o dolo, equidad), la extensión del resarcimiento (por ejemplo: daños derivados de los hechos que motivaron el divorcio, daños derivados del divorcio en sí mismo o ambos), el ámbito de la responsabilidad por ejemplo, contractual o extracontractual , etcétera” (Cáceres, 2020, p. 111).

b) La tesis en contra:

Para oponerse a la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones de familia se ha argumentado:

“En el ámbito de las relaciones de familia rige la autoridad del pater, y se considera inviable la intervención del Estado en tales vínculos. La autoridad patriarcal o marital era casi absoluta y de tal modo era improcedente concebir la reparación de los daños provocados entre los integrantes de una familia. Se privilegiaba la estructura familiar por sobre la reparación de los daños injustos” (Valencia, 2020, p. 27).

En el Derecho de Familia rige el principio de especialidad.

No existen normas generales en el Derecho de Familia respecto de la reparación de los daños. Por otro lado, cuando el legislador ha querido reconocer tal posibilidad, expresamente ha establecido el derecho a la reparación en términos generales.

Reparar los daños derivados de las relaciones de familia puede atentar contra la armonía y estabilidad de las mismas.

c) Tesis a favor:

Quienes sostienen la tesis que admite la reparación de los daños derivados de las relaciones de familia han expuesto distintos argumentos, muchos de los cuales son una expresa respuesta a los expuestos anteriormente. En este sentido se ha dicho:

“El Derecho de Familia ha evolucionado de manera vertiginosa en los últimos años. Debe destacarse que la concepción de la familia como una estructura jerarquizada ha sido relegada, y se abre paso una concepción igualitaria entre sus miembros. En este contexto se reconoce la autonomía de cada uno de los integrantes de la familia. Así, por ejemplo, en principio, los cónyuges podrán contratar entre sí, salvo que les estuviera prohibido. También se abandona la concepción de que entre los esposos existe identidad y, por ende, uno no responde por los daños que causa al otro, ya que no existe responsabilidad por los daños que uno se causa a sí mismo” (Garrido, 2020, p. 18). En efecto, hoy se los concibe como seres independientes e iguales. En definitiva, se abandona la idea que privilegiaba la estructura familiar por sobre la reparación de los daños injustos. Se trata de dos valores que deben ser protegidos de manera armónica y sistemática, de allí las dificultades que plantea esta problemática.

“El Derecho de Familia no se basta a sí mismo. De este modo, es inviable que estas normas se opongan a la aplicación de las del Derecho de Daños, que tienen jerarquía constitucional. Se destaca la del principio general de no dañar por sobre la estabilidad familiar y su estructura vertical y jerárquica” (Pérez, 2020, p. 21).

La ausencia de normas específicas en la materia no puede ser invocada para inhibir la indemnización. El daño causado voluntariamente no puede quedar sin reparar.

“La responsabilidad civil ya no es concebida como una sanción que se aplica al autor de un daño, sino como un mecanismo de reparación del daño injustamente sufrido.

Si se admite que uno de los cónyuges pueda denunciar penalmente o querrelar al otro por delitos de lesiones o tentativa de homicidio, no se advierte razón

para negar la posibilidad de responsabilizarlo por delitos civiles o cuasidelitos civiles” (Fuentes, 2020, p. 29).

El matrimonio no es ajeno al Derecho de Daños. “No es justo otorgar a uno de los cónyuges un derecho a dañar sin responsabilidad. Estas son las observaciones básicas que se realizan respecto de la aplicación o no de las normas del Derecho de Daños respecto de los perjuicios que derivan de las relaciones de familia” (Fuentes, 2020, p. 41).

5.2. Contrastación de hipótesis

5.2.1. Contrastación de hipótesis general

“La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021”.

“En algunas legislaciones, la indemnización por el daño moral es bastante restrictiva. En el Perú, felizmente, no lo es. En nuestro ordenamiento civil la indemnización por daño moral es más amplia y se la puede ubicar en tres estamentos claves: en el Derecho de familia, en el Derecho de obligaciones y en la Responsabilidad Extracontractual” (López, 2020, p. 18).

En el Derecho de familia (que es el ámbito que nos interesa por la naturaleza del presente trabajo) la indemnización por daño moral está contemplada en el Art. 351 del C.C., en el cual se establece que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”. Vemos, pues, que para la concesión de una indemnización por daño moral se requiere una afectación esencial al “legítimo interés personal” (para ese caso: el del cónyuge inocente). En un divorcio por causal, no solamente está comprometido el legítimo interés del cónyuge inocente, sino también el de los hijos menores de edad habidos en la relación contractual conyugal. Pero, ¿en qué consiste el “legítimo interés personal” de los hijos menores habidos en el matrimonio? Pues, bien, “el interés personal de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio está constituido por un conjunto muy amplio de factores (o

criterios), y, entre los que destacan: la imagen de los niños en la comunidad, el dolor que implica la separación de los padres y la afectación que esta separación puede tener en su desarrollo psicológico general, las previsiones que los niños o adolescentes se hubieran formado para su futuro y que dependían del buen funcionamiento del hogar, el derecho a la educación (que puede ser trastocado por el divorcio), entre otros factores” (Soria, 2020, p. 19).

Como ya se ha visto anteriormente, para determinar “los casos en los que existe responsabilidad civil y, por tanto, el deber de indemnizar, no basta acreditar la existencia de una lesión a un derecho, sino que se debe cumplir con los siguientes presupuestos: (a) La antijuridicidad o ilicitud. (b) La imputabilidad, elemento que se forma sobre la base de dos factores: la culpa y el dolo. (c) El daño. (d) La relación de causalidad” (Carrillo, 2020, p. 21).

5.2.2. Contrastación de primera hipótesis específica

“La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021”.

“La presente propuesta indemnizatoria encuentra su más resaltante expresión, en el principio de la protección del interés del más débil, que resultaría ser para este caso los hijos perjudicados en su proyecto de vida. Además, como se ha desarrollado precedentemente, existe una génesis de responsabilidad desde el nacimiento del matrimonio (como un hecho contractual), por lo que tampoco se puede descartar que la naturaleza de esta propuesta indemnizatoria se encuadre también en el ámbito de la responsabilidad contractual” (Pinto, 2020, p. 19).

Así, se puede afirmar que esta propuesta indemnizatoria tiene una naturaleza mixta: tanto de naturaleza de responsabilidad civil contractual y extracontractual, como de solidaridad y equidad con los más débiles y perjudicados. En una reciente casación, Casación N° 1782-200-LIMA hay un pronunciamiento tocante al proyecto de vida: “(...) resulta evidente que en esta separación de hecho uno de los cónyuges resulta necesariamente inocente y por tanto se convierte en el sujeto pasivo del daño que implica. el hecho

mismo de la separación conyugal, ahora bien, es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino, fundamentalmente moral y personal que se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida común con el cónyuge disidente (...).”

Proyectando este razonamiento a esta propuesta indemnizatoria, se puede parafrasear: “(...) el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en los hijos menores de edad y en el hecho de ver que éstos han truncado su proyecto de vida. Cuando se produce el divorcio, el progenitor que queda con la tenencia de los hijos, continúa con el deber de proveer a éstos las tres esferas fundamentales para la concreción de su proyecto de vida: la libertad, la temporalidad y la voluntad”. Esta situación, exige una reacción compensatoria por parte del estado a favor de la parte que queda en desventaja por efectos del divorcio. En otras legislaciones como es el caso de Francia y España se ha provisto una “indemnización” o una “pensión compensatoria” orientada básicamente y al margen de cualquier culpabilidad a proveer a la parte que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre “debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”.

5.2.3. Contrastación de segunda hipótesis específica

“La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar, en la ciudad de Huancaayo, 2021”.

“El divorcio ocasionado por culpa de uno de los cónyuges es un atentado al derecho de los hijos a vivir en la comunidad de la familia y desarrollar su proyecto de vida bajo el amparo y el apoyo tanto material como

espiritual de sus progenitores. La actual legislación solo reconoce efectos indemnizatorios al cónyuge inocente pero no dice nada respecto de los hijos, quienes deben sufrir estoicamente las consecuencias físicas y morales de la separación de sus padres. Frente a esta situación, y teniendo en cuenta que el artículo 1 de la Constitución establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Flores, 2020, p. 18). Asimismo, el art. 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Por tanto, “urge la inserción en nuestro ordenamiento jurídico vigente del derecho a una indemnización a los hijos menores de edad por daño moral y al proyecto de vida, ocasionado por el divorcio de los padres, siendo el obligado a la reparación el cónyuge culpable del divorcio. Esta indemnización debería otorgarse a solicitud de parte por el representante legal de los menores de edad, y el juez, la evaluará, en atención a la actividad probatoria desplegada en un debido proceso jurisdiccional. Asimismo, el juez determinará el monto y la forma cómo la indemnización deberá hacerse efectiva” (Sosa, 2020, p. 58). Desde un análisis inicial y básico, la indemnización que se propone no sería cuantificable económicamente, pues, el potencial daño al proyecto de vida de los hijos menores de edad, ocasionado por el divorcio de los padres y la consecuente indemnización, es un derecho subjetivo que tienen los hijos por su misma condición de personas.

“Esto determina, que el establecimiento de esta indemnización se enmarque dentro del deber de intervención subsidiaria del Estado, propia del estado de bienestar social, que sitúa a los poderes públicos como últimos garantes de las necesidades más básicas de las personas que se hallan en su territorio” (Fernández, 2020, p. 28).

5.3. Discusión de resultados

En algunas legislaciones, la indemnización por el daño moral es bastante restrictiva. En el Perú, felizmente, no lo es. En nuestro ordenamiento civil la indemnización por daño moral es más amplia y se la puede ubicar en

tres estamentos claves: en el Derecho de familia, en el Derecho de obligaciones y en la Responsabilidad Extracontractual.

En el Derecho de familia (que es el ámbito que nos interesa por la naturaleza del presente trabajo) la indemnización por daño moral está contemplada en el Art. 351 del C.C., en el cual se establece que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

Vemos, pues, que para la concesión de una indemnización por daño moral se requiere una afectación esencial al “legítimo interés personal” (para ese caso: el del cónyuge inocente). En un divorcio por causal, no solamente está comprometido el legítimo interés del cónyuge inocente, sino también el de los hijos menores de edad habidos en la relación contractual conyugal.

Pero, ¿en qué consiste el “legítimo interés personal” de los hijos menores habidos en el matrimonio? Pues, bien, el interés personal de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio está constituido por un conjunto muy amplio de factores (o criterios), y, entre los que destacan: “la imagen de los niños en la comunidad, el dolor que implica la separación de los padres y la afectación que esta separación puede tener en su desarrollo psicológico general, las previsiones que los niños o adolescentes se hubieran formado para su futuro y que dependían del buen funcionamiento del hogar, el derecho a la educación (que puede ser trastocado por el divorcio), entre otros factores” (Romero, 2020, p. 20).

Como ya se ha visto anteriormente, para determinar los casos en los que existe responsabilidad civil y, por tanto, el deber de indemnizar, no basta acreditar la existencia de una lesión a un derecho, sino que se debe cumplir con los siguientes presupuestos: “(a) La antijuridicidad o ilicitud. (b) La imputabilidad, elemento que se forma sobre la base de dos factores: la culpa y el dolo. (c) El daño. (d) La relación de causalidad. En el presente trabajo de investigación, la antijuridicidad o ilicitud está constituida por la contravención

a los compromisos asumidos por los cónyuges en el momento del matrimonio, entendiéndose que éste es una institución de orden público” (Sosa, 2020, p. 99).

El cónyuge culpable (agente imputable) “es quien cumple este requisito, al actuar de manera antijurídica e ilícita. El segundo elemento, la imputabilidad está constituida por el grado o nivel como el agente ha obrado antijurídicamente. En este caso, la imputabilidad está determinada por la culpabilidad, la imputabilidad negligente del cónyuge que da origen al divorcio” (Soriano, 2020, p. 49).

Esta denominación consideramos “muy importante por cuanto la indemnización que se pretende no está enfocada en el agente (si actuó con culpa o dolo) sino en el daño producido a la víctima. Esto porque la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitorio, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima” (Robles, 2020, p. 179).

Cartagena (2019), sostiene que “simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido.

“El daño, como ya nos hemos referido supra, está determinado por el legítimo interés de los menores que es afectado por el divorcio. Y, finalmente, la relación de causalidad, que está determinada por el nexo que se puede establecer entre la acción antijurídica realizada por el agente y el daño producido en la víctima. En el presente caso, esta relación de causalidad asume una naturaleza sui géneris; decimos esto porque no estamos ante una relación de causalidad eminentemente de naturaleza penal, sino ante una

relación de causalidad particular para el caso del daño a los hijos por efecto del divorcio” (Fuentes, 2020, p. 28).

En tal sentido, la relación de causalidad está más determinada por la previsibilidad que el agente (el cónyuge culpable) ha debido tener de las consecuencias que implican sobre los hijos una ruptura del compromiso matrimonial. Este criterio de previsibilidad que se usa para delimitar la naturaleza jurídica de la relación de causalidad para este caso, tiene su fundamento “en un criterio de previsibilidad interpretado en forma objetiva, que se equipara al de probabilidad de resultado, siempre tomando en consideración un pronóstico objetivo retrospectivo”.

“El ámbito de reclamación y concreción de los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico es en un estado de derecho: el proceso. El representante legal de los hijos que han sufrido daño a su proyecto de vida por la destrucción del hogar diseñado originalmente por sus padres, deberá hacer valer su derecho (el de los hijos menores de edad) a una indemnización en la vía jurisdiccional. Nuestra jurisprudencia ha establecido algunos criterios que son valiosos al momento de fundamentar el derecho indemnizatorio, en el ámbito del Derecho de familia” (García, 2020, p. 111).

Así, tenemos, el Pleno Casatorio realizado a instancia del Expediente N° 177-1997, seguido entre René Huaquipaco Hanco y Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco. En este proceso la demandada por separación de hecho interpone reconvencción solicitando se le indemnice por los daños que le ha ocasionado del demandante. “En el Pleno Casatorio se estableció los siguientes criterios: en los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución

Política del Estado que reconoce, respectivamente”, la protección especial a: el Poder Judicial, “Sentencia dictada en el tercer pleno casatorio civil realizado por las salas civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la república del Perú. Casación N° 4664 - 2010 - Puno”.

En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. “En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona” (Adriano, 2020, p. 47).

En dicho Pleno Casatorio se establece que “en todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado y probado la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello”.

Proyectando “estos criterios a la presente propuesta indemnizatoria se podrá afirmar que el Juez debe considerar y pronunciarse no solo respecto del cónyuge inocente y más perjudicado, sino también respecto de los hijos menores de edad que han sufrido las consecuencias de la separación. La pretensión indemnizatoria de los hijos deberá probarse en el proceso siguiendo las reglas de la actividad probatoria que establece el código procesal civil” (Soriano, 2020, p. 14).

En el cuarto criterio, se establece que “para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado.

“El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes” (Sosa, 2020, p. 20).

En efecto, proyectando este criterio a la propuesta indemnizatoria se puede decir que no hay ninguna incompatibilidad para que puedan ser considerados por el Juez al momento de establecer el quantum de la reparación a favor de los hijos menores de edad. “En este concepto a diferencia de lo que establece el Pleno Jurisdiccional la indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante del divorcio en sí y por lo tanto su fundamento es la responsabilidad civil contractual o extracontractual, además de la equidad y la solidaridad familiar” (López, 2020, p. 28).

Como se puede advertir, la presente propuesta indemnizatoria encuentra su más resaltante expresión, en el principio de la protección del interés del más débil, que resultaría ser para este caso los hijos perjudicados en su proyecto de vida. Además, como se ha desarrollado precedentemente, “existe una génesis de responsabilidad desde el nacimiento del matrimonio (como un hecho contractual), por lo que tampoco se puede descartar que la naturaleza de esta propuesta indemnizatoria se encuadre también en el ámbito de la responsabilidad contractual” (Garrido, 2020, p. 28).

Así, se puede afirmar que esta propuesta indemnizatoria tiene una naturaleza mixta: tanto de naturaleza de responsabilidad civil contractual y extracontractual, como de solidaridad y equidad con los más débiles y perjudicados. En una reciente casación, Casación N° 1782-200-LIMA hay un

pronunciamiento tocante al proyecto de vida: “(...) resulta evidente que en esta separación de hecho uno de los cónyuges resulta necesariamente inocente y por tanto se convierte en el sujeto pasivo del daño que implica el hecho mismo de la separación conyugal, ahora bien, es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino, fundamentalmente moral y personal que se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida común con el cónyuge disidente (...)”.

Proyectando este razonamiento a esta propuesta indemnizatoria, se puede parafrasear: “(...) el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en los hijos menores de edad y en el hecho de ver que éstos han truncado su proyecto de vida (...)”. Cuando se produce el divorcio, el progenitor que queda con la tenencia de los hijos, continúa con el deber de proveer a éstos las tres esferas fundamentales para la concreción de su proyecto de vida: la libertad, la temporalidad y la voluntad. Esta situación, exige una reacción compensatoria por parte del estado a favor de la parte que queda en desventaja por efectos del divorcio.

En otras legislaciones como es el caso de Francia y España se ha provisto una “indemnización” o una “pensión compensatoria” orientada básicamente y al margen de cualquier culpabilidad a proveer a la parte que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”.

“La indemnización que se propone en el presente estudio se inspira entonces, por un lado, en el desarrollo alcanzado por el Derecho de familia enfocado en los derechos fundamentales de las personas y dentro de ellas de

los niños y adolescentes, por encima del desarrollo tradicional enfocado; y, por otro lado, en la actividad subsidiaria del Estado para asegurar el bienestar físico y espiritual de los niños y adolescentes consagrados en pactos internacionales de los que el Perú es signatario” (Fuentes, 2020, p. 18).

El divorcio ocasionado por culpa de uno de los cónyuges es un atentado al derecho de los hijos a vivir en la comunidad de la familia y desarrollar su proyecto de vida bajo el amparo y el apoyo tanto material como espiritual de sus progenitores. La actual legislación solo reconoce efectos indemnizatorios al cónyuge inocente pero no dice nada respecto de los hijos, quienes deben sufrir estoicamente las consecuencias físicas y morales de la separación de sus padres.

“Frente a esta situación, y teniendo en cuenta que el artículo 1 de la Constitución establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, el art. 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (Vargas, 2020, p. 29).

También protegen a la familia y promueven el matrimonio. “Por tanto, urge la inserción en nuestro ordenamiento jurídico vigente del derecho a una indemnización a los hijos menores de edad por daño moral y al proyecto de vida, ocasionado por el divorcio de los padres, siendo el obligado a la reparación el cónyuge culpable del divorcio. Esta indemnización debería otorgarse a solicitud de parte por el representante legal de los menores de edad, y el juez, la evaluará, en atención a la actividad probatoria desplegada en un debido proceso jurisdiccional. Asimismo, el juez determinará el monto y la forma cómo la indemnización deberá hacerse efectiva” (Solano, 2020, p. 98).

Desde un análisis inicial y básico, la indemnización que se propone no sería cuantificable económicamente, pues, el potencial daño al proyecto de vida de los hijos menores de edad, ocasionado por el divorcio de los padres

y la consecuente indemnización, es un derecho subjetivo que tienen los hijos por su misma condición de personas. “Esto determina, que el establecimiento de esta indemnización se enmarque dentro del deber de intervención subsidiaria del Estado, propia del estado de bienestar social, que sitúa a los poderes públicos como últimos garantes de las necesidades más básicas de las personas que se hallan en su territorio” (Fuentes, 2020, p. 28).

Para cerrar este capítulo, y como conclusión de todo lo desarrollado en la presente investigación, se considera necesario, hacer una propuesta legislativa orientada a modificar el código civil vigente a través de la inserción del artículo 350–A, que debería tener el siguiente tenor: Artículo 350–A.- Efectos del divorcio respecto de los hijos En la demanda de divorcio, el cónyuge inocente, podrá solicitar una indemnización por daño moral en favor de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio. Esta solicitud, que se tramita como pretensión accesorio, deberá ser probada por la parte demandante en el proceso. El juez, en decisión motivada, establecerá el monto y la forma de pago de dicha indemnización.

“La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia no es una responsabilidad civil contractual ni extracontractual. Es una responsabilidad de nuevo tipo (mezcla de ambas) que responde a las características sui generis delimitadas por la naturaleza específica de un derecho de familia de nuevo corte, centrado en la persona. El daño moral –en el ámbito del derecho de familia puede proyectarse como un daño al proyecto de vida; daño que implica el recorte y/o el fracaso de las posibilidades inherentes que tiene todo ser al venir al mundo” (Soria, 2020, p. 28).

La pretensión indemnizatoria se fundamenta también en el hecho de que los hijos al sufrir la separación de sus padres por la conducta culpable de uno de ellos, genera en ellos, la alteración y la no garantía de las esferas de libertad, temporalidad y voluntad, restringiéndose, por tanto, las posibilidades de que pueden tomar las decisiones eficaces que construirán su proyecto de vida, desde el nacimiento, hasta el momento en que se independizan de la patria potestad.

“La indemnización por daño moral, a los hijos menores de edad, habidos en el matrimonio por el divorcio culpable de uno de sus progenitores, es una proyección del derecho a la indemnización que el ordenamiento jurídico vigente ha desarrollado en favor del cónyuge más perjudicado en la ruptura del vínculo matrimonial” (Palacios, 2020, p. 28).

La propuesta indemnizatoria tiene una naturaleza mixta: tanto de naturaleza de responsabilidad civil contractual y extracontractual como de solidaridad y equidad con los más débiles y perjudicados. La indemnización que se propone en el presente estudio se inspira, por un lado, en el desarrollo alcanzado por el derecho de familia enfocado en los derechos fundamentales de las personas y dentro de ellas de los niños y adolescentes.

“La propuesta indemnizatoria se inscribe dentro de la actividad subsidiaria del Estado de proteger a los niños y adolescentes. La propuesta indemnizatoria recoge, también, lo mejor del desarrollo alcanzado en el ámbito internacional y del derecho comparado en materia de protección a los derechos de las personas, en especial de los niños y adolescentes, que constituye la población más vulnerable” (Arias, 2020, p. 79).

En tal sentido, la propuesta legislativa que se propone es la siguiente: se considera necesario, hacer una propuesta legislativa orientada a modificar el código civil vigente a través de la inserción del artículo 350-A, que debería tener el siguiente tenor:

Artículo 350-A.-

Efectos del divorcio respecto de los hijos En la demanda de divorcio, el cónyuge inocente, podrá solicitar una indemnización por daño moral en favor de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio.

Esta solicitud, que se tramita como pretensión accesoria, deberá ser probada por la parte demandante en el proceso. El juez, en decisión motivada, establecerá el monto y la forma de pago de dicha indemnización.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que la regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021. “En tal sentido, de acuerdo al análisis realizado a las teorías interpretadas, se ha considerado que la pretensión indemnizatoria se fundamenta también en el hecho de que los hijos al sufrir la separación de sus padres por la conducta culpable de uno de ellos, genera en ellos, la alteración y la no garantía de las esferas de libertad, temporalidad y voluntad, restringiéndose, por tanto, las posibilidades de que pueden tomar las decisiones eficaces que construirán su proyecto de vida, desde el nacimiento, hasta el momento en que se independizan de la patria potestad”.
2. Se ha establecido que la regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021. “En tal sentido, de acuerdo al análisis realizado a las teorías interpretadas, se fundamenta en el hecho que la indemnización por daño moral, a los hijos menores de edad, habidos en el matrimonio por el divorcio culpable de uno de sus progenitores, es una proyección del derecho a la indemnización que el ordenamiento jurídico vigente ha desarrollado en favor del cónyuge más perjudicado en la ruptura del vínculo matrimonio”.
3. Se ha determinado que la regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021. “En tal sentido, de acuerdo al análisis realizado a las teorías interpretadas, toda vez que, la indemnización que se propuso en el presente estudio se inspiró, por un lado, en el desarrollo alcanzado por el derecho de familia enfocado en los derechos fundamentales de las personas y dentro de ellas– de los niños y adolescentes”.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que, a nivel metodológico, este tipo de investigaciones se desarrolle en función a criterios dogmáticos, considerando como principales métodos de interpretación, al método sistemático y al método exegético del derecho, a fin de poder interpretar adecuada y objetivamente las corrientes dogmáticas esbozadas sobre el tema planteado.
2. Se sugiere que la indemnización por daño moral, a los hijos menores de edad, habidos en el matrimonio por el divorcio culpable de uno de sus progenitores, es una proyección del derecho a la indemnización que el ordenamiento jurídico vigente ha desarrollado en favor del cónyuge más perjudicado en la ruptura del vínculo matrimonial.
3. Se propone que la propuesta indemnizatoria tiene una naturaleza mixta: tanto de naturaleza de responsabilidad civil contractual y extracontractual como de solidaridad y equidad con los más débiles y perjudicados. La indemnización que se propone en el presente estudio se inspira, por un lado, en el desarrollo alcanzado por el derecho de familia enfocado en los derechos fundamentales de las personas y dentro de ellas de los niños y adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfaro, L. (2014). *Facultades del Juez en la probanza del cónyuge perjudicado en el proceso de divorcio por separación de hecho*. Revista Actualizada Jurídica, 244 (1): 23- 24.
- Alfaro, L. e. (2012). *Libro especializado en derecho de Familia* . Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial .
- Alfaro, R. (2006). *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil, Vol 2°* . Lima, Perú: Juridica Grijley.
- Armas, J. (2010). *Las consecuencias indemnizatorias d ela separación de hecho en el derecho peruano. (Tesis Doctoral)*. Lima, Perú Recuperado de: <https://77bit.ly/34Ohp7I>.: Universidad San Martin de Porras .
- Auilar, B. (2015). *Gaceta Civil y Procesal Civil, Registral y Notarial*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Belio, A. (2013). *La pensión Comensatoria, Ira edición*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Borda, G. (2012). *La persona Humana, Ira Edicion*. . Lima, Perú: Ius Et Veritas.
- Caballero, H. (2010). *La indemnización en los procesos de divorcio por separación de hecho. En dialogo con la Jurisprudencia N° 164*. Lima, Perú : Gaceta Jurídica.
- Carrasco, A. y. (2013). *Lecciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*. Madrid, España: Tecnos.
- Cereceda, C. (2015). *Una Nueva Perspectiva de la pensión compensatoria: la pensión compensatoria temporal frente a la pensión vitalicia 8tesis de grado*). La Rioja España. Recuperado de: <https://bit.ly/3ltPqAc>. : Universidad de Rioja - Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Tercer Pleno Casatorio Civil. Fondo Editorial del poder Judicial.
- Chanamé, R. (2009). *"Diccionario Jurídico Terminos y Conceptos. 6ta Edición"*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Chanamé, R. (2014). *Diccionario Juridico Moderno 9na edición* . Lima, Perú: Grupo Editorial Lex &Iuris.

- Fernández, C. (2004). *Derecho de las Personas*. 9na Edición. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- García, D. (2014). *Reflexiones sobre la Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Divorcio, a la luz del Tercer Pleno Casatorio Civil*. (Tesis de grado) Universidad de Piura: Piura, Perú. Recuperado de: <https://bit.ly/32wxT1G>
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. 6ta Edición. México D.F.: Mc Graw Hill.
- Hinostroza, A. (2012). *Procesos judiciales derivados del derecho de familia*. 2da Edición. Lima, Perú: Grijley.
- Isaza, M. (2011). *De la cuantificación del daño*. 2da Edición. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Jara, R. y Gallegos Y. (2015). *Manual de Derecho de Familia. Doctrina - Jurisprudencia - Práctica*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Morales, R. (2011). Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge más débil en el tercer pleno casatorio. *Dialogo con la jurisprudencia*; 153(13): 47-56. Recuperado de: <https://bit.ly/31zNf6h>
- Plácido, A. (2008). *Las Causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. 1ra Edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2004). *Divorcio Filiación y patria potestad*. Lima, Perú: Editora Jurídica Griley.
- Zannoni, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*. 2da Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL PADRE O MADRE CULPABLE DEL DIVORCIO EN FAVOR DE LOS HIJOS.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	METODOLOGÍA
<p>GENERAL: ¿Cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021?</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-¿Cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar?</p> <p>-¿Cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar?</p>	<p>GENERAL: Determinar cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-Establecer cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.</p> <p>-Establecer cómo la regulación de una indemnización por daño moral influirá en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.</p>	<p>GENERAL: La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por el padre o madre culpable del divorcio, en la ciudad de Huancayo, 2021.</p> <p>ESPECÍFICAS:</p> <p>-La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a la estabilidad del matrimonio en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.</p> <p>-La regulación de una indemnización por daño moral influirá de manera directa y significativa en favor de los hijos producido por la afectación a una convivencia pacífica en el hogar, en la ciudad de Huancayo, 2021.</p>	<p>-Indemnización por daño moral en favor de los hijos.</p> <p>Divorcio ocasionado por uno de los progenitores.</p>	<p>-Menoscabo a la esfera personal de la víctima.</p> <p>-Indemnización de acuerdo al grado de afectación.</p> <p>-Afectación a la estabilidad del matrimonio.</p> <p>-Afectación a una convivencia pacífica en el hogar.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: Inducción y deducción.</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación jurídica social.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel explicativo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño no experimental.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS: Análisis documental.</p> <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Ficha de análisis bibliográfica.</p>

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

TIPO DE VARIABLE	VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA	INSTRUMENTO
Variable independiente	Indemnización por daño moral en favor de los hijos.	Para (Espinoza, 2011) “por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o	Se define al daño como el menoscabo que sufre una persona en sus bienes o derechos el cual puede ser de carácter patrimonial, constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial, o sea, no pecuniario; es decir, el agravio moral no se traduce en la pérdida de dinero, sino en la lesión a intereses morales	-Menoscabo a la esfera personal de la víctima. -Indemnización de acuerdo al grado de afectación.	Nominal	Ficha de análisis bibliográfica.

		psíquica de las personas” (p. 111).				
Variable dependiente	Divorcio ocasionado por uno de los progenitores.	“El cónyuge que incurre en una causal de divorcio es quien genera la disolución del vínculo matrimonial. El divorcio es una vía legal que se abre para disolver un matrimonio y permitir, consecuentemente, que los miembros de éste vuelvan a casarse con quien deseen” (García, 2019, p. 19).	El divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial. En términos legales, el divorcio es la disolución del matrimonio, según la cual ambas partes tendrán que negociar las responsabilidades que les corresponde para continuar con sus vidas de forma independiente.	-Afectación a la estabilidad del matrimonio. -Afectación a una convivencia pacífica en el hogar.	Nominal	Ficha de análisis bibliográfica

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, **Walter David Poma Caso**, identificado con DNI N° **45552235**, domiciliado en **Jr. Jesús María o CAS Pomacocha**, distrito de **Yauli**, provincia de **Yauli**, departamento de **Junín**, estudiante Egresado de la **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL PADRE O MADRE CULPABLE DEL DIVORCIO EN FAVOR DE LOS HIJOS**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto 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, 28 de enero 2022.

The image shows two forms of identification: a handwritten signature on the left and a fingerprint on the right. The signature is a stylized, cursive script. The fingerprint is a clear, detailed impression of a human finger.

WALTER DAVID POMA CASO
DNI N° **45552235**

CONSIDERACIONES ÉTICAS

Para el desarrollo de la presente Investigación se está considerando los Procedimientos adecuados, respetando los Principios de Ética para iniciar y concluir los Procedimientos según el reglamento de Grados y Títulos de la **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**.

La información, los registros, datos que se tomaron para incluir en el trabajo de Investigación es fidedigna. Por cuanto, a fin de no cometer fallas éticas, tales como el plagio, falsificación de datos, no citar fuentes bibliográficas, etc., se ha considerado fundamentalmente desde la presentación del Proyecto hasta la Sustentación de la Tesis.

Por consiguiente, me someto a las pruebas respectivas de validación del contenido de la presente investigación.

The image shows two forms of personal identification: a handwritten signature on the left and a fingerprint on the right. The signature is a stylized, cursive script. The fingerprint is a clear, detailed impression of a human finger.

WALTER DAVID POMA CASO
DNI N° 45552235