



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

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

Carla Ortiz-Castañeda

Piura, enero de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Ortiz, C. (2017). *Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

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

CARLA EMPERATRIZ ORTIZ CASTAÑEDA

**“DERECHO DE LOS HIJOS A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL
OCASIONADO POR EL PADRE/MADRE CULPABLE DEL DIVORCIO”**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogada

Enero 2017

APROBACIÓN

La tesis titulada ***“Derecho de los hijos a una indemnización por daño moral ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio”***, presentada por la bachiller, Carla Emperatriz Ortiz Castañeda, en cumplimiento con los requisitos para optar el título de Abogada, fue aprobada por la Directora de Tesis, Dra. Patricia Lescano Feria.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

A DIOS, en primer lugar, por ser mi fuente de vida e inspiración.

A mis padres, Carlos Elías Ortiz Regis y Selfa Obdulia Castañeda Quiroz, por acompañarme y motivarme en todos los aspectos de mi vida.

A mi hermana, Corina Vanesa Ortiz Castañeda, por ser mi mejor amiga.

AGRADECIMIENTO

A mis profesores de la Universidad de Piura, por los conocimientos y valores impartidos.

A mis asesoras, Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez y Dra. Patricia Lescano Fera, por sus valiosos consejos para la concreción de esta investigación.

A mi tío, Abog. Valdemar Freddy Ortiz Regis, por su apoyo en la realización de esta investigación.

A Abel Quiroz Gonzales, por su cariño y apoyo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	13
 CAPÍTULO 1 ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	 15
1.1. Concepto y elementos de la responsabilidad civil.....	18
1.2. Funciones de la responsabilidad civil	21
1.2.1. Función demarcatoria.....	21
1.2.2. Función compensatoria.-	22
1.2.3. Función distributiva	23
1.2.4. Función preventiva.....	24
1.3. La responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico nacional.....	24
 CAPÍTULO 2 NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA	 27
2.1. La responsabilidad civil en el Derecho de Familia.....	27
2.1.1. Posición tradicional	27

2.1.2.	Posición no-tradicional.-.....	28
2.2.	El daño moral en el ámbito familiar.-	32
CAPÍTULO 3	ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES RESPECTO DE SUS HIJOS.....	39
3.1.	El matrimonio como marco de protección de los hijos ...	39
3.2.	Implicancias del divorcio en el desarrollo de los hijos: Daño al proyecto de vida	41
3.3.	Teorías del Derecho frente a los daños causados por los padres a sus hijos en el ámbito de las relaciones de familia	45
3.3.1.	La tesis en contra.....	46
3.3.2.	La tesis a favor	47
CAPÍTULO 4	FUNDAMENTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS HIJOS A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL PADRE/MADRE CULPABLE DEL DIVORCIO	49
4.1.	Fundamentos sustantivos	49
4.2.	Fundamentos procesales.-	52
CONCLUSIONES.....		59
BIBLIOGRAFÍA.....		61

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C.C.	Código Civil peruano
Eds.	Editores
Num.	Número de publicación
Ob. Cit.	Obra citada con anterioridad
p.	Página

INTRODUCCIÓN

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.

Cuando dos personas deciden unir sus vidas en matrimonio deben hacerlo en el marco de su libertad, es decir, asumiendo responsabilidad y proyectándose hacia los fines últimos de esa unión, que comprende la posibilidad de tener prole y proveer para ésta un marco de bienestar que facilite la continuidad de nuestra especie y de nuestra civilización.

En la presente investigación se plantea determinar si es factible el reconocimiento del derecho a una indemnización en favor de los hijos que han sufrido daño moral como efecto del divorcio, y éstos demandarlos ante un tribunal al cónyuge culpable del divorcio. Sin duda, es una pregunta inquietante. 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: por un lado, la posición tradicional y, por el otro, la posición no-tradicional.

En el segundo capítulo se aborda lo que concierne al daño moral en el ámbito del Derecho de familia. Se parte desarrollando los aspectos referidos a una noción general del daño moral que permitirá adentrarse específicamente en el ámbito de la familia. En el tercer capítulo se profundiza en la institución matrimonial como el marco no solo natural, sino también legal de protección de los hijos; así como también en las implicancias que tiene el divorcio para con ellos, sobre todo, para la concreción de su proyecto de vida.

Finalmente, en el cuarto capítulo se exponen los fundamentos jurídicos (doctrinales y procesales) para el reconocimiento del derecho de los hijos a una indemnización por daño moral y al proyecto de vida ocasionado por el padre/madre culpable del divorcio; los mismos que conducen al planteamiento de una modificación del Código Civil a fin de consagrar este derecho en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Se espera que este trabajo sea el inicio de otros que, con mayor profundidad, puedan desarrollar los nuevos alcances que implica un derecho de familia de nuevo tipo, enfocado en la defensa irrestricta de los derechos de la persona.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Los antiguos romanos sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas que en la práctica son lo suficientemente abarcales de la vida en Derecho: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Dicho en otros términos, a partir de esos principios se podía –ante cualquier situación– saber cómo comportarse en relación con las personas¹.

¹ En la evolución de la historia del hombre, la responsabilidad civil y la penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Pero no siempre el ilícito penal fue distinto del civil, y las consecuencias de los hechos dañosos fueron muy distintas según el tiempo a que nos estemos refiriendo. En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, quizás hasta sea impropio hablar de Derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas ya el ser humano, gregario por naturaleza, vivía en primitivos clanes, con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba. El imperio de la fuerza debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más probable que las primeras discusiones terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal, sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor [Cfr. López Herrera, Edgardo, (2004). “Introducción a la responsabilidad civil”, en: <http://goo.gl/92EjU4> (consultado el 9 de marzo de 2016)]. Esta venganza era un Derecho primitivo que luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para

El principio del *alterum non laedere* es inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no está dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o como veremos más adelante, cuando la víctima ha sido culpable del daño.

limitar las relaciones entre los miembros de los clanes. La venganza dice MARTÍNEZ SARRIÓN, “no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la cual ocurrir. La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad como hemos señalado. Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio” [“La evolución del derecho de daños”, Derecho de daños, DURÁN RIBÓ, Luis (Coord.), Bosch, Barcelona, 1992, pp. 50–68]. Así por ejemplo, en el Código de Hammurabi se exigía que si un hombre robaba un buey, oveja, o cerdo de un templo o palacio pagara treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes. En la Biblia, en el libro del Éxodo 21:37 tenemos un ejemplo de estos daños: “Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja”. Igualmente, también se individualiza al autor del daño quien es responsable de la pena. Tiempo más tarde los hombres advirtieron que el sistema del Talión no era el mejor, sobre todo porque a la víctima de nada le servía devolver el mismo mal al ofensor. Si había quedado ciego porque le habían vaciado su ojo, al vaciar el ojo del ofensor seguía quedando tan ciega como antes. Se pensó entonces que en algunos casos debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes. En el primitivo Derecho germano, también sucedió lo mismo, aunque en el medio se legislaron ciertas penas infamantes, como cortar el cabello o marcar señales de fuego en la frente; someter a burlas o arrojar al causante al río cargado con piedras o un perro a sus espaldas. Como estas penas debían ejercer una gran presión social se permitía redimir las con dinero. [“La evolución del derecho de daños”, Derecho de daños, DURÁN RIBÓ, Luis (Coord.), Bosch, Barcelona, 1992, pp. 50–68]. Luego la autoridad fijó los valores y se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglada, no permitiéndose ya la opción. El quantum de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por un órgano superior. Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado, mediante el pago de nada más que los daños causados.

López Herrera –ampliando este punto de vista– sostiene que “esto nos permite diferenciar la responsabilidad moral de la responsabilidad civil. Hay responsabilidad moral cuando se viola un precepto religioso, por ejemplo, se comete un pecado de pensamiento o se viola un mandamiento religioso que no causa daño a nadie (inasistencia a celebración religiosa, codicia de bienes ajenos) o un deber moral que no es un deber jurídico (no se paga una deuda prescripta). Se trata de acciones privadas reservadas sólo a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Pero cuando se daña a un tercero y aparece la responsabilidad civil, lo más común es que también haya responsabilidad moral, como por ejemplo en el homicidio o el robo”².

Por eso, de Ángel Yáguez comienza su libro sobre el tema diciendo que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”³. El Derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona. La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, propiamente como una de tipo resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal.

Se puede resumir diciendo que el principio general del Derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es violado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como dice De Cupis⁴, una reacción del Derecho para facilitar la represión del daño.

² López Herrera, Edgardo, “Introducción a la responsabilidad civil”, <http://goo.gl/92EjU4> (consultado el 9 de marzo de 2016).

³ De Angel Yáguez, Ricardo, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21. Citado por LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Op. Cit., 2004.

⁴ De Cupis, Adriano, *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1970, p. 82, Citado por LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Op. Cit., 2004.

Se debe aclarar, sin embargo, que no siempre que se causa un daño se responde, tal como veremos más adelante. De todos modos, las excepciones a la indemnizabilidad del daño, debido al progreso jurídico y muy en especial de esta materia, cada vez son menores, porque se considera inconveniente que la víctima no sea compensada de algún modo.

Los autores basan la responsabilidad civil “en el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente”, o en que “la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética”, afirmaciones que son, por su amplio sentido común, inobjetable⁵.

1.1. Concepto y elementos de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil es una figura jurídica capaz de desenvolverse en todos los ámbitos que forman parte de la vida del hombre y de la comunidad. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias y las características especiales que den forma y contenido al conflicto de intereses que se intente solucionar, asumirá ciertas características que hacen muy difícil la idea de un régimen unificado de responsabilidad civil.

Se define a la responsabilidad como el conjunto de consecuencias de una acción u omisión ilícitas, que derivan una obligación de satisfacer el daño a la pérdida causada. Se denomina a la capacidad de un ser humano de discernir sus acciones a través de su voluntad razonada, de manera que pueda asumir el compromiso de sus acciones. O también se refiere a la capacidad de reconocer lo prohibido a través de una acción culpable, pudiendo a través de ese entendimiento determinar los límites y efectos de esa voluntad⁶.

⁵ López Herrera, Edgardo, Op. Cit., 2004.

⁶ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, “Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: Sida y responsabilidad”, 2008, <http://goo.gl/usgNEg> (Consultado el 16 de marzo de 2016).

Las clases de responsabilidad, entre otras, son las siguientes:

- a) Responsabilidad civil: La que componen el conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual, devenidas de culpa o de la inejecución de obligaciones.
- b) Responsabilidad solidaria: La que surge de la necesidad de asegurar el cumplimiento de una obligación, por parte de más de un deudor, en que se establece la solidaridad en el cumplimiento obligacional, con lo cual se afecta la totalidad de los respectivos patrimonios.
- c) Responsabilidad contractual: Que deviene de la infracción de lo estipulado en un contrato válido.

Son cinco los elementos de la responsabilidad civil uniformemente aceptados por la doctrina, a saber:⁷

- a) El agente imputable. Que puede ser determinado por una persona jurídica o una persona natural.
- b) La antijuricidad. Que puede ser antijuricidad formal y material, entendiéndose a la primera como la “ilegalidad” y a la segunda como la “contravención del ordenamiento jurídico público, social, económico y cultural, a su vez a las buenas costumbres”.
- c) Los factores de atribución. Que pueden asumir a título de dolo o de culpa. El primero que es la intención de dañar, es el *animus laedendi*, se entiende como dolo directo el daño intencional promovido por determinada persona; y el segundo que se manifiesta a través de conductas imprudentes, negligentes e impericias.
- d) El nexo causal. Este elemento está relacionado con las causas y los efectos que generan determinados actos.

⁷ Bravo Melgar, Sidney, *Clases de responsabilidad civil*, 2015, <https://goo.gl/UpYA0a> (consultado el 10 de abril de 2016).

e) El daño. Que está determinado por el menoscabo patrimonial y/o extrapatrimonial sufrido por la víctima. La doctrina ha clasificado el daño de la siguiente forma:

- Daños Patrimoniales: Estas a su vez se bifurcan en:
 - Daños contra la propiedad de bienes inmuebles.
 - Daños contra la propiedad de bienes muebles.

Los primeros comprenden a todos los bienes consagrados en el artículo 885° del Código Civil del Libro V. Los segundos comprenden a todos los bienes consagrados en el artículo 886° del Código Civil, del mismo Libro.

- Daños Extrapatrimoniales: Son también conocidos como daños personales o de la persona. Estos se clasifican en:
 - a. Daños somáticos. Como su nombre lo señala son los daños al cuerpo humano, es decir los signos son exteriores. Por ejemplo: cortes, moretones, contusiones, esquemosis, etc.
 - b. Daños psicológicos. Comprenden todos aquellos que enervan la psique de una persona, dentro de éstos podemos enmarcar a la paranoia, esquizofrenia, amnesia, oligofrenia, psicosis, depresión, etc.
 - c. Daño moral. Dentro de la responsabilidad extracontractual el daño moral corresponde al menoscabo o detrimento que se genera en contra de los principios y valores propios de la persona, vale decir los que les son inherentes como son, por ejemplo: el honor, la dignidad, la ética y la moral, es decir comprende, a su vez, todo lo deontológico (valores que le son propio de una persona).

1.2. Funciones de la responsabilidad civil

1.2.1. Función demarcatoria

La responsabilidad civil tiene una clara función demarcatoria⁸ entre aquello que está permitido y aquello que está prohibido por la norma, que no necesariamente tiene que estar tipificada, sino que normalmente en los sistemas del Civil Law, es una norma fundamental de comportamiento o norma de civilidad⁹.

Queda claro que es un requerimiento de justicia que las personas conozcan de antemano las probables consecuencias de sus acciones, mucho más si deberán desembolsar dinero para pagar daños.¹⁰ En Derecho Penal esto está garantizado de manera clara con los tipos legales. En materia civil el principio, que si bien no exige tipificación, sí exige reglas claras que eviten la paralización de actividades o el desconocimiento de los costos de los riesgos, si se trata de actividades empresariales; o la evitación de sorpresas desagradables si se trata del hombre común. Quien es encontrado responsable de un daño inmediatamente adquiere la certeza de que lo que hizo está mal, aún si esa responsabilidad es objetiva. Su condena debe servirle de ejemplo a él y a los demás.

Por último siempre que una persona ejerce un Derecho tiene además una expectativa de comportamiento ajeno respetando ese ejercicio. La función demarcatoria del Derecho debería permitir a toda la sociedad saber cómo debe comportarse

⁸ Salvador Coderch, Pablo & Castiñeira Palou, María Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 103.

⁹ Viney, Geneviève & Jourdain, Patrice, *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., LGDJ, París, 1999, p. 362., <https://goo.gl/x0AzTh> (consultado el 11 de marzo de 2016).

¹⁰ Salvador Coderch, Pablo, "Lecturas recomendadas", 1999, www.Indret.com (consultado el 11 de marzo de 2016).

para no interferir en la esfera de libertad del prójimo. Para Suzanne Carval la función demarcatoria, que ella denomina normativa, sería la función originaria de la responsabilidad civil porque precisamente es la que permite la elaboración de reglas de conducta sin las cuales la vida en sociedad sería imposible.¹¹

1.2.2. Función compensatoria

La función compensatoria, también llamada resarcitoria o indemnizatoria, es para algunos autores la única función o la más importante de la responsabilidad civil.

Para otros, como Markesinis¹² la función no es monopolizante de esta rama del Derecho, porque también compensan la seguridad social o el seguro. Con esta función el Derecho de la responsabilidad civil interviene después (*ex post*) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas al estado anterior (*ex ante*).

En paralelo a esta función está el principio de reparación integral, conocido en inglés como *full compensation*, que siempre se asocia con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Ambos son expresiones de lo que se ha llegado a denominar justicia correctiva o conmutativa. La responsabilidad objetiva en cambio, está asociada siempre con la justicia distributiva¹³.

El Código Civil Peruano en su actual artículo 1969° habla de una obligación de “reparar” el daño. Describe el objetivo de la responsabilidad civil, ya que reparar en su tercera acepción según el diccionario de la Real Academia es “desagraviar, satisfacer al ofendido” y según la sexta acepción es “remediar o precaver un daño o perjuicio”.

¹¹ Carval, Suzanne, La función demarcatoria de la responsabilidad civil, LGDJ, París, 1995, p. 175.

¹² Markesinis, Basil & Deakin, Simon, *Tort Law*, 4ª ed., cit. p. 41., <https://goo.gl/x0AzTh> (consultado el 11 de marzo de 2016).

¹³ Idem.

1.2.3. Función distributiva

La función distributiva no es normalmente expuesta por los autores de Derecho civil como una función separada de la función compensatoria. Sin embargo, la responsabilidad civil según cual regla se adopte (culpa o responsabilidad objetiva) cumple una u otra función predominantemente.

La función compensatoria tiene su razón de ser en un sistema de responsabilidad por culpa, individualista, en el que el individuo debe responder por no haber actuado a la altura del nivel de diligencia exigido¹⁴. En cambio, la función distributiva tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa, para tener el Derecho a una indemnización, o por ejemplo cuando establece la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente.¹⁵ Por ello, siempre que existe responsabilidad objetiva se desarrolla paralelamente un mercado de seguros, las más de las veces obligatorio, que permite distribuir los infortunios entre muchas personas.

Se sostiene con acierto que ambas funciones, la compensatoria y la distributiva tienen su fundamentación en superiores principios de justicia, correctiva o conmutativa y distributiva respectivamente.

¹⁴ Salvador Coderch, Pablo, “Lecturas recomendadas”, Luis Díez Picazo y Ponce de León, p. 2., citados por LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Op. cit.

¹⁵ Carbonnier, Jean, *Droit civil Les obligations*, 22ª ed., Puf, París, 2000, p. 446., <https://goo.gl/x0AzTh> (consultado el 11 de marzo de 2016), citado por LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Op. cit.

1.2.4. Función preventiva

También tiene la responsabilidad civil una función preventiva, es decir de actuación *ex ante* de que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda. En realidad si se atiene a la letra del principio *alterum non laedere*, no dañar al otro, puede entenderse como actuar antes de que se dañe. El dicho popular “más vale prevenir que curar” tiene aquí plena aplicación.

Se sostiene que uno de los propósitos de la reparación es que hay que poner a la persona que ha sufrido un daño, en una posición en la que le resulte indiferente lo ocasionado o ser integralmente compensada. Pero en realidad se trata de una teorización, que sólo puede ser aplicable a veces en situaciones de daños materiales. En casos de daños corporales o lesiones al honor o a la intimidad, es poco probable que a una persona le dé lo mismo *ex ante* quedar inválido o ser indemnizado, o ser calumniado por un periódico a cambio de recibir una buena suma de dinero¹⁶.

Hasta lo aquí visto, respecto de las funciones de la responsabilidad civil, resulta difícil inclinarse por una u otra función; esto debido a que la responsabilidad civil es un sistema integrado, en donde cada una de sus funciones cumple un rol específico, lo que hace que ésta sea un todo, que interactúa con otras facetas del ordenamiento jurídico de manera integral.

1.3. La responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico nacional

El codificador de 1852 adoptó el principio de la culpa, como base para la determinación de la responsabilidad de acuerdo a la tradición de la época.¹⁷ De Trazegnies, siguiendo con la idea precisa que “el

¹⁶ Gómez Pomar, Fernando, “Daño moral”, www.indret.com, (consultado el 13 de marzo de 2016).

¹⁷ De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Sexta edición, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

legislador del Código Civil de 1936 se mantuvo dentro de la tradición de la culpa”, con algunas excepciones, se acogió tímidamente la teoría objetiva.

Posteriormente, en el Código Civil peruano de 1936 en su artículo 1138° se admitía la posibilidad de dejar sin efecto la indemnización si estaba comprometida la subsistencia del agente: “Cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos”.

La presunción de culpa consagrada en el Art. 1969° del Código Civil de 1984, en su origen, fue reconocida por la opinión de la comunidad jurídica nacional, pues compartía una *actitud objetivista universal*, y de alguna manera representó, la consagración discutida de una tendencia ya bajo el abrogado Código Civil Peruano de 1936, en la redacción oscura del artículo 1136.¹⁸

Delia Revoredo¹⁹ refiere que la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, al tratar de la responsabilidad extracontractual tuvo que ponderar tres criterios: i) El de la responsabilidad subjetiva; ii) El de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades peligrosas; y iii) El de responsabilidad objetiva.

La exposición de motivos estaba encomendada a la “Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil”, bajo esa condición ha tenido que buscar los criterios adecuados para la fundamentación de cada uno de los dispositivos que contiene el título de la responsabilidad extracontractual, como dice Revoredo de Debakey: “No era dable admitir el tercero, pues ello significaría desconocer el carácter propio de la fenomenología jurídica, donde importa la responsabilidad de un sujeto como tal, de una persona, pues, que debe ser enjuiciada axiológicamente para determinar lo plausible o no plausible de esa conducta, en cuanto se

¹⁸ “Cualquiera que, por sus hechos, descuido o imprudencia, cauce un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.

¹⁹ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, *Código Civil. Tomo VI. Exposición de Motivos y Comentarios*, Editorial Ocura Editores S.A., Lima, 1985, p. 799.

debe tomar en cuenta el hecho de un daño para determinar la responsabilidad en el autor de este daño”²⁰.

En el Perú de hoy, se ha consagrado una presunción legal en el sistema de responsabilidad extracontractual por culpa que supera el recurso a las llamadas “presunciones simples”; lo que conlleva una aproximación hacia la responsabilidad objetiva, trayendo como consecuencia –contrariamente a lo que algunos autores nacionales han sostenido– un sistema de responsabilidad civil casi objetivo.

²⁰ Revoredo de Debaquey, Delia, op. cit, p. 799.

CAPÍTULO 2

NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

2.1. La responsabilidad civil en el Derecho de Familia

2.1.1. Posición tradicional

La posición tradicional respecto a la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia ha sido casi uniforme, al señalar que, en los daños que se producen en la vida familiar o en las relaciones de convivencia, es muy cuestionable el papel que deben jugar los remedios indemnizatorios propios del Derecho de la responsabilidad civil.

A estas dudas ha contribuido, en primer lugar, la naturaleza misma de estas relaciones, que suelen generar vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas. La experiencia pasada indica que los daños entre familiares, pese a su frecuencia y variedad, rara vez llegan a compensarse conforme a Derecho.

En la práctica, sólo se reclaman si se dan circunstancias que permiten hacerlo sin contravenir la regla de moralidad, que habitualmente inhibe la interposición de una acción judicial contra las

personas con quienes se convive o contra parientes muy próximos, lo que puede ocurrir porque los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil (en cuyo caso la víctima puede dirigirse directamente contra el asegurador, dentro de los límites del contrato), o porque precisamente se haya roto dicha convivencia o los lazos de afecto, como ocurre típicamente en una crisis matrimonial o a raíz de la comisión de un delito (en este caso, además, el Derecho prevé que la acción de daños sea ejercida por el Ministerio Público, salvo que haya sido objeto de renuncia o reserva o que el delito sólo sea perseguible a instancia de parte)²¹.

2.1.2. Posición no-tradicional

En la actualidad, la tradicional inmunidad, está tendiendo a debilitarse por su asociación con el individualismo liberal, que realza los derechos individuales de las personas en el seno de la familia, que potencia la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales o de pareja –tradicionalmente muy restringida–, y que facilita que la persona pueda, en el marco de dicha autonomía, reevaluar si mantiene o rompe sus compromisos de convivencia a la vista de sus costes y beneficios individuales.²²

Esta evolución en la concepción de la familia, que en las sociedades occidentales ha llevado a una tasa elevada de separaciones, divorcios y familias recompuestas, así como a una diversificación de los modelos de relación interpersonal, reduce los factores que tradicionalmente han inhibido la exigencia de responsabilidad civil entre familiares. De este modo, aunque sigue siendo evidente la prevalencia de normas sociales contrarias a este tipo de reclamaciones, la propia dinámica social genera cada vez más situaciones que obligan a preguntarse en qué casos son jurídicamente viables (piénsese, por

²¹ Ferrer Riba, Josep, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2001, <http://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 15 de marzo de 2016).

²² Regan, Jr. & Milton, C., *Along Together: Law and the Meanings of Marriage*, Oxford University Press. New York/Oxford, 1999, p. 15–22, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 15 de marzo de 2016), citado por FERRER RIBA, Josep, 2001, Op. cit.

ejemplo, en la reclamación por un cónyuge al otro de los daños causados por una ruptura matrimonial particularmente afrentosa, o en la reclamación, entre padres separados, de daños por negligencia en la custodia de un hijo común). A ello hay que añadir los casos, algo más frecuentes en los repertorios de jurisprudencia, en que se hallan implicadas terceras personas como corresponsables del daño y donde la discusión sobre la responsabilidad entre familiares o convivientes aparece indirectamente en vía de compensación de culpas.²³

En los sistemas de Derecho codificado no se ha establecido ninguna excepción formal, en sede de responsabilidad civil, a la aplicación de las normas generales sobre indemnización de daños que tenga su fundamento en la existencia de una relación familiar o de convivencia entre el causante del daño y su víctima (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en sede de Derecho penal, donde la relación de parentesco puede fundamentar la atenuación, agravación o exclusión de la responsabilidad criminal, por ejemplo: Arts. 208º y 406º del Código Penal peruano).

Algunos ordenamientos, sin embargo, contienen en el Derecho de familia, reglas que establecen estándares particulares de diligencia, en el cumplimiento de deberes familiares o que determinan consecuencias indemnizatorias en caso de vulneración de éstos. El ejemplo más notable, por la generalidad de sus disposiciones, se halla en el Código Civil alemán (BGB), cuyos §§ 1359 y 1664 fijan la diligencia *quam in suis* (la diligencia que uno pone en los asuntos propios) como canon privilegiado –en la medida en que permite limitar la responsabilidad al dolo y a la culpa grave– al que deben atenerse cónyuges y padres en el cumplimiento de los respectivos deberes matrimoniales y paterno–filiales (criterio también seguido en el Derecho griego: art. 1396 y 1531 del Código Civil)²⁴.

²³ Regan, Jr. & Milton, C., ob. cit, p. 15–22.

²⁴ Von Bar, Christian, *The Common European Law of Torts*, Vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 265, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 15 de marzo de 2016), citado por FERRER RIBA, Josep, 2001, Op. cit.

Quedan así definidas dos vías por medio de las cuales, en los sistemas jurídicos de tradición civilista, puede dirimirse si procede o no imponer responsabilidad por la acusación de daños entre familiares:

- Una consiste en la aplicación de normas *ad hoc* de Derecho de familia, en aquellos ordenamientos que disponen de las mismas, haciéndolo de manera exclusiva o combinada, si procede, con las normas generales de responsabilidad civil (así, por ejemplo, en Derecho alemán, los §§ 1359 y 1664 del Código Civil de Alemania sólo fijan el estándar de responsabilidad, pero no el fundamento de la misma, que debe encontrarse en los preceptos sobre responsabilidad delictual).
- Otra es la que deben seguir los ordenamientos carentes de dicho tipo de normas (como el francés, el italiano o, en el ámbito de los daños a la persona, el español), y que pasa por la aplicación directa de las normas generales de responsabilidad civil. Ello no significa, sin embargo, que en estos ordenamientos se imponga al dañante la obligación de indemnizar en los mismos casos en que debería hacerlo frente a un tercero: como mencionamos más adelante, la textura abierta de las normas de responsabilidad civil (integradas por conceptos como “causalidad” o “negligencia”) permite al juzgador incorporar a los juicios de imputación las características propias de los distintos roles familiares²⁵, y así, indirectamente, llegar a resultados similares a los que se obtienen mediante la aplicación de normas privilegiadas.

En cuanto a los ordenamientos de Common Law, éstos forjaron históricamente reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas en atención a su relación familiar con la víctima del daño, que dieron lugar a excepciones denominadas de relaciones familiares o de “Domestic Relations”²⁶. El alcance y difusión de estas inmunidades, de origen jurisprudencial y de naturaleza más procesal que sustantiva, fue

²⁵ Salvador Coderch, Pablo (2000). “Causalidad y responsabilidad”. p. 4.

²⁶ Prosser, William L. & Keaton, *Handbook of the law of torts*, 5ª ed., West Publishing, Minnessotta, 1984, p. 901, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 15 de marzo de 2016), citado por Ferrer Riba, Josep, 2001, Op. cit.

muy dispar, y también lo ha sido su grado de perduración hasta la actualidad. Su aplicación típica se ha circunscrito a dos grupos de casos:

- **Daños entre cónyuges (*interspousal immunity*).** La inmunidad entre marido y mujer tiene sus raíces en el antiguo Common Law y se fundamentaba, según los tratadistas del Derecho histórico, en la doctrina de la *marital unity*, de acuerdo con la cual el matrimonio determinaba que la identidad de la mujer se fundiera con la de su marido y ambos pasaran a ser, en Derecho, una sola persona. Esta doctrina, de resonancias bíblicas, bajo la que subyacía en realidad la falta de capacidad jurídica de la mujer, empezó a quebrar a mediados del S. XIX con la aparición de las *Married Women's Property Acts* (dictadas a partir de 1844 en los Estados Unidos y más tarde, en 1870 y 1882, en Inglaterra), que otorgaban a la mujer casada capacidad patrimonial, incluyendo la de litigar en defensa de sus bienes privativos y de ejercer acciones indemnizatorias (incluso contra su marido) por daños patrimoniales. Los tribunales mantuvieron, sin embargo, el régimen de inmunidad en el ámbito de los daños personales (culposos o dolosos), sustituyendo la gastada retórica de la unidad marital por otro discurso, centrado en la preservación de la privacidad y la armonía familiar (sobre este período)²⁷.
- **Daños causados por el padre o la madre a los hijos en potestad (*parental immunity*).** Frente a los abusos cometidos por los demandados se entendió, por mucho tiempo, improcedentes las reclamaciones de daños a éstos por razones muy variadas, tales como el mantenimiento de la paz social y familiar, la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres para disciplinar y controlar a los hijos, el riesgo de colusión, el perjuicio a los hermanos de la víctima debido a la disminución del patrimonio paterno, la posibilidad de que el padre pudiera recuperar por vía de herencia lo pagado a su descendiente en caso de premoriencia de éste y la analogía con la inmunidad conyugal.²⁸ Pero, estos argumentos han caído en descrédito

²⁷ Siegel, Reva B., “The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy”, 105 Yale Law Journal 2117–2207, 1996, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 21 de marzo de 2016), citado por FERRER RIBA, Josep, 2001, Op. cit.

²⁸ Hollister, Gail D., “Immunity in the parent–child relationship: a doctrine of justification search”, Fordham Law Review, 1982, p. 489–527,

y, desde luego, no han resistido el paso del tiempo, las transformaciones sociales y los cambios en la concepción de la familia. Al igual que ocurrió con la inmunidad conyugal, la jurisprudencia también restringió paulatinamente el ámbito de la inmunidad paterna y la fue sustituyendo por el reconocimiento de ciertos ámbitos de discrecionalidad, en el ejercicio de la patria potestad o por la sujeción de los padres al estándar flexible del *reasonable and prudent parent* (padre prudente y razonable).

2.2. El daño moral en el ámbito familiar

Al hablar de los tipos de daños casi todos los autores coinciden dentro de un criterio de clasificación, en hablar de *daño patrimonial* o material y *daño no patrimonial* o moral. La denominación de este último no es universalmente aceptada. Su origen proviene de la doctrina francesa y ha sido traducido directamente en otras legislaciones. Por ello, algunos autores lo denominaban daño no patrimonial, daño inmaterial, daño no económico o daño extrapatrimonial, pero todos ellos se refieren a lo mismo.

En el Código Civil de 1936, León Barandiarán señalaba que éste acogía la teoría objetiva en su artículo 1140 (daño por incapaces sin discernimiento). Posteriormente, se discutió si se acogió —en el mismo Código— la Teoría del riesgo (Ej. daños producidos por actividad riesgosa), arraigada en los artículos 1145 y 1146, en donde no interesaría que la conducta sea ilícita. Existió un reconocimiento tímido o poco firme del daño moral extracontractual en el artículo 1148 del Código Civil de 1936, estableciendo la norma que el Juez “puede” tomar en consideración el daño moral, es decir, se consideró como una potestad o facultad del magistrado pronunciarse o no sobre el daño moral; así por ejemplo, en el artículo 79º del Código Civil en los casos de ruptura de esponsales, el juez podría fijar una indemnización por daño moral. En

<https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 21 de marzo de 2016), citado por Ferrer Riba, Josep, 2001, Op. cit.

cuanto al daño moral en la responsabilidad contractual, no hubo precisión alguna.²⁹

A nivel jurisprudencial existen ejecutorias que se pronunciaron sobre el daño moral, pero casi siempre ligados con indemnización fijada por daño material; así Trazegnies, señaló, “es posible encontrar un número importante de sentencias que otorgan una indemnización por daño moral, conjuntamente con la indemnización por el daño material correspondiente”³⁰. Con mayor frecuencia los pronunciamientos judiciales sobre el daño moral, se ha dado con ocasión de las demandas de indemnización por lesiones sufridas de por vida, a consecuencia de accidentes de tránsito o demandas instauradas por los deudos solicitando, no sólo la indemnización que les compense la ausencia de los ingresos económicos que aportaba el difunto, sino también una satisfacción al sufrimiento que ocasiona la desaparición del familiar amado (daño extrapatrimonial).

La palabra “daño” proviene del latín “*demere*” que significa “menguar”, siendo entendido como el detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al interés jurídico general de “no verse dañado por la conducta de otro sujeto”, tornándose luego en un interés específico de la víctima).

En Derecho Civil, la palabra “daño” representa el menoscabo, detrimento, perjuicio que por acción de otro se recibe en la persona ya sea en sus bienes vitales naturales, ya sea en su propiedad o en su patrimonio³¹. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, existiendo grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción prevista en el Código Penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos (o

²⁹ Revoredo De Debaquey, Delia, *Código Civil. Tomo VI. Exposición de Motivos y Comentarios*, Editorial Ocura Editores S.A, Lima, 1985.

³⁰ De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Tomo I, Vol. IV., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 121.

³¹ Zannoni, Eduardo A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.

salvo pacto expreso en la responsabilidad por inejecución de obligaciones), dentro de la complejidad de esta materia. De otro lado, *lato sensu*, el término daño se refiere a toda suerte de mal o perjuicio sea material o no material o moral.

Hay consenso respecto a que se entiende por daño a la disminución que experimentan los intereses patrimoniales o bienes jurídicos de una persona. También se define como toda desventaja en los bienes jurídicos y que el mismo se determina prescindiendo mentalmente del evento dañoso y calculando cuál sería entonces la situación del dañado.

El daño moral es la hipotética valoración de los padecimientos de la víctima durante su curación, el pesar, la aflicción o el doloroso vacío que la ausencia de una persona pueda generar, el descrédito, etc. En definitiva, daños indirectamente económicos como aquellos que no tienen repercusión económica inmediata.

El daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la persona o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica, (...) y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual³².

Daños morales son, en sentido amplio, aquellos que, aminorando la actividad personal, debilitan la capacidad para generar riqueza. Son también los constituidos por el simple dolor moral aunque no trasciendan a la esfera patrimonial propiamente dicha. A través del daño moral se proyecta, dentro del libre arbitrio judicial, la determinación del “quantum”.

Pazos Hayashida señala que una de las instituciones que más discusión ha generado en los últimos tiempos ha sido el *daño moral*. En nuestro medio, sobre todo, el problema ha sido generado por un conflicto escolástico³³.

³² Osterling Parodi, F., *Tratado de Obligaciones*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

³³ PAZOS HAYASHIDA, Javier, *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

Tradicionalmente se ha considerado que hay dos formas de entender la categoría de daño moral. En un primer sentido, en estricto, el daño moral vendría a ser aquel que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos, valores. En otras palabras, es el sufrimiento que se puede generar a un sujeto manifestado en dolor, angustia, aflicción, humillación, etc. En un segundo sentido, el daño moral sería todo daño extrapatrimonial. Se incluiría, de este modo, el daño moral en sentido propio y los demás daños extrapatrimoniales, como la integridad física o la salud. Esta segunda connotación es la que se utiliza en el sistema francés. Así también lo entiende la doctrina española.³⁴

En nuestro medio hay una importante corriente doctrinaria que rechaza esta clasificación. Así, partiendo de la concepción de daño a la persona, entendiendo como tal el agravio o la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal, se considera que el daño moral es una subespecie del anterior, en cuanto se manifestaría como una lesión a uno de los aspectos psíquicos de la misma, de carácter emocional. Lo interesante de esta posición parece radicar en que ubica en el centro de su análisis a la propia persona, antes que en elementos patrimoniales, siendo base de la clasificación, entonces, tanto la naturaleza del ente afectado como las consecuencias mismas del hecho dañoso. Desde esta perspectiva, se considera que carecería de significado seguir refiriéndose al daño moral como institución autónoma del daño a la persona.³⁵

De Trazegnies Granda, señala que en nuestro medio también hay una corriente que dice precisamente lo contrario. Se parte de considerar que el daño moral viene a ser aquél que no tiene ningún contenido patrimonial (esto es, se utiliza la expresión en su sentido lato). Al englobar a todos los daños extrapatrimoniales, la inclusión del daño a la persona resultaría innecesaria por cuanto este último sería una subespecie del daño moral. Partiendo de esto, se discute la pretendida distinción

³⁴ De Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 2003, citado por LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Op. cit.

³⁵ Fernández Sessarego, Carlos, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, *Revista Jurídica del Perú* Año LIII N°2 50, Lima, 2003.

entre los dos daños, concluyéndose que, al tener el daño a la persona un tratamiento similar y pertenecer al mismo campo del daño moral, no se justifica la subdivisión, debiendo considerarse como una sola figura.

El daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. Algunos autores que han estudiado sobre el daño moral y el daño a la persona, consideran que este último es el resultado de una importación doctrinaria que, en su contexto, configuraría una categoría que se utiliza con meros fines descriptivos y, por ende, sin ningún afán sistematizador. De este modo, se estaría pretendiendo utilizarla para un fin distinto a aquel para el que fue creado. Esta posición concluye que, dado el contenido del daño moral (en su sentido amplio), la noción de daño a la persona resultaría repetitiva e inútil.³⁶

Hablar del daño moral en el ámbito de la familia ha provocado intensos debates que hasta ahora no concluyen.

Fundamentalmente, se ha expresado dos posiciones bastante nítidas: por un lado, están quienes consideran que el Derecho de Familia tiene sus propias reglas y que el vacío en cuanto a reconocer daños en su ámbito, se deben dejar al arbitrio de su propia naturaleza; por otro lado, están quienes consideran que las reglas del Derecho de Familia, que en la actualidad se imponen en la mayoría de ordenamientos jurídicos tienen su base en el concepto patriarcal, lo que la hace vulnerable a que se cometan abusos en el seno de familia, y por lo tanto, el Derecho está en el deber de intervenir a través de una proyección de las reglas de la responsabilidad civil.

La idea de fondo –entre quienes sustentan la segunda posición– es que el remedio que proporciona el Derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, en el doble sentido de que: a) se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector, y b) sólo puede emplearse en la medida en que los

³⁶ Taboada Córdova, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Segunda edición, Grijley, Lima, 2003.

remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho, ni los objetivos que ésta persigue³⁷.

Otro aspecto que se debe considerar en el análisis del reconocimiento de un Derecho de daños en el ámbito familiar –y dentro de éste del daño moral– está referido a la naturaleza de dos conceptos que no son esencialmente lo mismo: nos estamos refiriendo al concepto de matrimonio y el concepto de paternidad.

En el ámbito del concepto de *matrimonio* (en las relaciones conyugales es tolerable una ausencia de las reglas de la responsabilidad civil pues estas relaciones están fundamentadas en el consenso), mientras que en el campo de la *paternidad* no es posible dejar al arbitrio y a las lagunas del Derecho de Familia estas relaciones sino que es necesaria la intervención del Derecho (a través de las reglas de la responsabilidad civil) lo atinente a los derechos fundamentales de los menores de edad, que no son discutibles ni menos fruto del consenso.

Finalmente, Martín-Casals & Ribot, conceden que en los supuestos de la doctrina más reciente, relacionados con la procreación del menor o referentes a las vicisitudes de la relación paterno filial, la admisión o el rechazo de acciones de responsabilidad civil depende de la ponderación de los diferentes derechos e intereses en conflicto, tanto del hijo como de sus progenitores, dentro del marco de los principios de política jurídica que han cristalizado en la regulación vigente de la filiación y de conformidad con los principios constitucionales en esta materia³⁸.

³⁷ Martín-Casals, Miquel & Ribot, Jordi, “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado, Universidad de Girona, 2011, p. 528.

³⁸ Martín-Casals, Miquel & Ribot, Jordi, 2011, p. 549.

CAPÍTULO 3

ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES RESPECTO DE SUS HIJOS

3.1. El matrimonio como marco de protección de los hijos

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*.

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.

Martín-Casals & Ribot, sostienen que en general, en el cumplimiento de su *officium* 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. 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. 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 imagen³⁹.

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 crianza⁴⁰.

Finalmente, hay un autor que va más allá. Para él 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*. Por ello, Eekelaar 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”⁴¹.

³⁹ MARTÍN-CASALS, Miquel & Ribot, Jordi, 2011, p. 552.

⁴⁰ Expediente N° 670-2015- Arequipa.

⁴¹ EEKELAAR, J., “Families & Children”, Revista Bienestar y derechos, MacCradden-Chambers, Oxford, 1994, p. 301.

3.2. Implicancias del divorcio en el desarrollo de los hijos: Daño al proyecto de vida

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 consecuencias⁴²:

- 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. Un estudio publicado por la revista *The Economist*, en 1993, consideraba que los estudios efectuados en América, desde 1984, llegaban a la conclusión que las mujeres sufrían una pérdida de ingresos en torno al 30% el año siguiente a su divorcio; el grupo peor tratado es el de las mujeres de clase media que trabajaron como amas de casa. Los resultados son todavía peores para los hijos. Según Weitzman, 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.

⁴² Roca I Trías, Encarna, *Familia y cambio social: De la "casa" a la persona*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, p. 159, 160.

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 drogas⁴³.

Por ejemplo, según Simons & Chao, 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 intactos⁴⁴.

Asimismo, en las familias monoparentales se dan índices superiores de consumo de drogas, con independencia del estatus socioeconómico. La presión de los iguales y la exposición a modelos desviados se relaciona, en general, con este consumo de drogas, explicando un 39%, pero la reacción es más fuerte en las chicas que en los chicos y en los/as adolescentes a los que les falta el padre⁴⁵.

⁴³ Cantón, J. y Justicia, M.D., “Problemas de adaptación de los hijos de divorciados”, J. Cantón, M.R. Cortés y M.D. Justicia, *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002.

⁴⁴ Simons, R.L. & Chao, W., “Behavior problems”, R.L. Simons & Associates (Eds). *Understanding the differences between divorced and intact families: Stress, interaction and child behavior*, Thousand Oaks., California, 1996, p. 125–143, citados por CANTÓN DUARTE, José, CORTES ARBOLEDA, María del Rosario & JUSTICIA DÍAZ, María Dolores, *Las consecuencias del divorcio en los hijos. Psicología clínica, legal y forense*, Vol. 2, Num. 3, 2002, p. 47–66, <https://goo.gl/1efext> (Consultado el 11 de marzo de 2016)

⁴⁵ Farrell, A.D. & White, K.S., “Parental influence and drug use among urban adolescents: family structure and parent–adolescent relationships as predisposing factors”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 66, 1998, 248–258, citados

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. 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. 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 valioso⁴⁶.

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 Cantón Duarte, José, Cortes Arboleda, María del Rosario & Justicia Díaz, María Dolores, 2002, Op. cit., <https://goo.gl/1efext> (consultado el 12 de mayo de 2016).

⁴⁶ Fernández Sessarego, Carlos, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, "Foro Jurídico", Año 1, N° 2, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 34.

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. 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. 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. Los resultados de los estudios a los que nos hemos referido en el ítem precedente son incontrastables: 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.

Rebeca & Gallegos, 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 últimos⁴⁷.

3.3. 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. De este modo, se hace aplicación del Derecho de Daños a diversas situaciones perjudiciales que se derivan de las relaciones de familia.

Esta hermenéutica se ha abordado a partir de la resolución de casos jurisprudenciales, y del análisis doctrinario, ya que no existe una normativa general sobre la cuestión. 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

⁴⁷ Jara, Rebeca & Gallegos, Yolanda, *Manual de derecho de familia*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 17.

responsabilidad – por ejemplo, contractual o extracontractual– , etcétera⁴⁸.

En este contexto, se indaga respecto de los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento de hijo, de la violencia familiar, la ruptura de esponsales, concubinato y noviazgo, transmisión de enfermedades, respecto de los daños producidos en la gestación y, el divorcio, como fuente de daños para la pareja y los hijos.

3.3.1. 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:

- a) 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.
- b) En el Derecho de Familia rige el principio de especialidad.
- c) 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.
- d) Reparar los daños derivados de las relaciones de familia puede atentar contra la armonía y estabilidad de las mismas.

⁴⁸ TANZI, Silvia & PAPILLÚ, Juan, “Daños y perjuicios derivados del divorcio. Doctrina y jurisprudencia en Argentina”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 16, 2011, p. 135 –161.

3.3.2. La 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 dicho⁴⁹:

- a) 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. 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.

- b) 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.
- c) 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.

⁴⁹ Tanzi, Silvia & Papillú, Juan, “Daños y perjuicios derivados del divorcio. Doctrina y jurisprudencia en Argentina”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 16, 2011, p. 139–140.

- d) El Derecho de Daños es parte integrante del Derecho Civil al cual también pertenece el Derecho de Familia.
- e) El derecho a la integridad física y síquica está por encima de la estabilidad familiar.
- f) El Derecho de Familia no es un ámbito inmune a la aplicación de las normas del Derecho de Daños.
- g) 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.
- h) Si se admite que uno de los cónyuges pueda denunciar penalmente o querellar 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.
- i) 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.

CAPÍTULO 4

FUNDAMENTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS HIJOS A UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL PADRE/MADRE CULPABLE DEL DIVORCIO

4.1. Fundamentos sustantivos

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.

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. 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. 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. Osterling, 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”⁵⁰.

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. 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”⁵¹.

⁵⁰ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 424.

⁵¹ Mosset Iturraspe, Jorge, “La relación de causalidad en la responsabilidad”, 2003, <https://goo.gl/1mO4u2> (Consultado el 23 de noviembre de 2016).

4.2. Fundamentos procesales

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. 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 reconvención solicitando se le indemnice por los daños que le ha ocasionado del demandante. En el Pleno Casatorio se estableció los siguientes criterios⁵²:

- En los **procesos de familia**,⁵³ 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

⁵² 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”, *Libro de especialización en derecho de familia*, Lima, 2003.

⁵³ El énfasis en negrita es mío.

niño⁵⁴, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

- 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**⁵⁵, 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**⁵⁶, 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**⁵⁷.

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.

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 a

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ El énfasis en negrita es mío.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Ídem.

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

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. 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**”⁵⁸.

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

⁵⁸ Alfaro Valverde, Luis Genaro, “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?”, *Libro de especialización en derecho de familia*, Poder Judicial, Lima, 2012, p. 32, 33.

tradicional enfocado en el *pater familias*; 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.

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. 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.

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.

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.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- 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.

SEGUNDA.- 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.

TERCERA.- 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.

CUARTA.- 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.

QUINTA.- 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.

SEXTA.- 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.

SÉPTIMA.- La propuesta indemnizatoria se inscribe dentro de la actividad subsidiaria del Estado de proteger a los niños y adolescentes.

OCTAVA.- 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.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALFARO VALVERDE, Luis Genaro**, “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización derivada de la separación de hecho: ¿será realmente una forma de responsabilidad civil?”, *Libro de especialización en derecho de familia*, Poder Judicial, Lima, 2012.
- **DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo**, *La responsabilidad civil*, 2ª ed, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- **DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo**, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 2003.
- **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**, *Teoría General de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- **BRAVO MELGAR, Sidney Alex**, *Clases de responsabilidad civil*, 2015, <https://goo.gl/UpYA0a> (consultado el 10 de abril de 2016).
- **CANTÓN DUARTE, José, CORTES ARBOLEDA, María del Rosario & JUSTICIA DÍAZ, María Dolores**, “Las consecuencias del divorcio en los hijos. Psicología clínica, legal y forense”, Vol. 2, Num. 3, p. 47–66, 2002, <https://goo.gl/1efext> (consultado el 11 de marzo de 2016).
-

- **CANTÓN, J. & JUSTICIA, M.D.**, “Problemas de adaptación de los hijos de divorciados”, *Justicia, Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*, **Cantón, J., M.R. Cortés y M.D.**, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002.
- **CARBONNIER, Jean**, *Droit civil Les obligations*, 22^a ed., Puf, París, 2000, <https://goo.gl/x0AzTh> (consultado el 11 de marzo de 2016).
- **CARVAL, Suzanne**, *La función demarcatoria de la responsabilidad civil*, LGDJ, Paris, 1995.
- **DE CUPIS, Adriano**, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Martínez Sarrión, Ángel (Trad.), Bosch, Barcelona, 1970.
- **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando**, *La responsabilidad extracontractual*, Tomo I, Vol. IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando**, *La responsabilidad extracontractual*, Sexta edición, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- **EEKELAAR, J.**, “Families & Children”, *Revista Bienestar y derechos*, MacCrudden–Chambers, Oxford, 1994.
- **FARRELL, A.D. & WHITE, K.S.**, “Parental influence and drug use among urban adolescents: family structure and parent–adolescent relationships as predisposing factors”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 1998.
- **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, *Foro Jurídico*, Año 1, N° 2, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003

- **FERRER RIBA, Josep**, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2001, <http://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 15 de marzo de 2016)
- **GÓMEZ POMAR, Fernando**, “Daño moral”, www.indret.com, (consultado el 13 de marzo de 2016).
- **HOLLISTER, G.**, “Immunity in the parent–child relationship: a doctrine of justification search”, *Fordham Law Review*, 1982, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 21 de marzo de 2016).
- **JARA, Rebeca & GALLEGOS, Yolanda**, *Manual de derecho de familia*, Jurista Editores, Lima, 2011.
- **LÓPEZ HERRERA, Edgardo**, “Introducción a la responsabilidad civil”, <http://goo.gl/92EjU4> (consultado el 9 de marzo de 2016).
- **MARKESINIS, Basil & DEAKIN, Simon**, *Tort Law*, 4ª ed., <https://goo.gl/x0AzTh> (consultado el 11 de marzo de 2016).
- **MARTÍN–CASALS, Miquel & RIBOT, Jordi**, “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado Universidad de Girona*, 2011. pp. 503-561.
- **MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel**, “La evolución del derecho de daños”, *Derecho de daños*, Durán Ribó, Luis (Coord.), Bosch, Barcelona, 1992, pp. 50–68.
- **MOSSET ITURRASPE, Jorge**, “La relación de causalidad en la responsabilidad”, 2003, <https://goo.gl/1mO4u2> (Consultado el 23 de noviembre de 2016).
- **OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario**, *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

- **OSTERLING PARODI, F**, *Tratado de Obligaciones*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- **PAZOS HAYASHIDA, Javier**, *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- **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”, *Libro de especialización en derecho de familia*, Lima, 2012, pp. 165-171.
- **PROSSER, William L. & KEATON**, *Handbook of the law of torts*, West Publishing, Minnessota, 1984, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 15 de marzo de 2016).
- **REGAN, Jr. & MILTON, C**, *Along Together: Law and the Meanings of Marriage*, Oxford University Press, New York/Oxford, <https://goo.gl/Eo8Yuq>, 1999 (consultado el 15 de marzo de 2016).
- **REVOREDO DE DEBAKEY, Delia**, *Código Civil. Tomo VI. Exposición de Motivos y Comentarios*, Editorial Ocura Editores S.A., Lima, 1985.
- **Roca I Trías, Encarna**, *Familia y cambio social: De la “casa” a la persona*. Civitas, Madrid, 1999.
- **SALVADOR CODERCH, Pablo & CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa**, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons., Madrid, 1997.
- **SALVADOR CODERCH, Pablo**, “Lecturas recomendadas”, 1999, www.Indret.com (consultado el 11 de marzo de 2016).
- **SALVADOR CODERCH, Pablo**, "Causalidad y responsabilidad", 2000, www.Indret.com (consultado el 11 de marzo de 2016).

- **SALVADOR CODERCH, Pablo.** “Lecturas recomendadas”, Luis Díez Picazo y Ponce de León, 2000, www.Indret.com (consultado el 11 de marzo de 2016).
- **SIEGEL, Reva B.**, “The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy”, 105 Yale Law Journal 2117 –2207, 1996, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 21 de marzo de 2016).
- **SIMONS, R.L. & CHAO, W.**, “Behavior problems”, R.L. Simons & Associates (Eds), Understanding the differences between divorced and intact families families: Stress, interaction and child behavior, Thousand Oaks, California, 1996, <https://goo.gl/1efext> (consultado el 12 de mayo de 2016).
- **TABOADA CÓRDOVA, Lizardo**, *Elementos de la responsabilidad civil*, Segunda edición, Grijley, Lima, 2003.
- **Tanzi, Silvia & Papillú, Juan**, “Daños y perjuicios derivados del divorcio. Doctrina y jurisprudencia en Argentina”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 16, 2011, pp. 135-161.
- **VINEY, Geneviève & JOURDAIN Patrice**, *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*. 2ª ed., LGDJ, París, <https://goo.gl/x0AzTh> (consultado el 11 de marzo de 2016).
- **VON BAR, Christian**, *The Common European Law of Torts*, Vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, <https://goo.gl/Eo8Yuq> (consultado el 15 de marzo de 2016).
- **ZANNONI, Eduardo A.**, *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Tercera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.