

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD Y LA INSUFICIENTE
MOTIVACIÓN DE LOS CRITERIOS QUE
DETERMINAN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO
MORAL EN LOS DIVORCIOS, TACNA, 2015 -
2016”**

TESIS

Presentada por:

Bach. ZARELLA MAYLIN CONDORI CUAYLA

Para optar el Título Profesional de:

ABOGADO

TACNA-PERÚ

2017

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a Dios por su infinito amor y por permitirme este y muchos otros momentos, a mis padres quienes fueron mi motivación, y a mis docentes que me sirvieron de apoyo a lo largo de este proyecto.

DEDICATORIA:

Esta investigación la dedico a mis padres, quienes supieron darme ánimos y fuerzas en todo momento, a cada uno de mis profesores que me transmitieron sus conocimientos los cuales aportaron de forma significativa y me guiaron para la elaboración de esta tesis así como las demás personas que me apoyaron durante mi vida profesional, para todas ellas, que siempre me otorgaron su apoyo incondicional, me ayudaron a lo largo de este camino y por darme siempre las fuerzas que necesite, muchas gracias.

RESUMEN

En el Perú como en otros países el daño debe ser reparado o resarcido de alguna manera, es pues, importante reconocer la importancia de reparación de un daño, en la presente investigación se abordara el tema de daño moral, por lo cual hablaremos de su reparación y/o compensación, este tipo de daño moral es reconocido por nuestro ordenamiento y mencionado en varios artículos de nuestro Código Civil vigente por lo cual al producirse dicho daño se le otorgará al afectado una indemnización por daño moral.

La determinación del monto por la indemnización por daño moral se da a criterio del juez, en el caso de divorcio, el Tercer Pleno Casatorio Civil estableció ciertos criterios los cuales deberán tener en cuenta para la determinación del monto indemnizatorio ya que en dicho monto no se toman en cuenta el lucro cesante y daño emergente porque hablamos de un daño moral, es decir de los sentimientos, honor, dignidad, emociones y otros que sean parte de un campo subjetivo de la persona.

En consecuencia, este daño moral es compensado con una indemnización lo cual vendría ser económicamente favorable para el cónyuge perjudica y/o inocente el cual haya sufrido dicho daño, pero algo de gran importante y para reparar el daño el monto debe ser proporcional con el daño causado, dicha afirmación resulta ser muy lógica, por tanto de no ser así se llegaría a la vulneración del principio de proporcionalidad, por lo cual daremos a conocer las posibles razones por las cuales podría vulnerarse dicho principio, todo ello velando por una indemnización justa y proporcional para el cónyuge afecta con el daño moral causado.

ABSTRATC

In Peru as in other countries, the damage caused to a person must be repaired or compensated in some way, it is therefore important to recognize the importance of reparation of an injury, in the present investigation will address the issue of moral damages, for which we will discuss its reparation and / or compensation, this type of moral damage is recognized by our order and mentioned in several articles of our Civil Code in force for which when such damage occurs will be awarded to the affected compensation for moral damages.

The determination of the amount by the compensation for moral damages is given by the judge, in the case of divorce, the Third Civil Marriage Plenary established certain criteria which must be taken into account for the determination of the indemnity amount since in that amount take into account the loss of profit and emerging harm because we speak of a moral damage, that is of the feelings, honor, dignity, emotions and others that are part of a subjective field of the person.

Consequently, this moral damage is compensated with an indemnity which would be economically favorable for the injured and / or innocent spouse who has suffered such damage, but something of great importance and to repair the damage the amount must be proportional to the damage This is a very logical statement. If this were not the case, the principle of proportionality would be infringed. We will therefore inform you of the possible reasons why this principle could be infringed. proportional to the spouse affects the moral damage caused.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	11
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	11
1.1.2 ANTECEDENTES	13
1.2 JUTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.2.1. JUSTIFICACIÓN	13
1.2.2. IMPORTANCIA.....	14
1.3 ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA.....	14
1.4 DELIMITACIÓN	15
1.5. OBJETIVOS	16
CAPITULO II	17
FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN	17
1. FUNDAMENTO TEÓRICO GENERAL	17
2. FUNDAMENTO TEÓRICO ESPECÍFICO	18
3. MARCO CONCEPTUAL.....	19
SUB CAPÍTULO I	22
LA FAMILIA Y LOS DEBERES CONYUGALES	22
1. LA FAMILIA	22
2. LOS DEBERES FUNDAMENTALES DEL MATRIMONIO.....	35
2.1. ASPECTOS GENERALES.....	35
2.2. EL MATRIMONIO.....	39
2.3. LOS DEBERES FUNDAMENTALES DEL MATRIMONIO	56
3. EL DIVORCIO.....	67
3.1. DIVORCIO SANCIÓN Y DIVORCIO REMEDIO	67
3.2. CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL.....	71
A) EL ADULTERIO.....	71
B) VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA	76
C) ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE	79
D) INJURIA GRAVE	83
E) ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL	85

F) CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMUN	89
G) USO HABITUAL E INJUSTIFICADO DE DROGAS ALUCINOGENAS O DE SUSTANCIAS QUE PUEDAN GENERAR TOXICOMANIA.....	93
H) LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISION SEXUAL CONTRAIDA DESPUES DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.	99
I) LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO ..	102
J) LA CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS	108
K) SEPARACION DE HECHO	111
SUB CAPITULO II	116
EL DAÑO MORAL.....	116
1. ANTECEDENTES DEL DAÑO MORAL	116
2. EI DAÑO MORAL	118
SUB CAPITULO III.....	169
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	169
1. INTRODUCCIÓN	169
2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	172
3. TEST DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	176
CAPITULO III	193
MARCO OPERATIVO	193
3.1 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....	193
3.1.1. HIPÓTESIS GENERAL	193
3.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	193
3.2. VARIABLES E INDICADORES.....	194
3.3. TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACION	196
3.3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	196
3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO.....	198
3.4.1. POBLACIÓN	198
3.4.2. MUESTRA.....	199
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	202
3.5.1. TÉCNICAS	202
3.5.2. INSTRUMENTOS.....	202
3.5.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	203

CAPÍTULO IV	204
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS	204
4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO	204
4.1.1 FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	204
4.1.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS.....	205
4.2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS.....	205
CAPÍTULO V	249
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	249
1.1. CONCLUSIONES	249
1.2. RECOMENDACIONES	250
BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA	252
ANEXO 1.....	256

INTRODUCCIÓN

La presente investigación abordará un tema que consideramos relevante e importante debido a la trascendencia que posee, hablamos de daño moral, el cual por su naturaleza debe ser reparado y/o compensado en lo posible a pesar de que su cuantificación ha sido de mucha discusión por diferentes autores, lo cierto es que conforme nuestro ordenamiento, este tipo de daño es plausible de una indemnización económica según nuestro Código Civil vigente en sus diferentes artículos en los cuales lo reconoce.

Por otro lado, el campo en que se da el daño moral es muy extenso, la presente investigación abarca el daño moral que produce un cónyuge hacia el otro cónyuge en casos de divorcio en causal, es decir, esa afectación que se produce en el ámbito de sus sentimientos, dignidad, emociones entre otros que comprenden el aspecto subjetivo de una persona, en este caso al ser un cónyuge afectado por el otro en el ámbito moral debe ser indemnizado según el daño causado

Asimismo la presente pretende investigar si la indemnización por daño moral que se fijan en las sentencias de divorcio sea proporcional al daño moral causado en el cónyuge, de no ser proporcional, cuáles serían las posibles causas y razones de dicha desproporcionalidad, ello con el fin de procurar una justa indemnización en favor del cónyuge perjudicado debido a que, como todo tipo de daño, debe ser reparado debidamente así como lo es el daño físico, de la misma manera compensar el daño moral causado además de profundizar el tema del daño moral debido al desconocimiento de las personas y la confusión sobre este tema.

Nuestros fundamentos teóricos están comprendido por tres sub capítulos los cuales detallaran de manera específica el tema a tratar. El primer sub capítulo se denomina la familia y los deberes conyugales, en el cual podremos apreciar cada uno de los deberes conyugales los cuales se infringen lo que ocasiona un proceso de divorcio, seguido de ellos también analizaremos las causales de divorcio en las cuales se haya la figura del cónyuge inocente y el cónyuge perjudicado, este último se encuentra en los casos de separación de hecho; de esta manera se podrá evaluar el daño mora que produce cada causal.

Por otra parte, el segundo sub capítulo trata sobre el daño moral en sí, por lo que abarcaremos los antecedentes, la naturaleza, la cual es muy importante para los

efectos de la reparación, como ya mencionamos la reparación del daño moral, su diferencia con el daño a la persona, la acreditación del daño moral, su cuantificación y los criterios establecidos por el Tercer Pleno Casatorio en Civil lo cual crea un precedente vinculante sobre el tema de la indemnización.

En el tercer sub capítulo veremos al principio de proporcionalidad, sus antecedentes que comprende, de qué manera se puede ver afectado, y el ya conocido test de proporcionalidad en el cual se encuentran tres sub principios, test de razonabilidad, test de idoneidad, test de necesidad, test de ponderación, los cuales se analizaran detenidamente.

El marco operativo se encuentra en el capítulo III conformado por la formulación de hipótesis variables, indicadores, el de investigación la población y muestra de estudios y finalmente las técnicas e instrumentos utilizados.

En el capítulo IV se encuentra la presentación, análisis e interpretación de los resultados, la descripción del trabajo de campo realizado y la presentación de los resultados obtenidos.

Las conclusiones y recomendación se mostraran el capítulo V, las cuales serán el resultado de toda la investigación realizada.

Es así entonces, como se desarrollara esta investigación lo cual consideramos de un tema relevante materia de investigación, debido a que existe mucha confusión sobre lo que comprende el daño moral y sobre todo lo difícil y subjetivo que podría ser el indemnizar a una persona por daño moral, en base a que parámetros o criterios para tratar de que dicha indemnización sea proporcional al daño moral causado.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Como sabemos desde hace ya varios años el divorcio se encuentra regulado en nuestro ordenamiento, es así que constituye el capítulo segundo del título cuarto del libro de Familia según nuestro Código Civil Vigente, respecto al tema de indemnización por daño moral que recibe el cónyuge inocente y/o perjudicado, esa suma de dinero por indemnización es la que el Juez podrá concederle generalmente cuando se hable de divorcio por adulterio, injuria grave o abandono injustificado entre otros factores que puedan ser tomados por el juez. Vemos que esas situaciones causan perjuicio al otro cónyuge, que podría ser económico y psíquico, es por ello que se le otorga una indemnización por concepto del daño moral, ello en vista del daño psicológico que se le causa al otro cónyuge sobre todo en los casos antes mencionados.

Siendo las sentencias emitidas por los jueces las cuales podrían estar vulnerando el principio de proporcionalidad al no tomar en cuenta criterios específicos para la determinación del monto de la indemnización por daño moral, lo cual lleva a un resultado poco favorable económicamente para el cónyuge inocente y/o perjudicado siendo que el derecho no le asiste debidamente.

El artículo 345-A nos menciona: “El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.” Como vemos la ley da un amparo y permite solicitar al cónyuge inocente y/o perjudicado una indemnización por daño personal ello por el decaimiento o disolución del vínculo matrimonial.

Si vamos más allá podremos señalar que al indemnizar al otro cónyuge sería una sanción para el cónyuge que provoca la disolución del vínculo matrimonial al incurrir en una falta, ello puede constituir un mecanismo de protección para las familias, ya que el matrimonio es la base de una sociedad, porque es de allí donde se forman las familias, por lo que el divorcio, si bien está instituido en nuestro ordenamiento, no es para favorecer la disolución de las familias sino porque constituye un derecho. Por otro lado, este mecanismo de protección podríamos decir, es para favorecer y en defensa de la estabilidad familiar para todos los miembros que la conforman, así como alimentos que se fijarán para los hijos, los mismos que también se pueden pedir para el cónyuge en los casos que la ley establece, y una compensación al cónyuge afectado con la disolución del vínculo matrimonial.

Si bien la indemnización es un tipo de compensación al cónyuge inocente en base a qué el juez determina el monto o la suma de dinero por el daño moral causado, pues el art. 351° del Código Civil menciona "... el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral." como vemos la ley no nos menciona bajo qué criterios o factores se establece la suma de dinero de la indemnización en beneficio del cónyuge inocente, entonces las sentencias emitidas deberán tener en cuenta ciertos criterios para su determinación los cuales no pueden vulnerar el principio de proporcionalidad.

Doctrinariamente podríamos dar algunos alcances que podrían ayudar a determinar el monto por indemnización de daño moral y a verificar si el principio de proporcionalidad es debidamente aplicado por los jueces de Tacna al determinar el monto de la indemnización para el cónyuge inocente, ya que el monto de dicha indemnización a determinar, debe ser proporcional al daño moral ocasionado.

1.1.2 ANTECEDENTES

El tema a investigar sobre el Daño Moral en los casos de Divorcio no tiene antecedentes nacionales, pero existe un antecedente en el distrito, provincia y ciudad de Tacna sobre “Tesis sobre Indemnización del Daño Moral en los casos de Violencia Familiar en el Departamento de Tacna durante el año 1997” presentado por VARGAS MALAGA, Elizabeth de la Universidad Privada de Tacna.

Sin embargo, este antecedente no se refiere específicamente a la indemnización por daño moral en los casos de divorcio, pero lo tomaremos como un antecedente cercano a nuestro tema de investigación por tomar el tema de daño moral en común.

1.2 JUTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. JUSTIFICACIÓN

La necesidad en la que se ven envueltos los cónyuges afectados tanto económicamente como psicológicamente hace que ellos tengan derecho de una indemnización por daño moral ocasionado sin embargo, las personas que ejercitan ese derecho de una indemnización ven afectado el principio de proporcionalidad, es decir, el criterio utilizado por los jueces para determinar el monto no tiene un resultado satisfactorio para los cónyuges inocentes y/o perjudicados, ya sea porque no se han tomado en cuenta los criterios que debería o por la poca valoración que se ha hecho de los mismos, por lo cual se vulnera constantemente el principio de proporcionalidad en la determinación del monto de la indemnización por daño moral en los casos del divorcio en las sentencias emitidas por los jueces en el distrito de Tacna del año 2015 y 2016.

1.2.2. IMPORTANCIA

En el caso planteado tenemos que se está vulnerando el principio de proporcionalidad en la determinación del monto de la indemnización por daño moral en los casos del divorcio en las sentencias emitidas por los jueces no sólo de Tacna sino de quizás todo el país, en vista de la necesidad es que podríamos establecer cuál sería la causa de dicha desproporcionalidad entre el monto indemnizatorio con el daño moral causado, hay que tener en cuenta los criterios que son aplicados por los jueces para la determinación del monto indemnizatorio, todo ello con el fin de que se obtenga el justo derecho que nuestra legislación ampara para el cónyuge inocente y/o perjudicado.

El contraste de sentencias emitidas dará como resultado una aproximación de como se está llevando este tipo de casos y como está siendo juzgado por los jueces, en este caso de Tacna, con respecto a este tema si realmente se está aplicando el principio de proporcionalidad y los afectados alcancen la satisfacción del ejercicio de sus derechos y con ello la justicia.

1.3 ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

1.3.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema objeto de la presente investigación, se puede sintetizar en la siguiente pregunta:

¿De qué manera la motivación insuficiente de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016?

1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

A partir de esta interrogante, se pueden plantear las siguientes preguntas secundarias:

- ¿Cuáles son los principales criterios que aplican los jueces para determinar el monto de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016?
- ¿En qué grado la insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016?
- ¿En qué medida los medios probatorios aportados por la parte afectada para acreditar el daño moral que ha sufrido influyen en la determinación del monto de la indemnización en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016?

1.4 DELIMITACIÓN

1.4.1 DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD

El tema está referido a la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del monto de la Indemnización por Daño Moral en los casos de Divorcio por causal.

1.4.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL

El estudio se realizará en el Distrito de Tacna, de la Provincia y Departamento de Tacna.

1.4.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizará como parte de la investigación abarcara el año 2015 y 2016.

1.4.4 DELIMITACIÓN SOCIAL

El material que se ha utilizado fueron las sentencias sobre Divorcio por causal en las cuales los jueces hayan determinado el monto de la indemnización por Daño Moral.

Además se tuvo consideración de la opinión de los abogados litigantes, fiscales y jueces que tengan una relación estrecha con los casos de familia especialmente con los procesos de divorcio.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar de qué manera la motivación insuficiente de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.

1.5.2. OBJETIVO ESPECÍFICOS

- Identificar cuáles son los principales criterios que aplican los jueces para determinar el monto de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.
- Establecer en qué grado la insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio.
- Determinar en qué medida los medios probatorios aportados por la parte afectada para acreditar el daño moral influyen en la determinación del monto de la indemnización en los casos de divorcio.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. FUNDAMENTO TEÓRICO GENERAL

La presente investigación se desarrollara en base al Realismo Jurídico, como sabemos el realismo jurídico se fundamenta en los hechos, a diferencia del Positivismo Jurídico que se basa en la norma en sí, ya que lo que nos interesa es ver el contexto de la sociedad, en nuestro caso las sentencias dadas por el juez, para a fin de ello poder establecer si hay vulneración en el principio de proporcionalidad, como es de conocer existen criterios establecidos sobre los cuales el juez pueda resolver pero estos se aplican debidamente? y los criterios tomados en cuenta son debidamente fundamentados?, por lo que habrá que analizar los diferentes fallos y en lo que se basa el juez para tomar o no los distintos criterios indagando la realidad en la cual viven las partes, en este caso los cónyuges.

Márquez Piñero manifiesta: "... el realismo jurídico tiene a su favor la prudente cautela frente a tanta especulación jurídica para la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes. (...) Sin embargo, los realistas entienden que hay que hacer un gran esfuerzo para bajar el derecho de esas regiones etéreas a la cruda realidad terrena; hay que hacer una ciencia del derecho descriptiva de la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables..."¹

Por lo que, entonces la realidad de cómo el derecho se manifiesta en la vida de las personas es lo que interesa en la presente investigación, por ello se atenderá a una investigación de campo en la cual nuestra fuente principal son los expedientes que analizaremos a lo largo del desarrollo, siendo relevante la falta de regulación de los criterios tomados por los jueces para establecer una indemnización por daño moral y su incidencia en la sociedad.

¹ MARQUES PIÑERO, Rafael. Filosofía del Derecho. Primera Edición 1990. Editorial Trillas. México. P. 53

2. FUNDAMENTO TEÓRICO ESPECÍFICO

El tema a investigar está contemplado en nuestro Código Civil específicamente en el libro de Familia lo que correspondería al Divorcio, con respecto a nuestro tema a investigar estaríamos entre la teoría contractual y la extracontractual; la primera referida a la obligación de indemnizar por un daño ocasionado por el incumplimiento de un contrato y, el segundo referido a que no habiendo ninguna relación contractual entre las partes y debido a la existencia de un daño ocasionado es de obligación el resarcir lo causado en perjuicio de otra persona.

Así también nos menciona Edgardo López Herrera² que existen tendencias actuales de la responsabilidad civil las cuales clasifica mediante funciones de la responsabilidad civil y son: Función demarcatoria aquella acción prohibida legalmente, la función distributiva la cual de manera conjunta la sociedad permite ciertas actividades lícitas, las cuales son peligrosas, la función preventiva como su nombre lo menciona actúa para que no se ocasione un perjuicio y por último la función compensatoria que desarrollaremos brevemente.

Afirma el mencionado autor sobre la función compensatoria que, "(...) con esta función el derecho de la responsabilidad civil interviene después (ex post) de que el ilícito ha ocurrido para establecer las cosas al estado anterior (ex ante)."³ Ante ello podemos afirmar que esta función es la más importante referido a nuestro tema de investigación ya que nos habla de la necesidad de compensación y su importancia en el derecho de Daños, sin embargo existen muchas otras teorías, la investigación tomará el rumbo de la responsabilidad extracontractual por tratarse de relaciones que se producen fuera de un contrato y por ende las responsabilidades también lo hacen y ellas deber ser compensadas y resarcidas por el amparo del derecho que le asiste a la persona perjudicada.

² LOPEZ HERRERA, Edgardo. Introducción a la Responsabilidad Civil. p. 22-25 (en línea) visualizado en <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> Consultado el 26/10/16.

³ Ídem

3. MARCO CONCEPTUAL

- EL DAÑO

El daño constituye una afectación sobre algo que puede ser un bien material o no material, en el caso del primero mayormente siempre se puede resarcir el daño, como por ejemplo cuando un vehículo choca con otro vemos como se ocasiona un daño que puede ser reparado por mecánicos especialistas en esa materia.

- DAÑO MORAL

Aquella afectación que se hace a la concepción que asimilamos sobre creencias, costumbres, valores y entre otros, que determinan finalmente el término moral que cada uno acepta como tal. Por ello que va a depender de la concepción que cada individuo tenga sobre la moral y partiendo de ello se valorará el daño que este producirá sobre cada uno.

- EXTRA PATRIMONIAL

Cuando hace referencia a cosas no patrimoniales, es decir, no susceptibles de valoración económica puesto que no constituyen en cosas u objetos con un precio; por lo cual se refiere a valores principios sentimientos derechos como por ejemplo el honor, dignidad, los cuales son amparados constitucionalmente, entre otros.

- INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Compensación que se hace al cónyuge inocente por las diferentes acciones que provoca el cónyuge culpable y que ello afecta moralmente al otro cónyuge, siendo que este debe resarcir el daño causado.

- DIVORCIO SANCIÓN

“Divorcio sanción que es aquella clase de divorcio en la cual tiene por sustento la culpa del cónyuge que motiva la causal del divorcio, por lo que siendo que uno de los cónyuges incide en una causal le corresponderá asumir las consecuencias de sus actos, los cuales han causado daño hacia el otro cónyuge, lo que correspondería el pago de una indemnización, ello

atendiendo por supuesto a las consecuencias las cuales repercutirán en el cónyuge inocente.”⁴

- INDEMNIZACIÓN

El Diccionario de la Lengua española, confirma esta significación, define indemnizar como resarcir un daño; y a su vez, a la palabra resarcir le da ambos significados como reparar (en términos generales) y como compensar (que parece evocar más el pago de otro bien a cambio del bien dañado).

- DIVORCIO

“Del latín *divortium*, del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos.” (...) ⁵

- CÓNYUGE CULPABLE

“El que es causa de la separación o divorcio. Patrimonialmente, y cuando a los hijos, su posición desmerece. En cuanto a la prole, pierde patria potestad; aunque la madre conserve a su cuidado los hijos menores de tres años, de no disponer algo en contra de la sentencia. El cónyuge culpable pierde todo lo dado o prometido por el cónyuge inocente o un tercero en consideración a éste; no podrá reclamar lo dado por el al inocente, y tendrá que entregarle lo prometido, si lo pide.”⁶

- CÓNYUGE INOCENTE

“El que pide la separación o divorcio fundándose en causa del otro, y sin estar incurso a su vez en ninguna de las que legalmente permiten una u otra ruptura. Bajo la potestad y custodia del cónyuge inocente quedan los hijos; pero, a su madre, el cónyuge culpable recobra tales facultades si la

⁴ Tercer Pleno Casatorio Civil (en línea) Documento visualizado en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES> 23-09-2016 p. 194

⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Nuevo Diccionario Enciclopédico Derecho Usual. (2008) Editorial Graficas S.A.C. Argentina. P. 470.

⁶ *Ibidem* p. 371

causa de separación hubieren sido adulterio, los malos tratos o injurias graves." (...) ⁷

- CONYUGE PERJUDICADO

Aquel cónyuge que ha sufrido o sufre un perjuicio moral y/o económico o en otro ámbito en el que se vea afectado por la separación, de hecho, o la que se da luego del divorcio.

⁷ Ídem

SUB CAPÍTULO I LA FAMILIA Y LOS DEBERES CONYUGALES

1. LA FAMILIA

1.1. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA ACTUAL

Actualmente existen varios tipos de familias por lo que, ya no es solo un conjunto de personas ligadas por vínculos de sangre o parentesco, inclusive pueden ser personas con vínculos de afinidad como es el caso de la adopción de menores, sean por los familiares lejanos de los menores o las parejas que adoptan menores de edad porque no pueden tener hijos biológicos, entre otros.

Según GASTAN: “el vocablo familia, procede de la voz familia, por derivación de *famulus*, palabra que procede del osco *famel*, que significa siervo y posiblemente del sánscrito *vama*, hogar o habitación; por lo cual se entendió como tal el conjunto de personas y esclavos que habitaban con el dueño de casa”⁸

Así también ARIAS menciona: “La familia es el núcleo social unidos por vínculos de sangre o emergente del matrimonio que regularmente es sometido a una dirección única que regularmente se halla sometido a una dirección única- padre, madre, abuelo, hermano mayor- y cuyos miembros hacen por lo general, vida permanente bajo un techo en común.”⁹

La familia es una institución reconocida por el Estado la cual es el conjunto de personas con vínculos consanguíneos o de parentesco que realizan vida en común dentro del hogar familiar o residencia en común.

A su vez PERALTA ANDIA define a la familia como “... una institución jurídico-social que agrupa a un conjunto de personas, padres e hijos

⁸ Citado por GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia. Edición 1992. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. P. 3

⁹ Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio. (2008). Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú. p.15

principalmente que están unidos por vínculos de parentesco que el propio reconoce entre sí.”¹⁰

De otro lado para BAUTISTA Y HERRERO señalan: “La familia es, ante todo, una institución social. En su concepción moderna puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco.”¹¹

De las definiciones anteriores podríamos determinar diferencias, una definición sociológica de una jurídica, ello en base a que la familia tiene estrecha relación con el campo sociológico pero su aspecto jurídico es lo que trataremos y estudiaremos en la presente investigación.

ZANNONI señala: “La sociología, en efecto, al reconocer en la familia un régimen de relaciones sociales institucionalizadas, hace o puede hacer ahora una investigación descriptiva (sociología descriptiva), ahora una investigación analítica del comportamiento de los miembros de la familia, configurando tipologías (sociología analítica). Pero tanto la sociología descriptiva como analítica constatan, diríamos, el modo de ser de las formas de vida social a partir de análisis puramente empíricos.”¹²

Existe bien una relación sobre el derecho de familia en los campos sociológicos y jurídicos en la cual inclusive existen teorías sobre a qué parte del derecho pertenece el derecho de familia, sin embargo esto lo estudiaremos más adelante. Pero no podemos dejar resaltar que ello influye también en las diferentes concepciones que tengamos sobre la definición de familia.

Por su parte BAUTISTA TOMA afirma: “Una definición jurídica de la familia, exige, pues, confrontar las relaciones sancionada por el derecho en referencia al conjunto de personas vinculadas a partir de la unión intersexual y la procreación. La familia es así el conjunto de personas entre

¹⁰ PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Segunda Edición Enero 1995. Editorial Moreno. Lima Perú. P.27

¹¹ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Manual de Derecho de Familia. Edición 2006. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima Perú. P. 16

¹² *Ibidem* P. 20

las cuales existen vínculos jurídico, independientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco.”¹³

Como los autores anteriormente mencionados existe una diferencia entre el punto de vista sociológico puesto que, mientras éste estudia las relaciones sociales entre, en este caso, los miembros de una familia interna o externamente, por lo que desde el punto de vista jurídico tenemos que regulan estas relaciones internas o externas pero con implicancia jurídica, es decir, con consecuencias referidas a lo que establece la ley.

La finalidad de una familia es la protección y cuidado que se tienen los unos a otros integrantes que viven en una misma residencia. Sin embargo en la actualidad existen muchas familias disfuncionales y como menciona el autor no solo se constituirán de padres a hijos, sino también abuelos-nietos, padres- sobrinos, entre otros.

1.2. LA FAMILIA EN SENTIDO AMPLIO Y RESTRINGIDO

Respecto a la concepción de la definición de lo que es la familia tenemos un sentido amplio y uno restringido que veremos respecto de los siguientes autores:

HINOSTROZA MINGUES señala: “...En consecuencia, la familia sería en un sentido amplio la agrupación permanente de personas relacionadas por vínculos jurídicos que derivan de la relación intersexual y de la filiación.

La familia, en sentido restringido es el núcleo paterno-filial: padre, madre e hijos. Es denominada familia conyugal o pequeña familia.”¹⁴

Con respecto a este autor hace una separación entre la familia nuclear, generalmente llamada así, y la familia compleja. Señala el autor que la familia en sentido amplio es la formada por el conjunto de personas que se encuentran unidas por vínculos no solo de sangre sino más bien de

¹³ Ídem

¹⁴ HINOSTROZA MINGUEZ. Ob. Cit. p.15

parentesco. Por ejemplo la familia conformada por padres, hijos, tíos, sobrinos, abuelos, entre otros.

Luego vemos la familia en un sentido restringido la cual vendría a ser la familia nuclear propiamente dicha, esto es la convivencia de los padres con los hijos únicamente y bajo un mismo techo.

BAUTISTA TOMA señala: “Mientras tanto, en sentido restringido, la familia comprende exclusivamente a los cónyuges ---marido y mujer--- y a los hijos que conviven con ellos y se encuentran bajo su patria potestad...”¹⁵

En comparación con el sentido estricto y amplio de la familia que estudiamos anteriormente esta clasificación del autor antes mencionado agrega una nueva clasificación diferente a la primera que vimos. Tenemos así la familia en sentido intermedio, esta hace referencia a una familia conformada por vínculos de afinidad o parentesco lejano. Como por ejemplo el hecho de que sea una madre con su hijo que conviva con la nueva pareja (conviviente) de la madre.

VALENCIA ZEA sostiene: “... la familia es una institución en sentido objetivo, que debe realizar unas funciones especiales: la transmisión de la vida y de la cultura; aclarando que la palabra institución debe emplearse entendiendo como tal a la familia en sentido ontológico, que viene a ser una institución en sentido sociológico”¹⁶

La familia sería una institución, ya que si bien no es un organismo jurídico ni social puesto que abarcaría otros campos, la palabra institución hace referencias a la fundación u origen de algo, que en este caso es un conjunto de personas vinculadas por sangre o parentesco. Institución que queda establecida por el Estado y que tiene el deber de protegerla.

1.3. EL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia es aquel conjunto de normas que regulan las relaciones familiares con efectos jurídicos o que tengan relevancia jurídica.

¹⁵ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Ob. Cit. P. 23

¹⁶ Citado por GOMEZ PIEDRAHITA Ob. Cit. p. 9

Asimismo el derecho de familia en nuestro sistema jurídico se encuentra regulado por nuestro actual Código Civil en su Libro Tercero la cual regula la institución del matrimonio, el divorcio, régimen patrimonial y entre otros.

Con respecto a las fuentes BAUTISTA TOMA Y HERRERA hacen referencia a que existen diversas fuentes de lo que es el Derecho de Familia y son:

“1.- Las que implica a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.

2.- las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonial y extramatrimonial y la adopción.

3.- las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela, curatela y patrimonio familiar.”¹⁷

Si bien el autor las clasifica en tres ello puede ser de discrepancia para otros autores por lo cual pueden considerarse algunos de los ya mencionados o establecerse otros.

Como vemos el Derecho de la Familia tiene varias figuras que le son propias y son extensas una de la otra, tenemos el matrimonio como institución con sus caracteres y teorías, así como el divorcio como institución y así el régimen patrimonial y otros. Por lo cual resultan ser fuentes que constituyen como un todo al Derecho de Familia.

1.4. TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA FAMILIA

HINOSTROZA MINGUES plantea dos teorías sobre el origen de la familia y tenemos:

- ✓ La teoría Matriarcal
- ✓ La teoría patriarcal

Que a continuación el autor mencionado detalla:

“Según la primera teoría se afirma que hubo una época de promiscuidad sexual desde los inicios de la civilización, en el cual no se podía establecer

¹⁷ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Ob. Cit. P. 10

la paternidad, siendo determinada solamente la maternidad. Por ello, la madre fue el centro origen de la familia, considerándose el parentesco solo por línea materna... Esta teoría fue sostenida por Mac Lennan, Giraud – Teulan, Morgan, entre otros.”¹⁸

Esta teoría se plantea que en base de que no se podía determinar la paternidad de manera segura, ya que no existían pruebas de ADN solo se establecía el parentesco por la línea materna. En tiempos antiguos se daba más importancia a la figura de la mujer como ente gobernador debido que su principal don era la procreación la cual ayudaba a la subsistencia de la prole, esta época se denominaba matriarcal donde la mujer por su condición tenía más predominio para gobernar o ser la autoridad de un pueblo e inclusive como jefas de familia.

Establecer el parentesco era muy importante en la época antigua porque se daba prioridad a un linaje, una descendencia de sangre que en este caso de no poder comprobarse la paternidad, porque resultaba casi imposible debido a la falta de tecnología, era la maternidad la que prevalecía, de allí el predominio del matriarcado.

Respecto a la teoría patriarcal el mencionado autor hace referencia sobre esta teoría de la manera siguiente: “La teoría patriarcal afirma que desde el principio el padre fue el centro de la organización familiar y que el origen de la sociedad se produce por la unión de familias diversas, teniendo la protección y ejerciendo su autoridad el varón de mayor edad. Sus exponentes son Summer Maine Starcke y Westermack.”¹⁹

En esta teoría la autoridad o centro de la familia viene a ser el padre, ello porque el hombre va estableciendo su autoridad por la fuerza y por el deber de protección de la familia. Era el padre quien tenía la función de proteger y sostener a la familia y lo hacía a través de su fuerza imponiendo sobre otros su autoridad y mediante el trabajo sea de caza, u otros, dejando funciones menos importantes y más complementarias a las mujeres.

Esta teoría cobra mayor validez actualmente, ya que es el padre quien debe velar protección y bienestar de la familia, aunque actualmente ambos

¹⁸ HINOSTROZA MINGUES Ob Cit. p. 16

¹⁹ HINOSTROZA MINGUES Ob Cit. p. 16

padres son quienes se hacen cargo de sus hijos y de la familia por ende, puesto que antes las mujeres se dedicaban solo a la atención de sus hijos y labores domésticas siendo que ahora también contribuyen en el bienestar económico.

1.5. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

Con respecto a las teorías sobre en qué parte pertenece el Derecho de Familia tenemos según PLACIDO VILCACHAGUA cuatro teorías son las que nos pueden aclarar sobre a cual pertenecería y estas son:

“1. Teoría según la cual es parte del Derecho Público. La tesis de que el Derecho de Familia es parte del Derecho Público ha sido sostenida por Jelinek. Ella se resume en el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus derechos-deberes en las relaciones jurídicas del Derecho de Familia...”²⁰

Esta teoría se sustenta en el deber que tiene el Estado para velar por la familia, teniendo en cuenta que la familia es el núcleo de la sociedad y que la institución se encuentra protegida por nuestra Constitución Política.

Se entiende entonces que es el Estado quien debe proteger la familia y velar por el cumplimiento de los deberes y obligaciones que genera el matrimonio así como otros efectos que pudieran determinarse por su realización.

Siguiendo ese orden tenemos: “2. Teoría según la cual es una tercera rama del Derecho. Esta tesis, sostenida por Cicu, considera que el derecho de familia sería un tercer género distinto del Derecho Privado y del Derecho Público. Parte de una distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, según la cual en el primero el individuo se halla en una relación de subordinación con respecto al fin del derecho, en tanto que en el segundo está en una posición de libertad al mismo respecto... De ahí que se vea en el Derecho de Familia relaciones jurídicas similares a las del Derecho Público, pero diferenciadas en que mientras en éste el interés

²⁰ Ídem

superior que se tiende a salvaguardar es el del Estado, en aquél es el interés familiar.”²¹

Por esta teoría se considera que el Derecho de familia no pertenece ni al Derecho Público ni al Derecho Privado, siendo que vendría a ser una tercera rama, ello lo sustenta en que el Derecho público no regularía las relaciones privadas que existen en el Derecho de familia por lo que no lo integra totalmente, y con respecto al Derecho Privado que no lo integra ya que este Derecho tiene también relaciones publicas ya que es una institución reconocida por la Constitución y que el deber del Estado es protegerla y velar por el cumplimiento de sus deberes.

Continuando con la siguiente teoría tenemos: “3. Teoría según la cual forma parte del derecho social. Esta tesis, sostenida por Antoni, afirma una nueva división tripartita del Derecho: Derecho Público, Derecho Privado y derecho social. Explica que el derecho público tiene como sujeto al Estado, y hay en él una relación de subordinación y dependencia e interés de autoridad hay un sujeto jerárquico y sujetos secundarios... coloca al Derecho de Familia como rama del derecho social, junto con el Derecho del Trabajo y el de la seguridad social. De su posición extrae como consecuencia la inaplicabilidad al Derecho de Familia de los principios generales del Derecho Civil.”²²

Considera al Derecho de Familia como una combinación de tres ramas de Derecho que serían el Derecho Público, Privado y Social, porque la familia es una institución que tiene implicancias jurídicas relacionadas a estas tres ramas tanto pública, privada como social, es por ello que el autor Antoni quien sostiene esta teoría la considera una rama del Derecho tripartita.

Por ultima teoría tenemos: “4... Esta tesis, sostenida por Barroso, considera que el problema no tiene solución unitaria, ya que varía dentro de cada legislación y realidad nacionales. Considera que se ha hecho rama autónoma en los países comunistas, pero que en otros continúan formando parte del Derecho Civil ... En ese sentido, la idea de separar al Derecho de Familia como rama autónoma prosperó en los regímenes políticos que

²¹ Ibídem p. 17

²² Ibídem p. 18

desconocieron la dignidad humana, y sirve de ancha base de sustentación a la intromisión del Estado en la vida privada.”²³

Por esta última teoría se entiende que, en vista de que no hay acuerdo sobre a qué rama pertenece el Derecho de familia este autor ha optado por el establecimiento que tiene cada regulación en los distintos países, que de manera formal establezcan al Derecho de Familia en un campo en específico y/o autónomo o también abriendo la posibilidad de un Derecho Mixto.

Consideramos que la teoría más cercana que pudiera establecer la rama a la cual pertenece el Derecho de Familia es la tercera teoría que considera a esta como un Derecho tripartito es decir se regulan relaciones privadas, públicas y sociales, puesto que como mencionamos la primera ni la segunda integran en la totalidad al Derecho de Familia. Siendo que es necesario que sean consideradas tres ramas antes mencionadas ya que podría verse al Derecho de Familia como un todo pero no podría ser ajena que pertenece por naturaleza a tres ramas jurídicas que podrían disgregarse para un mayor y más eficiente estudio de lo que implicaría el Derecho de Familia.

1.6. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

La naturaleza jurídica de la familia hace referencia al origen con relevancias jurídicas sobre la familia, sobre este tema analizaremos tres posibles naturalezas de la familia las cuales son: la que define a la familia como una persona jurídica, como una organización jurídica y como una institución, detallaremos cada una de ellas a continuación:

Para HINOSTROZA MINGUEZ: “Respecto a la naturaleza jurídica de la familia, se dice que constituye una persona jurídica. Sostienen esta teoría Savatier, Mazeaud, Jorge N. Williams, etc. Así, según esta posición la personalidad moral o jurídica de la familia estaría dada por la existencia de derechos no patrimoniales como el nombre patronímico, los derechos de

²³ Ídem

potestad, de ejercer la defensa jurídica de la familia, etc., y también patrimonial: propiedad del bien familiar, la legítima, etc.”²⁴

Esta posición defiende la posibilidad de que la familia sea considerada como una persona moral y jurídica, ello en base a que la familia posee tanto derechos patrimoniales como no patrimoniales, sin embargo esto es regulado por el derecho de familia quien establece normas para cada una de sus fuentes, como el matrimonio, divorcio, régimen patrimonial, entre otros; mas no en el sentido de que sea la familia sea quien accione porque en caso de divorcio, quien sería la persona que accionaria en representación de los intereses de toda la familia? Por lo que esta teoría consideramos que no sería la indicada en afirmar la naturaleza jurídica de la familia.

Asimismo GOMEZ PIEDRAHITA afirma: “... la persona no es una persona jurídica puesto que, como tal, no tiene representante legal, ni puede adquirir ningún tipo de obligación. Los miembros de la familia adquieren individualmente las responsabilidades propias, y no se les exige su cumplimiento en representación de una familia, sino como personas particulares...”²⁵

Como menciona el autor la familia no tiene representación jurídica, si bien existen muchos elementos dentro de la familia con efectos jurídicos también los hay de efectos no patrimoniales y no jurídicos, sino más sociales por lo que, la familia como tal no se constituiría con personalidad jurídica.

Continuando con HINOSTROZA MINGUES sobre la naturaleza jurídica de la familia éste afirma: “La posición que se considera a la familia como un organismo jurídico es sostenida por Lacruz y Antonio Cicu. Según esta doctrina la familia... se trataría de un organismo jurídico en el cual no existen derechos individuales sino vínculos recíprocos de independencia entre las personas y subordinación de estas a una finalidad superior con

²⁴ Ibídem p. 19

²⁵ GOMEZ PIEDRAHITA Ob Cit. p. 8

asignación defunciones ejercidas por aquellos miembros facultados por ley para realizarlas.”²⁶

Como vimos el autor hace mención que según esta teoría, en la cual presupone a la familia como un organismo jurídico, resulta errónea puesto que sería compararlo como un Estado, aunque sabemos que la familia fue anterior a éste fue precisamente éste quien la regularizo.

BELLUSCIO resume los principales argumentos de los autores que sostienen dicha teoría en: “Para este la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria... Trataríase de una organización de caracteres jurídicos similares a los del Estado: En este habría relación de interdependencia entre los individuos y sujeción de ellos al Estado; en la familia, las relaciones jurídicas serían análogas, diferenciándose solo en que la sujeción es al interés familiar”²⁷

Los autores mencionados anteriormente que sostienen esta posición señalan que los caracteres jurídicos se compararían a los del Estado por la relación de interdependencia que tienen los miembros, sin embargo aunque pareciera que son similares en elementos no podrían compararse los efectos jurídicos de ambos ya que como mencionamos el Estado fue quien se encargó de regular el derecho de Familia siendo que ésta no vendría a ser simplemente una organización jurídica sino también social.

Entonces consideramos que la familia puede ser comparada como un organismo jurídico y social; sin embargo si no hay Estado que proteja a la familia sería solo un organismo social y ya no con efectos jurídicos. Por lo que, la familia como organismo jurídico tendría dependencia del Estado, lo que con llevaría a que no sea su naturaleza la de un organismo jurídico, o por lo menos no solo jurídico.

Siguiendo con el autor mencionado tenemos: “Finalmente, tenemos la tesis que considera a la familia como una institución. Fue sostenida por Maurice Hauriou, George Renard, García Olano, entre otros. Según esta tesis la familia es la institución que se funda en la naturaleza y considerada como sistema de normas cuya finalidad es preservar la existencia y desarrollo de

²⁶ HINOSTROZA MINGUES Ob. Cit. p. 19

²⁷ GOMEZ PIEDRAHITA Ob. Cit. p. 9

la comunidad de personas relacionadas por el vínculo matrimonial y la filiación.”²⁸

Esta última teoría es la que consideramos correcta puesto que la familia más que una persona jurídica y un organismo jurídico es una institución porque es un sistema autónomo y con implicancias sociales, jurídicas la cual es un conjunto de personas las cuales comprenden relaciones que pertenecen no solo a un ámbito jurídico.

1.7. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

La importancia de la familia radica en la relevancia que ésta tiene para el Estado y la sociedad en general. La familia ha sido siempre considerada como núcleo de la sociedad siendo el Estado, basándose en normas constitucionales, el principal defensor de ella.

Resulta necesario recalcar que la familia es anterior al Estado ya que si bien no estaba constituida como tal, es decir reconocida debidamente como una institución, ya existía de la formación de varias familias que se constituyen como una sociedad perteneciente a un Estado.

Así el autor CORNEJO CHAVEZ menciona: “Reconocer que la familia, como fenómeno natural, es anterior al Estado y a la ley; que no es creación del Estado ni de la ley; que antes que hubiese ley y Estado, histórica pero sobre todo conceptualmente, ya existía la familia.”²⁹

Como sabemos desde la antigüedad se han formado inconscientemente la figura de la familia siendo que el hombre iba a la cabeza en protección de “su familia” la cual era conformada por su mujer y sus hijos.

HINOSTROZA MINGUEZ afirma: “La organización familiar tiene un estrecho vínculo con la constitución y desarrollo del Estado y de sus fines sociales, morales, jurídicos, políticos y económicos. (...) El Estado regula el grupo familiar porque su existencia depende de éste: sin la familia la

²⁸ HINOSTROZA MINGUES Ob Cit. p. 19

²⁹ Citado por ETO CRUZ, Gerardo. Derecho de Familia en la Constitución y el Nuevo Código Civil. Edición 1989. Editorial Marsol Perú Editores. Lima Perú. P.38

concepción del Estado no es posible. La familia tiene como base primordial el matrimonio y, por lo mismo este último no es un contrato sino una institución social y su tratamiento legislativo es, por consiguiente, de orden público, porque como base esencial del Estado y de la sociedad reposa sobre principios de orden superior.”³⁰

El vínculo del cual habla el autor antes mencionado trata acerca de la base de un Estado ya que uno de los elementos fundamentales de éste sería la población, y esta a su vez vendría a ser la sociedad en conjunto, además estaría compuesta por un conjunto de familias y/ o personas por lo que, para que el Estado pueda cumplir sus fines necesariamente debe proteger a la familia y a todos los habitantes de un mismo país.

PLACIDO VILCACHAGUA señala: “El artículo 233 del Código Civil de 1984 establece que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. Siendo así, interesa conocer cuáles son esos principios constitucionales relativos a la familia.”³¹

La familia será la responsable de la educación de los futuros ciudadanos de nuestro país, sino hay familias bien consolidadas, la educación que se brindan en las escuelas no ayudara en la formación de los niños futuro de un país, pues es en la familia, en el hogar, donde se forman y fortifican los principios y valores. Contrario a ello si se forman niños sin valores ni principios estaremos destinados a tener familias sin valores ni principios y de esta manera se formaría un círculo vicioso y dañino para la sociedad.

PERALTA ANDIA manifiesta: “Una familia bien integrada es base sólida para un Estado fuerte y una nación que se desarrolla progresivamente; al contrario, una familia desintegrada será elemento perjudicial para el desarrollo nacional.”³²

³⁰ HINOSTROZA MINGUES Ob Cit. p. 29

³¹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Principios Constitucionales De La Familia (en línea) Visualizado en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/03/18/los-principios-constitucionales-de-la-familia-primero/> Consultado el 07/03/2017

³² PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Segunda Edición Enero 1995. Editorial Moreno. Lima Perú P. 34

Cabe resaltar la importancia del Estado de promover el matrimonio ya que una familia estable se genera de ella, resulta importante promover esta institución en la medida que se forma una familia estable mientras que en una relación convivencial, como no existe ningún vínculo legal o sentimental fuerte de un compromiso generado por ambos, la separación de esta familia, que no se constituyó en matrimonio, se da de una manera más fácil y simple para muchos destruyendo consigo al hogar familiar. Este hecho también debe atenderse ya que muchas de las parejas que conviven generalmente lo hacen porque existen hijos de por medio, hijos que no fueron planificados y, en vista ya de su existencia, se forman familias inestables sin que exista ningún compromiso de parte de ambos como sí existe en el matrimonio.

Como conclusión las familias tienen el deber de la crianza de los niños con principios y valores, que serán en cierta medida solo reforzados en los jardines, escuelas u otras instituciones de finalidades similares, futuros ciudadanos del país. Asimismo el Estado debe crear medidas para la protección de la familia así como promover la celebración del matrimonio tal como lo establece la constitución en su Art. 4° que se refiere a la protección del niño, del adolescente, de la madre, del anciano, de la familia y del matrimonio, de esta manera al proteger a la familia se estará contribuyendo a una sociedad con valores y fortalecida por el Estado.

2. LOS DEBERES FUNDAMENTALES DEL MATRIMONIO

2.1. ASPECTOS GENERALES

El deber como tal implica una serie de comportamientos supeditados hacia una persona sea por una obligación moral, económica, social entre otros. Como es de saber al contraer matrimonio se constituyen ciertos efectos y uno de ellos son los deberes y obligaciones que se generan recíprocamente para ambos cónyuges; ello es producto de que siendo para algunos un contrato, desde algunos puntos de vista, este acto genera consecuencias jurídicas y siendo que es un compromiso, subjetivamente hablando, entre dos personas que deciden realizar vida en común se

entiende que para dicha convivencia se deben establecer deberes y obligaciones.

BAUTISTA Y HERRERA señalan: "... En el aspecto funcional esto significa que los cónyuges --- dentro del matrimonio--- no están investidos de derechos puros... simultáneamente y consustancialmente con el derecho también asume un deber correlativo; y en el orden externo--- con respecto al otro cónyuge--- se puede decir que los consortes son titulares de derechos-deberes que son inversamente correlativos de los derechos-deberes que tienen el otro."³³

PAVON señala: "Estos derechos y deberes son consecuencias ineludibles de las que no pueden substraerse los esposos, desde que reposan sobre el orden público y la naturaleza de la institución que estudiamos (matrimonio) y surgen del concepto mismo de ella, puesto que se refiere a una comunidad solidaria de sentimientos, de atracción mutua, de afectación recíproca y de interés, que corresponden al nombre, a la fidelidad, convivencia y asistencia, que constituyen dichas consecuencias..."³⁴

Se dice entonces que estos derechos y obligaciones nacidos del matrimonio sirven para regular la vida en común que llevara la pareja y futura familia, núcleo de sociedad, si bien estos se establecen por ley hay ciertos deberes no regulados que tendrían que sobre entenderse para la pareja.

PUIG PEÑA afirma: "Los efectos personales del matrimonio de alcance reciproco están constituidos por un complejo de deberes y facultades situados en la persona de cada uno de los cónyuges, desprendidos, por así decirlo, inmediatamente de la naturaleza y esencia misma de la institución..."³⁵

Continuando con el autor mencionado éste señala: "Se trata, pues, de deberes generalmente *positivos* (cuyo incumplimiento determina

³³ BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Ob. Cit. P. 111

³⁴ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda. Manual de Derecho de Familia. Edición agosto 2012. Editorial Jurista Editores. Lima Perú. p. 125

³⁵ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 125

situaciones de omisión) nacidos de la esencia misma del matrimonio y que miran al otro *cónyuge* como polo norma de referencia..."³⁶

Como todo deber está sujeto a una responsabilidad ética y ligada con la moral sin embargo las obligaciones son de carácter positivo como lo señala el autor. Haciendo mención a ambos tenemos que son acciones que deben realizar en el caso del deber, se espera que sean realizadas y, en el caso de la obligación que necesariamente deben ser realizadas.

Aunque nuestra legislación no hay una clasificación específica sobre los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio GOMEZ PIEDRAHITA establece la siguiente clasificación:

a) "Derechos. A la dirección conjunta del hogar; a ser recibido en la casa del otro cónyuge; a fijar la residencia de común acuerdo; a la administración separada de los bienes propios y sociales, mientras dure el matrimonio o no haya separación de bienes; a vivir juntos, o sea a cohabitar en común, y a obrar en un plano de igualdad jurídica.

Correlativas a esos derechos, surgen las siguientes:

b) Obligaciones. A guardarse fe; a socorrerse; a ayudarse mutuamente; a aportar el dinero necesario para las necesidades domésticas, en proporción a sus facultades económicas, y al mutuo respeto."³⁷

Este autor plantea que de los derechos surgen obligaciones y aunque esto tenga diferente perspectiva, es decir, puede entenderse también en viceversa. Además siguiendo con el autor mencionado anteriormente señala: "Estos deberes u obligaciones son más de orden moral que jurídico, por cuanto se basan en principios de contenido netamente ético y cuyos fundamentos, más que en la ley, se encuentran en la moral..."³⁸

Podemos afirmar entonces que esos deberes son netamente de carácter moral, sin embargo han sido regulados por que el matrimonio es fuente del Derecho de Familia y para asegurar el cumplimiento de las mismas se

³⁶ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 126

³⁷ GOMEZ PIEDRAHITA Ob. Cit. p. 172

³⁸ Ídem

establecieron. Trayendo consigo su incumplimiento una sanción para el cónyuge culpable.

PUIG PEÑA³⁹ señala acerca de estos deberes tres características principales que son de carácter positivo, recíproco y ético. La primera característica hace mención a que como deber importa la necesidad de una acción, como ya lo habíamos mencionado antes, se requiere la realización de una acción y por ende su incumplimiento traerá consigo consecuencias y/ o sanciones.

Por otro lado el carácter recíproco que señala el autor como segunda característica importa que esos deberes son tanto para un cónyuge con el otro y para este con el otro cónyuge, ambos se deben a estos deberes mutuos.

El carácter ético ligado a la moral se da por el hecho de que el matrimonio también debe ser considerado como un compromiso voluntario de hacer vida en común, y por ello la pareja se compromete a mantener ese cariño, sentimiento, afecto y entre otros que se tienen. El hecho de que haya un sentimiento de amor importa un comportamiento especial con esa persona, podemos decir que el amor se trata de sustento y protección y/ o cuidado hacia la otra persona, por lo que, supondría acciones ligadas a ello como procurara el bienestar económico para la satisfacción de necesidades, el cuidar en casos de enfermedad y otros la protección frente a peligros que puedan presentarse etc.

Por ello los deberes se deben cumplir por el simple compromiso que realiza la pareja y por el afecto que se tienen recíprocamente, ya que se entiende que estas comprometido a asistir y cuidar a tu pareja voluntariamente y que ese compromiso es para siempre, sin embargo, en vista de que no se cumplen la ley los ha establecido específicamente en el Código Civil Vigente como son el deber de fidelidad y asistencia que se encuentran en el art. 288 que a la letra señala: “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad asistencia”.

³⁹ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 126

2.2. EL MATRIMONIO

2.2.1. LA FAMILIA EN LA ACTUALIDAD

En la actualidad la familia ha ido cambiando respecto a su forma y constitución con el paso de los años, ello debido a los cambios y la evolución de la sociedad; estos cambios pueden resultar muy favorables o no tan favorables, ello desde diferentes perspectivas, pero que han sido cambios necesarios para adaptarse a la nueva sociedad y reforzar el significado de la familia para que no sufra una decadencia con respecto a su naturaleza y finalidad.

En cuanto a los cambios realizados tenemos que se han ido destruyendo esquemas ya planteados, como es el caso de una familia tradicional de solo padres e hijos, por ejemplo, no resulta extraño tener conocidos o familiares que viven en una casa con padres, abuelos, tíos, sobrinos, hijos y otros, estos casos hacen referencia de una familia en sentido amplio, antiguamente solo se consideraba a la familia nuclear, es decir a la compuesta por padres e hijos, ello ha producido que se puedan abrir paso a la regulación de nuevas formas de familia con el fin de proteger y amparar a los miembros de esa nueva familia formada, como en el caso de familias disfuncionales las cuales rompen el esquema de una familia nuclear.

Por otra parte la Constitución en su art. 6° señala:

“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables... Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos...”

En la familia son los padres responsables de la crianza de sus hijos, quienes a futuro se constituirán como ciudadanos, por lo cual dicha tarea resulta no ser tan fácil sino más bien algo compleja, además la tarea de los padres es la instrucción de valores y principios a sus hijos.

Resulta importante precisar que en las familias disfuncionales a veces no hay padres sino abuelos o tíos entre otras personas que al hacerse cargo del menor deberán asumir dicha responsabilidad, educando a los menores con principios y valores para una adecuada formación.

Asimismo, el Estado es quien debe tener participación mediante campañas de concientización para promover el deber de asistencia y cuidado de padres a hijos o adoptar medidas que puedan ayudar a los padres con la crianza de los menores en casos de extrema pobreza o familias disfuncionales, madres solteras, abuelos que tienen a menores bajo su cuidado y otros, ya que son ellos quienes en su mayoría laboran casi todo el día, por lo que resulta un poco difícil el pasar tiempo en familia entre días particulares de la semana. Son aquellos momentos en familia donde se refuerzan principios y valores para que los menores puedan desarrollarse plenamente y disfrutar esos momentos familiares, también se debe promover el matrimonio, es decir, una unión formal y legal para que cuyos miembros sean protegidos por la ley con todos los beneficios y derechos que ésta les otorga.

En consecuencia, la familia es considerada como núcleo de la sociedad en la cual se da la formación de valores y principios de los nuevos ciudadanos, así como se encarga de la protección de ellos asignándoles derechos y deberes. La familia en la actualidad ha evolucionado por ello que el esquema de la familia si bien debe realizar cambios, motivo de la evolución de la sociedad, ésta no debe abandonar ni ir en contra de su naturaleza y finalidad, sino que debe ser protegida y amparada por el Estado.

2.2.2. CONCEPTO

Por matrimonio entendemos que es un acto formal y legal que realizan un hombre y una mujer libres de impedimento legal que cumplen con los requisitos que señala la ley para su realización, en la cual cumplirán deberes como el de hacer vida en común, la fidelidad, el cuidado recíproco y entre otros, así como adquieren derechos, efecto de dicha relación matrimonial.

Para PIOTR SEDUGUIN, autor soviético, menciona sobre el matrimonio que es “la unión libre e igual en derechos entre el hombre y la mujer, como regla, para toda la vida, basados en los sentimientos de amor, amistad y respeto mutuo, que se celebra en las oficinas de actas del registro civil con

el fin de formar la familia y que engendra los derechos y obligaciones mutuos, personales y de propiedad, que surgen entre los esposos.”⁴⁰

De manera subjetiva se puede mencionar que el matrimonio es la unión voluntaria entre hombre y mujer debido a que se deben recíprocamente sentimientos como el amor, la amistad y otros, y que por ello toman la decisión de llevar una vida en común que se supone no tendrá fin, puesto se nadie se casa con intención de divorciarse.

PERALTA ANDIA afirma: “... es una institución fundamental del Derecho de Familia que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común...”⁴¹

La concepción subjetiva sobre el matrimonio basado en el amor y el afecto recíproco que se tienen a afectado a muchas parejas siendo que confunden el concepto de ilusión y el emoción que siente recíprocamente. Por lo que debe entenderse subjetivamente que el matrimonio no solo está basado en amor, sino también en un compromiso de protección y sustento hacia la pareja, evidentemente de ambos, con ánimos de hacer permanecer dicho sentimiento e ilusión que sintieron en algún momento.

Por tanto podemos señalar que el matrimonio es una unión voluntaria entre un hombre y una mujer con la finalidad de hacer vida en común, celebrada de manera formal y con respaldo y protección jurídica. Asimismo el matrimonio es aquel acto por el cual se da inicio o comienzo a la formación de una nueva familia.

Sin embargo, ello no quiere decir que el matrimonio sea el único medio para conformar una familia sino que también existen otras maneras, como son la unión de hecho o concubinato. Mediante el cual una pareja cumple con la misma finalidad que un matrimonio solo que no se da en acto formal ni legal, lo cual no significa que no sea válido ya que nuestra normativa también reconoce a dichas formas.

Por otro lado, el Estado es quien cumple un rol fundamental al promover la celebración del matrimonio ya que protege a la familia de la informalidad

⁴⁰ PERALTA ANDIA Ob. Cit. p. 79

⁴¹ *Ibíd*em p. 80

así como se encarga de velar por sus derechos y deberes de cada miembro, debiendo promover campañas para la celebración del matrimonio puesto que, con ello se crearía una estabilidad para la familia recién formada y no solo una unión de hecho sin ningún compromiso o acto formal, el cual por su informalidad tiende a ser muy inseguro en cuanto a la protección de sus deberes y derechos.

2.2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diversas teorías como la contractualista, institucionalista y la mixta, las cuales desarrollaremos en los siguientes párrafos.

A) TEORÍA CONTRACTUALISTA:

Esta teoría trata de considerar al matrimonio como un contrato y cada autor tiene sus argumentos sobre el motivo por el cual debería considerar esta teoría como naturaleza jurídica del matrimonio.

Comenzaremos analizando las dos clases sobre la concepción contractualista en la cual PERALTA ANDIA señala: “La concepción contractualista canónica considera el matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido. (...) En cambio, la concepción contractualista civil tradicional, sostiene que entre los contrayentes se celebra un convenio, mediante el cual entre varón y mujer se dan recíprocamente el dominio de sus propios cuerpos en orden a la generación de prole y se obligan a cohabitar, manteniendo un régimen de vida inseparable.”⁴²

Vemos dos perspectivas una canónica en la cual se considera al matrimonio como un sacramento en la cual se constituye un vínculo, como sabemos antes que se instituyera el divorcio en nuestro país hubo mucha discusión sobre ello puesto que la Iglesia se oponía a dicha figura, se

⁴² PERALTA ANDIA Ob. Cit. p. 81

sostenían en que no había posibilidad de que después de contraer matrimonio la pareja se separe.

Por otro lado, una concepción más tradicional que menciona que la pareja celebra un convenio en la cual prima la voluntad, es decir, el acuerdo de ambas partes es fundamental en este acto, puesto que prima la voluntad de los contrayentes en la cual se concluye con un compromiso que realizan ambos de contraer matrimonio de manera formal y legal.

El matrimonio consideramos que no pertenece a esta teoría puesto que en el matrimonio no se pueden pactar cláusulas como si se puede hacer en un contrato de compraventa y otros, además no solo tiene consecuencias jurídicas sino también sociales y morales, ya que viene de una carga de deberes conyugales para la pareja. Sin embargo la voluntad o el consentimiento es lo que prima en este acto por lo cual puede asemejarse a esta teoría mas no subsumirse en ella en su totalidad.

B) TEORÍA INSTITUCIONALISTA:

La teoría institucionalista explica que la verdadera naturaleza del matrimonio es que es una institución mas no un simple contrato a la cual se adhieren con consecuencias jurídicas sino que tiene una relevancia pública para el Estado en general.

PERALTA ANDIA menciona: "El matrimonio es, entonces, una institución de orden público desde que el funcionario no se conforma con el hecho de comprobar el consentimiento matrimonial, sino también exigir el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley. En este sentido, si bien los contrayentes son libres de prestar su consentimiento para el matrimonio, pero una vez celebrado, no pueden substraerse a los efectos de la institución..."⁴³

No solo es necesario como señala el autor antes mencionado la voluntad de los contrayentes para celebrar el matrimonio sino que, también es el

⁴³ Ibídem p. 82

hecho de exigir el cumplimiento de la misma. Se dice que el matrimonio es una institución por su carácter público ya que como sabemos es un acto que se registra en los registros civiles de ambos y que afectan el ámbito jurídico.

UMPIRE NOGALES afirma que el matrimonio “se constituye por un conjunto de reglas impuestas por el Estado que forman un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse; una vez expresa su adhesión; su voluntad es ya importante y los efectos de la Institución se producen automáticamente.”⁴⁴

Puesto que es voluntad de los contrayentes realizar el matrimonio, el autor señala que los efectos deben ser cumplidos por ser consecuencia de la realización de dicho acto. Podemos decir que si bien los efectos son automáticos existen muchos campos en los que los contrayentes pueden especificar respecto a un derecho o deber, tal es el caso que la pareja puede acordar o escoger que régimen patrimonial seguirán, por lo que no consideramos que el matrimonio tenga ciertos efectos adhesivos puesto que como vimos pueden o no adherirse en ciertos casos.

Siguiendo con el referido autor éste menciona: “Es institución porque el conjunto de reglas está fijada anticipadamente por el legislador, que regula todas aquellas situaciones que se van a suscitar dentro del matrimonio, limitando la autonomía de la voluntad tan solo al consentimiento. Limitándose la actuación del funcionario público a verificar el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley.”⁴⁵

Por las diversas situaciones en las que se pueda ver el matrimonio como acto, debe necesariamente estar regulado por el Estado no solo tener el carácter privado, puesto que las partes no establecen todo lo regulado en el matrimonio, sino que se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico por lo que se constituye de orden público.

⁴⁴ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p. 24

⁴⁵ UMPIRE NOGALES, Eulogio. El Divorcio y sus Causales. Edición marzo 2005, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú. p. 25

Lo que refiere es que antes de la celebración del matrimonio se encuentran disposiciones legales que se deben tener en cuenta las cuales se encuentran en nuestra legislación, a su vez de la misma forma se encuentran reguladas otras disposiciones para después de la celebración del matrimonio, como por ejemplo, los deberes y obligación conyugales, régimen patrimonial, entre otros.

En consecuencia, el matrimonio también es una institución debido a que es de carácter público y se encuentra regulada por nuestro ordenamiento jurídico, protegido y amparado por el Estado por mandato de nuestra actual Constitución, quien promueve el matrimonio.

C) DOCTRINA MIXTA:

Esta teoría señala que el matrimonio no es un contrato ni tampoco una institución sino que es una combinación de ambas, esta señala que el matrimonio debe considerarse en parte como un contrato y una institución a la vez.

Por ello, UMPIRE NOGALES afirma: "(...) el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. En él, están presentes la voluntad de los contrayentes, a través del consentimiento, y la institución, reflejada en la normativa que regula minuciosamente el matrimonio y sus efectos. Sosteniendo que el matrimonio como acto es un contrato y, como estado es una institución."⁴⁶

Un elemento que resulta indispensable es la voluntad de las partes contrayentes por lo que esta constituiría un elemento importante, como en el caso de los contratos el consentimiento es un elemento primordial pero que la misma vez por estar sus disposiciones reguladas por un orden público se constituiría una teoría mixta, ello sería el principal fundamento de esta teoría.

PERALTA ANDIA: "...el matrimonio no deja de ser al mismo tiempo un contrato y una institución, esto es, que une el elemento volitivo y el

⁴⁶ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p. 26

elemento institucional tornando el casamiento en un acto complejo y mixto. Si bien es verdad que la doctrina explica suficientemente la naturaleza institucional del matrimonio, como puede olvidarse su carácter contractual...⁴⁷

Los mencionados autores hacen referencia que en el matrimonio se ven dos elementos comunes, como es el consentimiento, es decir la voluntad de las partes para contraer matrimonio, que se asemeja a la teoría contractualista y es institucionalista porque está regulado por nuestro ordenamiento jurídico y reconocido como tal, además protegido y promovido por nuestra Constitución.

La teoría que adopta nuestra legislación no se encuentra expresada específicamente sin embargo la doctrina establece que se adopta la teoría mixta. Por lo que se concluye que, el matrimonio es una institución que se encuentra regulada y amparada por ley, ello básicamente establecido por requisitos e impedimentos que deben tomarse en cuenta y, que es primordial el consentimiento de las partes, la pareja, para celebrarlo, elemento que es indispensable la realización de cualquier contrato.

2.2.4. CARACTERES DEL MATRIMONIO

Dentro de las características podemos ver una clasificación de autores numerosos, sin embargo las características más resaltantes de esta institución del matrimonio consideramos principalmente que son las que a continuación detallaremos:

A) LA UNIDAD

Esta característica refiere a que la pareja, varón y mujer, luego de la celebración del matrimonio realizan una vida en común, ello a su vez también se constituye como un deber para la pareja. La unidad se basa en que la pareja va a convivir bajo un mismo techo con deberes y obligaciones recíprocas en la cual compartirán de tal manera una sola vida pero en pareja.

⁴⁷ PERALTA ANDIA Ob. Cit. p. 82

B) FORMALIDAD Y LEGALIDAD

La unión voluntaria a la que se somete la pareja se encuentra sujeta a ciertas formalidades y requisitos para que dicho acto pueda tener validez y este conforme a ley. Nos referimos a todos aquellos requisitos para la celebración del matrimonio, así como los impedimentos, los cuales de encontrarse acarrearán la nulidad o anulabilidad del acto celebrado no produciendo los efectos jurídicos deseados.

C) PERMANENCIA

Luego de la celebración del matrimonio se entiende que la decisión debe ser duradera, es decir, nadie al casarse piensa que es temporal sino que es un acto permanente. La permanencia también hace referencia a que no se puede disolver el matrimonio por decisión sea unilateral o de ambos, ya que ello debe ser declarado mediante un proceso judicial en la cual se disuelva el vínculo matrimonial.

D) UNIÓN MONOGAMICA

Esta característica hace referencia a que en matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico va referido a la unión entre un hombre y una mujer (del griego monos que significa uno y gamos que significa unión) ello quiere decir que dicha unión no puede darse por varias uniones como en el caso de la poligamia la cual no está permitido por ley pero si en otros países como en las sociedades islámicas por ejemplo.

Por otro lado también se puede hacer referencia a la heterosexualidad de la pareja, es decir, que la unión sea de un varón y una mujer, puesto que nuestro ordenamiento no ha concebido aun de manera legal la unión homosexual como un matrimonio o una institución similar a esta. En consecuencia la importancia de esta característica radica en que la unión debe ser de un solo hombre y una sola mujer que decidan contraer matrimonio.

E) VOLUNTARIEDAD

La voluntad y/o consentimiento en la unión matrimonial es fundamental, puesto que en tiempos antiguos no existía la voluntad en la pareja contrayente ya que esta podría darse por decisión unilateral, es decir, solo uno estaba de acuerdo o sin la voluntad de ninguno de ellos, siendo los padres quienes concertaban las uniones.

2.2.5. FINALIDAD DEL MATRIMONIO

La finalidad del matrimonio hace referencia a aquel objetivo que se tiene de la unión de una pareja voluntariamente, se habla mucho acerca de las posibles finalidades del matrimonio, por lo que veremos diferentes aspectos según distintos autores.

De lo afirmado se puede mencionar que es importante, a la formación de una nueva familia, el establecer lazos de unión fraternal entre los miembros de la familia, que puede ser nuclear o extendida, por lo que para el bienestar de todos los integrantes de la familia resulta importante establecer buenas conexiones entre sí, de tan manera que todos los que la conforman convivan en armonía cooperando los unos con los otros.

Son muchas las finalidades del matrimonio puesto que cada pareja tendrá un objetivo diferente de como llevara su relación y familia, por lo que las finalidades pueden variar para unas u otras. Una de las finalidades del matrimonio es hacer vida en común, ello porque está orientada a la vida de la pareja en sí y no se centra solo en la procreación de hijos sino que resalta los deberes de hacer vida en común como pareja, es decir, la cohabitación de los cónyuges, así también consigo están los deberes de asistencia, socorro y otros similares que se pueden desprender de la cohabitación de la pareja.

Según UMPIRE NOGALES existen varias finalidades del matrimonio las cuales analizaremos a continuación:

A) FINALIDAD DE SATISFACCIÓN SEXUAL

Esta finalidad está referida al trato sexual de los cónyuges, es decir, se base en que la finalidad del matrimonio es la satisfacción sexual de ambos cónyuges.

KANT sostiene al respecto que la finalidad estaría en: "... la satisfacción del instinto sexual. Elevando el apetito amoroso a la categoría de fundamento principal de la unión conyugal"⁴⁸

Al referirse al instinto sexual hablamos de un impulso de satisfacer necesidades de este tipo, dichas conductas hacen referencia a épocas primitivas en las cuales el hombre vivía basado en su instinto y, para la satisfacción sexual mantenían relaciones coitales para poder satisfacer esa necesidad, como consecuencia se daba el nacimiento de sus hijos, de esta manera continuaba su descendencia y la permanencia de tribus o familias que ellos conformaban.

A ello UMPIRE NOGALES afirma: "es importante la presencia de una actividad sexual estable y constante dentro de un matrimonio estable, mas esta finalidad no puede ser considerada aisladamente de los otros objetivos. Ya que por si sola, ubicaría al matrimonio al nivel de concubinato, la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal, acciones que tienen por finalidad la satisfacción del instinto sexual."⁴⁹

El trato sexual en la pareja de cónyuges es necesario puesto que contribuye a la permanencia de vínculos de afecto entre la pareja y se encarga de mantener estable a la pareja ello debido a que, como personas tienen diferentes necesidades una de las cuales es la satisfacción sexual, siendo que se constituye uno de los deberes que los cónyuges se tienen recíprocamente; de esta manera no deben negarse el uno al otro sino que deben acordar voluntariamente encuentros íntimos para fortalecer los lazos afectivos entre ellos.

⁴⁸ Citado por UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p. 17

⁴⁹ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p. 18

En consecuencia, la actividad sexual en la pareja podría considerarse una finalidad pero consideramos que no es la principal, puesto que habrían otras finalidades y esta finalidad se tornaría más como un deber recíproco de la pareja subsumido incluso en el deber de asistencia.

B) FINALIDAD DE REPRODUCCIÓN HUMANA Y DEBER DE CUIDADO Y EDUCACIÓN DE LA PROLE

La creación de una familia puede ser un objetivo primordial sin embargo, ello estaría relacionado con la procreación de hijos para la continuidad de la prole. Consideramos que no sería correcto afirmar que la finalidad es la procreación debido a que existen parejas que no pueden procrear hijos, sea por una decisión de ambos o un impedimento físico, por enfermedad u otros, por lo que ellos podrían también considerarse una familia de solo esposos y sin hijos, es decir, la procreación puede ser una de las finalidades pero no la fundamental en el matrimonio.

Primeramente PLANIOL Y RIPERT “consideran que el matrimonio origina una asociación entre los cónyuges, con obligaciones recíprocas, siendo su objetivo esencial, la creación de una familia. Siendo en el fondo tan solo la unión sexual reconocida por ley, puesto que la procreación de los hijos crea deberes a los padres.”⁵⁰

En épocas remotas se creía que la unión de la pareja debía ser para la procreación de los hijos, sobre todo en ciudades guerreras como Esparta, debido a que la procreación ayudaría a la formación de nuevos soldados para las guerras que en esa época eran constantes y, en donde perdían a muchos soldados en batallas. En esos tiempos la mujer que era estéril era considerada una mujer sin valor, en otras palabras inútil para sus fines, por lo que muchas veces eran desechadas y / o cambiadas por sus esposos.

Por otro lado, MONTAIGNE Y SCHOPENHAUER señalan “... la finalidad está en buscar el bienestar de la prole, pero la dignidad del ser humano se

⁵⁰ Citado por UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p. 16

resiste a que una persona se convierta, sin su voluntad o en contra de ella, en instrumento al servicio de otra.”⁵¹

Los autores antes mencionados refieren que si bien puede ser una de las finalidades la procreación esta no necesariamente debe ser así, ya que en la actualidad muchas parejas deciden no tener hijos por diferentes razones y ello no es motivo para que no se constituyan en matrimonio o no formen una familia. Como en el ejemplo anterior, en la ciudad de Esparta no habría posibilidad de decidir si querían procrear hijos o no, puesto que la finalidad para ellos era la procreación de niños que serían futuros soldados.

En consecuencia la procreación no debe limitar a la pareja a que cumpla con su finalidad por ello, no consideramos a la procreación de hijos como una finalidad sino como un efecto que podría darse o no, ello porque en la actualidad existen parejas que están imposibilitadas por cuestiones físicas o biológicas a la procreación, o simplemente han decidido ambos voluntariamente a no procrear y esto no debe definir si cumplen o no la finalidad del matrimonio, por lo que deberían ser considerados como una familia al igual que las parejas que tienen hijos.

C) FINALIDAD DE LA AYUDA MUTUA

Esta finalidad de ayuda mutua se encuentra ligada al deber de asistencia que consiste en la ayuda reciproca que deben darse ambos cónyuges, el socorro y la asistencia en caso de enfermedad u otra situación que requieran los cónyuges sea uno o el otro.

LA CRUZBERDEJO manifiesta “el matrimonio no suprime la vida individual de cada cónyuge; pero, si limita y modaliza en cuantos aspectos de ella pueden entrar en colisión con la esfera común, en la cual cada esposo se halla vinculado a otro por lazo, a la vez jurídico, moral y afectivo de tal intensidad, intimidad y amplitud que supera mucho al parentesco y permite hablar, en un evidente sentido extrapatrimonial, de una pertenencia mutua simbolizada en los deberes recíprocos de fidelidad y socorro.”⁵²

⁵¹ Ídem

⁵² *Ibidem*. p. 21

El matrimonio, no consideramos que sea un acto que límite a los cónyuges el resto de su vida, puesto que ambos seguirán con sus vidas solo que bajo ciertos criterios que conlleva una convivencia y los efectos jurídicos que esta genera. Por otro lado, una consecuencia que se genera es que se deben respeto y ciertas consideraciones recíprocas como el deber de asistir y socorrer a uno de los cónyuges, en caso de enfermedad el deber de ayudar y colaborar en la pronta recuperación del otro, en caso de incapacidad llevarlo a terapias y en todas otras situaciones.

No consideramos que constituya una finalidad puesto que se trataría de un deber y obligación que los cónyuges se deben recíprocamente. La asistencia se da como una obligación después de la celebración del matrimonio ya que es exigible; el no socorrer a tu cónyuge cuando esté enfermo o por otras circunstancias que requieran un cuidado especial podrían traer un efecto jurídico o una sanción para el cónyuge y sobre todo en aquellos casos en las cuales por falta de cuidados se haya empeorado la salud física o la integridad del otro cónyuge, por lo que sería generalmente una consecuencia legalmente exigible después de la celebración del matrimonio.

D) FINALIDAD DE AMOR MUTUO

La finalidad de amor mutuo es el sentimiento de afecto y cariño que sienten recíprocamente la pareja, lo cual debería considerarse tanto antes de la celebración del matrimonio como después de dicho acto.

UMPIRE NOGALES afirma: “la presencia del amor mutuo que se deben los cónyuges, es una finalidad importante y gravitante dentro del hogar matrimonial. Este amor trasciende las personas de los cónyuges y se irradia a los hijos y a la familia entera.”⁵³

Coincidimos, con el autor anteriormente citado, ya que resulta ser muy importante la presencia de ese amor mutuo en la pareja para contraer matrimonio en vista que sostiene el sentimiento de querer continuar juntos. Asimismo consideramos que este sentimiento debe mantenerse en la relación puesto que sería uno de los principales fundamentos para que la

⁵³ Ídem

pareja siga unida a pesar de que tengan conflictos o problemas familiares, económicos o de otra índole que pudieran a travesar.

El amor mutuo debe estar presente en la celebración de matrimonio, aunque anteriormente no era considerada la voluntad de los contrayentes, por lo que debe ser considerado como una derivación del elemento del consentimiento de las partes, porque debido al amor mutuo que se tiene recíprocamente la pareja, voluntariamente deciden contraer matrimonio.

Con respecto a esta finalidad podemos decir que debería ser considerado como un requisito subjetivo ya que no pueden contraer matrimonio una pareja que no se ama y solo por conveniencia, por ello esta finalidad queda subsumida dentro del elemento del consentimiento por lo que, el amor mutuo debería ser considerado más que un deber u obligación, un compromiso que se da recíprocamente la pareja al momento de contraer matrimonio.

E) FINALIDAD DE RECONOCIMIENTO JURIDICO A TRAVES DE LA FORMALIDAD

En cuanto a esta finalidad de reconocimiento jurídico se refiere a la importancia de las consecuencias jurídicas cuando se da la celebración del matrimonio, ello porque producen una serie de efectos en la vida de las personas en todos los ámbitos, personal, social, económico y otros.

UMPIRE NOGALES señala: “el matrimonio suele establecer como requisito de validez una determinada forma. Sin cuyo cumplimiento no se considera formalizado dicha unión.”⁵⁴

Nuestro ordenamiento señala una serie de requisitos así como establece impedimentos para la celebración del matrimonio que la pareja debe tomar en cuenta, estas formalidades no acaban allí sino que vemos luego de la celebración del matrimonio las consecuencias jurídicas que estarían puestas por los deberes obligaciones y otros que establece la ley.

Cabe resaltar que esta formalidad del matrimonio trae consigo una consecuencia familiar social, puesto que esta unión se hace pública y es

⁵⁴ Ibídem. p. 18

válida frente a todos, es decir, debe ser respetada por los familiares de ambos cónyuges y de terceras personas, aunque no estén de acuerdo porque fue voluntad de las partes contrayentes y dicha unión es amparada por el Estado.

El reconocimiento jurídico podría entenderse también como una finalidad ya que la pareja busca el matrimonio como acto para ser una pareja formal y legal, la cual estaría amparada y regulada por nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo como vemos en la actualidad no solo es reconocido el matrimonio como una forma de unión de pareja sino también reconoce al concubinato y la sociedad de convivencia aunque a ellos no se les reconozcan los mismos efectos jurídicos que al matrimonio. Asimismo podríamos decir que si se constituiría una finalidad el reconocimiento jurídico en la pareja pero que no es la única finalidad que persiguen los contrayentes.

F) FINALIDAD DE PLENA COMUNIDAD DE VIDA

En cuanto a la finalidad de plena comunidad de vida o hacer vida en común se refiere a la convivencia de la pareja, si antes del matrimonio no convivían bajo un mismo techo, después de la celebración del matrimonio ello vendría a ser una consecuencia y a la vez se constituirá en un deber recíproco entre los cónyuges.

UMPIRE NOGALES expresa: “La vida en común es muy diferente a la sola vivencia en domicilio común o la simple unión sexual. Los hermanos viven bajo un mismo techo pero no son matrimonio. Lo mismo sucede en el caso de la relación entre un cliente y una prostituta, quienes tienen actividad sexual, pero no comparten vida en común.”⁵⁵

La convivencia que la pareja tuvo con su familia no es igual a la que tendrá con su pareja puesto que, cuando estaba con su familia eran total o parcialmente dependientes de sus padres, ello en vista de que habitaban bajo el techo, cuidado y protección de sus progenitores. Sin embargo cuando se casan la pareja debe volverse autodependiente, siendo que

⁵⁵ *Ibidem* p. 22

quienes atenderán sus necesidades y quienes se encargarán de sustentar su hogar y proteger a su familia serán ellos mismos.

Además, la vida en común va más allá de una simple convivencia, trata sobre compartir no solo un hogar o un techo sino la vida en sí de ambos, es decir, compartir momentos familiares junto a sus hijos, si los tuvieren, compartir momentos de pareja, momentos íntimos, entre otros; se debe compartir su vida con la otra persona, por lo cual podemos mencionar que ya no son dos vidas sino solo una pero compartida por ambos cónyuges.

Asimismo cuando se inicia la convivencia la pareja debe establecer ciertos acuerdos entre ambos sobre la forma en cómo se relacionan con los familiares, amigos, en su ámbito laboral, social y otros. En dicha elaboración de acuerdos surgirán conflictos por las diferencias pero la pareja debe tratar de sobrellevar ello, entendiendo que ambos crecieron y se formaron en familias diferentes por lo que todas esas diferencias deberían ser resueltas por la pareja con la finalidad de seguir juntos.

Para reafirmar lo dicho QUISPE SALSAVILCA menciona: “la idea de la <<plena convivencia>> sobrepasa el de actuación sexual compartida y la cohabitación, estos hechos convertidos en derechos deberes compartidos correlativos en la relación jurídica de los cónyuges entre sí, por si mismos, no implican una consecuencia sucesoria, previsional, testimonial; estos efectos son reconocidos total, parcialmente o simplemente son ignorados por la específica conciencia jurídica de una determinada sociedad.”⁵⁶

Por tanto la plena convivencia se constituye un deber y una consecuencia a la misma vez, ello si la pareja no convivió anteriormente a casarse, a este deber también se le suman otros deberes y se derivan otros como por ejemplo el deber de fidelidad, asistencia, socorro, proteger y educar a los hijos y otros que le son correlativos.

Como finalidad la plena comunidad de vida, plena convivencia, o hacer vida en común, la consideramos como tal, puesto que las partes contrayentes al matrimonio tienen por objetivo la convivencia, es decir, el

⁵⁶ Citado por UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p. 23

de realizar una vida en común porque quieren formar una familia, sea o no con hijos.

En síntesis, las finalidades del matrimonio que consideramos como tales son la plena comunidad de vida, por el hecho de que la pareja busca la convivencia y la conformación de una familia; y el reconocimiento jurídico, dado que lo que busca una pareja, es hacer un acto formal y legal, y que ambos se comprometan a dicha unión tanto social, como es el caso de las típicas ceremonias que se realiza ante la sociedad para hacer conocer su unión, como jurídicamente, es decir, con las consecuencias legales que dicho compromiso implica.

2.3. LOS DEBERES FUNDAMENTALES DEL MATRIMONIO

2.3.1 LA FIDELIDAD

La fidelidad consiste en la lealtad que se debe la pareja recíprocamente en este caso los cónyuges, muchas veces relacionado con la fidelidad sexual, es decir, la exclusividad que tienen los cónyuges de tener relaciones coitales y la presunta prohibición de no tenerlas con terceros. ZANNONI define sobre la fidelidad que: "... presupone (...) exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge"⁵⁷

Cuando una pareja decide contraer matrimonio es porque desea realizar la vida en común, que es lo que se busca con el matrimonio como acto formal (lo informal sería la convivencia). Este acto presupone entonces que ambos, la pareja, se aman y tienen sentimientos mutuos que subjetivamente lo llaman verdadero amor.

BARBERO asegura: "... la fidelidad comporta para cada cónyuge el deber de abstenerse de relaciones sexuales y filosexuales con otra persona que no sea el propio cónyuge: deber que, en cuanto a ciertos aspectos, esta también envuelto en una tutela de orden pena, que castiga como delitos la bigamia..."⁵⁸

⁵⁷ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 128

⁵⁸ Ídem

Lo cierto es que en el Perú se reportan innumerables casos de infidelidad tanto fuera como dentro del matrimonio, sin embargo la sanción para ello es que la pareja afectada decida culminar la relación o en otros casos pase por alto esta acción y vuelva a intentar retomar la relación.

La infidelidad perdonada durante el matrimonio no puede ser causal de divorcio porque al perdonar no vemos ya un cónyuge perjudicado, no se constituye falta grave el que una persona perdona una infidelidad pero hay personas que les resulta insoportable dicha conducta por lo que se establece la causal de adulterio para el divorcio.

Por otro lado PERALTA ANDIA menciona “El artículo 288 establece que los cónyuges se deben recíproca fidelidad, por consiguiente, su quebrantamiento no solo transgrede la estabilidad y el orden conyugal, sino ocasiona dos tipos de sanciones. Una, de carácter civil, en razón de que franquea al cónyuge ofendido la separación de cuerpos o el divorcio por causa de adulterio y, otra, de índole penal, posibilitando una sanción para el adúltero y su cómplice, que ahora el nuevo Código Penal no lo contempla.”⁵⁹

Evidentemente el que incumplan su compromiso amerita una sanción para el cónyuge que falte a este deber, lo cual estudiaremos en la causal de adulterio. Desde la perspectiva cristiana se dice que en una pareja casada ya no son dos personas sino que pasan a ser una unidad, una sola persona, ya que se complementan en sus diferentes aspectos, y que, el cuerpo del marido le pertenece a la mujer y el de la mujer a su marido, es decir, uno no puede disponer más ya de su propio cuerpo porque le corresponde a su cónyuge, y ello aplica recíprocamente.

Es así que PERALTA ANDIA menciona: “Conviene destacar también que el deber de fidelidad es recíproco, indispensable y permanente. Lo primero, porque este se exige por igual a ambos cónyuges, luego, en razón de que la infidelidad de uno de ellos no autoriza al otro a infringirla y, finalmente, porque subsiste dicho deber hasta la disolución definitiva del matrimonio.”⁶⁰

⁵⁹ PERALTA ANDIA Ob. Cit. p. 193

⁶⁰ Ídem

La madurez de la pareja dependerá entonces para que se respete el deber de fidelidad entre la pareja y con ello se cuide el matrimonio y la relación de pareja que llevan los cónyuges. El autor referido anteriormente señala que existen dos tipos de fidelidad la primera es la física y la segunda la moral que estudiaremos a continuación:

A) LA FIDELIDAD FÍSICA

Respecto a la fidelidad física podemos señalar que vendría a ser la fidelidad de cuerpo que una pareja se tiene recíprocamente, pueden haber diversas formas de infidelidad una de ellas es la física en la cual se compromete el cuerpo, este tipo de fidelidad consiste en no mantener relaciones coitales con otra persona, o cualquier tipo de acercamiento que comprometa el cuerpo más de los límites de amistad y/o cordialidad.

La fidelidad física entonces supone que cada uno de los cónyuges se abstenga de tener relaciones coitales, sexuales, que sean actos físicos, con una tercera persona que no se constituye ninguno de los cónyuges.

De otro lado HINOSTROZA MINGUEZ menciona: “El adulterio constituía en nuestro medio un delito (artículos 212° y 213° del Código Penal de 1924), pero el Código Penal vigente de 1991 lo suprimió. En consecuencia, solo será considerada la conducta adultera como una figura de repercusión civil de la cual derivan efectos como el formar parte de las causales de separación de cuerpo o de divorcio, según lo expresado por los artículos 333°- inciso 1- y 349° del C.C.”⁶¹

El cambio que sufrió la legislación en este sentido personalmente creo que ha sido muy perjudicial para las familias peruanas debido a que vemos constantemente la figura del adulterio en nuestro país, causante además de innumerables rupturas de pareja que dejan en desamparo a niños por lo que deberían reformularse los medios que emplea la ley para la protección de la familia, núcleo de la sociedad.

El adulterio como tal constituye una de las causales más comunes aunque no es muchas veces invocada por las partes por los medios probatorios que requiere, por lo que constituiría una acción comúnmente realizada

⁶¹ HINOSTROZA MINGUEZ Ob. Cit. p. 146

sobre todo por las personas del sexo masculino, aunque actualmente se ve casi igualitariamente de ambos sexos, pero esa acción va en contra de la familia por lo que en vista de que es un acto común el Estado para contralorar dicha conducta que es perjudicial para la familia.

B) FIDELIDAD MORAL

La fidelidad moral no tiene que ver con el cuerpo sino cualquier otro que indique la presencia de la infidelidad en la mente y/o pensamiento, de esta manera causa un efecto psíquico para el cónyuge perjudicado. Sin embargo también podría darse en la infidelidad física ya que sería como un efecto e incluso podría ser el inicio de esta. Efecto que tiene que ver si hay infidelidad física o de cualquier otro tipo que se constituya como tal.

Este tipo de fidelidad moral resulta muy subjetivo y de difícil probanza, pero ello no debe pasar por alto, las acciones cometidas por uno de los cónyuges que podrían ser desde mensajes, llamadas, entre otros, donde exista otro tipo de tratos de pareja entre uno de los cónyuges con una tercera persona.

El grado de afectación es casi el mismo en ambos tipos de infidelidad solo que cuando es físico comprometería la salud física de los cónyuges pero el sentimiento de engaño es similar.

En el caso de la infidelidad moral basta el hecho de que uno de los cónyuges tenga una relación de pareja con una tercera persona para que se constituya infidelidad. El trato físico no es relevante en este tipo de infidelidad ya que no es necesario que se constituya una relación íntima coital.

En una relación de pareja por lo general siempre se empieza con mensajes o llamadas, es decir, constituyen una conversación que luego es en cierto modo la etapa de la conquista, en esta etapa ya se puede apreciar la intención de querer estar con otra persona, de querer entablar una relación de pareja como tal (infidelidad moral), luego pasaría ya a una etapa más física donde aparecen besos, abrazos y otros propios de una pareja así como las relaciones coitales y otro tipos de relaciones íntimas de una pareja (infidelidad física).

En consecuencia, es criterio del juez clasificar como el incumplimiento de un deber marital la infidelidad moral, que aunque no se constituya adulterio puede ser invocado como injuria grave o conducta deshonrosa, ya que la infidelidad moral causa perjuicio para el cónyuge afectado que muchas veces concluya en la disolución del vínculo matrimonial.

2.3.2. LA ASISTENCIA

El deber de asistencia va referido al deber que tienen los cónyuges de ayudarse recíprocamente, poner atención sobre las necesidades que puedan tener ambos en todos los aspectos, pero generalmente referidos a la alimentación y salud.

Uno de los deberes también es el de asistir a tu pareja en el sentido de apoyo en los diferentes aspectos, por ejemplo, con las tareas del hogar y hasta las acciones más simples como brindarse apoyo moral en casos de problemas maritales económico o de otra índole.

PERALTA ANDIA menciona: “Se trata, por consiguiente, de otra obligación recíproca que deben observar los consortes. Consiste en el apoyo moral y material que se deben éstos en todos los órdenes de la vida conyugal. Tiene fundamento ético, porque sin este deber el matrimonio pierde su carácter moral y queda reducido a la simple asociación sexual zoológica...”⁶²

Eso importa que los cónyuges también el deber de que ambos se apoyen no solo en tareas del hogar sino como mencionamos en aspectos morales o espirituales, que sean comprensibles ambos, es decir, recíprocamente para que puedan convivir en armonía.

HINOSTROZA MINGUEZ señala: “Por ello, ante las circunstancias y contingencias de la vida buenas y malas los cónyuges se deben el uno al otro apoyo mutuo y recíproca asistencia. De no ser así el matrimonio no tendría la importancia que les es característica pues pasaría a ser

⁶² PERALTA ANDIA Ob. Cit. P. 194

únicamente un vínculo de índole sexual y por consiguiente los lazos derivados de ella, sino inexistentes al menos muy frágiles.”⁶³

Como toda pareja sufren problemas por diversas situaciones de la vida sean económicos, familiares, personales y entre otros, sin embargo, es importante que la pareja recuerde que se deben asistencia mutua por sobre todo.

En circunstancias como cuando uno de los cónyuges es el causante de una discusión entre ellos, no es justificación para que este deber sea suspendido, es decir, porque uno es el culpable o haya cometido un error el otro cónyuge no lo apoyo o preste atención si esta cayera enfermo, ya que como vimos estos deberes son de naturaleza ética y moral más que el deber que impone la ley este debe ser por el sentimiento de afecto que se tienen recíprocamente ambos cónyuges.

RIPERT Y BOULANGER mencionan: “... No debe confundirse asistencia con socorro (...). La primera consiste en la ayuda material y moral que cada cónyuge debe proporcionar al otro y también en los cuidados personales en caso de enfermedad o invalidez. (...) en caso de locura o enfermedad contagiosa, el cónyuge no está obligado a proporcionar cuidados personales. Puede limitarse a tomar las medidas adecuadas para la curación. (...)”.⁶⁴

Como vimos la asistencia puede abarcar todos los campos económico, social, familiar, personal, entre otros. El deber de asistencia se sobre entiende cuando hablamos de una pareja ya que las personas que sienten afecto generalmente se asisten mutuamente, se dan cuidados especiales propios de una pareja por lo mismo de ninguna forma desearía el mal hacia el otro y le asistiría en caso que se enfermara atendiéndolo y estando pendiente de su proceso de recuperación.

PERALTA ANDIA afirma: “El descuido de esta obligación ha sido juzgada no solo en cuanto se revela el incumplimiento de la prestación alimentaria, sino en casos en que la conducta desaprensiva de un cónyuge, privó al otro de los cuidados o el apoyo en la relación permanente. Luego, su

⁶³ HINOSTROZA MINGUEZ Ob. Cit. p. 152

⁶⁴ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 130

inobservancia puede ser considerada como injuria grave que es causa de separación de cuerpos y de divorcio.”⁶⁵

Estos deberes asistenciales pueden darse en diferentes campos que analizaremos de la siguiente manera según la clasificación del autor antes mencionado:

a) Obligación mutua de cooperar en las labores domésticas

En cuanto a las labores domésticas estas deben realizarse de ambos cónyuges, la mujer no está obligada a asistir en todo ese aspecto a su marido. Actualmente las mujeres se han vuelto más independientes ello es porque la mayoría ha adoptado ser profesional y ya no es solo la educación para hombres como antiguamente era, por lo que las mujeres profesional o no trabajan para sustentar sus propios gastos, por lo que, se tiene que en un hogar ambos trabajan y no existe el antiguo contexto en que la mujer no trabajaba y su único deber era realizar las labores domésticas y el cuidado de los hijos.

El hecho de que ambos cónyuges trabajen hace que se tenga la necesidad de colaborar con estas labores ya sea por diferentes horarios de trabajo que tuvieren. En vista de ese cambio, en la cual no solo los hombres trabajan, es que se establece que las labores domésticas deben ser realizadas por ambos cónyuges ya que es compartida de no ser así el juez podría hacer cumplir dicho deber inclusive mediante un proceso.

b) Obligación de prodigarse cuidados mutuos

Esta clasificación tiene que ver con la salud de los cónyuges así como la alimentación que se deben recíprocamente los cónyuges este deber es similar a la asistencia pero abarca más ámbitos y es más genérico.

En la actualidad lo que a veces ocurre es que alguno de los cónyuges queda enfermo sea por una enfermedad incurable o de tratamiento largo el otro cónyuge no se hace cargo del cuidado del cónyuge enfermo sino

⁶⁵ PERALTA ANDIA Ob. Cit. P. 194

que por el contrario se aprovecha de esta circunstancia para vender los bienes muebles e inmuebles de la sociedad de gananciales.

Estos actos desleales constituyen una sanción que ha de imponerse al cónyuge que no cumple con su deber de asistir a su cónyuge. Siendo que muchas veces es la familia del cónyuge enfermo quien se encarga de los cuidados para este y solo cuando el cónyuge se recupera retoman la relación. Por ello cuando los cónyuges estén separados pueden solicitar una pensión alimenticia si demuestran su desventaja sobre su situación económica y para la subsistencia de uno de los cónyuges, en este caso el más perjudicado.

2.3.3. DEBER DE COHABITACIÓN DE LOS CÓNYUGES

El deber de cohabitación hace referencia a la convivencia que es un efecto evidente de los cónyuges ya que el matrimonio tiene como fin la vida en común de los cónyuges, es decir, que deben vivir juntos en una residencia que se denominara el hogar conyugal. Este deber se trata básicamente de habitar junto al otro cónyuge.

CORNU expresa: “la comunidad de residencia es algo más simple que la simple convivencia, es la forma más exterior de la comunidad de vida que encierra e implica el resto”.⁶⁶

De otro lado ZANNONI menciona que la “obligación de convivir en un mismo domicilio, en la casa conyugal. Se trata de un deber-derecho...”⁶⁷

Este autor hace mención interesante ya que expresa que la cohabitación no es solo un deber sino un derecho y se puede entender en el sentido que como derecho, uno de los cónyuges no puede echar de la casa al otro por una causa no justificada o bien no sustentada debidamente, si bien las parejas tienen discusiones eso no justifica el hecho de sacar al cónyuge del hogar conyugal volviendo a repetir, no por una causa justa debidamente acreditada, así como derecho se puede exigir por cualquiera de los cónyuges.

⁶⁶ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 131

⁶⁷ Ídem

JARA Y GALLEGOS afirman: “Con arreglo a lo previsto en el art. 289 del Código Civil, es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.”⁶⁸

Como mencionamos anteriormente hay casos en que se suspende el deber de cohabitación, por ejemplo cuando se trata de violencia familiar, resulta evidente que por el bienestar del cónyuge agraviado se suspenda dicho deber en procura de su salud y bienestar emocional también.

PAVON refiere acerca de este deber “La obligación de convivencia del marido (...) es recíproca a la de la esposa y, por consiguiente, común para ambos; si cualquiera de ellos faltare a dicha obligación hace *abandono* del hogar conyugal, pero no se considera como tal la falta de cumplimiento que derivare de ausencia u otras razones que se produjeran en virtud de fuerza mayor, o imperiosa, o imperiosa necesidad que proviniera del comercio, industria, etc., del esposos a quien se atribuyere el *abandono*...”⁶⁹.

En casos de que uno de los cónyuges tuviera que salir del hogar conyugal por motivos de trabajo o salud u otros que pudieran presentarse justifica la acción de este cónyuge por lo que el otro no podría alegar abandono por parte de este. Para ello el cónyuge que sale del hogar conyugal por dichos motivos debe dejar constancia de ello para que posteriormente no se vea perjudicado

BARBERO señala: “... la ‘cohabitación (para el *bonum prolis*) comporta principalmente el *ius in corpus*, eso es, el derecho de un cónyuge sobre el cuerpo del otro *en orden a la procreación de la prole*, y correspondientemente el deber de cada cónyuge de consentir al otro, sobre su propio cuerpo, el ejercicio de ese derecho. Coordinada a ello en función instrumental esta la ‘cohabitación’, que en su expresión más estricta *prohíbe el abandono del hogar conyugal*.”⁷⁰

⁶⁸ JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 130

⁶⁹ Citado por JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda Ob. Cit. p. 131

⁷⁰ Ídem

En este sentido el autor hace mención que en vista de que ambos cónyuges decidieron hacer vida en común este compromiso debe ser respetado, ello sustentado en que lo contrario a esto sería el abandono del hogar conyugal, un extremo que a su vez estaría en contra del compromiso y del objetivo del matrimonio en sí. Por tanto este deber tratar de que no haya lugar para el abandono del hogar conyugal por uno de los cónyuges.

HINOSTROZA MINGUEZ señala: “Mas el deber de cohabitación o de hacer vida en común tiene ciertas restricciones, las que no se daban tratándose del deber de fidelidad así, el artículo 289° del C.C. dispone que “el juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, salud o el honor de cualquiera de los cónyuges a la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.”⁷¹

Antiguamente el marido era quien designaba el domicilio conyugal este podría ser la casa de sus padres u otra casa que el tuviere. Sin embargo, actualmente ambos cónyuges tienen el derecho de seleccionar un hogar conyugal, ambos tienen la facultad ya no solo el marido.

HINOSTROZA MINGUEZ señala: “A diferencia del deber de fidelidad que subsiste inevitablemente hasta el término del matrimonio, el deber de cohabitación puede ser suspendido estando vigente aquel, no solo en los casos señalados en el artículo 289° del C.C. sino también a través de resolución judicial que autorice la suspensión o por imperio de la ley.”⁷²

Como menciona el autor a diferencia del deber de fidelidad y el deber de cohabitación puede ser suspendido, pero el deber de fidelidad es permanente. Así que, no es justificable que cuando un cónyuge cometiera adulterio el otro cónyuge lo cometiera también y justifique en que su cónyuge lo hizo primero. En estos casos no se puede alegar la causal de adulterio puesto que ambos cónyuges son culpables y ya no existe un cónyuge afectado y/o inocente.

Como señala tenemos que el Código Civil nos señala que existen excepciones del porqué la pareja no puede seguir realizando vida en común y son dos los casos por los que en vía de proteger la integridad de

⁷¹ HINOSTROZA MINGUES Ob. Cit. p.147

⁷² *Ibidem* p.149

ambos, tanto física como psíquica, así como si bienestar económico cuando uno de ellos abandona el hogar conyugal por trabajo, ello con el fin de velar por el bienestar económico de la familia.

Por otra lado HINOSTROZA MINGUEZ expresa: “Respecto a que si los cónyuges pueden fijar de mutuo acuerdo la suspensión de un deber de cohabitación y que el convenio respectivo tenga eficacia jurídica, debe indicar que al ser el matrimonio no un contrato sino una institución con efectos contractuales sí, pero también legales el convenio que establezca la suspensión del deber de cohabitación no tiene validez jurídica.”⁷³

Existen casos en que ambos cónyuges por desconocimiento realizan convenios sobre la suspensión de la obligación de cohabitación, por motivos diferentes en las cuales no quieren continuar con la convivencia, entonces al desconocer acuerdan ello sin saber que dicho documento no constituiría de relevancia jurídica.

Como el autor menciona no llegaría a constituir entonces ser válido el documento de convenio de suspensión de la obligación de cohabitación. Por lo que el abandono del hogar conyugal no es justificado por ese convenio y cualquiera de los cónyuges (el que este fuera del hogar conyugal) podría accionar la causal de abandono del hogar conyugal y por tanto ello perjudicaría al cónyuge culpable.

Sin embargo si este convenio acerca de la suspensión de la obligación de cohabitación fue de mutuo acuerdo ello tomara en cuenta el juez y para efectos del divorcio y sobre la indemnización, probablemente esta no sea dada ya que no habría un cónyuge perjudicado porque estarían de acuerdo ambos cónyuges.

En consecuencia, de los numerales de familia y matrimonio, estos son institutos naturales reconocidos por la Constitución Política del Perú en su art. 4° el cual a la letra establece “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.

⁷³ Ibídem p.150

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”

Por lo cual, son protegidos por el Estado ya que la familia es considerada como núcleo de la sociedad, y a su vez esta se forma del matrimonio; aunque en la actualidad existen muchas familias no originadas de un matrimonio, sino de uniones de hecho, es el Estado el encargado también de promover el matrimonio ya que se protegería la estabilidad de la familia en nuestra país, lo que consideramos de suma importancia.

3. EL DIVORCIO

3.1. DIVORCIO SANCIÓN Y DIVORCIO REMEDIO

A) DIVORCIO SANCIÓN

Se trata de un divorcio en la que constituye una causal, en la cual el cónyuge perjudicado por una de las conductas y/o acciones del otro sea el motivo por el cual desea divorciarse. Asimismo se constituirán un cónyuge culpable y otro inocente, ya que éste es quien sufre un daño debido a las acciones u omisiones realizadas por parte del otro cónyuge, las cuales se integraran a una causal que será alegada por el cónyuge inocente para obtener la disolución del vínculo matrimonial.

El divorcio sanción no se constituye como una sanción en sí, sino que en consecuencia de dicho divorcio se da una sanción al responsable de quien cause el rompimiento del matrimonio. Como sabemos antes no se aprobaba la idea del divorcio porque era contraria a la religión debido a que el ser humano contraía matrimonio para estar juntos “hasta que la muerte los separe” sin embargo esa idea cambio con el paso del tiempo y se aceptó el divorcio pero el culpable de la separación recibía una sanción. Como sabemos el matrimonio era considerado un contrato y como tal el incumplimiento debería traer consecuencias para quien lo incumpliera.

El Tercer Pleno Casatorio en Civil hace mención también a este tipo de divorcio y nos dice: “Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges – o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por

incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.”⁷⁴

El divorcio sanción como se señala es aquel en el cual se le atribuye un hecho doloso o culposo por el cual se deriva una responsabilidad a uno de los cónyuges siendo el otro cónyuge quien se ve afectado por dicha acción. Por esta irresponsabilidad de parte de uno de los cónyuges es que se le asignara al otro algún beneficio a su favor dando de esta manera una sanción para el culpable, debido a que deberá hacerse cargo de su responsabilidad reparando el daño causado al otro cónyuge.

B) DIVORCIO REMEDIO

El divorcio remedio como su nombre lo señala trata de un tipo de divorcio en la cual se tiene por objetivo el de prevenir un daño, este tipo de divorcio es considerado como una búsqueda de solución para, en este caso, dar por terminado el vínculo matrimonial entre cónyuges de manera que puedan llevar una buena relación como personas aunque ya no como pareja.

RAMOS NUÑEZ señala: “La consagración del divorcio-remedio, altera radicalmente el funcionamiento de la institución del divorcio y representa una idea del matrimonio y de la familia. Con este tipo de divorcio se deja de lado la persecución represiva (patentizada en la búsqueda de causales para demostrar la culpabilidad de su cónyuge, terminando de maltratar totalmente las deterioradas relaciones) y buscando demostrar, por el contrario que ambos son víctimas de una relación desafortunada.”⁷⁵

⁷⁴ Tercer Pleno Casatorio Civil (en línea) Documento visualizado en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES> Consulta 23-09-2016 p. 194

⁷⁵ Citado por UMPIRE NOGALES p. 80

Lo que hace en referencia el autor es que de esta manera ya no se buscaría un responsable en el término de la relación, es decir, en este tipo de divorcio no se constituye un cónyuge inocente ni un cónyuge culpable y tampoco se determina una sanción o beneficio para el cónyuge perjudicado. Por otro lado debido a ello se protegen las relaciones de la pareja lo cual no sucede en un divorcio sanción, debido a que no hubo daño de una hacia el otro cónyuge. Asimismo constituye un alivio para la relación conyugal ya desgastada y sin remedio.

PLACIDO VILCACHAGUA señala: “El divorcio remedio o por ruptura tiende solamente a no añadir males sobre males. En efecto, la ruptura del matrimonio ha tenido que producir amarguras, tristezas y humillaciones, tanto personales como sociales. Cualquier persona responsable que haya tenido un fracaso en una realidad tan íntima y tan personal como el matrimonio tiene que sentir una amargura profunda y, al mismo tiempo, tiene que sentirse triste, porque todos los fracasos producen en el hombre un sentimiento de tristeza...”⁷⁶

El divorcio es un proceso lleno de frustraciones en ambos cónyuges ya que no lograron mantener la relación eterna que anhelaron, ello porque nadie se casa para luego divorciarse sino con la convicción de que la relación sea duradera, por lo que ambos pasan por un periodo de aceptación y hasta resignación sobre su relación matrimonial, este proceso como mencionamos está cargado de sentimientos negativos y afecta la estabilidad emocional de la pareja. Este proceso puede ser diferente para todas las personas ya que será más fácil para la persona que se quiere divorciar mientras la que no desea divorciarse aún confía en la relación y por ello la carga emocional negativa será mayor.

PLACIDO VILCACHAGUA afirma: “Cuando el divorcio se plantea como una solución a matrimonios rotos, o sea, previa ruptura del matrimonio, y solo como una solución a esa ruptura, y no se trata de buscar el culpable o causante de esa ruptura, se trata de disminuir las amarguras, tristezas y humillaciones (...). El divorcio por ruptura busca solamente hacer constatar esa ruptura. Y sobre ella concede el divorcio para que “la cascara legal

⁷⁶ PLACIDO VILCACHAGUA P. 16

vacía” se disuelva dentro de la máxima equidad y de la mayor comprensión posible.”⁷⁷

Sin duda el divorcio remedio es el ideal para que parejas que tomen la decisión de divorciarse y sea en el mejor de los términos posibles para salvaguardar su relación como personas y como padres, sobre todo para ponerse de acuerdo con la tenencia o el régimen de visitas.

El Tercer Pleno Casatorio Civil se menciona: “Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar al divorcio remedio en:

A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (numerus clausus), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (numerus apertus).⁷⁸

El divorcio remedio refiere que una vez que la relación se convierta en irreparable para los cónyuges, lo adecuado por su bienestar psíquico y por el bien de sus hijos, si tuvieran, además que es la mejor salida para que ningún miembro de la familia pase por tormentosas etapas como cuando se trata de un divorcio por causa, sería conveniente optar por la separación convencional y divorcio ulterior.

Asimismo continuando con lo que se menciona en el Tercer Pleno Casatorio Civil se afirma: “La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial

⁷⁷ Ídem

⁷⁸ Tercer Pleno Casatorio Civil. p. 195

de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.”⁷⁹

En efecto, es importante resaltar que ello no propicia la intención de que el divorcio sea la salida más fácil a los conflictos conyugales, puesto que ello podría interpretarse de alguna manera para promover el divorcio. El divorcio remedio tiene como finalidad poner una solución a los conflictos matrimoniales irreparables que surge en una pareja disolviendo el vínculo matrimonial, porque la relación se ha convertido en irreparable e imposibilita a la pareja a retomar la vida conyugal. Entonces ante situaciones de conflicto conyugal el divorcio remedio pretende dar solución para el bienestar emocional de ambos cónyuges sin culpar a ninguno por la causa de la separación y disolución de la unión conyugal.

3.2. CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL

A) EL ADULTERIO

El adulterio está relacionado con la violación del deber de fidelidad, el incumplimiento de este deber origina el adulterio y éste a su vez se constituye una de las causales prescritas en el Código Civil.

PLACIDO VICACHAGUA señala que el adulterio “Se trata, por ello, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad (continencia sexual conyugal) recíproco que se deben los esposos.”⁸⁰ El adulterio se trata entonces del acto sexual con una persona que no es tu cónyuge en la cual se constituiría la violación de la fidelidad y respeto de los cónyuges.

De otro lado UMPIRE NOGALES menciona que el adulterio “deriva de la palabra latina alterius y torus que significa lecho de otro. Otros afirman que procede de adulterium derivada del verbo adulterare que significa seducir a una mujer casada, viciar o falsificar algo.”⁸¹

⁷⁹ Ibídem p. 196

⁸⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Ob Cit, p. 56

⁸¹ UMPIRE NOGALES.P. 107

BERMUDEZ TAPIA señala: “el adulterio implica el hecho de que uno de los cónyuges no cumplió su deber de fidelidad y tuvo relaciones sexuales con otra persona del sexo opuesto”⁸²

La causal de adulterio en consecuencia, hace referencia a mantener relaciones coitales u otros de índole sexual con una distinta persona al cónyuge, violando el deber de fidelidad y ocasionando un perjuicio al cónyuge afectado por dicha acción, lo cual podría alegar para efectos del divorcio.

Se debe tener en cuenta que el adulterio comprende también un daño psicológico que se produce en el cónyuge afectado ya que se ven vulnerados los derechos al honor, dignidad, reputación entre otros, debido a que se viola el deber de fidelidad de la pareja.

El autor UMPIRE NOGALES señala: “En un sentido amplio, el adulterio implica una violación del deber de fidelidad, comprensivo no solo de la fidelidad material sino de la moral.”⁸³ Asimismo CORNEJO CHAVEZ⁸⁴ hace mención que el adulterio sería un acto grosero por parte del otro cónyuge lo cual afecta y va en contra del matrimonio como institución y constituye una ofensa que se califica como grave frente al otro cónyuge.

El deber de fidelidad consistiría en el respeto que ambos cónyuges se tienen de cuidar sus cuerpos y guardarlos solo para ellos la doctrina cristiana entiende que al casarse el cuerpo de la mujer pertenece al marido y el cuerpo del marido a la mujer, es decir, ninguno puede ya disponer de su cuerpo independientemente porque a través de la figura del matrimonio ambos se convierten en una sola carne. (La Biblia 1era Corintios 7:4).

Si bien el adulterio se puede cometer por ambos cónyuges en la sociedad latinoamericana y sobre todo el Perú aun impera la desigualdad de género, en la cual los hombres son perdonados fácilmente en comparación con una infidelidad cometida por parte de una mujer, ello debido a que el esposo era quien tenía el deber de sostén de la familia por lo que la autoridad que ejercía era casi total sobre la esposa y sus hijos. En este sentido, el

⁸² BERMUDEZ TAPIA, Manuel. Divorcio y Separación de Cuerpos. Edición 2009). Editorial Grijley. Lima-Perú p. 30

⁸³ UMPIRE NOGALES Ob Cit. p. 110

⁸⁴ Citado por UMPIRE NOGALES. P.110

adulterio cometido por mujeres es más cuestionable y reprochable que el adulterio por parte de los varones, constituyéndose de esa manera una desigualdad de género.

CORNEJO CHAVEZ señala: “esta supuesta mayor irreprochabilidad moral de la mujer adúltera, no puede ser entendida de la misma manera en estas épocas, ya que en el caso del adulterio cometido por el varón también puede llevar a confusión de prole, como en el caso de que la amante sea casada. De aquí que la ley no haga distinción entre la falta del marido y de la mujer, a efecto de franquear a uno y otra, en su caso, la acción de separación.”⁸⁵

Sobre lo mencionado el juez deliberará si realmente se dio el adulterio motivo por el cual estaría fundada la pretensión del disolver el vínculo matrimonial sea hombre o mujer quien lo haya cometido, además cabe resaltar que el adulterio no es considerado un delito en nuestro país sin embargo, se constituye como una causal para la obtención del divorcio además de algunos beneficios para el cónyuge perjudicado.

De otro lado la Casación N° 2090-01 de la Corte Suprema señala: “Que, distinta es la causal de adulterio, pues la misma se funda en la violación de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objetivo, se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que produzca la disolución del vínculo matrimonial”⁸⁶

Al violar el deber de fidelidad a la cual se prometió la pareja al casarse ocasionaría una serie de daños en ambos cónyuges ya que, subjetivamente hablando se vulnera la confianza entre ambos y ello es importante en una relación, siendo que para la pareja será un proceso difícil si es deciden retomar la relación.

De otro lado UMPIRE NOGALES afirma que “para que exista adulterio es necesario que se quiebre la fidelidad sexual, no siendo suficiente la << infidelidad moral >>, que consiste en relaciones amicales o afectuosidad

⁸⁵ Citado por UMPIRE NOGALES p.111

⁸⁶ Casación N° 2090-01-Huanuco, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de justicia de la Republica, 13 de diciembre del 2001.

excesiva con tercero; del sexo opuesto, o el simple enamoramiento del cónyuge con persona extraña.”⁸⁷

El divorcio, como mencionamos anteriormente, es un proceso de aceptación por el cual pasan ambos cónyuges pero en casos de divorcio por causal es un cónyuge el cual se ve perjudicado por el incumplimiento de deberes o una conducta que pueda ser grave realizada por el otro cónyuge, ello conlleva a un daño psíquico que también está ligado a esta causal.

Para que se configure el adulterio son básicamente dos cosas que deben suceder que son el contacto carnal, que un cónyuge tiene con otra persona que no es su cónyuge, y la intención de cometer dicho acto, debido a que no se configura cuando no existe intención de la otra parte cuando por efecto de las drogas, alcohol y mediante otros medios se haya obligado a mantener trato sexual con una tercera persona.

El hecho de que la pareja siga haciendo vida en común luego de la infidelidad, es algo de impedirá proseguir la acción porque se entiende que se ha perdonado tal ofensa por lo que no procedería iniciar una acción cuando ya hubo un consentimiento casi tácito al perdonar.

Se entiende entonces que, al perdonar se consentiría el acto pero lo cierto y evidente es que ello causa un daño moral y psíquico a la otra parte y provoca un daño directamente a la relación de pareja de los cónyuges por lo que constituiría una causal del cual puede alegar el cónyuge afectado para el divorcio.

Por otro lado, el acto sexual extramatrimonial por uno de los cónyuges debe ser susceptible de probanza a lo que PLACIDO VILCACHAGUA nos menciona: “(...) Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre, por ejemplo, con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de este, la prueba del concubinato público, etc. En todo caso, si ellas no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el

⁸⁷ UMPIRE NOGALES p. 108

adulterio, las tendrán para configurar la causal de injuria grave, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso.”⁸⁸

Los medios probatorios cumplen un rol fundamental debido a que se encargan de acreditar los hechos en las cuales se funda la causal por lo mismo estos deben ser suficientes para que el juez pueda valorarlos y emita una decisión a favor. La prueba como sabemos tiene la finalidad la comprobación de un hecho, ello puede darse a través de diferentes elementos que ayuden a dicha comprobación podrían ser audios, documentos, fotos entre otros. En la actualidad con la tecnología al alcance de todos se hace muy fácil grabar o tomar fotos e inclusive los adúlteros pueden subir o colgar fotos en sus redes sociales.

Por su parte PERALTA ANDIA señala: “Con relación a la prueba del adulterio existen dos criterios: a) El de la prueba indirecta, en razón de que el ayuntamiento carnal suele realizarse a escondidas, sin que exista persona que pueda atestiguar tal hecho, de donde resulta que su comisión debe establecerse a través de indicios o presunciones; b) el de la prueba directa, ya que su probanza será posible a través de los medios probatorios establecidos en la ley procesal.”⁸⁹

Como bien hace mención el autor resulta difícil de recolectar medios probatorios ya que son hechos que se realizan a escondidas del otro cónyuge siendo que solo se puede llegar a saber porque el mismo cónyuge haya presenciado o visto el acto o cuando llegue a una sospecha y decida investigar, ya que no ocurre que el cónyuge adúltero termina confesando ese acto ofensivo.

Finalmente, con respecto a los plazos en los cuales la parte afectada, es decir el cónyuge inocente, debe accionar esta causal, ya que de no tomarlos en cuenta resultarían inclusive improcedentes por encontrarse señaladas en nuestro Código Civil a ello PLACIDO VICACHAGUA refiere: “De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por la causal de divorcio caduca a los seis meses de conocida la causa por el

⁸⁸ PLACIDO VILCACHAGUA, Ob Cit, p. 56

⁸⁹ Citado por UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p.113

cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida (artículo 339 del Código Civil)...”⁹⁰

En consecuencias podemos señalar que el adulterio es una manera de engaño hacia la otra persona en este caso su cónyuge, ello puede dañar irreparablemente la relación, si bien es algo subjetivo contribuye también a considerarlo para la determinación del monto indemnizatorio por daño moral, uno de sus efectos inmediatos del adulterio es el daño moral y/ o psíquico que se le causa al otro cónyuge por lo cual este debe en muchos casos recurrir a un psicólogo para superar este engaño y vivir una vida normal asimismo poder rehacer su vida.

B) VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA

Esta causal trata de la violencia ejercida sobre un cónyuge al otro y se puede dar de dos formas, primero la violencia física consiste en ocasionar a una persona un daño directo, es decir, atentar contra la integridad corporal de otra persona.

HINOSTROZA MINGUEZ refiere: “dicha causal consiste, pues, en los maltratos físicos o ataques en el estado anímico que sufre uno de los cónyuges (generalmente la mujer) por parte del otro. Tratándose de la violencia física, debe producirse el daño en la integridad física o corpórea del cónyuge afectado...”⁹¹

En efecto la violencia física actualmente se encuentra muy presente en el ámbito familiar sobre todo en el aspecto de las relaciones conyugales, es decir, violencia generalmente ejercida del esposo hacia la esposa, ello corroborado por la alta cantidad de denuncias de mujeres a sus parejas, por lo que es una causal para el divorcio que deberá ser accionado por el cónyuge inocente, siendo que al tramitarse un proceso de este tipo se dará una sentencia en favor del cónyuge agraviado, la cual constituirá un medio probatorio para acreditar la causal que se alega, además accesoriamente

⁹⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Ob Cit, p. 57

⁹¹ HINOSTROZA MINGUEZ Ob. Cit. p. 39

se fijará medidas de protección a la víctima así como una reparación civil, las cuales se establecen en la sentencia de violencia familiar.

De la misma manera existe la violencia psicológica la cual se trataría de un daño a la integridad psíquica de una persona que puede darse a través de insultos, trato denigrante, gritos constantes de manera que imposibilite una relación entre pareja. Asimismo ello podría traer como consecuencias traumas psicológicos para la víctima por lo cual podría necesitar tratamiento psicológico y/o psiquiátrico dependiendo de cada caso.

A su vez, PLACIDO VILCACHAGUA señala: “El daño psíquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo, de carácter patológico, del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconocida magnitud... El daño psicológico genera, por consiguiente, una alteración de la personalidad del cónyuge, de su manera de proyectarse en la familia y en sociedad.”⁹²

Cabe mencionar que la violencia psicológica en su mayoría de veces antecede a la violencia física por lo que, el médico legal dará conocimiento de los daños físicos de la víctima y el psicólogo forense hará un examen a la víctima para establecer el daño emocional causado por el agresor y si es necesario un tratamiento psiquiátrico. Sin embargo nos encontramos ante el panorama de una legislación, sobre violencia psicológica, que no ha sido suficientemente desarrollada, es decir, aun no se han establecidos grados de afectación específicos sino solo genéricos siendo que la violencia psicológica causada quede en su mayoría de veces impune y solo se convierta en una revisión accesoria a la violencia física causada.

Sobre la probanza de esta causal la sentencia sobre violencia familiar que pone fin al proceso constituye una fuente de real importancia para efectos de acreditar que realmente existió violencia hacia un cónyuge resolución que, además de garantizar el bienestar del cónyuge perjudicado, debido a que dicta medidas de protección entre otras disposiciones en la misma sentencia, ello puede ser utilizado como medio probatorio para alegar la causal de violencia física y psicológica, lo cual creara certeza en el juez acreditando debidamente la causal que alega el cónyuge perjudicado.

⁹² PLACIDO VILCACHAGUA, Ob Cit, p. 58

Asimismo en cuestiones probatorias el daño psíquico que recibe el cónyuge inocente resulta de muy difícil comprobación PLACIDO VILCACHAGUA menciona que: “En cuanto a la probanza del daño psíquico, debe considerarse que este puede provenir de un preexistente daño físico o puede, contrariamente, ser autónomo, es decir, que no reconozca, al menos en forma primitiva, la existencia de un daño orgánico...”⁹³.

Como mencionamos anteriormente el daño psicológico puede anteceder al físico, es decir, pueden a ver daños solo físicos, solo psicológicos así también los físicos y psicológicos; resulta necesario entonces que la persona afectada deberá manifestar el tipo de violencia que recibió para según eso se evalúen los medios probatorios en un proceso de violencia familiar; sin embargo para un proceso de divorcio y para alegar dicha causal el medio probatorio determinante será la sentencia sobre violencia familiar debido que en dicho proceso se evaluara la existencia o no de violencia.

Esta causal también se encuentra sustentada por el incumplimiento de deberes conyugales además de principios éticos y morales, debido a que ello sobrepasa límites de simples problemas maritales para convertirse en graves problemas conyugales porque se pone en riesgo la integridad de uno de los cónyuges, debido a que no puede justificarse la violencia. Asimismo se trasgreden las líneas del respeto que ambos cónyuges se deben tener así como la confianza puesto que, la víctima queda sometida por su agresor siendo que este sometimiento se basa en el miedo y temor.

En consecuencia, esta causal se basa en la necesidad que tienen ambos cónyuges de obtener el divorcio debido a graves problemas conyugales que comprenden la violencia física y psicológica, los cuales son perjudiciales para ambos, también teniendo en cuenta la salud física y mental de los cónyuges y en pro de su bienestar y el de sus hijos para que no convivan dentro de una familia conflictiva. Por tanto se fundamenta en el bienestar, velando también por la protección de la familia.

⁹³ Ibídem p. 58

Finalmente cabe señalar que a los seis meses caduca la acción para interponer demanda sobre esta causal, es decir, que luego de haber comprobado los hechos de violencia física o psicológica con una sentencia fundada, el cónyuge perjudicado debe accionar dentro de este plazo su demanda de divorcio alegando esta causal.

C) ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE

Esta causal trata de dar a conocer que se constituye un peligro la convivencia normal y común de los cónyuges, puesto que se comete una tentativa de homicidio contra uno de los cónyuges y por ello el cónyuge perjudicado solicitaría la disolución del vínculo matrimonial debido a que ya no es posible la convivencia y el retorno de la relación.

En efecto UMPIRE NOGALES menciona sobre esta causal: “Es el acto intencional doloso, que realiza un cónyuge contra el otro con el propósito de privarle la vida. Se entiende por atentado contra la vida del cónyuge a la tentativa de homicidio cometido por un cónyuge en agravio de su consorte, que torne peligrosa la vida en común.”⁹⁴ En este caso, resulta razonable que el cónyuge afectado solicite la separación y con ello la disolución del vínculo matrimonial al constituirse peligrosa su convivencia, todo ello debe ser debidamente probado evidentemente.

Por su lado, PLACIDO VILCACHAGUA señala: “Como la calificación de la tentativa, por el juez del divorcio, no está sujeta a previo juzgamiento en sede penal, se ha planteado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tentativa a los efectos del divorcio. Se ha sostenido que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio.”⁹⁵

El autor muestra la posibilidad de que aunque los actos no constituyan tentativa son preparatorios sean considerados para efectos del divorcio,

⁹⁴ UMPIRE NOGALES, Ob. Cit.p.122

⁹⁵ PLACIDO VILCACHAGUA, Ob. Cit. p. 59

consideramos que se deberá evaluar el grado de preparación del acto, puesto que la elaboración del plan que tenga por objetivo terminar con la vida de su cónyuge aunque no hubiese sido realizado, fue elaborado con precisión y con intención de ser realizado; sin embargo es un tema de difícil probanza pero consideramos debe ser tomado en cuenta por el juez como un medio probatorio, aunque no decisivo, y para efectos de la indemnización o adjudicación de bienes a favor del cónyuge perjudicado.

PLACIDO VILCACHAGUA menciona: “En sentido contrario, se ha dicho que si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de la causal que estudiamos, sin perjuicio de que los hechos configuren injurias graves.”⁹⁶

Para que exista atentado contra la vida del cónyuge hablamos directamente que debe de existir el grado de tentativa de homicidio contra uno de los cónyuges, sin embargo esta tentativa debe ser evaluada en todos sus aspectos y cumplir los formas, ya que de ser un accidente hablaríamos ya no de dolo sino de culpa por lo que la tentativa no tendría cabida porque en lo que se basa es en la intención.

Suponiendo un ejemplo que una persona lanza a otra de un tercer piso sin embargo la persona no se da cuenta que había un árbol por lo que, al caer la persona lo hace sobre el árbol y éste amortigua la caída de esta manera que solo causa lesiones en la víctima, pero como vemos la intención del autor del cuasi delito era evidente, aunque su propósito haya sido interrumpido por el árbol que allí se encontraba.

En consecuencia, un requisito importante es el dolo en la acción que se realiza en contra de la vida de un cónyuge, dicha acción debe ser dolosa, es decir, con intención y voluntad de dañar a la otra persona. La culpa en este ámbito quedaría fuera ya que constituye una acción que daña a la otra persona pero que no se quiso realizar, es decir, que no hubo intención por lo que sería un descuido de una de las partes que ocasionó un accidente en la cual el otro cónyuge se ve perjudicado.

⁹⁶ Ídem

La causal de atentado contra la vida del cónyuge refiere un peligro inminente sobre el cónyuge afectado por lo que es necesario la disolución del vínculo en vista de que es imposible continuar con la vida en común por ello HERNAN LARRAIN refiere: “lo más probable, lo casi seguro, es que persistirá en su propósito criminal y, de serle posible, lo llevara a cabo. En estas circunstancias la ley no puede obligar al cónyuge agraviado a continuar con la vida en común con su ofensor, sin poner en grave peligro la vida de aquel.”⁹⁷ Por tanto, de haber existido una intención de asesinar a su cónyuge y no se haya concretado por circunstancias ajenas a él, se considerara de igual manera la intención con la que se realiza una serie de actos que tenían por finalidad ultimar a su cónyuge.

Si bien para la existencia de un delito debe haber una acción ilícita y en el caso de tentativa una intención de acción debidamente comprobada, al haber una acción de atentar contra la vida de uno de los cónyuges hablamos de que hubo una intención de homicidio por lo que, hace imposible la vida en común ya que hablamos de exponer al peligro inminente a una persona, razón suficiente no solo para la separación de la pareja sino para solicitar la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges.

CABELLO MATAMALA refiere: “en este tipo de causal lo que fundamentalmente se sanciona es la intención deliberada de victimar al consorte, siendo su manifestación la que hace imposible y peligrosa la continuación de la vida en común y por lo tanto la que justifica la disolución del vínculo; de ahí que no se distinga entre tentativa desistida y tentativa impedida...”⁹⁸

En la causal que estudiamos es un factor importante que el cónyuge atente contra la vida, es decir, cuando quiera ponerle fin a la vida del otro cónyuge por diversas razones; por lo que, no basta la intención de dañar o causar lesiones leves o graves sino el que recurra a la violencia con el fin de asesinar a su pareja y que por motivos que escapan de sus manos no se

⁹⁷ Citado por CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia. Segunda Edición, septiembre 1999. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú Ob. Cit. P.137

⁹⁸ CABELLO MATAMALA. Ob. Cit. p. 140

lleve a cabo o por lo menos deberá acreditar la intención con medios probatorios que creen certeza en el juez.

La consumación en la totalidad de actos contra de la vida de uno de los cónyuges es la muerte, por lo cual se un cometería un homicidio, delito sancionado penalmente, pero cuando ello no ha podido llevarse a cabo la víctima sobreviviente a ese hecho podría no solo accionar legalmente en vía penal sino que, accesoriamente puede pedir el divorcio invocando esta causal además de una indemnización y lo que confiera la ley.

Asimismo CABELLO MATAMALA manifiesta: "...La voluntad de querer producir el daño y determinar psicológicamente a otro para que lo ejecute, es tan poderosa, que el repudio y temor que nacerán, impedirán cualquier deseo de convivencia por parte de la víctima, justificándose la procedencia de un divorcio"⁹⁹

Esta causal se justifica en la imposibilidad de hacer la vida en común de los cónyuges por el grado de violencia y por una tentativa de homicidio, suficiente razón por la cual el juez podría disolver el vínculo matrimonial para salvaguardar la vida y el bienestar físico y psicológico del cónyuge agraviado. Además debe considerarse también el solo hecho de haber planeado ultimar a su cónyuge produce cierto desconcierto y desconfianza en el cónyuge para la continuidad normal de la convivencia, puesto que no es lógico convivir con tu cuasi homicida, por lo que deberá evaluarse psicológicamente a ambos cónyuges para asegurar una sana convivencia por el bienestar de ambos por lo que el juez deberá evaluar la situación de ambos y en procura de su bienestar concluir con la separación de los cónyuges.

Por ultimo debemos señalar que el tiempo para invocar esta causal es limitado siendo de seis meses, ya que luego del plazo causaría incierto y su tarde accionar podría suponer un desinterés de la parte, por lo que en estos casos es preferible que el accionar de la otra parte sea en un plazo oportuno además de presentar las pruebas pertinentes que causen certeza en el juez.

⁹⁹ Ibídem p. 142

D) INJURIA GRAVE

Esta causal hace referencia a las ofensas de un cónyuge al otro cónyuge, éstas pueden consistir en insultos, vituperios, conductas y otros que dañan el honor y/o dignidad de la persona, como bien sabemos nuestra constitución protegen estos derechos, por lo que al mismo tiempo constituiría una causal más para iniciar un proceso de divorcio.

PLACIDO VILCACHAGUA menciona: “Puede consistir en actitudes, palabras, conductas que, en general, importan agraviar a uno de los cónyuges. Pueden provenir del otro esposo o de un tercero, consintiéndolo aquel. Pueden referirse a la persona de uno de los esposos, a su familia, o a sus costumbres, a su forma de ser y de sentir...”¹⁰⁰ También comprende ofensas, humillaciones, maltratos, entre otros que son proferidas frente a familiares o terceros ajenos a la relación y a la familia.

Asimismo CABELLO MATAMALA manifiesta: “la ofensa inferida al cónyuge es susceptible de estar contenida en palabras, pronunciadas en forma verbal o escrita, gestos, conductas, e incluso actitud, que denote un ultraje, representando para el consorte un profundo vejamen hacia sus personalidad y dignidad.”¹⁰¹

La injuria grave también viola uno de los derechos básicos de los cónyuges que vendría a ser el de respeto mutuo, un cónyuge no puede atentar contra la dignidad o honor de su cónyuge así como no puede someterla a insultos o amenazas que puedan atentar contra su integridad física y/o psicológica. Asimismo comprende cualquier amenaza de golpes o incluso de muerte, es decir, cualquier forma de conducta que vaya en contra de los deberes matrimoniales y además toda falta de respeto entre ellos.

Estas injurias para que sean consideradas como una causal de divorcio deben ser graves además de continuas, es decir que afecten el honor, dignidad, autoestima o con insultos a una persona e incluso con

¹⁰⁰ PLACIDO VILCACHAGUA Ob. Cit. p.60

¹⁰¹ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. p. 144

repercusiones en la salud y otros ámbitos, ello tiene que ser a tal grado de no poder seguir realizando vida en común por ser imposible, sin embargo cuando instituímos como una causal es importante determinar si realmente existe dicha causal y mediante los medios probatorios presentados causar certeza en el juez sobre los hechos.

La intencionalidad en la injuria como señala LARRAIN RIOS: “debe ser consciente y voluntaria, el ofensor ha de tener la intención de maltratar moralmente a su cónyuge, siendo sus palabras o actos, reflejos del profundo desprecio que sienta al inferirlas a aquel...”¹⁰²

El dolo de causar daño a uno de los cónyuges a través de insultos calumnias ofensas y entre otros, es un factor importante ya que en caso de que dichas ofensas se produzcan en estado de ebriedad como sabemos, son hasta cierto grado inimputables, por no estar conscientes del todo de su accionar, por tanto no serían consideradas dentro de las injurias graves las proferidas en dicho estado.

Cuando las ofensas vienen de las dos partes por motivos familiares y entre otros temas de discusión, en la cual ambos se increpan insultos u otras afrentas, difícilmente creara certeza en el juez porque las ofensas deben ser más de un lado que del otro estableciendo así una relación de culpable e inocente entre los cónyuges.

En efecto, CABELLO MATAMALA afirma: “El elemento gravedad en la causal de injuria es sustancial, por ser el que legitima la imposibilidad del cónyuge agraviado de reanudar su vida conyugal. A los tribunales de justicia les corresponde apreciarla, ameritando si se hace justificable o no la disolución del vínculo.”¹⁰³

Como hace referencia no solo se debe invocar esta causal por ofensas simples sino que debe ser comprobada la gravedad de la injuria y no son consideradas las que se dan producto de sus cotidianos y hasta cierto punto normales discusiones maritales, además dichas ofensas deben ser constantes puesto que solo una ofensa no bastara para crear certeza en

¹⁰² Citado por CABELLO MATAMALA P. 145

¹⁰³ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. p. 147

el juez y en procura del bienestar de la familia opte por la disolución del vínculo matrimonial.

En conclusión la injuria grave como causal comprendería amenazas constantes y/o humillaciones constantes que se produzcan en la calle o reuniones familiares, e incluso cuando se acusa sobre un delito delante de terceros, en esos casos la relación se ve muy deteriorada por lo cual en ello es que se sustenta esta causal para que la convivencia de la pareja no sea una obligación por el solo hecho de estar casado sino una convivencia sana y velando por el bienestar de los mismos cónyuges y de sus hijos si tuvieran.

E) ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL

El abandono injustificado es la quinta causal que establece el código Civil Vigente y hace referencia a dejar en desamparo a alguien o algo que requiere cuidado o atención, la palabra injustificado hace referencia a que el accionar no está excusado por ningún motivo, es decir, o hay justificación en el accionar y sobre la casa conyugal veremos más adelante.

Sobre el hogar conyugal CABELLO MATAMALA menciona: “El hogar conyugal ha de ser entonces una morada, que como base material sirva de centro en el cual los cónyuges ha de ejercer sus derechos y cumplir las obligaciones que se deben recíprocamente. En consecuencia, el apartamentito de la casa común será abandono y por lo tanto causal de divorcio, siempre que no medien motivos que lo hagan justificable.”¹⁰⁴

Como vemos en esta causal necesariamente veremos a un cónyuge inocente y a otro culpable, el inocente es quien se verá perjudicado por el abandono injustificado del hogar conyugal, ya que este sufrirá consecuencias sobre todo económicas, debido a que se hará cargo de los hijos y los demás gastos del hogar por lo que causara un perjuicio siendo que el abandono generalmente se produce sin un aviso previo.

¹⁰⁴ Ibídem p. 195

Por otro lado el cónyuge culpable será quien abandone injustificadamente el hogar conyugal, incumpliendo los deberes conyugales, este perjuicio que causare al otro cónyuge deberá ser tomado en cuenta para efectos de establecer un monto de indemnización a favor del cónyuge inocente.

Uno de los deberes de los cónyuges es hacer vida en común, es decir, el de vivir armoniosamente en un hogar con los demás miembros de la familia. Si alguno de los cónyuges se fuera sin razón o motivo conocido del hogar que se estableció para la convivencia marital incurre en una falta, ya que se produciría un abandono injustificado el mismo que podría ser alegado por el cónyuge abandonado como causal de un divorcio.

De otro lado CABELLO MATAMALA menciona: "Para que el abandono sufrido por uno de los cónyuges sea causa de divorcio deben concurrir tres elementos:

- La separación material del hogar conyugal.
- La intención deliberada de poner fin a la comunidad de vida matrimonial.
- El cumplimiento de un plazo legal mínimo de abandono."¹⁰⁵

Estos tres elementos son los que se deben tomar en cuenta antes de invocar esta causal. El primer elemento que es la separación material del hogar conyugal tenemos que el cónyuge, que abandona el hogar conyugal, tiene que salir, es decir, no estar más presente en el hogar conyugal, se entiende que el cónyuge culpable debe irse del hogar para no regresar o que se presuma esa conducta.

La intención deliberada hacer referencia a que dicha conducta debe querer como consecuencia la separación y / o conclusión de la relación matrimonial, que exista el intención de no querer volver a hacer vida en común con el otro cónyuge. Asimismo el cónyuge que abandone debe de hacerlo dentro de un plazo mayor a los dos años continuos.

De otro lado PLACIDO VILCACHAGUA menciona: "Para su configuración el demandante deberá actuar: a) la prueba de la existencia domicilio conyugal constituido; y, b) la prueba del alejamiento unilateral del domicilio

¹⁰⁵ Ibidem P.183

conyugal constituido, por un periodo mayor de dos años continuos o alternados; resultando necesario, además de invocar no haber dado motivos para ese alejamiento unilateral, acreditar el cumplimiento de los deberes-derechos paterno-filiales para con los hijos...”¹⁰⁶

Vemos que el autor señala que además se debe probar la existencia de un hogar conyugal, podemos decir que el hogar conyugal está referido al espacio físico que ocupan los cónyuges para realizar una vida en común, evidentemente este espacio físico podría ser un departamento, una casa, un cuarto que alquilan, u otro lugar que ellos consideren como su domicilio; además que como mencionamos no debe haber causa que justifique el abandono, es decir, si el demandado acredita que salió por un trabajo fuera del país o en caso de enfermedad no habrá abandono siempre que lo justifique debidamente.

VARSÍ ROSPIGLIOSI refiere que: “quien ha hecho abandono tendrá a su cargo probar las causas que lo justifican. Para que el abandono se configure como causal no debe haberse producido por razones justificadas”¹⁰⁷

Como mencionamos no solo es necesario el abandono sin causa aparente sino que para invocar esta causal se debe adjuntar toda prueba que acredite que realmente hubo un alejamiento injustificado del hogar conyugal por parte del otro cónyuge constituyéndose así dos partes que son el cónyuge inocente y el cónyuge culpable, en este caso culpable por el abandono injustificado.

El cónyuge no puede entonces solo invocar esta causal sino probarla de manera que cause certeza en el juez así como no podrá alegar abandono porque el cónyuge salió de viaje por motivos de trabajo, o motivos familiares, o de enfermedad y mucho menos en caso de violencia familiar así también cuando uno de los cónyuges es expulsado por lo que abandona el hogar conyugal pero por exigencia del otro cónyuge por lo que se entiende que no fue por voluntad propia.

¹⁰⁶ PLACIDO VILCACHAGUA Ob. Cit. P.63

¹⁰⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia Tomo II Matrimonio y Uniones Estables, Editorial Gaceta Jurídica Edición 2011. Lima, Perú. p. 343

La causal de abandono injustificado podría confundirse con la separación de hecho y los autores antes mencionados hacen una diferenciación importante. Si bien la causal de separación de hecho puede invocarse unilateral o bilateral y puede o no haber un cónyuge culpable, en el caso de abandono injustificado necesariamente vemos la presencia de un cónyuge culpable y un cónyuge inocente, y va a existir un cónyuge que es perjudicado por el abandono injustificado del otro cónyuge.

Una aclaración es la que señala la Casación N° 1518-2006, Lima Sala Civil Transitoria, 06/03/2007 en la cual menciona: “Si bien el abandono y la separación de hecho, se sustentan en los mismos hechos se diferencian en que en el primero se analiza, es si el abandono del hogar fue o no justificado, mientras que en el segundo básicamente lo que se examina es el elemento temporal”¹⁰⁸

En consecuencia, en el abandono el factor importante o relevante es, si el abandono al hogar conyugal sea o no justificado, mientras que en la separación de hecho lo que prima es el tiempo de separación, que la ley señala que son dos años en el Código Civil Vigente, además se señala que ese lapso de tiempo debe ser ininterrumpido.

Por otro lado, el abandono injustificado debe ser acreditado, el hecho de que exista realmente una acción de salir del hogar conyugal sin ninguna razón que pudiera justificar dicha acción deberá ser demostrado a través de medios probatorios como por ejemplo una denuncia de abandono, constancias policiales y otros, además deberá existir el dolo para tratar de disolver la relación matrimonial, por lo que no debería haber una razón justificable o que haya sido producto de una discusión de ambos entre otras cosas.

En consecuencia, no se configurara causal cuando el supuesto abandono tenga justas razones, por lo que si se abandonare la casa por motivos de salud, violencia física entre otros, sería conveniente que el cónyuge deje una constancia que no está abandonando el hogar conyugal sino que lo hace para proteger su integridad debido a los constantes maltratos y violencia que vive, sobre todos para efectos de que el otro cónyuge no

¹⁰⁸ Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. p. 343

invoque esta causal en su contra y se deje constancia de que su accionar fue justificado.

F) CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMUN

Una conducta deshonrosa debe tratarse de una acción que va en contra del honor de la persona, que afecta su ámbito moral y el respeto a su dignidad. Esta causal comprende a todas aquellas conductas deshonrosas realizadas por uno de los cónyuges hacia el otro, afectando el honor y dignidad de éste, debido a que se violan los deberes conyugales como el honrar al otro cónyuge y hacerlo mutuamente por ello el cónyuge perjudicado con conductas deshonrosas por el otro puede invocar esta causal.

CABELLO MATAMALA manifiesta: “La causal supone una secuencia de actos deshonestos, que afectando la personalidad del otro cónyuge causan en él un profundo agravio, que se verá ahondado con el escándalo público que por lo general conllevan, perjudicando profundamente la integridad y dignidad de la familia.”¹⁰⁹

Como vemos el comportamiento no solo se refiere a una acción o un solo acto que realice el otro cónyuge sino una serie de acciones y que estas sean continuas y/ o repetitivas, es decir, el cónyuge que alega esta causal debe probar que el accionar del cónyuge que está causando ese perjuicio está actuando de manera repetitiva respecto de esos actos deshonrosos.

El honor, la inmoralidad, el decoro entre otros, pueden ser a veces tratados como términos muy subjetivos pero estos sin duda afectan psicológicamente a cada persona de manera distinta, las épocas también varían, es decir, se debe tomar en cuenta el contexto en el que se desarrolla y las costumbres de cada persona, una persona en la selva puede caminar casi descubierta de prendas en su pueblo, sin sentir ningún tipo de incomodidad u otra reacción porque le parece normal y, si

¹⁰⁹ CABELLO Ob. Cit. P.250

esa mujer llegara a la ciudad ello sería mal visto por su pareja ya que las costumbres son diferentes, aunque a ella le pareciera normal y hasta cómodo.

Los actos que resulten deshonorosos deben ser evaluados así como tomar en cuenta las costumbres y el contexto en que se desarrolló la persona que comete dichos actos contra el decoro, siendo que estos actos deben afectar directamente al otro cónyuge.

PLACIDO VILCACHAGUA menciona: "...debe apreciarse que concurren los dos extremos que establece la ley: si la conducta del cónyuge demandado es realmente deshonorosa, y si en efecto torna insoportable la convivencia; no siendo necesario requerir la "vida común" como condición de la misma."¹¹⁰

Son apreciables dos conductas para que se configure la causal de un lado la realización de una conducta deshonorosa y de otro que dicha conducta haga que la convivencia sea insoportable hasta tal punto que uno de los cónyuges quiera disolver el vínculo matrimonial.

Siguiendo con el mismo autor este afirma: "Así, se considera que configura esta causal el dedicarse a la prostitución, al proxenetismo, a la delincuencia, a la comercialización de drogas, al despilfarro de bienes del matrimonio afectando la armónica convivencia, la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad menor a dos años, etc."¹¹¹

Las situaciones de una conducta deshonorosa pueden ser también la vagancia del cónyuge, el adulterio, drogadicción, la prostitución entre otras situaciones que se den entre la pareja, lo cual hace insoportable la vida en común como pareja. Como hemos visto existen muchas otras situaciones que podrían ser causal para alegar esta conducta deshonorosa y así invocar esta causal de divorcio.

De otro lado, ampliando lo ya mencionado para la configuración de la causal VARSÍ ROSPIGLIOSI¹¹² alude que existen dos elementos que son importantes una es la "compuesta de actos deshonestos", que

¹¹⁰ PLACIDO VILCACHAGUA Ob. Cit. p. 63

¹¹¹ *Ibidem* p. 64

¹¹² VARSÍ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. p.343

constituyen las acciones realizadas por uno de los cónyuges que afecten el honor, la moral entre otros, directamente a uno de los cónyuges por la cual resulta imposible volver a realizar vida en común. Asimismo señala que “implica una práctica habitual, una secuencia y continuidad” ya que definiendo el término conducta tenemos que esta hace referencia a la manera de actuar comúnmente de una persona, un comportamiento habitual, ello quiere decir que serían varias acciones parecidas, en este caso que constituyan deshonra en el otro cónyuge y por tanto lo afecten.

CABELLO MATAMALA menciona con respecto a tornar insoportable la vida matrimonial: “Este elemento es de suma importancia, porque no basta la incorrección de la conducta de un cónyuge, sino que aquella debe producir sus nocivos efectos en el otro consorte, generando una afrenta permanente que vuelva intolerable el continuar viviendo juntos”¹¹³

La palabra utilizada es insoportable y tiene que ver con el término inaguantable, es decir, no puede permitirse para una persona ese tiempo de conducta, necesariamente ese conjunto de actos deshonrosos deben ser insoportable para el otro cónyuge ya sea porque le cause perjuicio o le afecte de alguna manera en su ámbito personal, familiar, laboral entre otros.

Como bien menciona en autor la conducta deshonrosa es el comportamiento que atenta contra el honor del otro cónyuge, o inclusive con su propia reputación pero que afecte al otro cónyuge, por lo que importaría una falta de cumplimiento con sus deberes maritales con respecto al respeto mutuo.

CABELLO MATAMALA refiere: “Es sustancial apreciar el grado de agravio que sufre el cónyuge inocente por el comportamiento del otro. (...), se podrá observar que a pesar de que la conducta de la cónyuge es públicamente liberal, está por ser propia de su carrera artística y conocida por su esposo desde antes que contrajeran matrimonio, no da lugar a la procedencia de la conducta deshonrosa como causal de divorcio.”¹¹⁴

¹¹³ CABELLO MATAMALA Ob Cit. p. 253

¹¹⁴ Ibídem p.254

Con respecto al grado de afectación que sufre el cónyuge perjudicado con estas acciones deshonrosas, se podría practicar una pericia psicológica al cónyuge afectado y de esta manera ayudar a determinar el grado de daño emocional, con respecto al daño hay que tener presente que este no solo puede ser psicológico sino también económico debido a que aquellas conductas realizadas por uno de los cónyuges ocasionó que no se llevara a cabo una inversión, un contrato compraventa entre otros, ello debe evidentemente estar acreditado con pruebas que puedan dar credibilidad que además fue una afectación económica.

Lo complicado de esta causal es recaudar medios probatorios que constituyan certeza en el juez, además que cuando hablamos de una conducta deshonrosa hablamos de un término muy subjetivo, sin embargo así como mencionamos anteriormente la evaluación psicológica es un medio probatorio que no podrá faltar, así como si existiera afectación económica como en el ejemplo anterior sería de vital importancia para establecer un monto de indemnización a favor del cónyuge inocente.

Si realizamos una comparación tenemos parecidos supuestos que la ley señala en cuanto a las causales de injuria grave y conducta deshonrosa ya que en ambas causales las acciones deben hacer insostenible la vida en común, y acreditar porque resultaría imposible continuar o reanudar la convivencia de pareja entre ambos cónyuges.

VARSÌ ROSPIGLIOSI hace mención: "La injuria (causal directa) difiere conceptualmente de la conducta deshonrosa (causal indirecta). La injuria implica un acto grave y dirigido. La conducta deshonrosa no apunta al acto, sino a las consecuencias de este"¹¹⁵

Este autor hace una diferencia importante entre ambas causales ya que si bien la injuria se realiza hacia el otro cónyuge directamente por lo cual evidentemente lo afecta, sin embargo la conducta deshonrosa es indirecta porque las consecuencias de esos actos realizados afectan a la pareja, a ambos porque son cónyuges, por tanto lo que haga uno de los cónyuges repercute sobre la reputación y honor del otro.

¹¹⁵ VARSÌ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. p. 344

Continuando con el autor explica que: “La conducta deshonrosa lleva implícita una injuria grave. Algunas conductas de carácter grave que hagan imposible la vida en común pueden ser incorporadas dentro de estos conceptos materia de causal. La premisa es que existen situaciones que, sin ser deshonrosas, son de naturaleza grave que imposibilitan la vida conyugal dándose la necesidad de ser más implícitos. Sin llegar a considerar expresamente los asuntos singulares.”¹¹⁶ (sic)

La conducta deshonrosa podría constituirse también una injuria grave pero como mencionamos anteriormente estas se separan en virtud de que pueden afectar directa o indirectamente, así decimos que estas causales son muy similares pero no iguales en su totalidad por lo que resulto conveniente para el legislador poder establecerlas por separado.

Para finalizar el honor es un derecho que protege la constitución por lo que aunque afecte indirectamente, está protegido constitucionalmente, y es un término que tendría un mismo efecto en casi todas las persona, ello no pasaría con la injuria grave ya que esta dependería de las circunstancias y el grado de educación de cada persona, un insulto puede ser más ofensivo a una persona que a otra, sin embargo el honor es afectado de manera genérica, es decir a todos, además como señalamos la constitución da vital importancia a este derecho que no puede ser afectado deliberadamente.

G) USO HABITUAL E INJUSTIFICADO DE DROGAS ALUCINOGENAS O DE SUSTANCIAS QUE PUEDAN GENERAR TOXICOMANIA

Esta causal es la séptima de la lista de causales que establece el Código Civil en su artículo 333°, comprende al como su nombre lo menciona el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía por parte de uno de los cónyuges, lo cual afectaría en gran manera la normal convivencia de la pareja.

¹¹⁶ Ibídem p. 345

VARSI ROSPIGLIOSI menciona: “Esta causal está referida al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. Se trata de una dependencia crónica a sustancias psicoafectivas como los estupefacientes, psicotrópicos, psicodislépticos e inhalantes volátiles. Para un sector de la doctrina también se considera alcoholismo”¹¹⁷

Nos referimos a la dependencia de drogas o de sustancias que generen dependencia, así es que también está considerado el alcoholismo ya que este también causa dependencia en casos severos. Toda vez que un cónyuge sufra esa dependencia afecta la relación de pareja porque si no consume dichas sustancias crearan en él una conducta que podría ser violenta en muchos de los casos.

CABELLO MATAMALA menciona: “La toxicomanía es definida como el hábito patológico de intoxicare, mediante la absorción de determinadas sustancias, sin motivos terapéuticos, convirtiéndose en una necesidad irresistible, caracterizada por reacciones de acostumbramiento, de dependencia psíquica y fisiológica, que generan en el individuo lesiones físico-mentales de carácter irreversible”¹¹⁸

Cabe mencionar que estas drogas o sustancias no tienen una finalidad terapéutica puesto que generan dependencia por lo que no son usadas para tales fines, sino que además generalmente todas ellas son ilícitas, debido a que se encuentra prohibida su venta, siendo así que se constituye un delito el venderlas así como el de poseerlas puesto que su comercialización resulta ilegal.

Esta causal tiene su base en que el consumo habitual de dichas sustancias es perjudicial no solo para quien las ingiere, ya que la persona se hace un daño físico y es propenso a este, ya que podría sufrir una sobredosis.

Por otro lado PLACIDO VILCACHAGUA expresa: “Desde el punto de vista médico-legal, la drogadicción es una afección que conduce a situaciones de inimputabilidad derivada de estados persistentes que, aunque no fueren psicóticos, denotan deterioros graves de las funciones volitivas e

¹¹⁷ Ídem

¹¹⁸ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. p.276

intelectivas del enfermo. Para su consideración como causal de divorcio, esa afección debe hacer imposible la vida en común.”¹¹⁹

Por la dependencia a dichas drogas y sustancias se podría violentar al otro cónyuge física o psicológicamente, cuando resultan estar bajo efectos de esas sustancias y en vista de que son inimputables ante la ley los hace más peligroso ya que ante cualquier acción podrían justificarla porque no actuó consciente de sus actos, lo que resultara muy arriesgado para las personas que estén alrededor de quien es dependiente, en este caso el cónyuge y evidentemente los hijos quedarían expuestos de la misma manera, si hubieren.

Así lo explica PLACIDO VILCACHAGUA menciona: “...De ahí que se considere que clínicamente la droga dependencia constituya en si misma personalidades anormales patológicas que, aunque no se califiquen de psicóticas, provocan desviaciones de conducta y peligrosidad socio-ambiental, proclividad al delito, y culminan en formas de demencia...”¹²⁰

Asimismo UMPIRE NOGALES afirma: “Los adictos a estimulantes presentan una aceleración del metabolismo, hipersensibilidad, movimientos bruscos y exagerados. Presentando una sensación de fuerza y agilidad que dura pocas horas, luego sobreviene el agotamiento tanto físico como mental, con presencia de pesadez corporal, tembladera, transpiración y frío”.¹²¹

Esta causal se fundamenta en la evidente necesidad de disolver el vínculo, porque se pone en riesgo al cónyuge por la violencia latente que podría sufrir no solo sería una afectación emocional para la pareja sino también económica, porque el cónyuge dependiente daría prioridad el comprar dichas sustancias que causan sus dependencia que otras necesidades que requiera el hogar. Por otro lado hay que evaluar también la posibilidad de que pueda inducir al otro cónyuge a la dependencia de aquellas sustancias, por lo que se constituiría un peligro para el otro cónyuge, ello debe ser valorado por el juez.

¹¹⁹ PLACIDO VILCACHAGUA Ob. Cit. p. 66

¹²⁰ *Ibidem* p.66

¹²¹ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. 141

CABELLO manifiesta: “Los caracteres de este singular mal son los que justifican por si solos la existencia de dicha causal, debido al grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas en forma habitual, generándose consecuencias muy dramáticas, tanto en relación a la prole enferma que pudiera concebirse, como en cuanto al cónyuge inocente...”¹²² Como menciona la autora es ya conocido que el consumo de dichas sustancias podría ser perjudicial para la prole, siendo que podrían causar diferentes síndromes y anomalías en los hijos de la pareja, debido a ello es que la ley la establece como causal en protección de toda la familia y su futura descendencia.

De otro lado, VARSÌ ROSPIGLIOSI menciona: “los elementos que se deben de presentar para la configuración de esta causal son los siguientes:

- Habitualidad en el uso.
- Tienen que ser (i) drogas alucinógenas o, (ii) sustancias que puedan generar toxicomanía. Se discute si el cigarrillo o el café pueden ser incorporados en esta causal. La respuesta sería afirmativas a si llegan al grado de toxicomanía.
- Que el consumo sea injustificado, es decir, no procede en los casos que sea medicada.”¹²³

A continuación analizaremos cada uno de los elementos que establece el autor antes mencionado el habitual uso hace referencia a que el consumo de estas sustancias que causan dependencia son continuas, por lo mismo que los consumidores y en este caso uno de los cónyuges es dependiente y se le puede llamar consumidor habitual de estas sustancias.

Otro elemento sería el consumo injustificado, es decir, la dependencia, que podría ser considerada como una enfermedad ya que se requiere de todo un tratamiento para poder hacerle frente a ese problema.

CABELLO MATAMALA menciona: “(...), su uso debe ser siempre injustificado, con el propósito de tener placer y sensaciones diversas, de lo contrario, si su ingestión se produce por razones terapéuticas o por prescripción médica, no daría mérito a la causal, que si bien busca amparar

¹²² CABELLO Ob. Cit. p. 277

¹²³ VARSÌ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. p. 345

al consorte inocente, no por ello deja de sancionar al que deliberadamente y en forma inmotivada adquirió este problema.”¹²⁴

Esta causal como ya mencionamos tiene la finalidad de proteger a la familia, previniendo que sucedan actos de violencia, sea física o psicológica, así como la prevención de una prole con enfermedades o síndromes producto del exceso de estas sustancias que afectan el desarrollo normal de un nuevo ser.

La dependencia entonces es otro factor importante porque es debido a este que la persona se va a ver controlada por la necesidad de consumir dichas sustancias que son perjudiciales para su cuerpo afectando considerablemente su estado de consciencia.

Continuando con la autora antes menciona esta manifiesta “Las dolencias que requieran para su tratamiento, el uso permanente de cierto tipo de sustancias para controlar el dolor u otras aflicciones, eximen de culpa a aquel que las emplea.”¹²⁵

El uso que se justifica es el que la ley establece cuando son para uso medicinal, es decir, debidamente recetados y en dosis proporcionales a las cuales propuso el médico. En algunos casos como sabemos la marihuana es aprobada como consumo medicinal pero esta debe ser según receta del médico, no podrá alegar entonces que su consumo sea legal cuando se excede de las dosis recetadas.

Existen algunas discrepancias con respecto a esta causal VARSÍ ROSPIGLIOSI señala: “Algunos consideran esta causal como injusta, en razón que por el deber de asistencia el cónyuge llevado al vicio debe ser atendido, cuidado y socorrido.”¹²⁶

Esto hace referencia que se estaría violando uno de los deberes conyugales que se deben entre ambos cónyuges que sería el de asistencia, si bien uno de ellos estaría en estado de dependencia es deber del otro de asistirlo pero consideramos que hasta cierto momento, ya que no sería lógico que permaneciera al lado del cónyuge dependiente de esas

¹²⁴ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. P.278

¹²⁵ Ídem

¹²⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. p, 346

sustancias ya que sería peligroso, y pondría su vida en peligro y la de sus hijos.

Entonces se trata de abandono? Podríamos hacernos esta pregunta pero a su vez surge otra, deberíamos seguir asistiendo a nuestro cónyuge si pasara por ello? Creo que la pregunta correcta sería hasta qué punto podría ayudar a mi pareja y hasta que otro podría solicitar la separación y por ende la disolución del vínculo matrimonial? Pues aunque no es sencillo de responder y depende mucho de cada persona, puesto que no se puede obligar a una persona a que permanezca al lado del cónyuge dependiente, ya que si ésta considera que no quiere permanecer más a su lado es por un motivo de seguridad para ella y para sus hijos.

Sin embargo ha de suponerse que al realizar una vida en común y haberse unido en matrimonio hablamos de personas que no son ajenas las unas con las otras por lo que, se entendería que cuando una persona decide disolver el vínculo matrimonial ha agotado los recursos para salvar a su cónyuge de la dependencia y seguir realizando una vida en común, ya que el divorcio no es algo que se tome deliberadamente. Por ello es necesario que esto sea tomado en consideración por el juez para efectos de evaluar la acción de ambos cónyuges ya que uno de los cónyuges podría alegarla suspensión del deber de cohabitación.

Hay que resaltar también que es cualquier dependencia a cierta sustancia que la podría causar, como el café y entre otros. Para efectos probatorios se debe tener una prueba toxicológica del demandado para comprobar que ingiere dichas sustancias así como si el otro cónyuge fue víctima de violencia podrá también anexar las denuncias correspondientes y de esta manera crear certeza en el juez de que no es conveniente que continúen realizando vida en común. De otro lado, siempre que subsistan dichos hechos se podrá solicitar el divorcio por esta causal.

H) LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISION SEXUAL CONTRAIDA DESPUES DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

Esta causal se sustenta en la separación de una pareja en la cual uno de los cónyuges contrae una enfermedad venérea (por transmisión sexual) y contagia al otro cónyuge perjudicándolo gravemente. Hay que tener en cuenta que la enfermedad que se contagia es grave por lo que al contagiarse el otro cónyuge está destinado a vivir también con una enfermedad grave, es decir, podría ser una enfermedad mortal o de tratamientos constantes de por vida.

VARSÍ ROSPIGLOSI afirma: “Es aquella causal sustentada en enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. Las enfermedades, según el tipo, implicaran un estado biológico con consecuencias jurídicas que el derecho de manera regula de manera particular con el fin de proteger a la familia.”¹²⁷

Además de la afectación directa al cónyuge también podría afectar a los hijos lo cual también los perjudicaría, y en caso que no tuvieran hijos no deberían tener descendencia ya que hablamos de enfermedad graves de trasmisión por lo que el Estado en protección de la familia podría no permitirseles, ya que condenarían a menores de edad a una enfermedad similar a la de los padres.

Por ello CABELLO MATAMALA señala: “La enfermedad venérea sufrida por uno de los cónyuges implica una grave amenaza para la familia, en cuanto a la salud del consorte sano y en relación a los problemas congénitos que usualmente produce en la prole. Es por ello que la ley a través de esta causal pretende proteger la salud física e incluso mental del grupo, más que sancionar la infidelidad del cónyuge con persona que le hubiera transmitido el mal, ya que para este fin existe otra causal que es el adulterio...”¹²⁸

Resulta evidente que al contagio de una enfermedad resulte un cónyuge culpable y otro inocente, por lo que el cónyuge perjudicado podrá accionar

¹²⁷ VARSÍ ROSPIGLOSI Ob. Cit. P. 346

¹²⁸ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. P. 281

en contra de este no solo pidiendo el divorcio sino también solicitando una indemnización, debidamente justificada, ya que los tratamientos y medicinas deberán ser de responsabilidad a quien causo el daño.

CABELLO MATAMALA manifiesta: “El mal venéreo debe ser grave a efecto de constituir una peligro significativo para el otro cónyuge y su descendencia. La dolencia ha de contraerse después de la celebración del matrimonio, ya que si hubiera sido antes lo procedente sería su anulación...”¹²⁹, en nuestra actual legislación se daría el caso de la invalidez debido a que uno de los requisitos para contraer matrimonio es el certificado médico.

Esta enfermedad debe ser grave y de transmisión que afecte significativamente a uno de los cónyuges (al cónyuge que no tenía conocimiento de la enfermedad de su cónyuge), existen diferentes tipos de enfermedades por lo que un examen médico y el diagnóstico de la enfermedad serán vitales como medios probatorios.

Entre los elementos para invocar la causal VARSÍ ROSPIGLIOSI señala “para que se configure se tiene que presentar los siguientes elementos:

- La enfermedad tiene, necesariamente, que ser grave y de transmisión sexual, es decir tiene que poner en peligro la integridad del otro cónyuge.
- Debe haberse contraído después de celebrado el matrimonio.”¹³⁰

El referido autor señala dos elementos importantes que se desprenden del Código Civil uno que es la enfermedad transmitida tiene que diagnosticársele ello debe estar debidamente acreditado, especificando cual es la enfermedad, a ello puede adjuntar el tratamiento que se sigue en casos de ese tipo de enfermedad y los medicamentos para efectos de la indemnización.

El otro elemento no menos importante es que la enfermedad debe ser contraída después de la celebración del matrimonio, ya que si fuera antes sería no un proceso de divorcio sino de nulidad de matrimonio ya que la ley establece los requisitos que se debe seguir y presentar para la validez

¹²⁹ Ídem

¹³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. P. 347

del matrimonio. Todo ello se puede corroborar con la fecha de matrimonio y los diagnósticos médicos que debe presentar para sustentar la justificación de la decisión del divorcio.

Así lo menciona VARSÍ ROSPIGLIOSI menciona: “Todo tipo de patología que sea crónica (permanente) contagiosa (al cónyuge) o transmisible por herencia (a la prole) implicara un impedimento matrimonial o una causal.

La insanidad nupcial en virtud de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole constituye un impedimento matrimonial (ART. 241, inc. 2)...”¹³¹

Como se menciona por insanidad nupcial el matrimonio celebrado no tendría validez por no contar con los requisitos para la celebración del matrimonio además en cónyuge perjudicado podría tomar las medidas legales del caso porque pudo haber inducido a engaño al otro cónyuge, e inclusive pudo haber conseguido certificados falsos los cuales constituirían el delito de falsificación genérica entre otros casos.

Es así que para la separación de cuerpos según CORNEJO: “No pretende sancionar al enfermo, ni pronunciar una condenación por una presunta falta a la fidelidad conyugal, pues la dolencia puede ser contraída extra-sexualmente, y porque si así no fuera no habría necesidad de incluirla entre las causales de separación desde que ya existe la del adulterio”¹³²

Al contraer una enfermedad venérea se presume que uno de los cónyuges lo contrajo al mantener contacto sexual con otra persona que tenía esa enfermedad por lo cual se supondría un acto de infidelidad y, aunque podría confundirse con la causal de adulterio, pero ésta se diferencia en que es más específica no tratando el tema de la infidelidad sino directamente el contagio “mortal” que sufre uno de los cónyuges.

UMPIRE NOGALES: “La separación es una medida prudente y humana, no solo porque repugna la idea de condenar inútilmente al cónyuge sano al contagio sexual o extrasexual, sino porque este tiene derecho a evitar la

¹³¹ Ídem

¹³² Citado por UMPIRE NOGALES p. 146

procreación de una descendencia tarada y porque su deber asistencial puede cumplirlo a pesar de la separación”¹³³

El referido autor señala que la separación es una medida de prevención para que la prole no se contagie, ya que al tener hijos la pareja los condenaría a también sufrir y padecer de una enfermedad venérea muchas veces con tratamientos largos y sin una cura probada, como es el caso del VIH. Adicionalmente hay que tener presente que este tipo de enfermedades no solo es riesgosa para él bebe sino también para las personas que atienden el parto así como para la misma madre.

Por tanto la causal se basa en el daño ocasionado por el otro cónyuge que por dolo o culpa contagio a su cónyuge, siendo que dicho conyugue decidirá continuar o no realizando vida en común, siendo que además se podría comprobar otra causal como la del adulterio, por ello el cónyuge está habilitado para invocar dicha causal siempre que presente medios probatorios que acrediten los hechos que alega.

I) LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO

Esta causal se encuentra establecida en el art. 333° inc. 9 en nuestro actual Código Civil, ello podría ser también referido a otra causal que sería la de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, sin embargo nuestra legislación ha realizado una especificación para casos en los que exista la homosexualidad de uno de los cónyuges.

CABELLO MATAMALA señala: “La homosexualidad es un problema de graves implicancias a nivel familiar, por frustrar la conveniencia normal de los cónyuges e imposibilitar la realización del matrimonio y sus fines. Su aparición tras la celebración de este, es motivo suficiente para demandar la disolución del vínculo, por cuanto sus efectos no solo perjudican la vida íntima de los cónyuges como pareja, sino que trascendiendo a su ámbito social, inciden también en la imagen del cónyuge agraviado, a través de

¹³³ UMIPRE NOGALES Ob. Cit. p.147

comportamientos encubiertos e inclusive manifiestos que evidencian sus inclinaciones.”¹³⁴

En efecto, la homosexualidad perjudica la relación de la pareja, tanto intrafamiliar como interfamiliar pero es necesario ver lo que comprende la homosexualidad para ello PLACIDO VILCACHAGUA menciona: “La homosexualidad se caracteriza porque el individuo siente atracción sexual por otra persona de su mismo sexo, por lo que puede ser masculina o femenina (lesbianismo).”¹³⁵

Podemos decir entonces que la homosexualidad es la atracción de una persona hacia personas de su mismo sexo, esta atracción es la que normalmente se da entre una pareja de heterosexuales (personas que sienten atracción hacia personas del sexo opuesto a ellas), en este caso esta persona siente los mismos deseos en afecto, atracción y otros sentimientos propios de una pareja, no por una persona del sexo opuesto sino del mismo que él o ella.

La homosexualidad daña la relación íntima de la pareja siendo que el matrimonio se conforma por una pareja heterosexual en la cual existe un cónyuge hombre y mujer. En el supuesto que uno de los cónyuges manifieste ser homosexual convertiría casi inmediatamente en irreparable la relación debido a que no hay intención de seguir haciendo vida en común, ello porque ya no pueden realizar una vida íntima de pareja como otra pareja normalmente lo haría ello porque uno de ellos no vera en el otro una posible pareja debido a que solo siente atracción por otra persona de su mismo sexo, por lo que la relación matrimonial carece de sentido.

Por su parte VARSÍ ROSPIGLIOSI señala: “La heterosexualidad constituye un presupuesto para contraer matrimonio sin el cual no cobra existencia. El matrimonio es un acto esencialmente heterosexual (salvo en los países donde el matrimonio homosexual ya tiene reconocimiento explícito).”¹³⁶

Como sabemos en nuestro país actualmente no se ha aprobado la unión civil referido a personas del mismo sexo, ya que solo fue una propuesta

¹³⁴ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. P.288

¹³⁵ PLACIDO VILCACHAGUA Ob. Cit. P.68

¹³⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. p. 347

legislativa mas no llego a constituirse en rango de ley, ello debido a cierto sector de la población que no está de acuerdo con ello. Fuera de ello sin embargo, se entiende que el matrimonio realizado en el Perú se da entre personas de diferentes sexos, salvo en aquellos casos que tengan diferentes inclinaciones y aun conociéndolas contrajeran matrimonio (hablamos de personas con inclinaciones bisexuales, es decir, que sienten atracción hacia el mismo sexo y hacia el sexo opuesto), en esos casos no procedería la causal que estudiamos.

La homosexualidad afecta en dos campos al cónyuge inocente o perjudicado, primero en su vida íntima de acuerdo a la relación de pareja que tienen, ya que si no hay deseo de llevar una vida de pareja de una de las partes estaría pues perjudicando al otro cónyuge, además a ello las conductas que tome el cónyuge homosexual podría afectar el campo social del otro cónyuge y verse perjudicado, ya que podría tomarse como una conducta deshonrosa.

La convivencia cuando uno de los cónyuges es homosexual se ve interrumpida cuando uno de los cónyuges deja de tener interés emocional o sexual hacia su pareja, lo cual ocasiona que no se realice la vida en común, que es deber de los cónyuges, la asistencia entre ellos no será la adecuada porque no existe ningún vínculo emocional o de pareja ya que uno de los cónyuges ha perdido total interés de estar con el otro cónyuge.

Con respecto a las causas del porqué de estas inclinaciones a tener ese tipo de atracción por personas del mismo sexo CABELLO MATAMALA manifiesta: "Se discute acerca de las causas físico- endocrinológicas o de carácter psicológico de la homosexualidad. En este sentido, se dirá que, si bien es cierto que algunos casos responden a deficiencias congénitas en la estructura hormonal del individuo, la gran mayoría se presenta ante todo como un asunto de origen psico-social."¹³⁷

El origen o la razón de la inclinación homosexual aun no es certera debido que para algunos es una conducta relacionada al aspecto hormonal de una persona, otros señalan que es solo una conducta que se adquiere, y entre

¹³⁷ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. P.288

otras posiciones, es decir, podría ser un tema social, psicológico, hormonal aun ello no está definido rotundamente.

Asimismo UMPIRE NOGALES señala: “Sobre el origen a causa que produce este cambio drástico en la personalidad de las personas aún se desconoce con exactitud científica. Atribuyéndose a factores ingenitos y adquiridos.

En algunos casos es ingenito, porque se manifiesta desde la niñez y dura toda la vida. En otras es adquirido, porque las personas no nacieron así, adoptando en algún momentos de su vida la opción sexual del homosexualismo.”¹³⁸

Como menciona el autor el origen no es de conocer con exactitud y aunque algunos autores afirman que podría ser ingenito o adquirido lo cierto es que aún no se comprueba en la totalidad ya que los casos que sea por un desbalance de hormonas es muy poco frecuente siendo que el tema de que es adquirido o influenciado podría tomar más relevancia.

CABELLO MATAMALA señala: “Hay dos posibles situaciones que pueden inducir a error en cuanto al momento de la percepción en la desviación sexual:

Es el caso de la homosexualidad latente, cuyas manifestaciones no son continuas, y su percepción por el cónyuge inocente es posterior al matrimonio, pero su existencia se retoma a tiempo anterior a él. Otra circunstancia de similares efectos puede generarse para aquel cuyo cónyuge sea bisexual, y descubra dicho fenómeno durante su vida matrimonial y lo crea propio de esa etapa, determinándose lo contrario, pero ya lamentablemente durante el séquito de un determinado proceso.”¹³⁹

En este sentido la autora señala dos formas en las que se puede inducir esta desviación sexual. La primera afirma que debido a que las conductas que no resultan evidentes a esta desviación y el cónyuge se da cuenta de su inclinación luego de la celebración del matrimonio, también existe la posibilidad de que el cónyuge homosexual actúe de mala fe y escondiera

¹³⁸ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. P.150

¹³⁹ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. P.290

su verdadera inclinación resultando éste ser bisexual, ello sería una causa de nulidad o anulabilidad del matrimonio según sea el caso.

Otra situación es que durante el matrimonio uno de los cónyuges se diera cuenta de que es bisexual, es decir que, cuando contrajo matrimonio era heterosexual pero por circunstancias se diera cuenta de su condición homosexual o bisexual por lo que constituiría la causal que estudiamos. En el caso de que sea bisexual, es decir, siente atracción por personas tanto de su mismo sexo como de su sexo opuesto, inclusive en esos casos también resultaría esta causal ya que podría alegar una conducta deshonrosa y que perjudica al cónyuge inocente.

De otro lado UMPIRE NOGALES señala: “El homosexual puede ser activo o pasivo. Será pasivo cuando el homosexual asume el papel femenino en las relaciones sexuales y eróticas, manifestando en todos sus actos un comportamiento femenino. El homosexual será activo cuando asume el comportamiento de un hombre en las relaciones sexuales y eróticas.”¹⁴⁰

Con lo referido a la homosexualidad tenemos que pueden existir diferentes tipos de homosexuales así como ya los menciona el anterior autor. También podrían ser los que no solo asumen un papel activo o pasivo sino que lo llevan más allá como el caso del transexual, en la cual personas que son homosexuales se transforman y operan para ser del sexo contrario al que nacieron, se puede decir que es una de las variaciones del homosexualismo lo cual podría resultar una conducta deshonrosa y perjudicar al otro cónyuge.

En el caso del travestismo también resultaría evidente que constantemente se vista con ropa que no es propia de su género, para ello el cónyuge tendría que tomar fotos o videos en los que muestre este comportamiento de modo que cause certeza en el juez. Todo ello ayudara para recabar los medios probatorios señalando además una indemnización para el cónyuge perjudicado.

Las actividades o acciones que resulten de ser homosexuales pueden ser diferentes pero para invocar esta causal resulta ser una prueba definitiva el acto sexual entre un cónyuge con otra persona de su mismo sexo. Esto

¹⁴⁰ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. P.149

es porque no solo es presumir que el otro es homosexual sino como una prueba firme.

UMPIRE NOGALES menciona: "... el fundamento... no reside en el menosprecio o discriminación a este tipo de conducta,... Más bien la razón de dicha sanción escriba en que el matrimonio es una comunidad de vida de dos personas que deciden unir sus vidas bajo ciertos principios y valores pre establecidos por ellos, no siendo compatible ni aceptable una convivencia en la que uno de los esposos lesiones dichas normas de conducta transformando su inclinación sexual en perjuicio de su cónyuge."¹⁴¹

El homosexualismo sobreviniente después de contraído matrimonio constituye el incumplimiento de los deberes conyugales. La pareja al tener un matrimonio ya constituido con hijos o sin ellos que viven en un hogar conyugal que han construido no solo durante el matrimonio sino desde el enamoramiento, resulta entonces injusto que por la decisión de uno de ellos decida el término de la relación matrimonial, sea por un homosexualismo sobreviniente, influencia o entre otros.

El mencionado autor expresa: "Otra razón estribaría en que el homosexualismo llevaría implícito una situación de infidelidad, ya que dicha inclinación deberá ser manifestada, en la mayoría de los casos por alguna relación sexual con tercera persona del mismo sexo. Situación que no estaría incluida en la causal de adulterio, ya que esta se refiere exclusivamente a una infidelidad sexual del tipo heterosexual."¹⁴² Respecto a esto estoy de acuerdo con el autor ya que además de la nueva inclinación del cónyuge está latente el adulterio si es que uno comienza una relación paralela con otra persona del mismo sexo.

Como conclusión esta causal se constituye como tal ya que causa el perjuicio más directo a uno de los cónyuges, que es el rompimiento del vínculo matrimonial, además también que perjudica al otro cónyuge en su ámbito social, económico, familiar entre otros y aunque puede ser una conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, la ley

¹⁴¹ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. P.152

¹⁴² Ídem

contempla a esa causal por separado, porque uno de los cónyuges se constituiría el cónyuge culpable de la relación matrimonial lo cual significaría que el cónyuge inocente debería ser indemnizado y compensado por la situación perjudicial del otro cónyuge.

J) LA CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS

Esta causal se funda en lo perjudicial que puede ser para un cónyuge que quizás por desconocimiento durante el matrimonio su pareja sufre una condena por delito doloso es que puede accionar ello para que no se vea perjudicado por su conducta delictuosa y contra la moral y/ o costumbres.

PLACIDO VILCACHAGUA afirma: “La causal se sustenta en la condena por delito doloso a pena privativa mayor de dos años. Se excluye a la condena por delito culposo. La motivación puede fundarse en el hecho de la separación que impone la privación de libertad o por la conducta reprochable causante de la pena.”¹⁴³

La condena necesariamente debe ser por delito doloso, es decir, una acción que fue con intención, mientras que se pasa por alto las condenas realizadas con culpa, la culpa hace referencia a acciones que surgieron por negligencia o impericia. Como por ejemplo los accidentes de tránsito entre otros.

Los elementos que pueden configurarse en esta causal pueden ser las mencionadas por la autora CABELLO MATAMALA la cual diferencia tres elementos:

- “Que la condena sea firme, es decir, no basta la comisión certera del delito, sino que este haya sido sancionado por el órgano jurisdiccional; estableciéndose su responsabilidad a través de una resolución que por ser inamovible, no es susceptible de recurso impugnatorio alguno. (...)

¹⁴³ Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. p. 348

- La condena no debe haberse borrado. En este aspecto hay que examinar que sucede en los casos de indulto, amnistía y rehabilitación.
- Es durante el matrimonio que debe ser pronunciada la condena...¹⁴⁴

Con respecto a estos tres elementos tenemos en el primero que resulte de una decisión judicial, es decir, que haya un pronunciamiento por parte de nuestro órgano jurisdiccional, que sería basado en un documento que vendría a ser una sentencia.

La condena impuesta debe estar en vigencia o debe figurar como antecedente penal, para efectos probatorios podrían solicitar sus antecedentes penales, en la cual figurara sus condenas por los diferentes delitos que haya cometido y cumplido o que esté cumpliendo. Esta condena por delito doloso debe ser emitida durante el matrimonio, aun si los hechos fueron cometidos antes, ya que en estos casos puede el cónyuge culpable esconder dicha información y sustentar que lo había hecho porque pensaba que la sentencia saldría a su favor.

PLACIDO VILCACHAGUA afirma: “No puede invocar esta causal el cónyuge que conoció el delito antes de casarse. La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.”¹⁴⁵

En este caso si el cónyuge antes de contraer matrimonio sabía que el otro cónyuge cometió un delito y fue sentenciado después de contraer matrimonio y no acciono en el lapso de tiempo que establece la ley tampoco podría invocar esta causal debido a que existe un plazo para accionar.

PLACIDO VILCACHAGUA señala: “La motivación puede fundarse, bien desde la perspectiva del hecho de la separación fáctica que impone la

¹⁴⁴ CABELLO MATAMALA Ob. Cit. P. 295

¹⁴⁵ PLACIDO VILCACHAGUA Ob. Cit. P.69

privación de libertad, bien por contemplación de una conducta moral reprobable causante de la pena.”¹⁴⁶

Esta conducta reprochable a la cual se refiere el autor es que cuando una persona se ve inmiscuida en un proceso legal por delito doloso que podría tratarse de un robo, homicidio, estafa entre otros., resulta esta conducta de ser reprochable por los demás y puede causar en la gente el juzgamiento por esa acción cometida. Por otro lado las personas al conocer los antecedentes penales de uno de los cónyuges, por ser casados, juzgaran también al cónyuge inocente siendo perjudicial para este, ya sea en su vida familiar, sentimental (luego de divorciarse), social, económica entre otros.

UMPIRE NOGALES afirma: “Sobre este carácter vejatorio de la situación del cónyuge de un delincuente, debemos decir que la conducta delictiva es forzosamente deshonrosa, que de alguna manera se disminuye con la separación judicial o el divorcio. Además, a esto se une el hecho de distanciamiento físico impuesto por la reclusión en una penal del cónyuge”¹⁴⁷

Este punto es importante ya que hay que tomar en consideración la distancia que existirá por la condena impuesta entre los cónyuges. Supongamos que la condena de 15 años o 20 o 35 años el cónyuge puede esperar ese tiempo, sin embargo no está obligado a quedarse a su lado durante ese tiempo, es por ello que puede accionar invocando esta causal teniendo motivo suficiente de disolver el vínculo matrimonial.

Continuando con el mencionado autor esta señala: “la prueba determinante de esta causal será la copia certificada de la sentencia definitiva en donde conste la condena del cónyuge por delito de carácter doloso, cuya pena privativa de la libertad sea superior a los dos años.”¹⁴⁸

La sentencia es determinante ya que al presentarla no habrá prueba que pueda ser presentada en contra ya que la ley es clara en ese aspecto. Es causal puede ser accionada dentro de los seis meses en la que el cónyuge toma conocimiento. En consecuencia esta causal permite que el cónyuge

¹⁴⁶ Ídem

¹⁴⁷ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. p.154

¹⁴⁸ Ídem

pueda optar por separarse debido a que desconocía la vida delictuosa de su pareja o simplemente que el delito lo cometiera después de la celebración del matrimonio pero sin el conocimiento de su cónyuge, es decir si era violador, comprobando mediante sentencia, evidentemente tenga el derecho de decidir convivir con dicha persona o no, ello en procura de su propio bienestar y el de sus hijos.

K) SEPARACION DE HECHO

La presente causal trata sobre como su nombre menciona la separación fáctica de la pareja de cónyuges, que por diversas razón ambos o por decisión unilateral deciden no hacer más vida en común, dejando de lado los deberes conyugales y demás que comprenden el matrimonio.

UMPIRE NOGALES afirma: “La separación de hecho es la negación de la vida en común en el domicilio conyugal, que se origina en la decisión de uno de los dos cónyuges, de manera voluntaria y con inequívocas demostraciones de deseo de mantener tal estado de anormalidad conyugal.”¹⁴⁹

Esta decisión debe ser voluntaria, pero no requiere que ambos estén de acuerdo sino la sola voluntad de uno de los cónyuges bastara para dejar la convivencia y el desarrollo normal de una vida de pareja, por lo cual uno de los cónyuges se retirara del domicilio conyugal, aunque no necesariamente sea éste el culpable de la ruptura, ya que puede ser de común acuerdo.

De otro lado ZANNONI manifiesta: “es evidente que la separación de hecho, en la realidad de la vida (que es dinámica), tiene su antes, y también su después. El después de toda separación de hecho es ... un transitorio o definitivo proyecto existencial que los cónyuges asumen inevitablemente desde la ruptura: la quiebra de la convivencia matrimonial”¹⁵⁰.

Como toda ruptura el antes y después será definitivo debido a que una vez tomada la decisión sea por uno de los cónyuges la ruptura más que de la familia será de la relación sentimental de ambos, lo que si no es de parte

¹⁴⁹ *Ibíd*em p. 174

¹⁵⁰ Citado por UMPIRE NOGALES Ob. Cit. 175

de ambos afectara a quien no esté de acuerdo con el termino del matrimonio, por lo cual se constituiría un cónyuge perjudicado.

Por su parte VARSÍ ROSPIGLIOSI menciona: "...Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, la cohabitación..."¹⁵¹

La ruptura de la relación conyugal es evidentemente un acto de incumplimiento del compromiso al haber contraído matrimonio, sin embargo nadie tiene el derecho de negarle su separación, si así lo desearan, sin embargo es rol del estado proteger y velar por la familia protegiendo así su estabilidad.

Así VARSÍ ROSPIGLIOSI menciona "Doctrinariamente, la separación de hecho constituye una causal no culposa sustentada en uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio: la vida en común. Se presenta como el incumplimiento del deber que los cónyuges tienen en compartir el lecho, techo y mesa..."¹⁵²

A diferencia de las otras causales de divorcio en esta no se constituye un cónyuge culpable ni inocente ya que es por decisión de ambos que no realizan mas la vida en común, por tanto ambos serán los responsables de su separación; sin embargo lo que si puede existir es un cónyuge perjudicado por la separación.

Con respecto a los requisitos y/o elementos que debe presentar la separación de hecho según UMPIRE NOGALES son dos:

"a) objetivo o material; es el quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad, de la convivencia (...)

b) Subjetivo o psíquico: la falta de voluntad de unirse, es decir la intención cierta de uno o ambos cónyuge de no continuar juntos."¹⁵³

Para que una persona pueda invocar esta causal es necesario que concurren dos elementos como menciona el autor anteriormente citado de

¹⁵¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI Ob. Cit. P. 353

¹⁵² Ídem

¹⁵³ UMPIRE NOGALES Ob. Cit. 182

un lado está la separación fáctica de la pareja, es decir, que no convivan ni tengan vida íntima ni de pareja y la voluntad de no retomar la relación.

De los elementos mencionados hay que distinguir uno de suma importancia que el código señala y es el lapso de tiempo que es un requisito importante de no tomarlo en cuenta, la demanda resultaría improcedente. Según nuestro actual Código Civil en su art. 333 inc. 12 señala que el lapso de tiempo interrumpido no menor de dos años y de cuatro años si los cónyuges tuvieren hijos menores de edad.

Como vimos deben ser de dos a cuatro años, este último si tuvieren hijos menores de edad, que la pareja se encuentre separada de hecho por tanto que uno de los cónyuges se aleje durante este periodo del domicilio conyugal, y esta separación debe ser ininterrumpida, es decir, si dentro de esos dos años se comprueba que la pareja retoma la relación sentimental e íntima resulta improcedente la demanda.

Sobre lo comentado UMPIRE NOGALES menciona: “No se puede considerar la separación producida por razones laborales siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Esto debido que un viaje realizado por razones laborales no puede ser utilizado para disolver un matrimonio.”¹⁵⁴

Como señalamos anteriormente la separación de hecho de la pareja por el lapso de tiempo son requisitos fundamentales para la demanda, este tiempo debe ser ininterrumpido así también no debe ser justificado, como menciona el autor el alejamiento por uno de los cónyuges por motivo de trabajo no puede ser computado como el tiempo de separación. Asimismo debe también considerarse el hecho de un alejamiento producido por alguna enfermedad, que por causa de ella el cónyuge deba realizar tratamientos en otra ciudad y otras situaciones similares.

Resulta importante precisar que la separación de hecho no debe ser confundida con la causal de abandono injustificado pues en esta causal resulta un alejamiento que no tiene justificación y que daña directamente al otro cónyuge debido que su alejamiento le es sorprendido y en muchos casos los cónyuges que abandonan no precisan las causas de la

¹⁵⁴ Ídem

separación, además como su nombre lo indica es un abandono, por tanto es dejar en el desamparo al otro cónyuge y a sus hijos si es que tuvieran.

Por su parte la separación de hecho es un acto voluntario de ambos en las cuales acuerdan su alejamiento por diferentes razón y es justificado, en otro de los casos se pueda dar por voluntad unilateral pero no deberá haber desamparo, como en la anterior causal mencionada, sino se constituirá la causal de abandono injustificado y no de separación de hecho, por lo que en muchas ocasiones incluso firman una constancia de separación de hecho realizado en juzgados de paz que consta que la separación será de acuerdo mutuo.

También sucede que una de las partes invoque la causal de separación de hecho pero que en realidad hubo abandono injustificado, o que a pesar de haber acordado una pensión alimenticia para los hijos no se cumpla dicho acuerdo dejando en perjuicio a uno de los cónyuges quien debe solventar solo los gastos del hogar, ello daría lugar a una justa indemnización por daño moral.

UMPIRE NOGALES afirma: "...la norma establece una indemnización económica en favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho. Que no necesariamente puede ser el demandante. Ni puede ser el cónyuge culpable de la separación, ya el proceso no se avocará a indagar las causas de la separación y nunca se declarara dicha culpabilidad..."¹⁵⁵

De lo señalado podemos decir que ante la presencia de un cónyuge perjudicado por la separación se le otorgara una indemnización por daño moral, por lo que el juez tomara en cuenta las circunstancias de la separación y evaluara la existencia de un cónyuge perjudicado para determinar el monto de la indemnización.

A manera de conclusión señalaremos que en el divorcio siempre habrá una parte afecta y más si no es de común acuerdo la decisión de la separación, ello afectara a toda la familia; sin embargo por otro lado no puede permitirse el obligar a una persona a quedarse con la otra, hecho que sería perjudicial tanto para la pareja como para los hijos, en vista de todo ello se

¹⁵⁵ Ibídem p. 187

ha aceptado el divorcio, sin embargo al causar un daño innecesario a la otra parte es deber de reparar el daño sobre todo moral que enfrenta una persona, como mencionamos el sufrimiento, frustración que siente una persona por dar por terminada su relación siempre estará presente por ello es necesario que de darse la separación sea en los mejores términos tanto para la pareja como para los hijos.

SUB CAPITULO II EL DAÑO MORAL

Nuestra investigación abarca el daño moral que se produce en el cónyuge perjudicado y/o inocente y de acuerdo al daño producido el juez determinara un monto indemnizatorio para compensarlo. En el presente sub capitulo segundo analizaremos que comprende el daño moral, su naturaleza, sus teorías y su cuantificación que es de suma importancia para esta investigación.

1. ANTECEDENTES DEL DAÑO MORAL

El daño moral ha ido tomando importancia con el paso del tiempo es así que aún en la actualidad hay muchas discusiones sobre la reparación del daño moral ya que algunos autores afirman que ese tipo de daño no es reparable mientras que otros afirman lo contrario, lo cierto es que, aunque no existen antecedentes detallados de cómo surgió este tema daremos algunos alcances sobre ello.

Como sabemos en la época primitiva todo daño tenía que ser reparado y por ello surgió el término de “venganza” que era utilizado como excusa para causar daño a quien antes lo causo primero; sin embargo muchas veces el daño causado en venganza no era proporcional con el primer daño causado siendo que este podría ser mayor o menor, esto dependería ya de cada persona o grupos de personas que utilizaban mayormente la violencia para de alguna manera “reparar o compensar” el daño causado, ello podría estar relacionado con lo establecido en el Código Hammurabi con el famoso “ojo por ojo y diente por diente”.

BRITO GONZALES¹⁵⁶ nos narra que en el código de Hammurabi regulaba este tipo de daño con una compensación que de no ser pagada podría conllevar a la muerte del responsable y cuya indemnización tendría que

¹⁵⁶ BRITO GONZALES. Ob. Cit. p. 19-20

finalmente ser pagada por el Estado. En el derecho Indio es uno de los antecedentes más importantes ya que para muchos autores el Código de Manu es el punto de partida de la regulación moral por su amplia variedad de normas éticas regulando la indemnización por daños provocados contra el honor estableciendo penas pecuniarias, corporales o con penas hasta de muerte. En la ley de las XII Tablas las injurias eran consideradas como las injurias eran concebidas como un atentado físico llegando a situarlo en el mismo nivel que los golpes. En la edad media en la obra atribuida a Alfonso X Las 7 partidas vemos la regulación de las acerca de los daños y compensaciones.

Ya luego con la revolución Francesa que tuvo gran repercusión sobre la determinación de los Derechos Humanos fue que se instituyó el derecho a la Dignidad que viene principalmente respaldando al daño moral. Este derecho ligado íntimamente con el daño moral es en nuestra legislación un derecho Constitucional, por lo que se encuentra protegido y amparado por nuestro ordenamiento jurídico, siendo el Estado encargado de su protección.

Asimismo FERNANDEZ SESSAREGO refiere: “El “daño a la persona”, como su expresivo nombre lo delata, comprende todo daño que se puede causar a la persona, al ente ser humano. Es decir, en esta genérica noción se incorporan todos los daños anteriormente no contemplados por el derecho, el que se limitaba a resarcir, con una visión individualista-patrimonialista, tan sólo los daños causados al patrimonio, a las cosas, como es el caso del “daño emergente” y del “lucro cesante”. De vez en cuando se reparaba también lo que se dio en llamar “daño moral”, es decir, la turbación psíquica de la persona ocasionada por el dolor, por el sufrimiento y otros sentimientos. La historia de la institución de la “responsabilidad civil” comprueba este aserto.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde Conceptual entre “Daño a la persona”, “Daño al Proyecto de Vida” y “Daño Moral” P. 19-20 (en línea) visualizado en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF Consultado el 10/05/2017

Con respecto a nuestra legislación sobre la indemnización del daño moral vemos que se encuentra regulado indirectamente, ya que se ve protegido constitucionalmente por el derecho de Dignidad de la persona; sin embargo en lo que a nuestro tema se refiere este se encuentra regulado en nuestro Código Civil en su art. 151° pero como desarrollaremos es muy genérico y en nuestra basta jurisprudencia es que tenemos al Tercer Pleno Casatorio Civil que nos da algunas aclaratorias sobre el tema.

Es así que tendríamos unos primeros alcances de lo que vendría ser algunos de los antecedentes del daño moral así como en los casos de matrimonio que analizaremos más adelante en la jurisprudencia nacional las cuales nos darán pautas para observar los criterios tomados por los jueces en los casos de la determinación de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio.

2. EI DAÑO MORAL

2.1. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Para Cabanellas¹⁵⁸ en su Diccionario Jurídico significa en sentido amplio toda suerte de mal, sea material o moral. Como proceder tal que suele afectar distintas cosas o personas de diferentes maneras.

El daño constituye una afectación sobre algo que puede ser un bien material o no material, en el caso del primero mayormente siempre se puede resarcir el daño, como por ejemplo cuando un vehículo choca con otro vemos como se ocasiona un daño que puede ser reparado por mecánicos especialistas en esa materia. Sin embargo cuando hablamos del segundo nos referimos no a bienes muebles o inmuebles sino a cosas inmateriales como las emociones, sentimientos y otros que afecten nuestro bienestar o nuestra paz interior como muchos quieran llamarlo, lo que resalta de ello es que esta clase de daño no es fácilmente resarcible y

¹⁵⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Nuevo Diccionario Enciclopédico Derecho Usual. (2008) Editorial Grafisac S.A.C. Argentina. P. 371.

puede variar según cada persona.

LEÓN HILARIO manifiesta: “El daño moral en sentido estricto es el menoscabo del estado de ánimo, padecimiento interior o sentimiento de desasosiego que subsigue a la comisión de un hecho generador de responsabilidad civil.”¹⁵⁹

Por su parte SCOGNAMIGLIO menciona “Deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso.”¹⁶⁰

Es así que definimos como daño moral aquella afectación que se hace a la concepción que asimilamos sobre creencias, costumbres, valores y entre otros, que determinan finalmente el término moral que cada uno acepta como tal. Por ello que va a depender de la concepción que cada individuo tenga sobre la moral y partiendo de ello se valorará el daño que este producirá sobre cada uno.

De este daño producido se tomará en cuenta las circunstancias en las que se produjo así como las consecuencias que originaran sobre la persona afectada y así se determinará la manera en la cual el daño puede ser resarcido o no en la persona afectada.

2.2. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL

Nuestro tema de investigación abarca el daño moral por lo que, es importante situarnos en la naturaleza del daño, como sabemos el daño moral se encuentra comprendido por dentro de este campo, habrá que mencionar que un daño es el menoscabo de algo que necesariamente afecta a la persona sea directa o indirectamente, la primera podría darse

¹⁵⁹ LEON HILARIO, Leysser. La Responsabilidad Civil. Edición Abril 2017. Editorial Instituto Pacifico. Lima Perú

¹⁶⁰ Citado por LEÓN HILARIO. Ob. Cit.P.348

en el ámbito físico o psicológico de la persona y la segunda cuando el daño no es directo hacia la persona pero, puede afectar otros campos de ella como el patrimonial referido a los bienes.

De allí que el daño puede ser patrimonial y daño extrapatrimonial, la primera referida a los bienes mientras que la segunda hace referencia al ámbito que no comprende los bienes sino lo que no se puede medir o no tiene valor económico. LE TORNEAU nos refiere sobre lo extrapatrimonial que: “Ante todo, este perjuicio es la lesión al bienestar de la víctima originado por un daño corporal (lesión a la integridad física) o un daño moral (lesión a los derechos de la personalidad de los cuales una aplicación importante es el atentado a la vida privada)...”¹⁶¹

Teniendo en cuenta el Derecho francés, del cual adopta sus fundamentos nuestro actual Código Civil, LEON HILARIO menciona: “En Nuestro Código Civil, la clasificación acogida ha sido la francesa o sea aquella que diferencia el daño “material” del daño “moral”¹⁶², es decir que en nuestro ordenamiento jurídico sería reemplazada la clasificación de daño patrimonial y extrapatrimonial por el daño material e inmaterial o moral.

Así SABATIER menciona: “la distinción tradicional es más bien sencilla: están los daños “materiales”, que afectan los bienes del individuo, y los daños “inmateriales”, o “morales”, que afectan todo lo que no pueda considerarse en el campo anterior.”¹⁶³

La presente investigación entonces tratará acerca del daño moral, es decir, aquel daño que no tiene que ver con bienes sean inmuebles o muebles, debido a que estudiaremos el daño a una persona en sí, LEON HILARIO manifiesta: “Si se presta atención a la bipartición original francesa –que es la que debe seguirse-, la interpretación es en sentido contrario: el daño moral comprende el daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimientos de ánimo”.¹⁶⁴

¹⁶¹ LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción Javier Tamayo Jaramillo Edición en Español 2004. Editorial Legis. Colombia. P. 72

¹⁶² LEON HILARIO. Ob. Cit. P.445

¹⁶³ *Ibidem* p. 356

¹⁶⁴ *Ibidem* p. 429

Analizando un poco nuestra legislación, en ella se protege la integridad de la persona tanto moral, psíquica y física¹⁶⁵, es decir la Constitución actual reconoce el derecho al bienestar psíquico y emocional de una persona; por ende dentro del campo del daño extrapatrimonial, o inmaterial como nuestra legislación y doctrina ha adoptado, está comprendido el daño moral, debido a que no afecta el ámbito patrimonial sino los sentimientos, emociones que van fuera del campo de los bienes que una persona puede tener.

Con respecto a la naturaleza del daño, en términos generales todo daño puede ser resarcido, reparado, e indemnizado, es allí donde surgen diferentes conflictos y confusiones con respecto a estas definiciones por lo que tendremos que precisarlas, el resarcimiento del latín *resarcire* significa recomponer algo, podemos afirmar que resarcir es dar una cosa como reparación por haberse causado un daño, de otro lado reparar del latín *reparatio* significa regresar a la condición anterior a ser perjudicado o dañado en otras palabras restituir, y finalmente indemnización la podemos definir como el otorgar un pago en compensación de un daño.

Así el autor TORRES MALDONADO menciona: "...La indemnización, a diferencia del resarcimiento, se genera una vez verificado el supuesto de hecho previsto en la ley (obligación legal). En tales supuestos, el juez o árbitro estará obligado a indemnizar, sin ningún juicio de responsabilidad civil; es decir, sin la necesidad del análisis de los elementos de la responsabilidad civil, en tanto la misma se otorga por el ministerio de la ley. A diferencia de ello, el resarcimiento se funda en un hecho aquiliano."¹⁶⁶

Como vemos existen diferencias entre los términos, la indemnización a diferencia del resarcimiento tiene su propio campo debido a que es mencionado en muchos textos de la ley, como lo es la indemnización por daños y perjuicios, y allí podría aplicarse los términos de lucro cesante y daño emergente; sin embargo en esta investigación es otro tipo de indemnización relacionado al campo del derecho de Familia denominada indemnización por daño moral lo cual permite al juez a criterio determinar

¹⁶⁵ Constitución Política del Perú 1993, art. 2 inciso 1.

¹⁶⁶ TORRES MALDONADO, Marco Andrei. La Responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Edición Octubre 2016. Editorial Gaceta Jurídica. Lima Perú. P. 151

un monto por el perjuicio que se le causa a un cónyuge en casos de divorcio.

Por otro lado, también debemos hacer mención que la reparación civil se da para daños patrimoniales y extrapatrimoniales para ello MAYO y PREVOT mencionan: “La función de la responsabilidad civil es inminentemente reparadora, no es ni punitiva, sino puramente resarcitoria/indemnizatoria, aunque con reservas podemos admitir que la responsabilidad no solo resarce e indemniza, sino que también adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas. Prevención y punición están fuera del quehacer de la responsabilidad.”¹⁶⁷

Se menciona entonces que la responsabilidad civil no es de carácter punitivo y/o sancionadora porque lo que se busca con ella no es una sanción sino resarcir el daño o de otra manera es irreparable compensarlo, en el caso del daño moral trata sobre sentimientos y emociones subjetivas por lo cual sería una reparación consolatoria para el sufrimiento o daño causado.

SANTOS BALLESTEROS menciona: “Naturalmente la lesión inferida al sujeto que concierne a su situación personal, a su interioridad, a sus más caros afectos, desde el punto de vista de la reparación, es inconmensurable, inasible e irreductible, sin que admita una medición comparativa, por lo que debe subrayarse ante todo su carácter simplemente compensatoria y no retributivo, pues se dirige a aminorar o atenuar las secuelas y sufrimientos que perturban al sujeto que las padece.”¹⁶⁸

El autor antes citado afirma en ese sentido que, en caso de tratarse de daño moral el carácter de la indemnización otorgada es compensatorio pues trata de atenuar el sufrimiento, en este caso, del cónyuge perjudicado debido a que este, como ya mencionamos anteriormente, no puede ser reparado.

¹⁶⁷ Citado por TORRES MALDONADO. Ob. Cit. p. 149

¹⁶⁸ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad Civil Tomo I Parte General. Tercera Edición 2012. Editorial Temis. Bogotá Colombia. P. 368

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en el Tercer Pleno Casatorio menciona que: “La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.”¹⁶⁹

Finalmente LEON HILARIO manifiesta: “Para el caso del daño moral, se ha sostenido que la función de la responsabilidad civil es más bien aflictiva-consolatoria, o sea, a la vez sancionadora que mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” este,…”¹⁷⁰ el autor antes mencionado señala la imposibilidad de la reparación del daño a la persona siendo que solo puede ser compensado debido de que se trata del aspecto subjetivo de la persona, es decir, sentimientos, emociones, entre otros.

Con respecto al daño moral que nos interesa, solo cabría la posibilidad de indemnizarlo, debido a que no puede repararse ni resarcir el daño por constituirse algo psíquico, que a diferencia del daño patrimonial que si puede ser reparado y/o indemnizado, en caso de que se dañe un bien como un vehículo este puede ser reparado y por tanto el daño puede ser resarcido; dicha situación no se constituye en el daño moral debido que abarca el campo subjetivo de una persona que solo puede ser indemnizado aminorando su sufrimiento y dolor; por ende solo será compensado con una suma de dinero por el daño ocasionado.

De esta manera se puede concluir que la indemnización por daño moral no responde los conceptos de lucro cesante ni daño emergente, como si lo hacen en casos de bienes, sino a principios señalados como equidad y solidaridad familiar, debiéndose diferenciar que en este campo del divorcio, la indemnización que se fija en favor del cónyuge perjudicado es de manera compensatoria porque se rige por principios familiares y de justicia que, aunque puedan estar relacionados tienen fundamentos y finalidades

¹⁶⁹ Casación N° 4664-2010-Puno. Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú p. 85

¹⁷⁰ LEON HILARIO. Ob. Cit. p. 355

independientes, por lo que esta indemnización quedaría a criterio del juez evaluando si existiera un cónyuge perjudicado.

Sin embargo a efectos de cuantificación, como veremos en unos numerales más adelante, puede diferenciar el daño moral objetivo y subjetivo, donde el objetivo conlleva el conjunto de todos los gastos económicos que deriven del daño moral (gastos de medicamentos, consultas al psicólogo, tratamientos y otros) siendo el daño moral subjetivo el de difícil medición y cuantificación, en ese sentido podría ser considerado de naturaleza mixta, es decir, reparadora (sobre el daño moral objetivo) y compensadora (sobre el daño moral subjetivo) ello no deja de lado que su eminente y principal naturaleza es compensar el daño moral sufrido debido a que existe la posibilidad de que el daño moral objetivo no exista o exista en menor cantidad que otros casos.

En consecuencia, de lo mencionado anteriormente decimos que nuestro ordenamiento ha acogido a la clasificación francesa que divide los daños en materiales e inmateriales o morales, estando entonces el daño moral incluido en este último.

Finalmente, respecto a la naturaleza en si del daño moral es compensadora debido a que los daños producidos en el ámbito subjetivo de la persona son irreparables, concluyendo que la indemnización tiene la finalidad de compensar y/o mitigar el sufrimiento, angustia, frustración y demás sentimientos que afectaron a la persona en su ámbito moral, en este caso, que dieron lugar a un cónyuge perjudicado.

2.3. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Según la clasificación de Espinoza Espinoza¹⁷¹ tenemos que el Daño se divide en Daño Patrimonial y el Extra patrimonial los cuales detallaremos a continuación:

¹⁷¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. (2007)Editorial Gaceta Jurídica. Lima-Peru.p.226

2.3.1.DAÑO PATRIMONIAL:

Para ESPINOZA ESPINOZA el daño patrimonial: “Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada.”¹⁷² Que está referido a patrimonio específicamente cuando hablamos de bienes materiales sean muebles o inmuebles que tienen que ver como cosas que pueden ser valoradas económicamente.

2.3.2.DAÑO EXTRA PATRIMONIAL

Como es de entender el daño extra patrimonial hace referencia a lo que no plausible de ser medido en dinero sino que trasciende los patrimonial. Según ESPINOZA ESPINOZA nos dice: “(...) Dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extra patrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existencial eso no patrimoniales de las personas y al daño moral, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la victima (...)”¹⁷³

Cuando hace referencia a cosas no patrimoniales, es decir, no susceptibles de valoración económica puesto que no constituyen en cosas u objetos con un precio; por lo cual se refiere a valores principios sentimientos derechos como por ejemplo el honor, dignidad, los cuales son amparados constitucionalmente, entre otros.

Asimismo el autor menciona que el derecho extra patrimonial se subdivide y otra de sus subdivisiones son:

➤ DAÑO MORAL DIRECTO

Cuando el agravio es sufrido por la persona afectada, de manera directa que afecte a su persona, ejemplo la persona que es violentada psicológicamente por su cónyuge.

¹⁷² Ídem

¹⁷³ Ibídem p. 227

➤ DAÑO MORAL INDIRECTO

Cuando el agravio es soportado por persona distinta a la víctima directa, ejemplo El daño que se ocasiona a los familiares de la víctima, fallecida como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito. Hablamos de ello cuando terceras personas sufren un daño el cual fue producido por una afectación anterior a una primera persona.

➤ DAÑO MORAL FUTURO

El autor antes mencionado también menciona acerca del daño futuro el cual nos dice: "El daño futuro puede ser definido como toda consecuencia con impacto negativo producida posteriormente del proceso judicial. Un sector de la doctrina entiende como daño futuro a este supuesto y también al daño que existe solo en parte (en el momento de la decisión judicial). Tal daño para ser resarcible debe haber externado elementos de los cuales se puede prever razonablemente que se producirá"¹⁷⁴

Podemos entonces definir el daño futuro como aquel cuya afectación no se produce en tiempo presente sino que se extiende al tiempo futuro después de que se ha producido la acción que tenía como finalidad causar daño, este finalmente se produce pero posteriormente.

➤ DAÑO MORAL ACTUAL

Aunque el autor no menciona esta clasificación si hablamos del daño futuro también daremos un alcance sobre lo que es el daño actual, así podemos definirla como aquella afectación que se produce en el tiempo presente hacia una persona, que lo vive en el momento de la acción que tiene por fin causar un daño o que sin intención se produjo.

Según las clasificaciones que hemos visto añadiremos la siguiente clasificación:

¹⁷⁴ *Ibíd*em p. 232

➤ SEGÚN LA POSIBILIDAD DE RESARCIR EL DAÑO

a) CUANDO ES POSIBLE RESARCIR EL DAÑO CAUSADO

En estos casos es posible resarcir el daño causado, esto mayormente cuando se trata de bienes muebles o inmuebles los cuales se pueden reparar lo que tendría como fin restablecer el bien dañado. Sin embargo también existe la posibilidad que de ocasionar un daño moral este pueda ser resarcido mediante tratamiento psicológico o psiquiátrico según sea el caso, en la cual se deberá abonar los gastos ocasionados en consecuencia del daño causado.

b) CUANDO NO ES POSIBLE RESARCIR EL DAÑO CAUSADO

En este caso no es posible reparar el daño que se causa esto mayormente ocurre cuando hablamos de un daño moral como vimos anteriormente la persona afectada podría tener un tratamiento, sin embargo ello no asegura que el daño sea resarcido ya que la moral es muy subjetiva y dependerá de cada persona.

Por otro lado cabe la posibilidad de que un perjuicio económico tampoco sea posible de reparación en el caso de enfermedades venéreas, las cuales sean mortales y que aparte de traer un perjuicio económico este es un daño que aunque es más físico está ligado al bienestar emocional de la persona, ya que por un lado tiene que realizar tratamientos costosos para mejorar la calidad de vida así como deprimirse o frustrarse emocionalmente por la enfermedad que padece.

2.3.3. TEORÍAS QUE RESPALDAN O NO LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Existen dos teorías respecto a la reparación del daño moral, estas son las que respaldan la reparación del daño moral y las que no respaldan la

reparación del daño moral, ello porque como vimos es un campo muy subjetivo y cuantificarlo es casi imposible. A continuación veremos dos teorías sobre la reparación del daño moral, a la cual hace alusión Elizabeth Vargas Málaga¹⁷⁵:

A) TEORÍA QUE NO ACEPTA LA REPARACIÓN CIVIL DEL DAÑO MORAL

La teoría que no acepta la reparación del daño No Patrimonial expone las siguientes razones:

a. Imposibilidad de demostrar jurídicamente la existencia del daño Moral.-

Esta teoría nos trata de explicar que es difícil poder comprobar el daño moral causado a una persona, ya que esto puede ser muy subjetivo, y sí que lo es, sin embargo esto no justifica que sea imposible o que la víctima no sea compensada en lo más mínimo por el causante de aquel daño causado. Esta teoría abarcaría una limitación a alcanzar la justicia a la persona dañada moralmente pues quedaría sin castigo el culpable por el daño causado y contribuiría a que todas las demás personas causen daño a otras y así recíprocamente.

b. Imposibilidad de compensar el dolor con dinero.-

Consideramos que por ser subjetivo el daño moral hace difícil comprobación como vimos anteriormente no es una excusa para no reparar el daño causado a la parte agraviada. Compensar el dolor o el daño causado constituye una indemnización en favor de la parte que recibió el daño que mitigara de alguna manera lo sufrido.

Cuando hablamos de una indemnización nos referimos generalmente a un beneficio económico sin embargo ello dependerá del daño causado, por

¹⁷⁵ VARGAS MALAGA, Elizabeth. TESIS Indemnización del Daño Moral en los casos de Violencia Familiar en el Departamento de Tacna durante el año 1997. Presentado a la Universidad Privada de Tacna. Tacna Perú. p 69-74

ejemplo, si el daño moral ha causado perjuicios económicos como cuando una modelo es deshonrada públicamente y mancillan su honor, producto de ello perdió contratos en el extranjero y demás; entonces se puede hablar de consecuencias que deben ser reparadas económicamente por causar un perjuicio económico; ello no quiere decir que en los demás casos que no se cause perjuicio no tendría que haber una compensación económica, ya que en esos casos tendría que ser valorada la situación por el juez quien será encargado de determinar el monto de tal indemnización.

c. Constituye un enriquecimiento sin causa.-

Porque considera que la víctima se procura para si un beneficio económico no teniendo derecho a tal, porque el bien dañado no tiene significación económica.

Esta teoría menciona que no se tendría derecho a una compensación económica que el de recibir una compensación para quien sufre un daño afecta o hiere la dignidad de una persona y, si hablamos de dignidad es un derecho amparado constitucionalmente por nuestra Carta Magna, es decir, si es un derecho que se encuentra establecido en el artículo 1° de nuestra Constitución Política.

La compensación económica solo viene a ser un beneficio por el daño causado ya que como se menciona anteriormente el daño que se causa es moral, por ende subjetivo, sin embargo es necesario que la persona dañada sea favorecida en algo; por otro lado constituiría una sanción un tanto pecuniaria ya que implica un castigo para la otra parte, lo cual contribuirá a que tal episodio en el cual se causó daño no se vuelva a repetir en el futuro.

d. Indeterminación del número de personas perjudicadas.-

Resulta evidente que debido a cada situación determinada se valorara el daño moral ello conforme al contexto, las personas involucradas, el nivel del daño entre otras cosas; y para quienes apoyan esta teoría manifestaran que haber varias personas perjudicadas se deba indemnizar a todas lo cual constituiría un desorden, como por ejemplo, en el caso que

una persona fallezca y su esposa solicite una indemnización por el daño moral causado y así lo hagan también los padres del fenecido y los abuelos y los hijos si son mayores de edad y en fin; pero en esta investigación se centra en el daño moral causado de una persona a otra para ser más específicos el daño que causa un cónyuge al otro.

e. Imposibilidad de una valoración del daño moral en dinero.-

Esta propuesta se basa en que debido a que el daño moral es subjetivo no es posible asignarle un monto específico u aproximado según sea el caso.

El daño moral es como mencionamos un derecho que debe tener el cónyuge inocente puesto que causa daño o atenta contra la dignidad de la persona y en algunos casos afecta la salud o económicamente a la otra parte, por lo cual hace necesario una reparación o compensación económica.

B) TEORÍA QUE ACEPTA LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

a. Inmoralidad de la no reparación del daño.-

El beneficio económico es necesario cuando se ha causado un perjuicio económico y el juez será quien evalúe la situación, lo cierto es que nuestro ordenamiento si avala una indemnización en algunos casos como en el divorcio. Esta compensación económica no debe ni debería afectar la dignidad de las personas como ya mencionamos anteriormente recibir un beneficio económico no sería como vender la dignidad de una persona.

b. El rol protector del Derecho.-

Como bien se menciona la compensación es también una especie de sanción para el causante del daño moral ello con el fin de no dejar paso a la impunidad sino que contribuirá un deber de retribución para que ese

daño no se vuelva a causar a ninguna persona y así conformar un equilibrio en la sociedad fomentando el respeto los unos a los otros.

2.4. DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

En el presente capítulo analizaremos sobre lo que consiste en el daño a la persona y que es el daño al proyecto de vida por lo cual analizaremos ambos conceptos y sobre que tratan para luego diferenciarlos puesto que resulta importante dicha diferenciación para efectos de este trabajo.

Estas variantes del daño contribuirán a desarrollar y a tener en consideración ante qué situación estamos cuando se presente un caso donde se realice un daño a la persona, para luego situar las cuales deberán tener en cuenta los magistrados para la determinación de la reparación de ese daño que se verá mediante una indemnización a la persona perjudicada. Asimismo se verá también el daño moral y cuál es su relación con estos tipos de daños.

2.4.1. DAÑO A LA PERSONA Y EL DAÑO MORAL

En capítulos anterior abordamos lo que comprendía al daño y en este capítulo haremos una diferencia entre distintos conceptos, uno de ellos es el daño a la persona que se constituirá en un tema importante para determinar la indemnización puesto que si hay daño debe ser reparado.

Asimismo DIAZ CACEDA expresa: “Los cuestionamientos al “daño a la persona” se centran, fundamentalmente, en una pregunta: ¿Es necesario, para determinar las reparaciones por daños, contar con el concepto de daño moral? Dicha interrogante ha generado una serie de propuestas diferentes, sobre las cuales la doctrina y la jurisprudencia podrá –eso creemos-probables consensos con el correr del tiempo.”¹⁷⁶

¹⁷⁶ DIAZ CACEDA, Joel. El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida. Edición Marzo 2006. Editorial Juristas Editores. Lima Perú. P. 52

Consideramos responder esta pregunta de manera afirmativa como señalábamos anteriormente esto resulta importante en el sentido en que de ocasionarse un daño este se constituyen daño moral? Puesto que lo que nos interesa y de lo que habla la presente investigación es precisamente la reparación de un daño moral esto, mediante una indemnización. Es necesario precisar ya que como se menciona existe confusión en lo que es derecho moral y derecho a la persona por lo que es de interés abarcar dichos aspectos para poder seguir con la investigación.

A su vez FERNANDEZ SESSAREGO menciona sobre el daño a la persona: "... aquella referida al daño a la salud, considerada está en su más amplia acepción, es decir, como toda lesión que, en alguna medida e intensidad, afecta el bienestar integra del sujeto de derecho..."¹⁷⁷

En otra cita FERNANDEZ SESSAREGO expresa: "El genérico y comprensivo daño subjetivo o "daño a la persona", como se ha señalado, es aquel cuyos efectos o consecuencias recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, es decir, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad propia de la estructura del ser humano, los daños pueden afectar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o "maneras de ser"."¹⁷⁸

Esta afectación producida puede ser física psicológica entre otros, es la que cambiará o modificará de alguna manera su comportamiento o como menciona el autor 'manera de ser', ese cambio o modificación por la afectación causada es el que se debe ser medido para que sea reparado y/o indemnizado a quien sufra dicho daño.

Continuando con el autor menciona: "El "daño biológico" se identifica con la lesión, considerada en sí misma, causada en relación con algún aspecto de la mencionada unidad psicosomática de la persona víctima del daño. En el daño denominado "biológico" se compromete, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato,

¹⁷⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Protección a la Persona Jurídica. Primera Edición 1992. Editorial Universidad de Lima. Lima Perú p.171

¹⁷⁸ FERNANDEZ SESSAREGO. Ob. Cit. P. 25

causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole y magnitud.”¹⁷⁹

El daño puede verse en dos aspectos como son el daño extra personal y el daño personal, como es de verse el segundo el cual nos compete, entonces se puede señalar que el daño a la persona es la afectación que se hace a una persona que puede perjudicarla en cualquiera de sus ámbitos directa o indirectamente, por ende este daño puede ser físico o psíquico.

Respecto a lo dicho anteriormente el derecho a la persona abarca dos ámbitos uno directo que vendría a ser un daño a la persona físico, y un daño indirecto a la persona que vendría ser un menoscabo en el ámbito psíquico, siendo un daño subjetivo. Dentro del daño físico tenemos a la afectación que se produce en el cuerpo de una persona, es decir, afectaciones producidas hacia el cuerpo de una persona que causen lesiones, heridas, fracturas, entre otros, producidos por un objeto determinado o una persona o personas determinadas sea planeado o no. Dentro del daño indirecto, este puede ser llamado subjetivo, daño moral entre otros, esta afectación no se da en el cuerpo físico sino en las emociones, pensamientos, sentimientos y otros campos que abarquen psíquicamente a una persona.

El daño moral comprende la afectación de la esfera subjetiva de la persona y trae como consecuencias dolor afectivo, frustración, impotencia, sufrimiento, depresión, angustia entre otros, que pueden afectar gravemente la mente de las personas a tal punto en que no puedan rehacer su vida normalmente, ello es comprobado mediante un examen psicológico y psiquiátrico en algunos casos.

En el caso de una persona que se divorcia por maltrato físico, psíquico y/o psicológico tenemos que repercute significativamente en su nuevo desenvolvimiento social o afectivo, ello se da porque las personas aunque estén separados legalmente, el daño moral causado debe ser reparado con un tratamiento psicológico o psiquiátrico, dependiendo del daño causado y la persona y personalidad de cada una de las personas.

¹⁷⁹ *Ibíd*em p. 26

En cuanto a la diferencia entre el daño a la persona y el daño moral, LEON HILARIO manifiesta: “En un sentido estricto propio, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa materia perteneciente al perjudicado (...) que se siente internamente, ya consiste en una disminución de algo no material, ya consiste en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos (...) En sentido lato e impropio, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque a su patrimonio ni lo disminuya (...) recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física.”¹⁸⁰

Resulta claro expresar que el daño moral no es algo que recaiga sobre la persona físicamente o en algún objeto físico, es decir, patrimonio, que pertenezca a la persona, puesto el daño resulta ser algo psíquico, es decir afecta los pensamientos, sentimientos, emociones y todo lo interior de una persona; entonces es un daño que afecta a una persona en un ámbito subjetivo.

En consecuencia, actualmente existen innumerables conceptos daños como el daño moral, daño a la persona, daño existencial, daño al proyecto de vida, daño corporal, daño psíquico, daño a la personalidad entre otros; sin embargo no todos estos tipos de daño son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico siendo solo dos de ellos reconocidos, como lo son el daño moral y el daño a la persona, aunque los demás daños son fundamentados y sustentados por los autores que los proclaman, solo tomaremos en cuenta los reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, es decir, el daño a la persona y el daño moral.

Respecto a estos dos tipos de daño existen muchas discrepancias entre los doctrinarios debido a que algunos señalan que el daño moral se encuentra dentro del daño a la persona y otros que sustentan que es el daño a la persona que se encontraría dentro del daño moral. Para ello TABOADA CORDOVA menciona: “... el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de

¹⁸⁰ Citado por DIAZ CACEDA. Ob. Cit P. 57

vida...”¹⁸¹ lo cual haría suponer que dentro de este daño se encontraría el daño moral.

De otro lado, ALVAREZ VIGARAY manifiesta: “El concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio o pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados”¹⁸².

El mencionado autor aduce que el daño moral comprende también los daños que se producen a una persona en cuanto a todo lo que ella abarca; sin embargo para algunos autores este y el daño a la persona son distintos; es así que nuestro ordenamiento jurídico ha separado estas definiciones y las ha hecho independientes, debido a que nuestro código civil admite tanto una indemnización para el daño moral como para el daño a la persona diferenciándolas como dos categorías distintas.

2.4.2. EL PROYECTO DE VIDA

El proyecto de vida hace referencia al plan de vida que tienen las personas de optar por caminos los cuales sean para cumplir sus metas, para algunos puede ser muy elaborado dicho plan, sin embargo para otros no tanto; ello debido a que algunas personas son más perfeccionistas y planean todas sus acciones en cambio otra no. Este plan de vida puede ser para algunos solo vivir y trabajar para vivir, esto a veces tiene poco sentido pero no es de extrañar que muchas personas piense de esa manera, otra manera es cuando su objetivo en la vida es ganar dinero y obtener bienes materiales entonces la persona solo trabaja para tener más dinero y comprar cosas materiales y así sucesivamente.

Referente al proyecto de vida, las personas tienen libertad para elegir el plan de sus vidas sin embargo existe una limitación por lo que debe estar dentro del marco legal de cada país. Por lo que no debería ser posible que

¹⁸¹ TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Primera Edición junio 2001. Editorial Grijley. Lima, Perú. P. 62

¹⁸² Citado por LEON HILARIO Ob. Cit. p. 428

uno se proyecte un negocio ilícito y sustentar sus gastos en una actividad ilícita.

FERNANDEZ SESSAREGO afirma: “No toda decisión libre, convertida en proyecto de vida, en conducta fenoménica, se cumple. No siempre las decisiones libres se realizan, se logran. Para tal realización el ser humano debe valerse de su instrumental psicosomático, de los “otros” y de las cosas. Y, a menudo, este instrumental se opone al cumplimiento del proyecto de vida. De ahí que se diga que la libertad fenoménica no es absoluta.”¹⁸³

En cuanto a planificar un proyecto de vida debe tenerse en cuenta que no siempre este se va a cumplir en su totalidad sino parcialmente, ello debido a circunstancias puesto que el proyecto de vida puede ser cambiante y puede variar para las personas en las diferentes etapas de su vida, una persona de veinte no tendrá la misma visión que una de treinta años y así sucesivamente; sin embargo para la realización en concreto debe hacer uso de su capacidad física y psíquica además del uso de herramientas.

En el caso por ejemplo, de una persona que tenga como proyecto de vida, enfocado en el ámbito profesional, ser odontólogo, para esto deberá primero asistir a un centro pre universitario, luego de que ingrese a la universidad comprar los implementos, es decir, materiales e instrumentos que requiera, sin contar con la indumentaria, por lo que si no cuenta con suficiente dinero tendrá que trabajar para sustentar sus gastos. Vemos aquí que hay una meta, un proyecto trazado pero para darle cumplimiento se requiere realizar de otras actividades y utilizar instrumentos (dinero, materiales de laboratorio, entre otros) pero ello dirigido a un mismo fin.

FERNANDEZ SESSAREGO afirma: “Entre la multiplicidad de proyectos que el ser humano forja permanentemente en su existencia hay uno que es singular, único, irrepetible: el “proyecto de vida de cada cual. Éste, como

¹⁸³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El Daño al “Proyecto de vida” en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. P. 7 (en línea) visualizado en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e Consultado el 21/04/2017

lo venimos diciendo, es lo que el ser humano, cada ser humano, ha decidido ser y hacer en su vida, con su vida, de acuerdo con una personal escala de valores... Es la misión que cada cual se propone realizar en el mundo. Es un conjunto de ideales, de expectativas. Es, en suma, el destino personal de cada cual.”¹⁸⁴

Consideramos que como bien lo dice el autor antes citado existen un solo proyecto de vida pero para realizar dicho proyecto se necesita la realización de otras acciones y/o actividades el uso de herramientas como vimos en el caso antes planteado; sin embargo esas acciones no son consideradas para nosotros como proyectos de vida sino solo son acciones que logran que se lleve a cabo el proyecto de vida en sí. Por lo que solo hablamos de un proyecto de vida y los más importante son solo pasos que la persona deberá seguir para completar para la ejecución de dicho proyecto.

Las personas como seres humanos tenemos un plan de vida, aunque muchos no entiendan el porqué de sus vidas en la faz de la tierra, lo cierto es que deciden la manera en como vivirán durante este año, durante los próximos cinco años, veinte, etc., es decir, planean lo que será de sus vidas, esto es lo que entendemos por proyecto de vida. La proyección sobre lo que se va a hacer es constante y puede cambiar por diferentes aspectos o solo modificarse parcialmente, puesto que no sería recomendable cambiar totalmente una proyección ya planteada.

FERNANDEZ SESSAREGO afirma: “Las decisiones de la persona están dirigidas a “hacer su vida” dentro del marco de su “proyecto de vida”. Toda persona, consciente o inconscientemente, tiene un “proyecto de vida”, por elemental que él sea, el mismo que responde a una decisión libre y radical, dentro del marco de los condicionamientos que le son inherentes...”¹⁸⁵

¹⁸⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Los jueces y la Reparación del “Daño al Proyecto de Vida”. P. 173-74 (en línea) visualizado en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a/9.+Doctrina+Nacional+-+Juristas+-+Carlos+Fern%C3%A1ndez+Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a> Consultado el 21/04/2017

¹⁸⁵ FERNANDEZ SESSAREGO. Ob Cit. El Daño al “Proyecto de vida” en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. P. 6

Resulta importante señalar que el objetivo que se quiere alcanzar en la vida, el proyecto de vida sería el medio para alcanzarlo. Si el objetivo es el dinero, como vimos anteriormente, entonces lo más probable es que la persona se dedique a trabajar para ganar y dinero, si el objetivo es tener una familia, se casará y pensará detenidamente en el futuro cónyuge, si tu objetivo es buscar paz entonces elegirás una religión o secta en la cual sientas paz interior u otros ejemplos que podríamos seguir citando.

Por consiguiente el ser humano es libre de planificar su proyecto de vida dependiendo del objetivo que pretenda alcanzar en esta vida, y sea cual fuese su plan de vida es lo que una persona se planteó y tiene valor para sí mismo, ello también está relacionado con la paz interior o interna dado que al frustrarse dicho proyecto le quitarías el sentido a una persona, pues el único proyecto de vida que se planteo ha sido destruido por algo o alguien en particular.

2.4.3. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

El daño al proyecto de vida como vemos también es un tipo de daño que se causa a una persona, y en casos de divorcio se daña el proyecto de vida en la manera que la pareja planifico casarse hasta siempre y tiene en sus planes muchos proyectos referido a ello.

Por su parte FERNANDEZ SESSAREGO: "...Es un daño, en consecuencia, que afecta la libertad de la persona y que, por ende, trastoca o frustra el proyecto de vida que, libremente, formula cada persona y a través del cual se "realiza" como ser humano."¹⁸⁶

El proyecto de vida es de cuidado de cada persona puesto radica en la perseverancia de cada una de ellas para dar cumplimiento a lo que tiene planeado, en muchos casos vemos que existe una frustración por distintas circunstancias pero finalmente la misma persona decidirá si continuar la realización o no de su proyecto de vida, entonces decimos que es la primera la persona misma, dueña del proyecto de vida quien será la responsable del cumplimiento de su proyecto trazado.

¹⁸⁶ FERNANDEZ SESSAREGO. Protección Jurídica de la Persona. Ob. Cit. P. 165

El Estado es quien también cumple un rol fundamental pero para la protección de este proyecto de vida, puesto que garantiza en primero la libertad de la persona así como su bienestar y libre desarrollo y desenvolvimiento.

Generalmente hablamos de esos casos cuando ocurren accidentes, sea de tránsito o por el trabajo entre otros, los cuales serán realización no con intención pero si por una impericia o negligencia en la cual haya una persona responsable distinta a la persona dueña del proyecto, esto es cuando hablamos de culpa. Otro caso cometido con dolo es cuando se haya realizado con intención de causar o generar algún daño hacia la persona por lo que debe ser sancionado por la autoridad correspondiente.

De esta forma se produce una frustración en el proyecto de vida y aunque la legislación no es específica en la sanción de este daño en específico es visto por la indemnización en cuando al daño causado hacia la persona, temas que vimos con anterioridad.

FERNANDEZ SESSAREGO manifiesta: “En cuanto a la naturaleza del ente dañado... No es lo mismo, ciertamente, dañar a la persona - que es un ente libre, coexistencial y temporal - que a un objeto cualquiera del patrimonio personal o comunitario. No es lo mismo no sólo en virtud de la dignidad propia del ser humano, de la que carecen las cosas, sino en cuanto a los criterios y técnicas a emplear para la reparación de las consecuencias de los daños que se generen.”¹⁸⁷

Referido a ello se hace una diferenciación entre lo que es el daño hacia una persona y el daño realizado sobre una cosa, evidentemente no tendrán los mismos efectos jurídicos puesto que por sobre todo la persona es quien es el ente protegido por el ordenamiento jurídico nacional, mientras que una cosa no tiene tal valor como la vida pues no la tiene siendo que solo es un bien u objeto que podría ser reemplazado, sin embargo, en el caso de las personas son irremplazables por lo que su valor es superior en la reparación del daño y/o indemnización es tratada de manera diferente

¹⁸⁷ FERNANDEZ SESSAREGO. Ob. Cit. Proyecto de vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. p.8-9

puesto que en ciertos casos es irreparable el daño y la indemnización no contribuye a dicha reparación pero que debe darse de igual manera.

En los casos de delitos penal, en la violación sexual es un daño al proyecto de vida para una menor por lo que a pesar de la reparación civil que se le asigna no será suficiente para restablecer el daño causado, así como una indemnización económica en cualquier suma tampoco contribuirá a que la persona se restablezca sin embargo, necesariamente debe tomarse en cuenta debido a que la persona debe reparar en lo que pueda el daño causado siendo la más común de las formas, el aspecto económico.

De otro lado, FERNANDEZ SESSAREGO menciona: "Coincidimos con la apreciación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos de lo que significa el "proyecto de vida",... es propio tan sólo de un ser que es, al mismo tiempo, un ser libre y temporal... Sólo un ser temporal es capaz de tener un futuro y, por consiguiente, de formular un "proyecto de vida" que se despliega en el tiempo. El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida. La vida es, así, un proceso continuado de "haceres" según sucesivos proyectos."¹⁸⁸

La frustración del proyecto de vida llega con el estancamiento de un plan de vida o de una manera de vida que se ve interrumpido producto de una acción u omisión que interfiera con el normal desenvolvimiento de una persona en su vida cotidiana o a los planes que haya tenido en mente.

Por ello FERNANDEZ SESSAREGO menciona: "El proyecto de vida puede frustrarse o sufrir menoscabos, tropiezos o retardos, ya sea por causas imputables al mundo interior o psicosomático de la persona o por aquellas provenientes del mundo exterior, es decir, de los "otros" y de las cosas. Puede ser que la frustración o menoscabo del proyecto de vida provenga de la propia envoltura psicosomática, del soma o cuerpo o del psiquismo. Puede suceder también que la frustración o menoscabo del proyecto de

¹⁸⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, El Daño al Proyecto de Vida en una reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" P. 459 (en línea) visualizado en file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-EIDanoAlProyectoDeVidaEnUnaRecienteSentenciaDeLaCo-5110161.pdf consultado el 10/05/2017.

vida tenga su origen en los demás seres humanos, con los cuales se coexiste, o de las cosas del mundo.”¹⁸⁹

Las circunstancias pueden ser un factor determinante para el proyecto de vida puesto que, todas las personas estamos propicias a sufrir cualquier infortunio, accidente y demás, esto podría afectar total o parcialmente el cumplimiento o la ejecución de nuestro proyecto de vida. Asimismo a pesar que el factor destino pueda alterar significativamente nuestra vida y sus proyectos se debe tener en consideración que como ello existen otros factores económicos sociales que pueden obstaculizar, por ello para dar cumplimiento a nuestro proyecto de vida es fundamental ser perseverantes.

FERNANDEZ SESSAREGO menciona: “Atentar contra el proyecto de vida -que es el que le da sentido y razón de ser a la existencia de cada persona- produce distintas consecuencias, de diversa magnitud e índole que el juez deberá precisar y, en su caso, reparar adecuadamente según la regla de la equidad y teniendo a la vista la jurisprudencia,...El juez, en este caso, cumple un rol de singular importancia dado que está apreciando en qué medida se ha lesionado y truncado el proyecto de vida de un ser humano.”¹⁹⁰

La afectación que se produce al proyecto de vida de una persona no tendrá los mismos efectos que la otra sino que los efectos serán distintos según cada persona, esto se debe a la personalidad, carácter, templanza, en otros; sin embargo en el ámbito psíquico es que puede ser medido con certificados médicos legales y otros exámenes que determinen el daño físico causado.

Por tanto será el juez el responsable a determinar el grado de afectación producido tomando en cuenta ciertos criterios como la proporcionalidad, razonabilidad, racionalidad entre otros principios, los cuales darán fundamento a su posición además de tomar en cuenta el daño causado y

¹⁸⁹ FERNANDEZ SESSAREGO. Proyecto de vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ob. Cit. p.7-8

¹⁹⁰ FERNANDEZ SESSAREGO. Ob. Cit. p. 186. Los jueces y la Reparación del “Daño al Proyecto de Vida

los efectos de este sobre la persona afectada, al revisar los exámenes y documentos que puedan acreditar el daño causado.

Al frustrarse un proyecto de vida, no hablamos de algo que pueda ser reparado tan fácilmente, como en el caso de un objeto que puede recomponerse, arreglarse o sustituirse, puesto que, el proyecto de vida tiene un valor subjetivo mucho mayor y puede llegar a ser irreparable en algunos casos, dependiendo de la afectación que se causa. Asimismo el proyecto de vida no puede sustituirse por otro de forma rápida y espontánea sino que dependerá de la persona y del proyecto planteado por ella.

La mayoría de las personas proyectan a solo un objetivo para su vida, que sería el proyecto de vida de cada persona, por lo que sí, ese solo proyecto de vida es dañado el rumbo existencial de la persona sería gravemente dañado y las personas no tendrían razón de continuar, el modificar un proyecto de vida es difícil el cambiarlo totalmente o sustituirlo es sin duda un gran trabajo porque al proyectarte pones en juego muchas metas y objetivos específicos sin embargo, esta tarea no es imposible pero puede traer como consecuencias depresión crónica, angustia y llevar a las personas a suicidarse.

FERNANDEZ SESSAREGO menciona: “La frustración del “proyecto de vida” significa en quien lo sufre la pérdida del sentido de su propia vida. Este truncamiento trae como natural consecuencia el que la persona no se encuentre en aptitud de realizar en su vida los valores que decidió vivenciar para orientarla, para elegir y preferir determinada opción u opciones frente a otras que descartó por no guardar sintonía con sus más íntimas aspiraciones existenciales.”¹⁹¹

La frustración de una persona radica en no alcanzar el objetivo planteado o que su proyecto de vida basado en dicho objetivo resulte imposible de realizar, lo que trae consigo frustración e impotencia, de tal manera que afecta psicológicamente a una persona, debido a que trae como consecuencia cambiar los planes de vida de una persona, siendo que esto resulta inaceptable para algunos ya que muchos podrían entrar en

¹⁹¹ FERNANDEZ SESSAREGO. Proyecto de vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana Ob. Cit. p.15

depresión al frustrarse su proyecto de vida pues, es algo que planearon sobre la manera en cómo vivir y la importancia de su existencia en la vida.

De otro lado, existen doctrinarios que mantienen una posición en contra de este proyecto de vida porque no consideran cuantificable un “plan de vida” que no es preciso ni definido por lo mismo que no podría ser susceptible de reparación y/o compensación.

Sobre ello, LEON HILARIO menciona: “¿Y por qué el “daño al proyecto de vida” no sería resarcible? Por la sencilla razón de que los “proyectos de vida” son invisibles y cambiantes... Sin embargo, va ser muy difícil que el que provoque el daño, o el que resulte imputado con la responsabilidad que se pretende derivar del el, tenga plena conciencia del “proyecto de vida” que echa a perder...”¹⁹²

El mencionado autor refiere que el proyecto de vida es cambiante, no es algo concreto, por lo cual como saber el proyecto de vida de cada quien, el autor no niega que pueda existir pero que no es posible su reparación. Si bien todas las personas tenemos un proyecto de vida esto está definido en algunas, pero no en todas, es decir, puede ser muy sencillo el que una persona tenga trazado estudiar una carrera en la universidad pero actualmente está en la preparatoria, es decir aún no ha ingresado, por lo cual no es algo definido y más aún en este caso, no está en camino de que ese proyecto pueda hacerse real.

Asimismo ORTEGA Y GASSET refieren: “... pero el “proyecto de vida”, por no ser visible y por ser cambiante, por ser invaluable y por propiciar la monetización de los sueños y añoranzas, debe mantenerse en el terreno de lo irresarcible.”¹⁹³ Debido a lo complicado y difícil que resulta su cuantificación algunos doctrinarios señalan que el daño al proyecto de vida no debería ser resarcible, como vimos existen diferentes opiniones al respecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico no reconoce este tipo de daño.

Continuando LEON HILARIO menciona: “Si continuamos inflando los resarcimientos indolentemente, y con el auxilio de puros automatismos

¹⁹² LEON HILARIO. Ob. Cit. p. 474

¹⁹³ Citado por LEON HILARIO. Ob. Cit. p. 480

como el “daño al proyecto de vida”, que es solo una de las varias “voces” propuestas para generar los efectos mágicos del incremento y de la justificación de los montos concedidos, nunca podremos sacar provecho ni hacernos expertos en el empleo de categorías que si tienen respaldo en la legislación de nuestro país, como el “daño moral”.¹⁹⁴

Todo ello como una reflexión por ser el proyecto de vida muy subjetivo y presto para cualquier malinterpretación, como cuando una persona alega que se dañó su proyecto de vida, pues se frustró y carrera profesional, cuando aún no se encontraba cursando la universidad, las personas podrían extender demasiado dicho concepto por lo que resultaría ser irresarcible.

En consecuencia, aunque el daño al proyecto de vida no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico como si lo están el daño moral y el daño a la persona, consideramos que estos deben ser temas relevantes a tratar por sí estar amparados en ley, mientras que el proyecto de vida como vimos es muy cambiante e inestable por lo que, su cuantificación es difícil y resulta más complicado por no estar regulado.

2.5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

2.5.1. CONCEPTO

La reparación del daño moral se refiere a la compensación, reparación, la acción que tenga por finalidad resarcir el daño moral causado a una persona, esta manera de resarcir puede ser económica o no. Si bien el objetivo es compensar a la parte afectada ello no genera la necesidad intrínseca de devolverse al estado anterior las cosas, es decir, antes de que se causara dicho daño, ya que esta indemnización no debe ser condicional a la existencia de la posibilidad de reparar el daño causado sino su finalidad es la de compensar a pesar de que el daño pueda ser irreparable o no.

¹⁹⁴ LEON HILARIO. Ob. Cit. p. 472

En el caso de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio, ésta se da por la compensación que se hace al cónyuge inocente por las diferentes acciones que provoca el cónyuge culpable y que ello afecta moralmente al otro cónyuge, siendo que este debe resarcir el daño causado. Este daño que se causa puede ser por diferentes motivos y como mencionamos anteriormente puede ser posible de reparar o de imposible reparación.

QUISPE SALSAVILCA menciona: “La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtienen determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”.¹⁹⁵

Como se señala es necesario una acción que le cause daño a uno de los cónyuges para que sea plausible de una indemnización, el incumplimiento de los deberes conyugales traerá como consecuencia el divorcio por las diferentes causales que señala el Código Civil, sin embargo, la indemnización debe ser de acuerdo al daño moral causado lo que llevará a determinar la indemnización en favor del cónyuge inocente.

El tercer pleno Casatorio Civil menciona: “También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos

¹⁹⁵ QUISPE SALSAVILCA, David. El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviario de Derecho Civil N° 2.(2002) Editorial Cultural Cuzco S.A.C., Lima-Perú , p.73-75

hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”¹⁹⁶(SIC)

En este Tercer Pleno Casatorio Civil hace mención al divorcio sanción que es aquella clase de divorcio en la cual tiene por sustento la culpa del cónyuge que motiva la causal del divorcio por lo que, siendo que uno de los cónyuges incide en una causal le corresponderá asumir las consecuencias de sus actos, los cuales han causado daño hacia el otro cónyuge, lo que correspondería el pago de una indemnización, ello atendiendo por supuesto a las consecuencias las cuales repercutirán en el cónyuge inocente.

2.5.2. FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN

Tiene su fundamento en valor de la justicia el cual es un finalidad a la cual se anhela llegar, como decíamos anteriormente cada acción tiene su reacción y cuando se daña a una persona esta tendrá que hacerse responsable por el daño ocasionado a la otra persona, ello traerá consigo la aplicación de una sanción de formar que sea prevenido para no volverlo cometer con otras personas.

El artículo 2º Inciso 1 de La Constitución del Perú establece que toda persona tiene derecho: "A la vida identidad, integridad moral psíquica, física y a su libre desarrollo y bienestar. Asimismo el inciso 24 del mismo artículo hace mención:"...A la libertad y seguridad personal". Se puede apreciar que la Constitución protege nuestra dignidad y honor como personas, los cuales no se pueden ver vulnerados y por tanto no deben dañar y no producir consecuencia, aquellos que causen daño moralmente ocasionándole a una persona, una afectación en su bienestar emocional

¹⁹⁶ Citado por Tercer Pleno Casatorio Civil (en línea) Documento visualizado en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES> Consulta 23-09-2016. p. 194

sentimental entre otros campos de lo que se constituye como tranquilidad y paz individual deberán compensar a la otra parte.

De igual forma en el artículo 5°. Del Código Civil establece la irrenunciabilidad de derechos civiles. "El derecho a la vida, a la integridad, libertad, al honor y demás inherentes son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión."

Así lo reconoce nuestro Código Civil Actual en sus artículos 351° que prescribe: "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" y de igual manera el artículo 345-A en el segundo párrafo establece: "... El juez velará por la estabilidad económica del conyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal,...".

La valorización sobre la cual el juez determinará el monto de la indemnización es aquel que deberá apreciar la situación, el contexto en la cual se da el daño moral al cónyuge inocente así como los efectos y consecuencias que ello podría causar, es decir, como va a repercutir en la vida del cónyuge el perjuicio ocasionado de manera que pueda ser resarcido o de lo contrario el juez deberá determinar un monto de la indemnización en favor del cónyuge en perjuicio de lo causado aunque este pueda o no ser resarcido.

Podemos decir entonces que reparación es una compensación de algo que se causó sea con intención o sin ella pero que correspondería resarcir el daño producto de la consecuencia de un mal accionar. Ello constituye muchas veces una indemnización económica, es decir, el hecho de querer reparar el daño causado hace que la parte que causo daño pueda compensar a la otra con algún beneficio, este beneficio es mayormente económico pero eso no necesariamente tiene que ver con que el daño causado.

RECANSES SICHES menciona: "... que para conseguir el mencionado ideal de justicia el derecho se basa en la norma positiva, ya que considera a cada una de las normas como un intento de realización del principio de justicia, de esta manera la reparación de un daño constituye una verdadera obligación de compensación por el perjuicio que una persona ocasiona a otra de manera injustificada y antijurídica."¹⁹⁷

Por su parte, CABELLO MATAMALA señala: "En cuanto al fundamento del daño moral, alguno sostiene que tiene un carácter resarcitorio, siendo su fin el reparar en algo el menoscabo sufrido por la víctima. Otro sector minoritario lo considera punitivo, tratándose entonces de una pena civil que recae sobre el culpable."¹⁹⁸

El daño moral entonces estará referido al ámbito subjetivo, a una perspectiva sentimental del que recibe el daño, por lo mismo este daño puede tener diferentes reacciones o consecuencias en diferentes personas, ya que algunas personas son más sentimentales que otras, sin embargo tratándolo objetivamente podemos señalar que este daño moral puede ser determinado por diferentes criterios y situaciones en las que se da así como dependiendo en que personas se dé.

Por tanto se debe tener en cuenta que la afectación no será la misma si hablamos de un niño o de un adulto ya que la situación, el criterio subjetivo que tiene cada uno es diferente y de acuerdo a su edad así como al ámbito que se desarrolla y entre otros aspectos que deben considerarse.

Con respecto al fundamento de la reparación en el ámbito familiar TORRES MALDONADO menciona: "... el interés de la unidad e integración familiar debe ser reconciliado con las exigencias individuales y no determinar el sacrificio de los intereses personales. El sujeto familiar es sobre todas las cosas una persona y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o

¹⁹⁷ Citado por BRITO GONZALES. Ob. Cit. p. 19-20

¹⁹⁸ CABELLO MATAMALA. Ob. Cit. p.428

culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.”¹⁹⁹

La familia es una unidad la cual es protegida constitucionalmente por lo cual no es permitido que afecten a la familia tanto externamente como internamente, externamente tenemos a cualquier tipo de daño que produzca a la familia como unidad sea por una persona o por una institución entre otros, un ejemplo sería cuando se dicta una ley que viola de alguna manera el bienestar de la familia y un caso en particular podría ser el matrimonio entre homosexuales, ello no es posible en vista de que la palabra matrimonio proviene de matriz y cuando se trata de parejas homosexuales varones pues tenemos que ninguno es conforme a la palabra, lo que podría ser plausible sería otra denominación en cuanto a la protección de sus derechos civiles y demás se refiere, sin embargo este tema es ampliamente discutido y los derechos que ellos puedan reclamar es tema aparte de esta investigación.

La afectación o menoscabo que podría comprender en el ámbito endógeno de la familia sería en cuanto a las relaciones entre los miembros de la familia, es claro que nadie tiene derecho a causar daño a otro, cuanto más si el que causa daño es uno de los miembros de la familia debe poder resarcirlo.

FRACCON indica: “...Es incuestionable que la familia es una estructura esencial dentro de la sociedad, y que ello no debe ser incompatible con la tutela de derechos de sus miembros. De hecho este principio de unidad familiar –es decir, el bien de la familia en su conjunto- individuales de cada miembro de la familia y si se repara, por tanto, la violencia de tales derechos individuales.”²⁰⁰

Como se señala a pesar de que se proteja a la familia como unidad también se protegen los derechos de cada uno de los miembros por lo que, el miembro de la familia que cause daño a otro miembro deberá resarcirlo, como sabemos en otras ramas del derecho como en materia penal

¹⁹⁹ TORRES MALDONADO. Ob. Cit. p.98-99

²⁰⁰ *Ibíd*em p. 96

sabemos que el daño causado por un miembro de la familia constituye un agravante para la determinación de la pena, es el caso del feminicidio.

El daño que se produce en la esfera familiar es mayor al daño que pueda ser ocasionado por otra persona puesto que el ser humano al interrelacionarse con otras personas genera vínculos afectivos y dichos vínculos son más fuertes cuando se trata de una familia. El daño que se causa, por ejemplo, al cometer adulterio, el cual es un engaño, conlleva la ruptura no solo del vínculo afectivo entre la pareja sino que conllevaría a la desunión de la familia en sí. En cambio si te engaña un amigo o amiga las consecuencias no serán iguales y por ende el daño moral producido tampoco será igual.

VALENZUELA DEL VALLE menciona: "... Las sanciones civiles especiales asociadas al incumplimiento grave de obligaciones matrimoniales no excluyen otras sanciones especialmente el resarcimiento de daños y perjuicios. Las reparaciones pecuniarias asociadas a la disolución del matrimonio no excluyen el resarcimiento de daños no cubiertas por ellas, especialmente el resarcimiento del daño moral."²⁰¹

Más allá del incumplimiento de las obligaciones que hayan entre cónyuges también se debe considerar el daño moral que se causa por la violación de dichos deberes matrimoniales, como son el de fidelidad, ayuda mutua, convivencia entre otros, que podrían ocasionar daño entre los miembros de la familia no solo entre cónyuges sino también la afectación que se producen en los hijos, sobretodo, que son menores de edad, pero también se debe tomar en cuenta el daño psicológico y ello abarca tanto a los menores de edad como a los mayores.

En el caso de los hijos podrían tener repercusiones diferentes a si son mayores de edad o si son menores de edad, en el primer caso podría repercutir en su futura familia en el sentido en que tendría la idea de que el matrimonio no es necesario, no es la mejor opción entre otras cosas que dañarían la perspectiva de una nueva familia que se podría formar, en el caso de los menores estos serían apartados de la normal convivencia de una familia nuclear puesto que se convertirían en una disfuncional en la

²⁰¹ *Ibíd*em p. 104

cual, ya no vivirán con su padre (en el caso de que se quede al cuidado de su madre) por la cual el daño moral que se producirá debe de alguna manera ser reparado.

TORRES MALDONADO manifiesta: “El vínculo familiar no justifica el acto lesivo ni elimina la injusticia del daño, en tanto las relaciones familiares son, muchas veces generadoras de situaciones perjudiciales entre las partes que las componen.”²⁰²

Por ser integrantes de una unidad familiar y de tener relaciones de confianza, estrechas y sólidas, ello no justifica el daño que se puedan causar los unos a los otros. También podríamos hablar de la violencia física y psicológica entre los cónyuges sea por motivos de celos y entre otras razones; es lamentable que la familia de estas épocas sufra tal tipo de violencia entre sus miembros los cuales no se justifican en ninguna forma.

TORRES MALDONADO expresa: “Los daños derivados de las relaciones familiares son aquellos perjuicios menoscabos o detrimentos que se producen entre sujetos a quienes les une una relación jurídica familiar. ...la existencia de un daño no significa que cualquier menoscabo que se produzca en el ámbito de la familia deba ser resarcido.”²⁰³

El daño que se produce entre familiares hace referencia a la afectación que sufren los miembros de la familia entre ellos, debido a diferentes circunstancias y razones; aquellos daños o abusos sean físicos o psicológicos que se realicen entre miembros de una familia sin justificación o sean irrazonables y desproporcionados deben ser resarcidos por el miembro que los causo.

TORRES MALDONADO manifiesta: “La reparación del daño endofamiliar ha de ser íntegro, extendiéndose a todo el daño imputable objetivamente al responsable. De ser posible, además, el deudor ha de proporcionar al perjudicado los mismos, idénticos o iguales medios para satisfacer las necesidades y fines que se vieron afectados por la lesión. La reparación, en sentido lato, por los daños derivados de las relaciones endofamiliares, al igual como ocurre con los daños en general, alberga las categorías de

²⁰² *Ibíd*em p. 110

²⁰³ *Ibíd*em p. 125

“indemnización” y “resarcimiento”, las mismas que frente a un hecho concreto, podrían presentarse.”²⁰⁴

Continuando con el autor citado anteriormente menciona “...La indemnización, a diferencia del resarcimiento, se genera una vez verificado el supuesto de hecho previsto en la ley (obligación legal). En tales supuestos, el juez o árbitro estará obligado a indemnizar, sin ningún juicio de responsabilidad civil; es decir, sin la necesidad del análisis de los elementos de la responsabilidad civil, en tanto la misma se otorga por el ministerio de la ley. A diferencia de ello, el resarcimiento se funda en un hecho aquiliano.”²⁰⁵

Como vimos por tratarse el daño moral de un tipo de daño inmaterial su naturaleza es netamente compensatoria por lo cual, no se rige por los elementos de la responsabilidad civil sino que dicha indemnización es fijado a criterio subjetivo del juez tomando en cuenta ciertos criterios que ha establecido la jurisprudencia, los cuales serán analizados en los próximos numerales.

Un tema aparte es el que se da en los casos de violencia familiar cuando al fijarse el monto de la reparación civil este es muy bajo, sin embargo en el caso de la indemnización por daño moral como su nombre lo dice ya no es sino una reparación civil que se rige por las formalidades de esa figura sino lo que trata en la indemnización por daño moral es el menoscabo que sufre el cónyuge inocente con el divorcio producido por dicha causal.

Entonces, no debe confundirse la reparación que los jueces fijan en las sentencias de violencia familiar con la indemnización por daño moral porque se rigen por distintos criterios, además que son figuras totalmente distintas, puesto que en divorcio se mide la afectación moral de la víctima subjetivamente, en cambio la reparación se refiere a daños objetivos que son plausibles de reparación, sea tratamientos médicos entre otros.

En el caso de la violencia psicológica se puede medir o corroborar con una pericia psicológica esta deberá ser practicada a la víctima evidentemente por un psicólogo en cual pueda evaluar al paciente de esta manera se

²⁰⁴ *Ibidem* p. 151

²⁰⁵ *Ídem*

podría acreditar el daño ocasionado. Esta prueba deberá ser presentada para acreditar el daño moral no solo puede ser practicada al cónyuge inocente sino también a los hijos, el daño moral deber ser medido a todos los miembros de la familia, y en este caso el cónyuge culpable deberá indemnizar dicho daño causado.

Además de probar la existencia del daño, la prueba pericial también podrá establecer una relación de causalidad entre la víctima y el victimario, en este caso el papel de la víctima lo tendrá el cónyuge inocente y al cónyuge culpable le pertenecerá el papel de victimario.

En consecuencia, en la medida que uno daña a otro debe de repararlo aun si este daño producido fuera intencionado o no por que se fundamente en el principio de la justicia, no importándola magnitud del daño todos deben ser reparados y o compensados según su naturaleza debido a que nuestra constitución protege nuestro bienestar físico y psicológico.

2.6. LA ACREDITACIÓN DEL DAÑO MORAL

La acreditación del daño tiene que ver con la manera de probar que el daño existió, que verdaderamente mediante el daño se constituyó una parte perjudicada por dicho daño y a quien realizo tal perjuicio. Este tema servirá para dar algunos alcances sobre lo que se debe tener en cuenta para acreditar el daño que se constituye, ese tema es de gran importancia debido a que si no se acreditaría el daño causado pues entonces no habría posibilidad de una reparación y/o compensación con la finalidad de resarcir dicho daño.

La Corte Suprema de Justicia en el Tercer Pleno Casatorio menciona que:

“La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación

de hecho o del divorcio en sí; su fundamente no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.”²⁰⁶

De esta manera se puede decir que la indemnización no responde a los fundamentos de una reparación civil sino a principios señalados como equidad y solidaridad familiar, debido a que el Derecho de Familia es un libro independiente de la rama Civil del Derecho por ende, debe diferenciar que en este campo la indemnización que se fija en favor del cónyuge perjudicado es de manera compensatorio por se rige por principios familiares y de justicia más que criterios de la reparación civil aunque puedan estar relacionados tienen fundamentos y finalidades independientes.

En consecuencia, para determinar una indemnización primero se debe probar que realmente existió un daño y que existe una persona que causa un daño y una persona que sufre las consecuencias del daño causado, de otra manera no se podría determinar dicha indemnización por daño por no existir precisamente un daño que reparar o que compensar.

Asimismo la parte perjudicada es aquella quien debe de acreditar que existió un daño hacia su persona, ello evidentemente con hechos y pruebas ya que de esta manera el juez podrá dilucidar que se constituyó un daño. En el Tercer Pleno Casatorio Civil se menciona que basta que el cónyuge perjudicado haya alegado con hechos en su demanda su situación de perjuicio para que el juez determine una indemnización a su favor, así la parte no lo haya solicitado.

De esta manera podemos observar en la Casación N° 4664-2010-Puno en la cual se señala que:

“El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que este haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concreto referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto,

²⁰⁶ Casación N° 4664-2010-Puno. Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú p. 85

se garantizara al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.”²⁰⁷

Resulta necesario entonces que la persona perjudicada con el daño tome más interés por tratar de que se le repare el perjuicio ocasionado, es por ello que a pesar de que se determine una indemnización de oficio por parte del juez, resulta también necesario para acreditar el daño que el cónyuge perjudicado presente medios probatorios, debido a que ello ayudará a que el juez pueda valorar mejor el daño que se le ocasiono y no se base en simples hechos alegados, esta carga de la prueba recaería entonces en el cónyuge perjudicado debido a que es el interesado.

La debida acreditación ayudará a que el juez valore efectivamente el daño que se ocasionó y de esta manera al determinar un monto de indemnización este sea proporcional al daño causado, evidentemente si el daño ocasionado es acreditado la indemnización será proporcional, pero de no hacerlo el juez solo valoraría los hechos planteados y probablemente la indemnización será menor y desproporcional debido a que el juez no obtuvo medios probatorios suficientes para la acreditación de la intensidad de la afectación del cónyuge perjudicado.

SANTOS BALLESTEROS afirma: “... en el sentido de que en cualquier proceso judicial la valoración de los daños irrogados a las personas o las cosas deberá estar guiada por los principios de reparación integral y equidad, sino también con la convicción de que esta es una de las vías a través de las cuales puede ser preservado el absoluto respeto y la integridad de los derechos superiores contemplados en la Constitución Política.”²⁰⁸

Como habíamos visto ya en capítulos anteriores concluimos que el daño moral solo es compensatorio debido a que la indemnización fijada en favor de la persona perjudicada tendrá por finalidad atenuar las secuelas o los sentimientos de dolor y/o sufrimiento producto del daño causado por otra persona.

²⁰⁷ Casación N° 4664-2010-Puno. Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú p. 63

²⁰⁸ SANTOS BALLESTEROS. Ob. Cit. p.372

Respecto a la reparación del daño podemos señalar que tenemos dos clases: un daño moral objetivo y uno subjetivo²⁰⁹, aclaramos nuevamente que es desde la perspectiva de la reparación. El daño moral objetivo es aquel daño que puede ser medido, esto se basa en los gastos económicos o que puedan ser medidos económicamente que derivan del daño moral causado. Un ejemplo de esto sería en cuanto a los tratamientos psicológicos, es decir que debido a la afectación la persona tenga que ir a sesiones con el psicólogo por un tiempo que este determine, estas sesiones evidentemente demandarán de gastos por lo cual pueden ser o están sujetos a ser medidos económicamente.

De otro lado, la reparación del daño subjetivo, este tipo de daño no puede ser medido económicamente, ello puesto que el daño moral que es subjetivo está constituido por todo el sufrimiento psíquico y psicológico, es decir este tipo de daño es muy variable porque dependerá de cada tipo de persona, algunas tienen la capacidad de superar rápido sus problemas afectivos y/o sentimentales y otras no, de igual manera también dependerá de los años de relación porque no es lo mismo que una persona se separe a los dos años de matrimonio con una de diez años de matrimonio, evidentemente el daño será mayor y tampoco se podrá medir el tiempo de sufrimiento de una con otra, porque ello es propio de cada persona.

En consecuencia, el daño moral subjetivo primero, no es posible de medir económicamente; segundo, las personas pueden ser afectadas con distinta intensidad depende de cada una de ellas, y como tercero el hecho de que no puede ser medido económicamente no significa que esté libre de reparación pues definitivamente este daño debe ser compensado con la finalidad de aminorar el daño que se le causo a la persona afectada.

2.6.1. LA PRUEBA EN EL DAÑO MORAL

Superada el tema debatible si corresponde indemnizar o no por constituirse un daño moral además de que se acredite la existencia del mismo pasamos a un tema de gran importancia debido a que dada la existencia del daño

²⁰⁹ Ibídem p.364

moral ¿Cómo podemos probarlo? Es una de las grandes preguntas que surgen, puesto que el tema del daño moral es de carácter subjetivo que se da internamente en una persona, debido a que se trata del dolor o sufrimiento de una persona.

Vimos también en cuanto a la reparación del daño objetivo y subjetivo, analizamos que el daño objetivo se puede determinar mediante el tratamiento que pueda recibir la persona dañada y/o perjudicada, sin embargo vimos que en el caso de la subjetiva sería más difícil pero a trataremos de despejar dudas en los siguientes párrafos a través de razonamientos planteados de manera que la idea de probar el daño moral no sea tan difícil y complicada.

Con respecto a la prueba, cuando se trata de daño moral aunque es un daño que lo sufre interiormente una persona también puede apreciarse exteriormente, ello porque las amistades de la pareja y en este caso del cónyuge afectado presencian el grado de afectación del daño por la separación y divorcio de dicho cónyuge, además debemos señalar que cuando se trata de un divorcio por causal estos tienen una causal que perjudica al otro cónyuge, por ejemplo cuando se trata de adulterio el proceso de engaño y de sufrimiento totalmente subjetivo que vive el cónyuge afectado se puede notar por sus parientes amigos cercanos y otros. Por lo cual ese sufrimiento se exterioriza y puede ser apreciado por personas externas; dichas personas son las que podrán ser testigos que puede ser presentado por el cónyuge afectado.

Sobre ello, puede verse en su esfera personal, familiar, social y otros; debido a que por causa de dicho sufrimiento puede reflejarse en sus relaciones interpersonales como señalamos. Ahora con respecto al daño moral objetivo podemos señalar sobre la afectación en su ámbito laboral, ello en caso que el sufrimiento que padece conduzca a una depresión crónica, lo cual podría afectar laboralmente puesto que por dicha depresión no pueda asistir a su centro laboral y entre otros. En esos casos hay que evaluar ciertos criterios como son el lucro cesante y daño emergente que puedan generar dichas faltas ello evidentemente con pruebas certeras que justifiquen que verdaderamente la depresión fue motivo por su ausencia y entre otros.

De la misma manera las pruebas periciales sobre todo en los casos de daño psicológico consideramos que son las pruebas principales que pueden medir la afectación psicológica, lo cual es primordial para acreditar el daño moral sufrido y que es ocasionado contra de uno de los cónyuges. Así también hay que tener en cuenta los efectos derivados de dicho daño moral, es decir, los daños objetivos y subjetivos, como cuando hablamos anteriormente acerca de un lucro cesante y daño emergente.

Asimismo la Casación N° 4664-2010 antes citada ésta a hace mención que: “La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra en juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de cual se atribuyen a ellas que hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta su defensa; la segunda, es una regla de juicio dirigida al juez que establece como debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de las pruebas en el proceso que va fallar.”²¹⁰

Prosiguiendo con la Casación antes mencionada en ella se señala que: “El cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendidos dentro del daño a la persona. Por otra parte la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio, en cambio, la parte que alego el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho como la finalidad de justificar una mayor indemnización.”²¹¹

La probanza de este tipo de daño es compleja, pues a pesar de que solo se acredite el daño con hechos narrados en la demanda o en una reconvencción es necesario que se acredite mediante medios probatorios suficientes, debido a que nuestro ordenamiento se guía por la prescripción de que quien alega algo debe probarlo, por la presunción de inocencia que se maneja en nuestro ordenamiento jurídico.

²¹⁰ Casación N° 4664-2010-Puno p. 73

²¹¹ *Ibidem* P. 75

De esta manera aunque se fije de oficio una indemnización por la sola referencia de hechos descritos en la demanda, suponemos que la indemnización fijada por ser de oficio no suplirá el daño causado ni su reparación, ello debido a que el juez no tendrá la oportunidad de valorar medios probatorios los cuales acrediten la existencia de dicho daño, de esta manera se generara una indemnización desproporcional porque el daño no ha sido acreditado debidamente ni hubieron medios probatorios los cuales lo acrediten.

Para Díez-Picazo, el daño moral no debe ser “simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba...un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas.”²¹²

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expedida en el Tercer Pleno Casatorio señala:

“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 del cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en si...”²¹³

Lo señalado anteriormente está considerado como precedente vinculante por tanto tiene fuerza obligatoria para los jueces de nuestro ordenamiento jurídico, es así también que se señala sobre las partes deben acreditar que se causó un daño por lo debe haber la existencia de un cónyuge perjudicado, ello debe de acreditarse con medios probatorios para que los jueces puedan valorar de modo que determinación así una indemnización.

²¹² JIMENEZ VARGAS, Roxana. Resarcimiento del daño Moral o Inmaterial.(en línea) visualizado en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/dano%20moral.htm> Consultado el 29/05/2017

²¹³ Casación N° 4664-2010-Puno. Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú p. 84

2.7. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

La cuantificación de daño moral hace referencia a la manera en la cual se medirá el daño moral para que de esta manera sea determinada una indemnización para efectos de su reparación y/o compensación del daño sufrido. Sobre ello los autores no son explícitos puesto que la mediación económica de un daño subjetivo es muy complicada de medirla para muchos autores; sin embargo podemos establecer ciertos criterios sobre los cuales se podrían medir el daño moral aquellos que detallaremos a continuación.

ISAZA POSSE menciona: “El aspecto de la adecuada cuantificación del daño es un elemento relevante en cuanto permite reestablecer el equilibrio entre el causante del daño y la víctima, equilibrio roto con la generación de un daño imputable. La eficacia de la reparación depende de la adecuada cuantificación del perjuicio realmente causado.”²¹⁴

Una adecuada medición del daño permitirá que pueda establecer el medio de reparación, en este sentido, es que la reparación o el resarcimiento del daño deben ser en proporción con el daño causado debiéndose establecer una medida que pueda reparar dicho daño causado. Se puede decir que el daño será reparado cuando haya sido en proporción a la afectación causada y que enmiende dicho daño total o parcialmente en lo que sea posible.

Como habíamos mencionado en capítulos anteriores existen dos tipos de daño moral objetivo y subjetivo, vimos que el objetivo si se podía cuantificar en razón de los gastos de tratamientos médicos, psicológicos y/o psiquiátricos entre otros e incluso las pérdidas económicas que pudieran surgir debido al daño moral subjetivo, es decir, dependiendo de la intensidad de la depresión puesto que podría dejar de laborar y entre otras situación que podrían medirse económicamente.

Por lo cual el daño moral objetivo si es compensable y/o reparable económicamente debido a que la parte perjudicada deberá acreditar con

²¹⁴ Citado por TORRES MALDONADO. Ob. Cit. p. 130

boletas en medicamentos, así como los recibos por honorarios y otros expedidos por los médicos y/o psicólogos, además si dicho daño causado perjudico su ámbito laboral deberá de acreditar lo que dejo de percibir. Ello también deberá tomar en cuenta el daño moral causado a sus menores hijos, debido a la separación de sus padres lo que evidencia su bajo rendimiento si están en etapa escolar o en instituciones pre escolares, ya que los menores tienen a ponerse rebeldes y desobedientes para llamar la atención de sus padres.

Con respecto al daño objetivo es difícil de cuantificarlo sin embargo, dicha tarea resultaría más sencilla si existieran criterios específicos o montos específicos que la ley señale para la determinación de la indemnización como en otros países, como Italia, Colombia y otros, que mediante tablas se ha regulado la cuantificación del daño moral para cada circunstancia la cual tiene ya un monto fijado; sin embargo nuestro ordenamiento carece de ello por lo cual, la determinación se da por el criterio subjetivo del juez, siendo que no existe todavía un regulación específica sobre el monto por indemnización sobre el daño moral.

Pese a ello, la doctrina podría establecer criterios que sirvan para la determinación del monto de la indemnización dichos montos no solo podrían aplicarse a los casos de divorcio sino de manera general, es decir, que puedan ser aplicados a los diferentes tipos de daños a la persona, sobre todo en lo que respecta al daño moral que constituye un daño difícil de determinar económicamente.

La jurisprudencia nacional, en el Tercer Pleno Casatorio Civil, por su parte ha establecido criterios que los jueces deberán tomar en consideración al determinar el monto de la indemnización por daño moral al cónyuge más perjudicado los cuales mencionaremos en el numeral posterior.

2.8. CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DEL DAÑO MORAL

Los criterios para la determinación del daño moral no son estudiados profundamente por la doctrina sin embargo, debido al Tercer Pleno Casatorio se da un precedente vinculante que, aunque es un tanto genérico nos ayuda a dilucidar y/o poder especificar, es así que La Corte

Suprema de Justicia constituyó como precedente vinculante, entre otros aspectos, lo que a continuación se señala:

“El Juez apreciara, 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 económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.”²¹⁵

2.8.1.CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Como vemos podemos vislumbrar ciertos criterios que podrán ayudar a que los jueces puedan determinar de la manera menos subjetiva el monto de la indemnización en favor del cónyuge perjudica a continuación analizaremos cada uno de los criterios que menciona la Corte Suprema de Justicia:

a) El grado de afectación emocional o psicológica.-

Esta afectación aunque no pueda medirse económicamente sin embargo es sujeta a compensación, como mencionamos anteriormente, no es posible de cuantifica debido a que ocurre o se desarrolla en el campo interno de la persona, es decir, ¿deberíamos contabilizar sus lágrimas? Además todas las personas somos diferentes y la manera de afrontar una situación y/o problema también lo es por lo mismo el sufrimiento es distinto en cada persona, existen personas que con una fuerte personalidad no sufren o deprimen por

²¹⁵ Casación N° 4664-2010-Puno. Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú p. 84-85

mucho tiempo sin embargo, otras personas pueden tardar unos meses para superar dicha situación.

Por ende este daño subjetivo no puede ser medido tan fácilmente pero puede ser visualizado en su campo externo, es decir, por las amistades y otros, puede ser acreditada por testigos o con exámenes psicológicos y/o psiquiátricos.

b) La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar.-

Este literal hace referencia a los hijos los cuales al separarse la pareja generalmente pasan a la custodia y protección de la madre, aunque en algunos casos si son varios hijos pueden conciliar para que uno quede en custodia del padre y otro de la madre; este aspecto es muy importante debido a que estos menores cuentan con protección del Estado y debe velar por lo que será mejor para ellos.

Sin embargo el cuidado de los hijos no es una tarea fácil, independientemente de los gastos que se generen para su mantención los cuales ambos padres asumen, queda el hecho de que su cuidado demanda tiempo y si son varios hijos es una responsabilidad muy grande, por lo que si el cónyuge perjudicado asumiría la tenencia de los hijos la responsabilidad compartida que se da por ambos padres recaería solo en una persona la cual evidentemente petitionará más gastos, porque si dicho cónyuge trabaja deberá contratar a una niñera que se encargue del cuidado de los hijos mientras regresa del trabajo. Por otro lado, el cónyuge perjudicado y encargado del cuidado no tendrá las mismas posibilidades sociales, laborales, económicas y entre otros debido a que se encargaría del total cuidado de los hijos.

c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado.

Sobre esto corresponde ahondar en el hecho en la cual el cónyuge perjudicado se haya visto en la necesidad de demandar alimentos en vista de que la obligación alimenticia hacia los hijos no era cumplida

por el otro cónyuge, esto genera no solo el desinterés del padre por sus hijos sino también el hecho los gastos del proceso mismo de alimentos por lo cual ello se debería retribuir en tiempo y gastos económicos; por lo cual el juez deber tomar en cuenta al momento de determinar el monto de dicha indemnización.

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.

Este último literal hace referencia al principio de equidad puesto que no debe perjudicarse el cónyuge perjudicado económicamente por la separación y divorcio. Un ejemplo sería en cuanto a que uno de los cónyuges tenga profesión y el otro no; por tanto uno tendrá una estabilidad económica y si en caso que el cónyuge que no tenga profesión se quede al cuidado de los hijos es aún más relevante, porque hablamos del bienestar económico de los niños por lo que la balanza no sería equilibrada y con mayor razón si es el cónyuge perjudicado.

Por otro lado, también refiere sobre la situación durante el matrimonio, corresponde precisar si la relación matrimonial siempre tuvo quiebres, problemas y entre otros, es decir, por ejemplo en los casos de violencia familiar, sabes que esto es un largo proceso para la víctima debido a que casi nunca se denuncia la primera agresión por lo que lleva un proceso además en afán de que no se destruya la familia las mujeres dejan pasar dichos golpes y/o maltratos sean físicos y/o verbales, hablamos generalmente del sexo femenino debido a que es una situación actual y lamentable en nuestro país, por lo que constituiría un proceso de idas y vueltas en la relación marital de los cónyuges.

Asimismo, se hace referencia a otras circunstancias relevantes, esto deja abierta la posibilidad del establecimiento de más criterios que podrían considerar los jueces al momento de la determinación de la indemnización, en vista de ello consideramos establecer algunos otros

criterios para que sean considerados por el juez los cuales presentaremos en las siguientes líneas.

2.8.2. OTROS CRITERIOS PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACION

De lo anterior analizamos los criterios que se establecen en el Tercer Pleno Casatorio y consideramos en vista del literal d)²¹⁶ deja abierta la posibilidad de más criterios y consideramos los siguientes:

a. Características físicas de la persona.

Este criterio puede estar relacionado con la afectación emocional y la tenencia de los hijos menores de edad (literal a y b de los criterios que señala la Corte Suprema de Justicia). Comprendidos en este criterio se encontrarían características como la edad, o si la persona sufre de alguna discapacidad entre otros; ello se refiere a que cuando el cónyuge perjudicado decida tener una nueva pareja sentimental, sabemos que en edades las mujeres son más perjudicadas debido a tiene menos posibilidad de encontrar una nueva pareja por lo que tiene probablemente su ex cónyuge sea su última pareja sentimental además si es mujer probablemente se dedicará al cuidado de sus hijos, pero ellos crecerán y se irán lo que la condenaría a vivir una ancianidad sola, sobre todo si la causal de divorcio sea el adulterio y además que se encuentre ya realizando una vida en común con una tercera persona.

b. La culpa o dolo.

Nos referimos a la culpa o dolo con la cual actúa el cónyuge culpable para afectar moralmente al cónyuge perjudicado, es decir, si hubo una intencionalidad en el agente o la afectación se produjo sin intención pero pudo preverse. Cuando hablamos de dolo hablamos

²¹⁶ 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. Sentencia emitida

de una intención deliberada para dañar a otra persona, en este caso un daño mora, por ejemplo la causal de violencia física y/o psicológica sobre ello no se puede alegar que no se tuvo intención salvo en aquellos casos en los que se demuestre por evaluación médicas que tuviere algún trastorno en la cual no es consiente cuando realiza esos actos violentos. También están los casos de adulterio ya que se viola el deber de fidelidad, conducta deshonrosa y otros, que resultan de un comportamiento con conciencia de parte del cónyuge que perjudica al otro.

En el caso de la culpa, podríamos hablar de una enfermedad contagiosa sobreviniente después del matrimonio puesto que si el cónyuge tuvo otra pareja sexual la cual lo contagió de VIH, lo cual debe ser comprobado debidamente, entonces pueden abordar dos causales (adulterio y contagio de una enfermedad venérea grave). En este ejemplo aunque el cónyuge no tuvo intención de contagiar al otro fue una situación de descuido y negligencia que pudo ser prevista no solo para salud de él sino también de su cónyuge por tanto también implica una responsabilidad del daño causado aunque no total, como en el caso del dolo pero si de una manera parcial.

Respecto a ello, DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON mencionan: “El autor es responsable porque no hizo aquello que era necesario, pues si lo hubiera hecho, el daño no hubiera ocurrido. Existe un juicio de valor sobre lo que podría llamarse la conducta adecuada ante una situación de riesgo o peligro y la comparación entre esa conducta que se somete como modelo y la conducta concreta de la que esta última no sale favorecida.”²¹⁷

La culpa comprende una acción que se causó, no dolosa, es decir, sin intención, pero que se pudo prever, causado entonces por la impericia y negligencia de una persona. En este caso cuando hablamos de un daño cometido en la esfera familiar tenemos que aunque haya existido un daño sin intención esta persona no hizo lo

²¹⁷ Citado por TORRES MALDONADO. Ob. Cit. p. 144

necesario para que el daño no se produjere por lo que igual tiene la obligación de reparar el daño.

Hay que resaltar que en estos supuestos del dolo y la culpa solo medimos la intencionalidad a modo de que el juez pueda valorar esta circunstancia al momento de determinar el monto de la indemnización, mas no tiene una finalidad de sancionar pues la causal que se alega es la cuestión principal que debe resolverse en una demanda de divorcio, mientras que la indemnización solo es una pretensión accesoria.

c. Daño al Proyecto de vida y/o Daño existencial

En este supuesto encontramos al daño moral causado por las causales del divorcio, este criterio se fundamenta en que si se trata de la causal de enfermedad sobreviniente después del matrimonio pues es un daño moral pero como vimos anteriormente de manera objetiva si podemos medirlo ya que, comprobado el contagio el cónyuge culpable deberá resarcir ese daño pagando los tratamientos médicos, medicinas, consultas médicas y otros gastos que deriven de la enfermedad; sin embargo se deja de lado el daño subjetivo que no puede ser medido fácilmente pero que de igual manera debe considerarse; podemos referir que debido al contagio evidentemente el cónyuge culpable debe ser responsable pero la causal comprende que la enfermedad es grave e incurable por lo que se frustra la vida de una persona aquí hablamos el proyecto de vida y/o existencia de la misma.

Asimismo este criterio hace referencia a que el divorcio frustra el proyecto de vida de tener una vida familiar como se pensó al momento de celebrar el matrimonio, es decir, se pierde todo ello por lo que se había trabajado, por la decisión unilateral de uno de los cónyuges o simplemente por el incumplimiento de los deberes conyugales. Por lo cual esto frustraría al cónyuge perjudicado en su proyección que tenía con respecto al plan que había trazado, en el

caso de tener una empresa y que finalmente haya decidido separarse, todas esas situaciones son las que deberían tener en consideración el juez al momento de determinar el monto.

Se debe tener en cuenta que este plan de vida debe estar definido en el caso del matrimonio que es un acto simbólico y legal es evidente un compromiso, cabe resaltar que en la actualidad es tomado en cuenta como uno de los criterios para determinar el monto indemnizatorio por algunos jueces.

SUB CAPITULO III EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. INTRODUCCIÓN

En esta nueva época en la cual el Constitucionalismo y el Neo constitucionalismo predominan, entendemos que lo que impera en ellos es principalmente la defensa de las Constituciones de las naciones así como los derechos fundamentales, esto aún no ha llegado a establecerse en nuestro país, pero no dudamos que con el paso de algunos años pueda establecerse.

En un país constitucionalista donde lo primero que se protege y defiende la Constitución, carta magna fundante de nuestro estado, también son los derechos fundamentales protegidos sobre los otros derechos que también se reconocen y están establecidos por la Constitución, sin embargo ante un conflicto se prefieren los derechos fundamentales de la persona por sobre otros.

De otro lado, DIEZ GARGARI menciona: “La proporcionalidad tiene un doble origen, tanto doctrinal como judicial. En ambos casos nació en la misma tierra: Alemania. La experiencia alemana es relevante por dos razones. Primero, porque fue el primer país en usar este método para resolver la colisión entre principios. Segundo, porque la Ley Fundamental Alemana de 1949 (la “Ley Fundamental”) y el diseño del Tribunal Constitucional Alemán han influido a un sinnúmero de países, incluido México.”²¹⁸

Como vemos este como muchos otros han ido evolucionando a lo largo del tiempo, este principio se originó en la doctrina como judicialmente actualmente vemos que aun el tema es un poco confuso debido a que este principio alberga otros sub principios, como veremos más adelante, este principio es analizado por nuestra actual jurisprudencia, incluso el Tribunal Constitucional se ha pronunciado tratando de aclarar ciertas confusiones

²¹⁸ DIEZ GARGARI, Rodrigo. El principio de Proporcionalidad, Colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. P. 70-71 visualizado en <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n26/n26a3.pdf> Consultado el 02-04-2017

en cuanto a sus definiciones, debido a que en caso de conflicto de normas fundamentales el test de proporcionalidad cumple un rol fundamental.

En una situación de conflicto entre los derechos fundamentales también existen otras soluciones como lo son la jerarquización de normas. Nuestra Constitución hace una clasificación sobre los derechos de la persona, primero estarán los derechos fundamentales también denominados por la doctrina como derechos de primera generación, es decir, la vida, la integridad, dignidad y otros; en segundo plano se encuentran los derechos sociales, económicos y culturales, llamados de segunda generación, por ejemplo, el derecho a votar, también están las garantías laborales y otros; y finalmente tenemos a los derechos colectivos y de ambiente o los llamados de tercera generación, son aquellos derechos que están destinados a proteger la tranquilidad y el ambiente de las personas, como el derecho a gozar de un ambiente saludable libre de contaminación y entre otros.

Como vemos según esta clasificación y/o jerarquización de los derechos de la persona nos ayudara para solucionar conflictos en los que dos derechos de la persona se colisionan a todo ello se preferirán generalmente los derechos contenidos en la primera generación, sin embargo en otras ocasiones se deberá preferir derechos colectivos ello en vista del bien común de las personas.

Analizando la situación ello podría verse cuando existen derechos que deben ser vulnerados para evitar “un mal mayor”, en la cual más derechos fundamentales puedan verse afectados directamente, entonces se prefería afectar el derecho de una persona para no afectar los derechos de muchas otras.

BURGA CORONEL afirma: “En este contexto, se hace imperativo preguntarse ¿cuáles son los criterios a utilizar para justificar la primacía de un derecho sobre otro? Quienes están a favor de la visión conflictivista de

los derechos fundamentales proponen como criterios de solución la jerarquización y la ponderación de derechos.”²¹⁹

Lo que plantea el mencionado autor es la existencia de criterios que ayudan a la soluciones de conflictos entre los derechos de las personas, evidentemente como mencionamos ello puede variar ya que por jerarquización podríamos priorizar los derechos fundamentales de otros derechos sin embargo que pasaría si hay conflicto entre los derechos fundamentales de la persona, es decir, entre los derechos contenidos entre la primera generación, y más aún si son derechos iguales, que criterio se podría tomar.

BURGA CORONEL menciona: “El otro criterio de solución, denominado *balancing test* o test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad, consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un “peso” superior.”²²⁰

Existirá otra forma que podría establecer criterios sobre los cuales podrían dar solución a los conflictos que surgen entre normas fundamentales de la persona, ello sería el test de proporcionalidad, liderado por el principio de proporcionalidad este test abarcarían otros sub principios o principios que complementarían y contribuirán a la mejor elección de la propuesta para la solución del conflicto.

Por otro lado, BARNES menciona: “...aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte”²²¹

²¹⁹ BURGA CORONEL, Angeliza María. El Test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Peruano. P. 254 visualizado en <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Burga%20Coronel.pdf> Consultado el 09/04/2017

²²⁰ *Ibidem* p. 255

²²¹ Citado por BURGA CORONEL Ob. Cit. p. 255

En vista de los conflictos entre normas sobre derechos fundamentales de la persona, el test de proporcionalidad aportaría a la solución de dicho conflicto estableciendo ciertos parámetros en las cuales tendrá que pasar dicha propuesta de solución para comprobar si es la mejor propuesta para que luego sea aplicada.

ALEXY menciona: “los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos. Precisa que en sentido estrecho, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada.”²²²

Este test si bien no implica que no se afectaran ninguno de los derechos fundamentales lo que hace es que, en vista de que puedan verse afectados dichos derechos cual sería la propuesta que podría afectar menos derechos fundamentales de las personas, dando prioridad siempre al bien común, por lo que dicha afectación sería razonable y proporcional, lo cual servirá a los magistrados para sustentar y fundamentar sus decisiones.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad primeramente es considerado como tal, porque principio es la fuente, origen, causa, o fundamento de algo en concreto, en este caso hablamos de los principios del derecho, este principio está reconocido y amparado por nuestro ordenamiento jurídico por lo que su aplicación es obligatoria. Estos principios ayudan a determinar el camino de decisiones jurídicas; por ejemplo al emitir una sentencia el juez puede basar su decisión en un determinado principio o

²²² *Ibidem* p. 255-256

principios, es así que estos contribuirán a una mejor aplicación de las normas y disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Este principio de proporcionalidad es aquel principio que tiene rango constitucional con la función de medir o controlar todo acto que de alguna manera restrinjan o limiten los derechos fundamentales de la persona. Como es de saber la proporcionalidad hace referencia a una proporción que debiera corresponder y estar en la misma medida que alguna otra cosa.

En este caso tenemos a la proporcionalidad en una visión jurídica, que deberá ser evidenciada mediante la proporción en que se den las cosas refiriéndonos sobre todo en el campo de los derechos fundamentales, como señalamos anteriormente lo que se protege mediante este principio es la proporción en la deberán o no ser afectados los derechos fundamentales según las diferentes circunstancias. Además su objeto sería dar una solución a conflictos entre los principios jurídicos o entre derechos fundamentales de la persona.

En el caso por ejemplo en una defensa legítima en la cual el arma o instrumento con la cual se defenderá quien sufra una agresión inminente deberá ser proporcional al arma o instrumento utilizado por quien realice dicha agresión, vemos en estos casos se ve la proporcionalidad de los elementos empleados para agredir y repeler el daño que pudiera a verse ocasionado.

JAVIER BARNES afirma: "(...) el principio de proporcionalidad encarna una idea elemental de justicia material: la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado".²²³

El autor mencionado anteriormente hace referencia a que la proporcionalidad como principio está relacionado con el sentido de justicia puesto que lo que se busca en la primera es un que no sea desproporcional lo cual hace mención a la justicia como principio que busca la igualdad para las partes.

²²³ Citado por GRANDEZ CASTRO, Manuel. El Principio de proporcionalidad y la Jurisprudencia en el Perú. Edición Mayo 2009. Editorial Palestra. Lima Perú p. 167

GRANDEZ CASTRO sostiene “En tal sentido, el principio de proporcionalidad vendría cumplir un rol instrumental a la naturaleza principialista de las normas iusfundamentales, en la medida que permite establecer, con un alto grado de corrección, el contenido del mandato establecido en una disposición cuyo cumplimiento no puede realizarse “todo o nada”, sino que más bien invoca un cumplimiento gradual.”²²⁴

El principio de proporcionalidad es importante ya que uno de sus principales objetivos es poder establecer una medida de protección a las normas fundamentales, como lo señala el autor citado en el párrafo anterior, puesto que no admite una aplicación o no de este principio sino lo que busca es no afectar estos derechos fundamentales, ahora ello podría implicar que frente a dos derechos fundamentales pueden o no vulnerarse solo uno a la vez o ambos, es el principio de proporcionalidad quien nos abriría una posible solución.

El principio de proporcionalidad es de aplicación no solo en el campo del derecho o en este caso porque sea regulado y amparado por el ordenamiento jurídico, puesto que este principio alberga más allá de un ámbito jurídico aplicándose también al campo social, económico y entre otros.

GRANDEZ CASTRO afirma “El principio de proporcionalidad no solo es un principio de indudable relevancia constitucional, tal como ha quedado expuesto. Es también una estructura, esto es, una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos (...)”²²⁵

Como es de saber la proporcionalidad como principio, juega un rol importante puesto que permite al legislador orientar sus disposiciones con respecto a los parámetros que establece el principio de proporcionalidad. De igual manera contribuye a la argumentación de los jueces quienes muchas veces orientan sus decisiones en base a principios reconocidos por nuestro ordenamiento, los cuales permiten conocer la razón de las resoluciones emitidas.

²²⁴ *Ibíd*em p. 169

²²⁵ *Ibíd*em p. 179

DIEZ GARGARI afirma: “Durante los últimos años, la Corte ha logrado ocupar una posición protagónica en la arena pública. En la consolidación de este nuevo rol como un actor político capaz de interactuar con cualquier otro, el PP ha demostrado ser una herramienta sumamente útil. Mediante el uso de esta herramienta, la Corte ha logrado presentar una imagen de tribunal constitucional moderno a la par de los tiempos que corren... gracias a esta herramienta analítica e interpretativa, la Corte se ha podido involucrar de lleno en decisiones netamente políticas sin necesidad de sufrir el desgaste normal y cotidiano (wear and tear, dirían los norteamericanos) propios de involucrarse en la actividad política.”²²⁶

El principio de oportunidad, como menciona el autor anterior, contribuyó a muchas mejoras con respecto a la argumentación de los jueces, pues les permitió una base reconocida que pudiera sustentar sus decisiones, de este modo las resoluciones que se emitan podrán ser comprendidas por las partes de una manera más favorable y que si existe algún conflicto el principio de proporcionalidad se aplicará logrando así soluciones más rápidas y eficientes.

GRANDEZ CASTRO menciona: “(...) el principio de proporcionalidad vendría a cumplir un rol instrumental a la naturaleza principialista de las normas iusfundamentales, en la medida que permite establecer, con un alto grado de corrección, el contenido del mandato establecido en una disposición cuyo cumplimiento no puede realizarse “todo o nada”, sino más bien que invoca un cumplimiento gradual. (...).”²²⁷

La importancia del principio de proporcionalidad radica en que este principio establece ciertos parámetros en los cuales se podrán afectar derechos fundamentales para fines mayores, sobre todo en cuanto a las medidas y propuestas que se deban hacer antes de determinar una decisión específica, puesto que esta deberá pasar por un riguroso campo de aplicación del test de proporcionalidad el cual desarrollaremos en los siguientes párrafos.

²²⁶ DIEZ GARGARI. Ob. Cit. P. 38

²²⁷ Citado por CARBONELL, Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro .El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Edición Abril 2010. Editorial Palestra. Lima Perú. P. 340

3. TEST DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En la medida que el objetivo del principio de proporcionalidad es proteger un derecho fundamental de la persona cuando se ve vulnerado, para la aplicación dicho principio se deben tomar en cuentas muchos otros principios, en consecuencia de ellos es se creó el test del principio de proporcionalidad.

CASTILLO CORDOVA menciona: "Si la Constitución es una realidad que contiene mandatos iusfundamentales de optimización esencialmente contradictorios, surge la necesidad de establecer un mecanismo que permita establecer el derecho fundamental preferido sobre determinadas posibilidades jurídicas y fácticas. Tal mecanismo es el principio de proporcionalidad empleado para establecer cuando la restricción, lesión o sacrificio prima facie del contenido constitucional de un derecho fundamental, debe ser considerada como constitucionalmente correcta y, consecuentemente, convertirse en definitiva."²²⁸

Ante la necesidad de frenar la determinación de decisiones injustas o que parecen injustas, es decir, conforme a ley, es que se establece un mecanismo para determinar si dichas decisiones emitidas por los magistrados resultan ser injustas o no. Si bien la justicia como principio es muy amplia en su concepción por diferentes doctrinarios, dicha justicia básicamente trata sobre dar a cada quien lo que corresponde, como mencionaba Ulpiano.

Se entiende que las decisiones de los magistrados son justas porque atienden a una serie de fundamentos, los cuales se basan en legislación jurisprudencia y principios y, es por estos principios que contribuirán a la formación de estos fundamentos por lo cual, constituyen un mecanismo de control en cuanto a lo que deberían decidir los jueces en un caso en concreto.

²²⁸ Citado por CARBONELL, Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob. Cit. p. 303

CASTILLO CORDOVA menciona: “Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la afectación que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de esa afectación. Este principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio...”²²⁹

El autor antes citado hace una precisión importante sobre el objeto del test de proporcionalidad, que es buscar una razonable relación entre el sacrificio y fin, como señala el autor, puesto que se sacrificaran derechos fundamentales de la persona, pero solo por derechos mayores, que corresponden a toda la comunidad en cumplimiento del bien común.

Siguiendo con el autor antes mencionado señala que “...Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad sensu estricto. Para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios. Es decir, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Estos tres juicios no han sido ajenos, al menos no en su enunciación, a la jurisprudencia del TC.”²³⁰

En consecuencia, el test del principio de proporcionalidad contiene una serie de sub principios que ayudaran a argumentar y fundamentar el principio de proporcionalidad estos son:

- Test de razonabilidad, es decir, deberá existir una razón una causa para afectar derechos fundamentales de la persona u otros similares.
- Test de idoneidad, si la decisión, es decir, esa propuesta que se ha tomado, es idónea para que no se vulneren otros derechos fundamentales de la persona, siempre que sea para un fin supremo.

²²⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional del Tribunal Constitucional Peruano. P. 10-11 visualizado en https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1 Consultado el 07-04-2017.

²³⁰ CASTILLO CORDOVA. Ob. Cit. p. 11

- Test de necesidad, si dicha medida será necesaria para que no se vean afectados otros derechos o más derechos de los que se ha afectado con dicha decisión a tomar.
- Test de ponderación si existe un equilibrio en la limitación o vulneración de los derechos fundamentales de la persona, es decir, que exista igual afectación o ninguna según sea el caso.

Ello es lo que detallaremos a continuación sobre que trata y en que se relaciona con el principio de proporcionalidad que es materia de estudio.

A) TEST DE RAZONABILIDAD

Respecto a este primer test algunos autores no suelen considerarlo sin embargo, otros autores si lo hacen, por lo que de igual manera lo desarrollaremos. Este test de razonabilidad como en su nombre menciona hace referencia a la razón, es decir, en este principio de proporcionalidad es necesario que se encuentre la razonabilidad como un sub fundamento.

GRANDEZ CASTRO afirma: “De este modo, si la razonabilidad se vincula con el establecimiento de fines o la exigencia de justificación prima facie, de toda intervención en el ámbito de los derechos fundamentales, entonces, “la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad esta ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad”.²³¹

El autor antes citado hace mención que el principio de razonabilidad se encontraría dentro del principio de proporcionalidad, ya que para la aplicación de dicho principio es necesario tener en cuenta lo que contiene el otro que sería el principio de proporcionalidad sin embargo,

²³¹ GRANDEZ CASTRO Ob. Cit. 189

algunos autores no compartirían ello, puesto que suponen que el principio de proporcionalidad estaría subsumido en el de razonabilidad.

El principio de razonabilidad trata sobre la correspondencia entre la medida y el fin al cual se quiere llegar o terminar, entre ellos debe haber un equilibrio, una proporcionalidad que se deba entender que es razonable dicha medida.

La razonabilidad por otro lado estaría más relacionada con el concepto de racional; ello nos hace referencia a que la razonabilidad es aplicada generalmente al momento de las decisiones judiciales por los magistrados, las cuales deben dotar de razón y razonabilidad a sus sentencias y/ o resoluciones, en ese sentido estas deben ser razonables mas no irracionales y, es el principio de razonabilidad que se encarga de establecer estos parámetros en cuanto a la razonabilidad para fundamentar y justificar la decisión “razonable “del magistrado.

CASTILLO CORDOVA menciona “(...) esta exigencia de que toda afectación de cualquier derecho constitucional sea equilibrada y razonable, es decir, que no sea inútil ni desproporcionada, tiene también como basamento la propia dignidad de la persona humana que –nunca debe olvidarse– se ha convertido por mandato constitucional en el fin de la existencia misma del Estado (artículo 1 CP). El respeto a la persona humana, a su dignidad de persona, obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad (...) se haga en beneficio de la misma persona humana y siempre se haga de modo estrictamente necesario y ponderado.”²³²

Como vemos en el anterior párrafo el autor antes citado agrupa en casi un mismo concepto a la razonabilidad y proporcionalidad, ellos porque se requiere de ambos para justificar la afectación que se le puede hacer a un derecho fundamental de la persona puesto que, mientras la causa no sea razonable y sea desproporcional no justificara en ningún momento la afecta de un derecho fundamental, ya que lo que prima más allá de todo y lo que protege nuestra constitución por sobre otras normas es justamente los derechos fundamentales de la persona.

²³² CASTILLO CORDOVA. Ob. Cit. p. 7

CASTILLO CORDOVA aclara: “Este test de razonabilidad, tal y como el TC lo ha definido vendría a equivaler al test de proporcionalidad, que a su vez es algo distinto a la razonabilidad. En efecto, tiene dicho el TC en referencia a la intervención del Estado en la economía que “además de que no se pueda ni se deba asumir que la sola invocación de finalidades aparentemente compatibles con la norma fundamental pueda por sí sola legitimar la puesta en marcha de todo tipo de alternativas, es un hecho inobjetable que del examen minucioso de las mismas (de tales alternativas) debe deducirse si, en efecto, ellas eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos.”²³³

Como se señala ambos test, tanto el de proporcionalidad y razonabilidad son equiparables sin embargo, lo que busca básicamente el test de razonabilidad o principio de razonabilidad es que si las propuestas de solución a un conflicto en la que versen derechos fundamentales u otros son las únicas posibles o existen otras propuestas que no se han planteado y se pueden llegar a plantear, eso es lo que exige la razonabilidad.

Sin embargo, algo similar es lo que busca el principio de proporcionalidad, por lo cual ambos pueden llegar a complementarse en cuanto a sus objetivos y ello también con el término racionalidad. Estos términos pueden tener diferencias entre ellos sin embargo lo más importante es que busquen el mismo fin, que vendría a ser la decisión o propuesta más junto para que sea aplicada a determinado conflicto o problema que surja con respecto a los derechos fundamentales de la persona.

El Tribunal Constitucional con el objeto de diferenciar ambos conceptos por lo que afirma sobre la razonabilidad que debe ser analizada desde una doble perspectiva: “La primera “pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y

²³³ *Ibíd*em P. 8

axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.”²³⁴.

Siguiendo con dicha sentencia el TC afirma: “La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, busca la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.”²³⁵

En consecuencia, aunque no se hayan establecido diferencias concretas sobre la razonabilidad y proporcionalidad vemos que ambos guardan relación en lo que respecta a su ámbito de aplicación, aunque pueda ser de amplio debate para muchos doctrinarios y aun no se ha establecido una diferencia concreta por nuestro Tribunal Constitucional.

Consideramos entonces que la razonabilidad tiene a estar relacionada con lo que es justo, mientras que la proporcionalidad va referido a la medida de las cosas o en este caso de las decisiones. En consecuencia, podemos señalar que las decisiones de los jueces deben estar dotadas de razonabilidad porque es la opción más justa y, por proporcionalidad porque la medida adoptada debe ser la que corresponda, por lo que deberían ser razonables y a la misma vez proporcionales.

B) TEST DE IDONEIDAD

La palabra idoneidad hace referencia a lo que es conveniente o adecuado, que reúne condiciones necesarias para algo en concreto, por ejemplo cuando vemos que una persona es idónea para un puesto laboral porque se encuentra capacitado, o también para ocupar un cargo, asimismo también puede ser utilizado entre cosas o

²³⁴ EXP. N.º 0013–2003–CC/TC numeral 10.6

²³⁵ Ídem

instrumentos, como cuando queremos llevar información de un lugar a otro el instrumento más idóneo sería el usb y así entre otros.

La idoneidad será uno de los principios del test de proporcionalidad ya que mediante éste se tratará de obtener la propuesta o decisión más idónea, es decir, sobre la solución de conflictos entre derechos fundamentales de la persona, ello será porque ante varias propuestas que se puedan plantear mediante este test se establecerá cuál de todas ellas sería la más adecuada para no vulnerar inútilmente, arbitraria o injustamente los derechos fundamentales sino por una causa razonable.

En este test de idoneidad se deberá a estudiar si las medidas adoptadas o las limitaciones que se adopten tiene que ser idóneas respecto a otra decisión, ello con el fin de que no se vulneren más derechos fundamentales o que se afecten solo por urgente necesidad por lo que, dicha decisión deberá ser la mejor opción sobre varias que se planteen.

GRANDEZ CASTRO menciona: "(...) la idoneidad o adecuación deberá ser evaluada con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulten o se mencionen como fines a derechos no comprometidos realmente (...)." ²³⁶

La interrelación de principios para aplicar el test de proporcionalidad es importante, puesto que para determinar la idoneidad acerca de algo se deben también aplicar otros principios como son la proporcionalidad, razonabilidad, entre otros, es por ello que estos principios deber estar relacionados los unos con los otros para un mayor probabilidad de seleccionar una propuesta que pueda ser planteada sin que afecte de manera desproporcional y arbitraria a los derechos fundamentales.

CASTILLO CORDOVA menciona: "El juicio de idoneidad tiene una doble exigencia. En primer lugar requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe

²³⁶ GRANDEZ CASTRO Ob. Cit. 194

tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue...”²³⁷

Con respecto a lo citado anteriormente vemos como el autor hace una doble exigencia, la primera constituiría en que la medida que se proponga debe estar dentro del marco legal establecido en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que resulta indispensable que la medida sea válida legalmente para que pueda ser aplicada. En segundo lugar establece la medida debe ser acorde para llegar a un fin determinado, ello se puede ver cuando cumple con ciertas condiciones que deben ser evaluadas para que se declare idónea dicha medida.

Asimismo, señala que dicha medida aparte de que resulte ser lícita debe ser posible de realizar, puesto que caeríamos en proponer una medida utópica que podría ser la más idónea razonable y proporcional pero que simplemente este fuera del alcance de la realización, puesto que se deberá tener en cuenta ello para tener una medida concreta que se pueda llevar a cabo.

Prosiguiendo con el citado autor este manifiesta: “...De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida.”²³⁸

En consecuencia, si resultara ser una medida desproporcionada y no resulte ser la medida idónea se constituiría una grave afectación a los derechos de las personas y el magistrado que opte por dicha medida no tendrá fundamento ni base para sustentar su decisión constituyéndose una arbitrariedad.

²³⁷ CASTILLO CORDOVA. Ob. Cit. P. 11

²³⁸ Ídem

ALEXY menciona: “Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) solo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional).”²³⁹

Como habíamos mencionado la medida idónea que pueda ser tomada en cuenta pueda que lesione algún o algunos derechos fundamentales pero solo tendrá una justificación si es por un bien mayor en este caso el bien común, y si mediante dicha medida se evitara un mayor daño a los derechos fundamentales de más personas.

C) TEST DE NECESIDAD

El termino necesidad hace referencia a la condicionalidad de la existencia de algo para que otro algo funcione, es decir, lo que resulta que deba hacerse para un correcto funcionamiento de algo en concreto. En este sentido el test de necesidad nos hará ver lo imprescindible que puede resultar al elegir una propuesta o decisión de otra u otras, cuál de todas debe hacerse, cual resulta correcta y precisa para que no afecte de manera desproporcional a los derechos fundamentales de una persona.

La medida o propuesta que se adoptará no puede ser menos eficaz o efectiva que otra o, que de un resultado igual al que se llegará, pero más limitativa de derechos puesto que sería ilógico llegar al mismo resultado pero con más consecuencias negativas, dicha medida entonces no sería la adecuada, siendo que la medida deberá ser distinta a las demás, deberá tener más eficacia que las otras y al mismo tiempo ser que sea la que menos limite o vulnere derechos.

GRANDEZ CASTRO afirma: (...) a decir del Tribunal, del “análisis de una relación medio- medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido

²³⁹ BURGA CORONEL. Ob. Cit. p. 256

adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”.²⁴⁰

La comparación de las propuestas realizadas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales es inevitable, por lo cual deberán ser analizadas minuciosamente para poder diferenciar cuál de todas resulta eficaz para la solución de dicho conflicto, se debe identificar una de las medidas en la cual se aprecie que su aplicación resulte imprescindible para la solución, siendo que el grado de necesidad de las propuestas pueden variar, sin embargo se optará por la más imprescindible cuya existencia sea idónea para la solución.

Continuando con el anterior autor este menciona: “Corresponde al análisis de necesidad a decir del TC, básicamente (1) la identificación de medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios – idóneos- no intervienen en el derecho o principio en cuestión, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad.”²⁴¹

El autor anteriormente citado muestra criterios que se deberán tomar en cuenta por ejemplo en primer lugar la recolección de las propuestas de solución y, en segundo lugar la determinación de dos cosas importantes una es que, dichas propuestas resulten ser idóneas, es decir razonables y proporcionales, otro punto sería el grado de necesidad, como habíamos mencionado, el grado de ser imprescindible y eficaz una propuesta nos muestra la necesidad de optar por dicha medida.

CASTILLO CORDOVA afirma: “Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar –como siguiente paso– el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que

²⁴⁰ GRANDEZ CASTRO Ob. Cit. 195

²⁴¹ Ídem

presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue.”²⁴²

El autor citado anteriormente menciona no solo es suficiente que la propuesta o medida sea idónea, puesto que el test de necesidad hace referencia que resulta indispensable evaluar cuál de todas las propuestas o medidas a adoptar sea la menos limitativa la que afectaría o vulnera en menos intensidad los derechos fundamentales de la persona.

Consideramos que los test de proporcionalidad si bien cada uno ayuda a encontrar una solución eficaz y justa para no vulnerar sin sentido ni los derechos fundamentales de la persona, los test de proporcionalidad deben trabajar en conjunto puesto que dichos términos son similares y buscan el mismo objetivo. Siendo de esta manera que la propuesta debe ser necesaria pero al mismo tiempo idóneo porque debe ser la que mejor corresponda y a su vez la que sea imprescindible y eficaz para la solución.

GARCIA AMADO afirma: “El juicio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia.”²⁴³

Estos test, sea el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, son términos un tanto subjetivos pero en base a los principios que se han establecido pueden determinarse casi objetivamente. Son los magistrados que deberán fundamentar en base a que desarrollaron el test de proporcionalidad y sus sub principios y la manera en como aplicaron por lo que, luego se constituirán precedentes de dichas decisiones que crean a su vez mas criterios que deberán ser considerados por todos los que aplicamos derecho.

El test de necesidad entonces será aquel que tenga por objetivo seleccionar la propuesta o medida más idónea eficaz y eficiente además

²⁴² CASTILLO CORDOVA. Ob. Cit. p. 12-13

²⁴³ Citado por BURGA CORONEL. Ob. Cit. p. 256

de eliminar las que resulten inútiles e innecesarias. Además que mediante este test de necesidad se verificará si la medida adoptada resulte necesaria e imprescindible para lograr lo que se quiere alcanzar, en este caso una medida menos limitativa y que no vulnere los derechos fundamentales de la persona o los vulnera en la menor intensidad posible pero que sea necesaria para alcanzar una solución para el conflicto sobre derechos fundamentales.

D) TEST DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO O PONDERACIÓN

La proporcionalidad refiere a la correspondencia entre la medida o propuesta a adoptar y el fin que se desea alcanzar, que en este caso vendría ser la mejor solución para el conflicto entre derechos fundamentales de la persona, puesto que si la medida es muy exagerada no estaría conforme a la finalidad puesto que podría a ver la posibilidad de la adopción de una medida no tan exagerada y que más le corresponda o lleve mejor correspondencia para que de igual manera alcance el fin que desea lograr.

GRANDEZ CASTRO menciona: “En línea de principio, un caso puede considerarse fácil si se trata de la ponderación de bienes directamente vinculados con la dignidad humana frente a derechos que solo indirectamente reciben este influjo. Es el caso, por ejemplo, del conflicto entre la salud o integridad frente a las libertades económicas, los derechos procesales o, la seguridad pública incluso. La ponderación en estos supuestos viene a confirmar una suerte de mayor “peso abstracto” que representan algunos derechos, que si bien formalmente valen lo mismo desde la Constitución, no obstante reciben diferente valoración de cara a un caso en concreto.”²⁴⁴

De lo señalado anteriormente por el autor citado, resulta que cuando se traten de derechos que afecten directamente a la dignidad humana, como pone en ejemplo, este derecho sería principalmente protegido

²⁴⁴ GRANDEZ CASTRO Ob. Cit. 212-213

frente a otros, esto aplicando la jerarquización de normas que se establecen, es decir, según el orden de los derechos clasificados como primera, segunda y tercera generación de los derechos de la persona; siendo que la dignidad humana se encontraría dentro de los derechos de la primera generación por lo que podría resolverse rápidamente el conflicto.

Sin embargo, no siempre sucederán en ese mismo sentido si lo que se vulnerare serían derechos fundamentales de dos personas o incluso de más personas, o si se tratara de derechos ligados al bien común, los cuales tienen un objetivo de protección mayor. Por lo que, en vista de ello se preferirían los derechos que protejan el bien común, ello debido a que protegen los derechos de más personas siendo que puedan vulnerarse el de unos cuantos para no ser vulnerados otros en mayor cantidad. En vista de ello, otro mecanismo de solución, como ya habíamos mencionado anteriormente, es el del test de proporcionalidad y la aplicación de los diferentes sub principios que lo integran.

Continuando con el autor mencionado este afirma: “Se podrían construir algunos otros parámetros que permitieran orientar la asignación de valor a las intensidades de afectación de los derechos, en función del tiempo, el contexto, los participantes, la prueba, etc. Estos elementos, no obstante, deben resultar del trabajo de concreción de la jurisprudencia, pues no es posible de lograr por la vía de a la abstracción dogmática.”²⁴⁵

Como hace referencia el autor la jurisprudencia debe encargarse de establecer ciertos parámetros que podrían medir la intensidad de la vulneración de los derechos fundamentales o en otros casos la limitación que se hacen de estos derechos, en función a las personas afectadas, a las circunstancias, el tiempo de vulneración si es permanente, total o parcial entre otros. Ello en vista de que los magistrados en su mayoría suelen realizar el test de manera un tanto subjetiva debido a que no se han establecidos parámetros concretos.

Por tanto, es necesario que a pesar de aplicar el test de proporcionalidad pueda que este resulte aún insuficiente pero para lo

²⁴⁵ Ibídem p. 213

cual los magistrados deberán fundamentan sus decisiones en la medida que puedan cumplir con todos los sub principios que establece el test de proporcionalidad, ello en caso de que si se afectara un derecho se realice de la manera más justa y proporcional y no arbitraria y/ o injustamente.

ALEXY manifiesta “la ley de la ponderación” está contenida en dos enunciados: 1) “valorar cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Y 2) “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.”²⁴⁶

Este test de proporcionalidad en sentido estricto o también llamado ponderación, como señala el autor anteriormente citado, señala dos criterios para este sub principio en primer lugar el grado de satisfacción o afectación de los derechos fundamentales que colisionan.

En segundo lugar, cuanto más vulneración o limitación se realice a un derecho fundamental, mayor deben ser las causas que justifiquen dicha medida, por lo que si no sería justificable entonces la medida que se adoptó carece de razonabilidad y proporcionalidad, siendo que la afectación del derecho fundamental podría llegar a constituirse como inútil o en vano.

Sentencia del Tribunal Constitucional Expedientes 00579-2008-AA se menciona: “(...) consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse aquí siguiendo la ley de la ponderación conforme a la cual, “Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley a favor de la industria azucarera”.²⁴⁷

El Tribunal Constitucional hace una importante precisión que radica en que si la afectación o vulneración y/ o limitación que se realice en los

²⁴⁶ Citado por BURGA CORONEL. Ob. Cit. p. 256

²⁴⁷ Expediente N° 00579-2008-AA Numeral 30

derechos fundamentales debe ser la que guarda relación y ser correspondiente a los fines que se ha buscado, es decir, la afectación de un derecho fundamental por la satisfacción de haber tomado una medida que va conforme a nuestro ordenamiento jurídico cuyo principal objetivo es la protección de la persona humano y de sus derechos.

Como mencionamos anteriormente, debe existir causas que puedan justificar esa afectación o limitación al derecho fundamental y debe estar conforme a ley y según lo que establece la Constitución sino resultaría inconstitucional y por ende la medida adoptada estaría lejos de ser la adecuada.

CASTILLO CORDOVA menciona: "Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio más, el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada."²⁴⁸

El autor antes citado hace referencia que este es uno de los sub principios que sería como de la misma manera fundamental de realizarse, puesto que no solo basta que la medida sea idónea o necesaria, sino debe guardar correspondencia con el fin que se quiere alcanzar, sin llegar a constituirse en una medida arbitraria o injusta.

De esta manera resulta razonable el analizar las ventajas y desventajas de las medidas a tomar para lograr un mismo fin, es decir, el de no afectar en gran manera los derechos fundamentales de la persona, en ese análisis lograremos obtener cuál de las medidas a adoptarse resultarían la más adecuada y la guarda mayor correspondencia, de la misma manera la medida debe constituirse idónea y necesaria para el objetivo trazado.

²⁴⁸ CASTILLO CORDOVA Ob. Cit. p.14

Prosiguiendo con el autor antes citado éste afirma: “Definida como se ha hecho la relación razonable debe llegarse a admitir que a mayor beneficio se permitirá un mayor costo. Es decir, este juicio permite concluir que una medida es razonable si se produce una afectación del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad. Pero la aplicación estricta de esta concepción costo–beneficio corre el riesgo de que con su ejecución se termine vulnerando derechos fundamentales...”²⁴⁹

Se evalúa de la misma manera el costo beneficio, puesto que si hablamos de un conflicto entre derechos fundamentales es claro que en definitiva se vulnerará o limitará uno de los derechos fundamentales la solución consistirá en cual debería sufrir la afectación con las razones en las cuales se funda dicha decisión.

El beneficio en estos casos resultaría en el no dañar de manera desproporcional, desequilibrada, arbitraria o injusta un derecho fundamental, sino que la vulneración o afectación sea de manera razonable y justa por lo cual la medida deberá expresar las razones por las cuales debería ser elegida entre todas las demás.

Continuando con el autor anterior mencionado “...En efecto, si a mayor importancia o trascendencia del fin se ha de permitir una mayor restricción del derecho fundamental, entonces, no habría problema para admitir que una finalidad especialmente relevante podría terminar por aniquilar un derecho fundamental en un caso concreto... Por este camino y en buena cuenta, los derechos fundamentales no actuarían como verdaderos y eficaces límites a la actuación del poder político, pues a éste nunca le faltarán buenas razones (“razones de Estado”) para decretar verdaderas desnaturalizaciones y violaciones de los derechos fundamentales.”²⁵⁰

La afectación de un derecho fundamental en estos casos resulta inevitable por lo que se desea blindar de razonabilidad a la medida a adoptarse, por lo cual las razones en que se fundara dicha medida

²⁴⁹ Ídem

²⁵⁰ CASTILLO CORDOVA Ob. Cit. p.14-15

deben estar acorde con la Constitución ya que de lo contrario sería inconstitucional.

En otro sentido los derechos fundamentales contribuyen al control de poderes públicos frente a las personas y sus derechos puesto que, en ciertas oportunidades el poder político optará por medidas que puedan vulnerar derechos. Sin embargo en vista de este conflicto de normas y para no vulnerar o afectar los derechos fundamentales de la persona el test de proporcionalidad ayudara en la defensa de los derechos fundamentales de la persona y evaluará si dichas medidas primero, vulneran o no vulneran y si vulneran lo hacen en un grado mayor al que corresponde? y en otro lugar si son adecuadas conforme a ley siendo que deberán estar justificadas y estar sustentadas por motivos razonables y proporcionales.

CAPITULO III

MARCO OPERATIVO

3.1 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1.1. HIPÓTESIS GENERAL

La motivación insuficiente de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide directa y significativamente en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016

3.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

A) HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

La afectación psicológica y la condición económica son los principales criterios que aplican los jueces para determinar el monto de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.

B) HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

La insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide en alto grado en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 2016.

C) HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

Los medios probatorios aportados por la parte afectada para acreditar el daño moral que ha sufrido influyen en gran medida en la determinación del monto de la indemnización en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.

3.2. VARIABLES E INDICADORES

HIPÓTESIS GENERAL

A) VARIABLE INDEPENDIENTE: Los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral en los procesos de divorcio por causal sentenciados en el distrito judicial de Tacna 2015 y 2016

- INDICADORES

B) VARIABLE DEPENDIENTE: Grado de vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito judicial de Tacna 2015 y 2016.

- INDICADORES

HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

i. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

A) VARIABLE INDEPENDIENTE: Principales criterios que aplican los jueces para determinar el monto indemnizatorio por daño moral en los casos de divorcio en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.

- INDICADORES:

- N° de criterios aplicados por los jueces para la determinación del monto indemnizatorio por daño moral
- Clases de criterios aplicados por los jueces

B) VARIABLE DEPENDIENTE: Determinación del monto indemnizatorio por daño moral en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito judicial de Tacna 2015 y 2016.

- **INDICADORES**

- Monto de la indemnización por daño moral que determinaron los jueces en las sentencias de primera instancia.

ii. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

A) **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto indemnizatorio por daño moral en los casos de divorcio sentenciados en el año 2015 y 2016.

- **INDICADORES:**

- N° de sentencias con insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces
- N° de sentencias sin pronunciamiento sobre indemnización

B) **VARIABLE DEPENDIENTE:** Incidencia en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio sentenciados en el año 2015 y 2016.

- **INDICADORES**

- Grado de incidencia en la vulneración del principio de proporcionalidad
- N° de sentencias donde se vulnera el principio de proporcionalidad.

iii. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

- VARIABLE INDEPENDIENTE: Medios probatorios aportados por la parte afectada para acreditar el daño moral en los casos de divorcio sentenciados en el año 2015 y 2016.

- INDICADORES:

- N° de sentencias donde no se acrediten debidamente el daño moral.
- N° de medios probatorios presentados por las partes
- Tipos de medios probatorios más utilizados por las partes

- VARIABLE DEPENDIENTE: Influencia de los medios probatorios para la determinación del monto de la indemnización por daño moral en casos de divorcio sentenciados en el año 2015 y 2016.

- INDICADORES

- Grado de influencia en la determinación de del monto indemnizatorio por daño moral

3.3. TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACION

3.3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

A) TIPO DE INVESTIGACIÓN

- Por el propósito o finalidades perseguidas

Es una investigación aplicada puesto que tengo intención de buscar una solución a la desproporcionalidad con la que se fijan los montos de la indemnización por daño moral en casos de divorcio y a favor del cónyuge inocente y/o perjudicado. Asimismo tratar de plantear la solución a dicha desproporcionalidad.

➤ Por el ámbito en que se desarrolla

Es una investigación socio-jurídica ya que busca establecer como la aplicación del Derecho incide en la vida de las personas, la manera en cómo se manifiesta y desarrolla en trabajos de investigación así como búsqueda la aplicación del Derecho en la vida de las personas. Esta investigación es denominada socio jurídica por la interrelación que ocurre en la realidad social como es el campo del divorcio donde se tiene una situación que se puede verificar mediante estadísticas pues nos referimos a los montos de indemnización que se determinan en los juzgados de Tacna que resultan ser desproporcionales por la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces. Por lo que este problema planteado constituye una realidad empírico social, lo cual deberá ser analizada para proponer formas de solución a la problemática planteada.

B) NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de la investigación es Explorativa, Descriptiva y Explicativa.

Investigación Explorativa: La presente tesis es Explorativa, puesto que el tema a investigar aún no ha sido estudiado, analizado, e investigado específicamente en nuestra región de Tacna. Esta investigación recoge información concerniente a los antecedentes generales del problema para de los datos recolectados obtener suficiente información que ayude a determinar los aspectos importantes y relevantes en esta investigación.

Investigación Descriptiva: esta investigación es descriptiva porque busca dar a conocer los criterios aplicados por los jueces para la determinación del monto de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio. Asimismo mediante esta

investigación conoceremos las características, rasgos y particularidades de la población que analizaremos.

Investigación Explicativa: La investigación es explicativa debido a que busca establecer la causa o el porqué de la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces y la vulneración del principio de proporcionalidad al momento de establecer el monto de la indemnización por daño moral para de esta manera buscar y plantear una solución al problema investigado.

C) DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

El método será de campo ya que se recogieron datos mediante la observación del fenómeno, se manejaran expedientes y se hará consultas directamente con las personas inmersas en estos procesos de divorcio, es decir, con los operadores del derecho.

3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.4.1. POBLACIÓN

El universo o población que se va a recoger son las sentencias de divorcio en las cuales se hayan determinado el monto de la indemnización por daño moral, de allí es que analizaremos los criterios tomados por los jueces al momento de determinar el monto por indemnización al cónyuge inocente, esto es los motivos por los cuales se fija una determinada indemnización en favor del cónyuge inocente afectado.

Así también estará constituido por los operadores del derecho, (jueces, fiscales y abogados litigantes) del distrito de Tacna los cuales hayan tenido relación con los procesos de divorcio.

3.4.2. MUESTRA

El tamaño de las muestras fueron los expedientes de procesos de divorcio por causal, que contengan sentencias en primera instancia emitidas en los años 2015 y 2016, en las cuales se otorguen a favor del cónyuge inocente y/ o perjudicado una indemnización por daño moral, estarán determinadas en función al universo de elementos existentes; por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza exploratoria de esta investigación, por la cual se va a realizar un estudio indagatorio, el tamaño muestra será 10 expedientes los cuales representan la población de expedientes según los criterios de inclusión tomados en cuenta.

El tamaño de la muestra de las encuestas se obtendrá en función al universo de abogados colegiados de Tacna que se han visto inmersos en procesos de divorcio, y esta muestra es probabilística, la que se ha determinado a través de la fórmula estadística consignada en la obra de Nuria CORTADA DE KOHAN conocida como "Muestra al Azar"²⁵¹, con un margen de error de muestreo del +-10% y el +- 95% de confiabilidad.

Cuya fórmula es la siguiente:

$$n = \frac{(Z)^2 (PQ) (N)}{(E)^2 (N-1) + (Z)^2 .P.Q}$$

Donde:

Z = Desviación estándar

E = Error de muestreo

P = Probabilidad de ocurrencia de los casos

Q = 1-P

N = Tamaño del universo de población; 2917 Abogados Colegiados en Tacna (Fuente ICAT – se puede visualizar en anexo final)

²⁵¹ CORTADA DE KOHAN, Nuria y CARRO José Manuel. (1978). Estadística Aplicada. Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba S.E.M. Séptima Edición. Buenos Aires Argentina.

Valores estadísticos constantes para determinar el tamaño de una muestra estadísticamente significativa:

$$Z = 1.96 (95\%); 2 (95.43); 2.58 (99\%); 3 (99.73)$$

$$E = 0.10 (10\%)$$

$$P = 0.50 (50\%)$$

$$n = \frac{(Z)^2 (PQ) (N)}{(E)^2 (N-1) + (Z)^2 P Q}$$

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.50 \times 0.50) \times 2917}{(0.10)^2 (2917-1) + (1.96)^2 (0.50 \times 0.50)}$$

$$n = \frac{3.8416 (0.25 \times 2917)}{0.01 (2916) + 3.8416 (0.25)}$$

$$n = \frac{3.8416 (729.25)}{29.16 + 0.9604}$$

$$n = \frac{2,801.4868}{30.1204}$$

$$n = 93.0096147 \rightarrow n=93 \text{ abogados colegiados} \rightarrow 3.19\% \text{ del Universo (N)}$$

A) SELECCIÓN DE LA MUESTRA

Para llevar a cabo el proceso de muestreo de los abogados, se ha delimitado deliberadamente el número de elementos contenidos en la población de abogados colegiados en el Distrito de Tacna, de los cuales han sido preguntados en primer lugar si es que conocían casos sobre divorcios e indemnizaciones, con lo que se han filtrado a los encuestados. Se ha tomado como población el número de abogados colegiados por cuanto no se ha tenido un dato sobre la cantidad de abogados civilistas y dentro de esta rama a aquellos de Derecho de Familia, por lo que se tomó

la población del total de abogados colegiados, sin embargo se precisó el número de abogados en función a su conocimiento y desempeño en la observación y/o resolución de estos casos.

Por tanto se ha determinado que el tamaño de la muestra se constituye por 93 abogados colegiados, entre ellos abogados litigantes, fiscales y jueces inmersos en procesos de divorcio, cabe resaltar que se tomaron en consideración que son 5 jueces de juzgados de familia en el distrito de Tacna, así como 4 fiscales de Familia entre ellos provinciales y adjuntos, resultando que se tomaron en cuenta la opinión de los abogados litigantes los sobrantes 84, lo que sumaría la totalidad de 93 operadores del derecho.

En cuanto a la muestra de expedientes del Distrito Judicial de Tacna, hemos tomado el total de expedientes de divorcio por causal sentenciados en primera instancia en los años 2015 y 2016 en las cuales se haya determinado una indemnización por daño moral. Es decir el total de nuestra población es nuestra muestra (10 expedientes), por lo tanto es censal.

B) CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA

• CRITERIOS INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de las dos poblaciones antes mencionadas, son las siguientes:

- Población comprendida por los operadores de Derecho que se han visto inmersos en procesos de divorcio.
- Resoluciones Judiciales (Sentencias) sobre divorcio por causal en las cuales los jueces hayan determinado una indemnización por daño moral al cónyuge inocente.

• CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

Respecto a las encuestas serán los operadores de Derecho de ramas de derecho penal, laboral, administrativo, y otras ramas del derecho así

también operadores del derecho de la rama del Derecho civil que no se hayan visto inmersos en procesos de divorcio.

Asimismo, las resoluciones de la Sala Civil de Tacna en materia de sucesiones, actos jurídicos, obligaciones en todos los demás libros y en el libro de familia todos los ámbitos que no estén relacionados con los sentencias de divorcio en la cual el juez establezca una indemnización para el cónyuge inocente, así como las sentencias penales, laborales y en otras materias del derecho.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.5.1. TÉCNICAS

Se ha empleado la técnica de la encuesta y en consideración a la naturaleza de los elementos que conforman las poblaciones de las cuales se ha obtenido la información esencial para esta investigación jurídica. Asimismo, se empleó la Técnica del Análisis Documental, mediante el análisis teórico de los datos que se obtengan de los expedientes, para así observar, anotar e interpretar las características de éstos.

3.5.2. INSTRUMENTOS

Se utilizaron cuestionarios para obtener los datos requeridos para llevar a cabo el desarrollo de la investigación, los cuales fueron aplicados a los operadores del derecho según nuestra muestra, cabe resaltar que dicho cuestionario fue validado por el Magister Juan Enrique Sologuren Álvarez antes de ser aplicado.

Asimismo, se utilizó el instrumento de Fichas de Análisis de Expedientes por el cual se elaboró fichas de registro de las fuentes documentales que se utilizaron para el desarrollo de la investigación, en este caso los expedientes.

3.5.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Se aplicó el método inductivo deductivo para el análisis de la motivación los criterios que los jueces toman en cuenta para la determinación de la indemnización por daño moral en favor del cónyuge inocente y/o perjudicado según las circunstancias del cada caso.

Un análisis sistemático, en la cual se verifico la información obtenida con las variables así como las hipótesis y objetivos de tal manera que al finalizar se concluyó en resultados favorables, entendibles, claros y precisos que nos ayudaron al cumplimiento del objetivo principal de la investigación.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

4.1.1 FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información tomada de los expedientes Judiciales fue obtenida de la Ficha de Análisis realizada sobre las sentencias emitidas en primera instancia de los procesos de divorcio por causal de los años 2015 y 2016 en los juzgados de Familia del distrito de Tacna, en los cuales se fijó un monto de indemnización por concepto de daño moral amparado en los artículos 345-A y 351° del Código Civil.

La muestra fue tomada en consideración de los expedientes judiciales de los años 2012, 2013 y 2014 en el distrito de Tacna sobre divorcio por causal, desde el 01 de enero del 2014 al 31 de diciembre del 2014, de los cuales se tomó como población y muestra solo los expedientes sentenciados en primera instancia en los años 2015 y 2016 en los cuales se fijó un indemnización por daño moral siendo el total de 10 expedientes. Se aplicó el método inductivo deductivo para analizar la incidencia sobre una insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces para la determinación del monto indemnizatorio por concepto de daño moral incide en la vulneración del principio de proporcionalidad.

Asimismo se realizó un análisis descriptivo de las sentencias emitidas sobre el contexto en que se determinaron los montos de la indemnización por daño moral, de manera que puedan ser relacionadas con las hipótesis y variables de nuestra investigación.

4.1.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

Para el procesamiento de los datos se ha utilizado cuadros en hoja de cálculo del programa de Microsoft Excel, en las cuales en una de ellas se ha elaborado primeramente un cuadro matriz donde se almacenaron y guardaron los datos obtenidos de la Ficha de Análisis de Expedientes y los cuestionarios, asignando una columna por ítem y colocando en filas cada unidad de análisis con las respuestas, todo ello para lograr alcanzar el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. Luego de ello en una segunda hoja de cálculo se han acoplado y empalmado los resultados de la primera hoja con las sumatorias y se han plasmado los textos de la Ficha de Análisis. Finalmente se han elaborado los gráficos de barras y columnas según la información de la segunda hoja.

4.2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

4.2.1. DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Luego de ser procesada toda la información obtenida y recopilada mediante el uso de los instrumentos y las herramientas de la estadística descriptiva, a través de cuadros y gráficos es presentada, en el siguiente orden:

- Datos de las unidades de análisis.
- Información sobre las sentencias analizadas.
- Información sobre la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces y la incidencia en el principio de proporcionalidad.
- Información sobre los medios probatorios presentados en cada proceso.

4.2.2. PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN

De la información obtenida se ha llevado a cuadros estadísticos y se han estructurado gráficos para que se aprecien claramente los porcentajes y niveles de composición de sectores o ítems, así también seguido de ello en la parte inferior se ha hecho un breve comentario enfatizando algún hecho de importancia relevante, si lo hubiere, en cada caso.

4.2.3. DATOS DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS

Las unidades de análisis tienen determinadas características, las que son expuestas en los primeros cuadros, para posteriormente pasar a detallar el objeto mismo de nuestra investigación.

Para las variables se han tomado los datos de los expediente Judiciales en materia de Familia de procesos de Divorcio por causal, con respecto a las sentencias emitidas en los años 2015 y 2016, debido a que el tamaño de la muestra fue determinada por el criterio y discreción del investigador se tomó como muestra todos los expedientes con sentencias emitidas en primera instancia sobre divorcio por causal que determinaron una indemnización por concepto de daño moral del distrito de Tacna.

4.2.4. RESULTADOS

RESULTADOS DE LA ENCUESTA

CUADRO 1

OCUPACIÓN DEL ENCUESTADO (A)

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Abogado independiente	84	90.32%
Fiscal	4	4.30%
Juez	5	5.38%
TOTAL	93	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

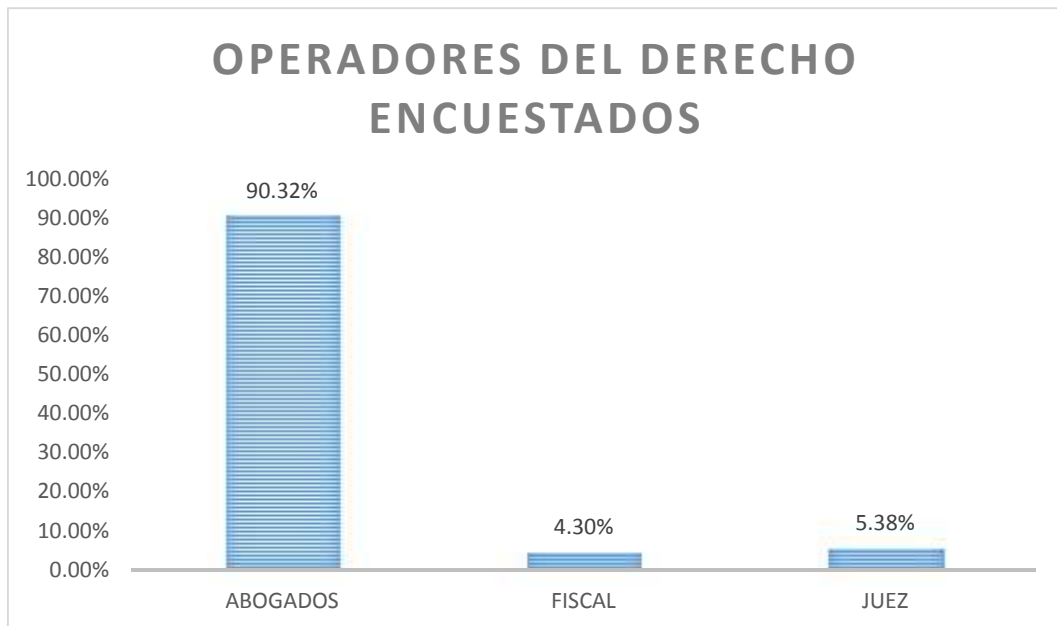


GRÁFICO N° 1

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a la ocupación de los encuestados tenemos que estos son operadores del derecho, estos son los jueces, fiscales y abogados independientes, en la Cuadro N° 1 se observa que los abogados independientes poseen un porcentaje de 90.32%, los fiscales un 4.30% y los jueces cuentan con un 5.38%.

Lo cual significaría que la información tomada sería de lo opinado por los abogados independientes quienes son los que ofrecerán los medios probatorios en representación de las partes, en este caso los cónyuges; de otro lado con un menor porcentaje se encuentran los jueces y fiscales.

En consecuencia, de la población que se tomará en cuenta para la investigación será desde una perspectiva mayoritaria por parte de los abogados independientes.

CUADRO N° 2
CRITERIO MÁS IMPORTANTE PARA DETERMINAR EL MONTO
INDEMNIZATORIO

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
Afectación psicológica	63	67.74%
Condición económica	14	15.05%
Tenencia y custodia	8	8.60%
Dolo y/o culpa	5	5.38%
otros	3	3.23%
Total	93	100%

FUENTE: Encuesta Agosto 2017

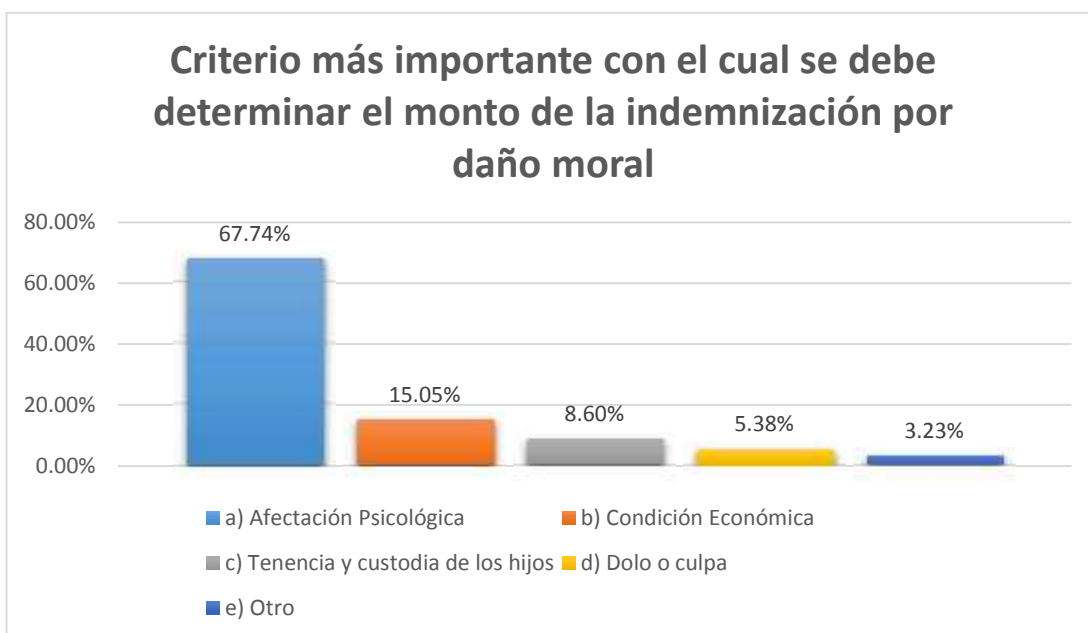


GRÁFICO N° 2

INTERPRETACIÓN:

Sobre el criterio más importante con el cual se debe determinar el monto indemnizatorio del daño moral, respecto a ello en el CUADRO 2, el cual es el resultado de las encuestas realizadas referido a la primera pregunta que se formuló a la población de encuestados, se puede observar que el criterio de la afectación psicológica abarca el 67.74% seguida por el criterio de la condición económica con el 15.05%, tenencia y custodia de los hijos 8.60%, dolo o culpa 5.38% y finalmente otros criterios 3.23%.

De los resultados obtenidos se puede señalar que el criterio de la afectación psicológica es uno de los más importantes para la determinación del monto indemnizatorio en favor del cónyuge más perjudicado, lejos se encuentra el criterio de la condición económica.

Concluimos que el criterio más importante con el cual se debe determinar y el cual es aplicado por los jueces al determinar la indemnización por daño moral en casos de divorcio en favor del cónyuge más perjudicado es la afectación psicológica.

CUADRO N°3

MONTO MÁS FRECUENTE DE LA INDEMNIZACIÓN QUE SE LE OTORGÓ AL CÓNYUGE PERJUDICADO EN LA SENTENCIA EMITIDA EN PRIMERA INSTANCIA

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
Más de 1000 hasta 1500 soles	25	26.88%
Más de 1500 hasta 2500 soles	20	21.51%
Más de 2500 hasta 5000 soles	27	29.03%
Más 5000 hasta 10000 soles	12	12.90%
Más 10000 soles	9	9.68%
Total	93	100%

FUENTE: Encuesta Agosto 2017

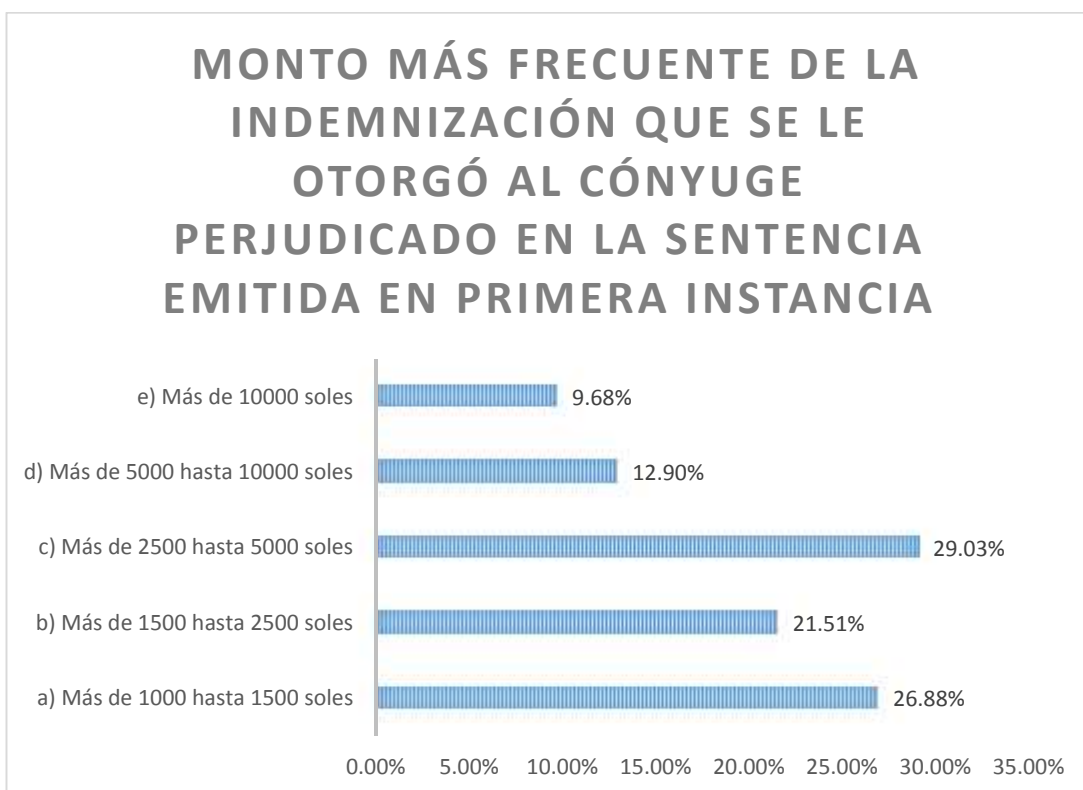


GRÁFICO N°3

INTERPRETACIÓN:

Sobre el monto indemnizatorio más frecuente que se le otorgó al cónyuge perjudicado en la sentencia de primera instancia, en el cuadro N°3 se puede observar el resultado de las encuestas realizadas referido a la tercera pregunta que se formuló a la población de encuestados, en el cual el monto indemnizatorio más frecuente es la opción más de 2 500 hasta 5 000 soles con el 29.03%, seguido por la opción más de 1 000 hasta 1 500 soles con el 26. 88%, un poco más alejado tenemos la opción de más de 1 500 hasta 2 500 soles con el 21.51%, luego más alejado la opción más de 5 000 hasta 10 000 soles con un 12.90% y por ultimo con un 9.68% la opción de más de 10 000 soles.

De los resultados de los cuadros se puede señalar que el monto indemnizatorio más frecuente otorgado al cónyuge más perjudicado es la opción de más de 2 500 hasta 5 000 soles, ello desde la perspectiva de los encuestados, seguido de la opción de más de 1 000 hasta 1 500 soles.

Concluimos que el monto indemnizatorio por daño moral otorgado al cónyuge perjudicado más frecuente en las sentencias emitidas en primera instancia en los casos de divorcio, desde la perspectiva de los encuestados, rodea los más de 2 500 hasta 5 000 soles.

CUADRO N°4

SI LOS MONTOS FIJADOS POR EL JUEZ ESTÁN FRECUENTEMENTE EN PROPORCIÓN CON EL DAÑO MORAL CAUSADO

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Totalmente de acuerdo	9	9.68%
De acuerdo	19	20.43%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	12	12.90%
En desacuerdo	48	51.61%
Totalmente en desacuerdo	5	5.38%
TOTAL	93	100%

FUENTE: Encuesta Agosto 2017

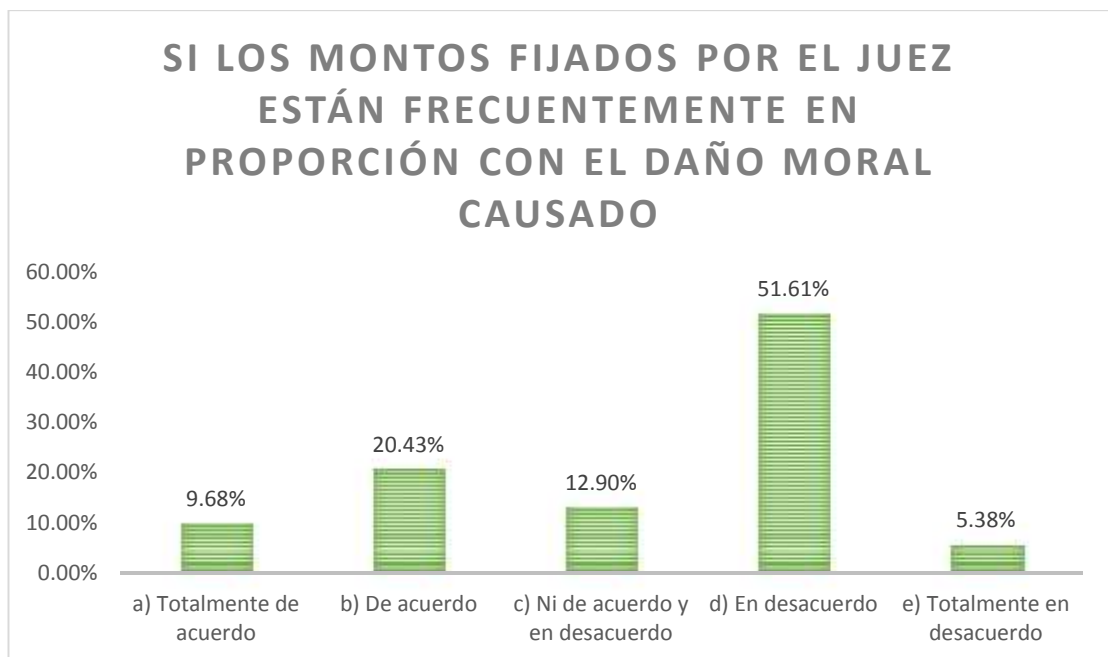


GRÁFICO N° 4

INTERPRETACIÓN:

Respecto de si los montos fijados por el juez están frecuentemente en proporción con el daño moral causado hacia uno de los cónyuges en el CUADRO 4 se puede observar el resultado de las encuestas realizadas referido a la cuarta pregunta que se formuló a la población de encuestados, en el cual el 51.61% respondió que se en contra en desacuerdo con lo afirmado anteriormente, un poco alejado y en posición contraria con un 20.43% se obtuvo que se encontraban de acuerdo, con un porcentaje menor con un 12.90% optaron por no estar de acuerdo ni en desacuerdo, un 9.68% respondieron que se encontraban totalmente de acuerdo y un 5.38% en total desacuerdo.

De los resultados obtenidos se puede señalar hay una diferencia significativa en los porcentajes entre el de acuerdo con la afirmación y el desacuerdo de la misma sin embargo la diferencia entre ellos sería de un aproximadamente 30%. Por tanto ello significa que más del 50% de la población considera que los montos fijados por los jueces no están frecuentemente en proporción al daño moral causado.

Concluimos que ante la cuarta pregunta de la encuesta realizada sobre ¿cree Ud. que los montos fijados por el juez están frecuentemente en proporción con el daño moral causado? Los encuestados respondieron que están en desacuerdo por lo cual no habría una proporción adecuada.

CUADRO N° 5
CRITERIOS APLICADOS NO SON SUFICIENTEMENTE MOTIVADOS POR
LOS JUECES

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Totalmente de acuerdo	24	25.81%
De acuerdo	37	39.78%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	20	21.51%
En desacuerdo	12	12.90%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
TOTAL	93	100%

FUENTE: Encuesta Agosto 2017

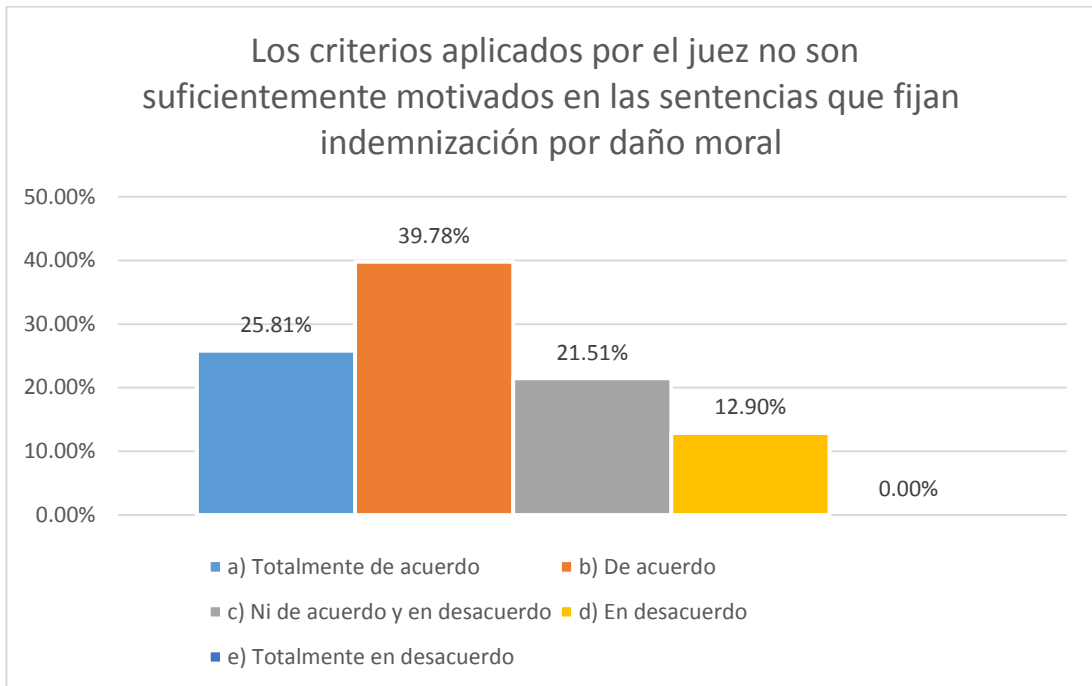


GRÁFICO N° 5

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a si los criterios aplicados por el juez no son debidamente motivados en las sentencias que fijan una indemnización por daño moral en el CUADRO 5 se puede observar el resultado de las encuestas realizadas referido a la sexta pregunta que se formuló a la población de encuestados, en el cual el 39.78% respondió que se encuentra en de acuerdo con lo afirmado anteriormente, así el 25.81% se encuentra totalmente de acuerdo, el posición contraria con un porcentaje de 12.90% estuvieron en desacuerdo finalmente un 21.51% optaron por no estar de acuerdo ni en desacuerdo y un 0% en total desacuerdo.

De los resultados obtenidos se puede señalar que más del 50% de la población entre los que consideraron de acuerdo y totalmente de acuerdo a la afirmación que los criterios aplicados por los jueces no son debidamente motivados en las sentencias de indemnización por daño moral causado.

Por tanto, los encuestados consideran que están en de acuerdo con que los criterios aplicados por los jueces no son debidamente motivados en las sentencias de indemnización por daño moral causado por lo cual no habría una motivación adecuada sobre estos criterios que sustentan la determinación del monto indemnizatorio.

CUADRO N°6

LA INSUFICIENTE MOTIVACIÓN RESPECTO DE LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN EN LAS SENTENCIAS VULNERAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Totalmente de acuerdo	16	17.20%
De acuerdo	52	55.91%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	12	12.90%
En desacuerdo	13	13.98%
Totalmente en desacuerdo	0	0%
TOTAL	93	100%

FUENTE: Encuesta Agosto- 2017



GRÁFICO N° 6

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a si insuficiente motivación respecto de los criterios para determinar la indemnización en las sentencias vulneran el principio de proporcionalidad en el CUADRO 6 se puede observar el resultado de las encuestas realizadas referido a la sexta pregunta que se formuló a la población de encuestados, en el cual el 17.20% se encuentra Totalmente de acuerdo, un 55.91% se encuentra de acuerdo, el 12.90% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 13.98% se encuentran en desacuerdo y finalmente en totalmente desacuerdo un 0%.

De los resultados obtenidos se puede señalar que más del 50% de la población señalaron que están de acuerdo lo cual corrobora que la insuficiente motivación respecto de los criterios utilizados para determinar la indemnización por daño moral en las sentencias vulneran el principio de proporcionalidad, ello sin contar con el 17.20% que está totalmente de acuerdo con la afirmación antes mencionada.

Por tanto, los encuestados consideran que están de acuerdo con que los criterios aplicados por los jueces no son debidamente motivados en las sentencias de indemnización por daño moral causado por lo cual no habría una motivación adecuada sobre estos criterios los cuales a su vez fundamentan la determinación del monto indemnizatorio, por lo que se vulnera el principio de proporcionalidad.

CUADRO N° 7

EL DAÑO MORAL CAUSADO HA SIDO DEBIDAMENTE ACREDITADO POR LAS PARTES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Totalmente de acuerdo	2	2.15%
De acuerdo	34	36.56%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	23	24.73%
En desacuerdo	31	33.33%
Totalmente en desacuerdo	3	3.23%
TOTAL	93	100%

FUENTE: Encuesta Agosto 2017

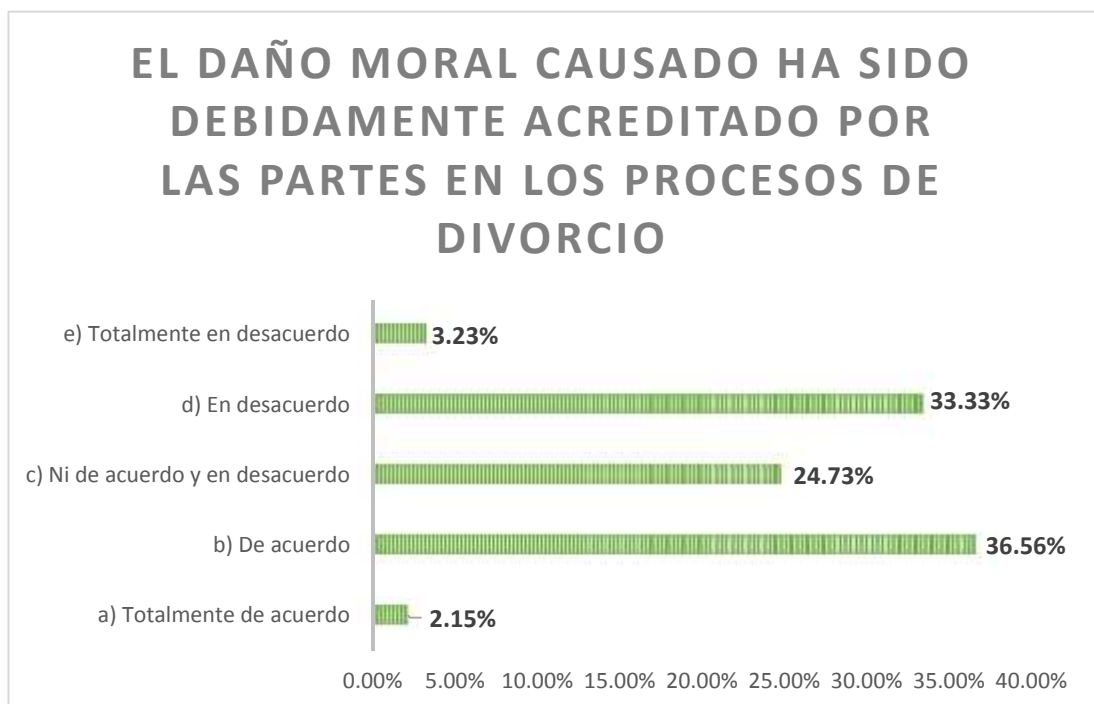


GRAFICO N° 7

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a si el daño moral causado ha sido debidamente acreditado por las partes, con medios probatorios, en los procesos de divorcio en el CUADRO 7 se puede observar el resultado de las encuestas realizadas que un 2.15% se encuentra Totalmente de acuerdo, un 36.56% se encuentra de acuerdo, el 24.73% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 33.33% se encuentran en desacuerdo y finalmente en totalmente desacuerdo un 3.23%.

De los resultados obtenidos se puede señalar que a pesar de que la diferencia es un tanto mínima entre el de acuerdo y el desacuerdo, la población encuestada, es decir los operadores del derecho, decidió estar de acuerdo con que el daño moral ha sido debidamente acreditado por las partes.

Por tanto, los encuestados consideran que están de acuerdo con la afirmación que el daño moral ha sido debidamente acreditado por las partes.

RESULTADOS DE LA FICHA DE ANÁLISIS DE EXPEDIENTES

CUADRO N° 8

SEXO DEL DEMANDANTE EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
FEMENINO	5	50%
MASCULINO	5	50%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

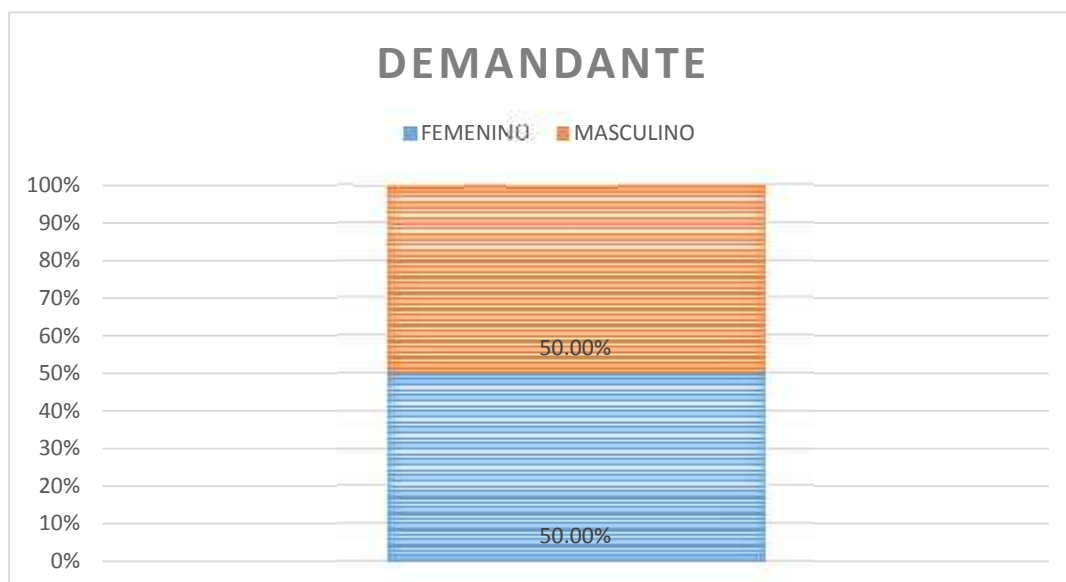


GRÁFICO N° 8

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a si las partes son de sexo femenino y masculino de los resultados obtenidos en la ficha de Análisis de Expedientes podemos señalar que los demandantes femeninos cuentan con un 50% y un 50% también de los demandantes masculinos, ello según los expedientes analizados.

Lo cual significaría que las partes dentro de un proceso pueden o no ser de sexo femenino o masculino aunque no es un dato relevante porque tanto mujeres como hombres tienen los mismos derechos es importante también dar a conocer este dato.

En consecuencia, en los proceso de divorcio las partes que accionan el proceso de divorcio son en igual proporción tanto hombres como mujeres.

CUADRO N° 9
SENTENCIAS SIN PRONUNCIAMIENTO SOBRE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
SI	11	13.75%
NO	69	86.25%
TOTAL	112	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

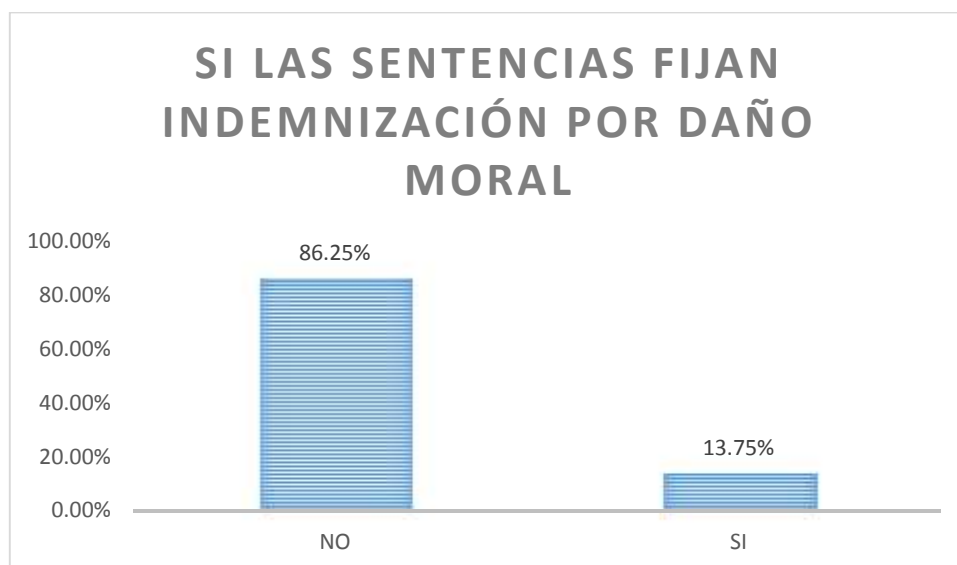


GRÁFICO N° 9

INTERPRETACIÓN:

Para establecer nuestra población analizamos los expedientes que contaran con sentencias emitidas en los años 2015 y 2016 de allí se extrajo la población de los expedientes para la investigación solo aquellos expedientes que contaran con sentencias emitidas en los años antes mencionados, pero en las cuales los jueces fijaran un monto indemnizatorio, cabe resaltar que los expedientes analizados se encontraron desde los iniciados dentro del 2012 al 2014.

De la discriminación para determinar la población se dio con el resultado el cual se encuentra en el cuadro N° 9 en el cual el 90% de las sentencias no se pronuncian respecto de una indemnización, sin embargo, el 10% de los expedientes analizados cuentan con sentencias en las cuales los jueces fijan un determinado monto por concepto de la indemnización por daño moral.

Lo cual significaría que la mayoría de procesos de divorcio no cuentan con la determinación de un monto indemnizatorio y solo un 10% si tendría un pronunciamiento respecto de dicha indemnización.

En consecuencia, son muy pocas las sentencias de procesos de divorcio por causal que cuentan con la determinación de un monto indemnizatorio por daño moral en favor del cónyuge perjudicado y/o inocente.

CUADRO N° 10
SI SOLICITA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

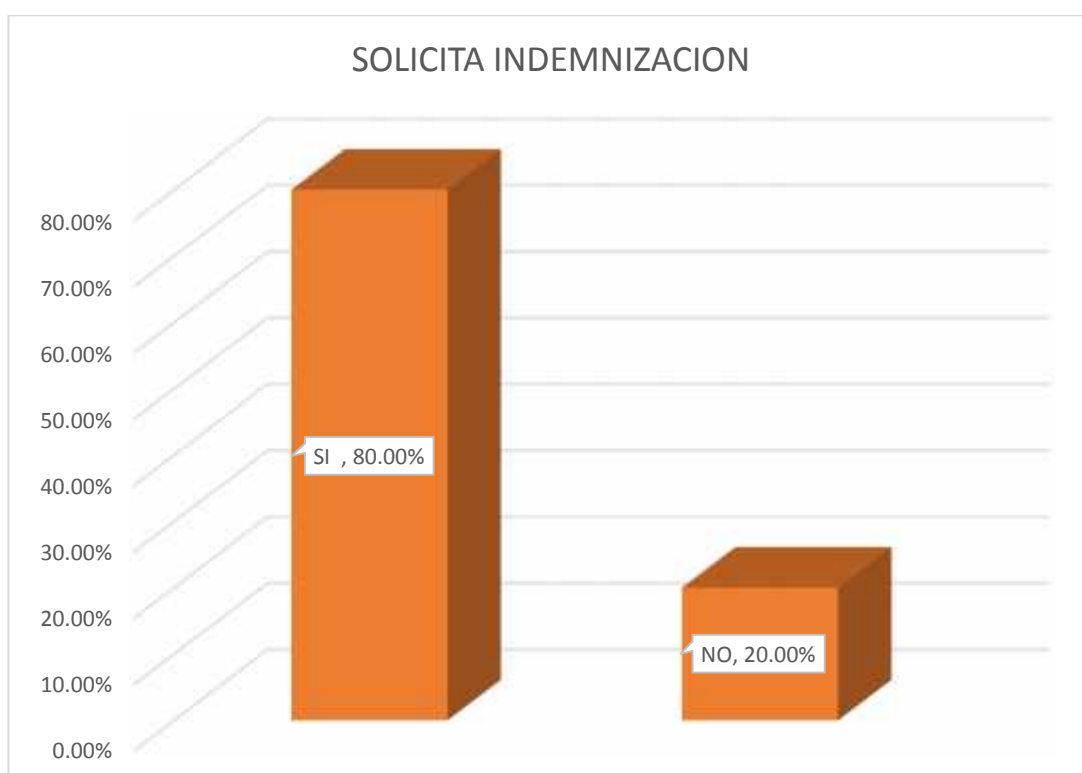


GRÁFICO N° 10

INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos en la ficha de Análisis de Expedientes sobre si las partes solicitan la indemnización por daño moral en los procesos de divorcio por causal podemos señalar que la opción “no” cuenta con un 20% y un 80% con “si”.

Lo cual significaría que en el 20% de los demandantes en un proceso de divorcio no solicitan una indemnización por daño moral mientras el 80% de los demandantes si solicitan la indemnización.

En consecuencia, la mayoría de los demandantes de un proceso de divorcio por causal solicitan una indemnización por daño moral.

CUADRO N° 11

CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
Afectación psicológica	5 de 10	50% de 100%
Condición económica	6 de 10	60% de 100%
Tenencia y custodia	6 de 10	50% de 100%
Dolo y/o culpa	2 de 10	20% de 100%
otros	2 de 10	20% de 100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto- 2017

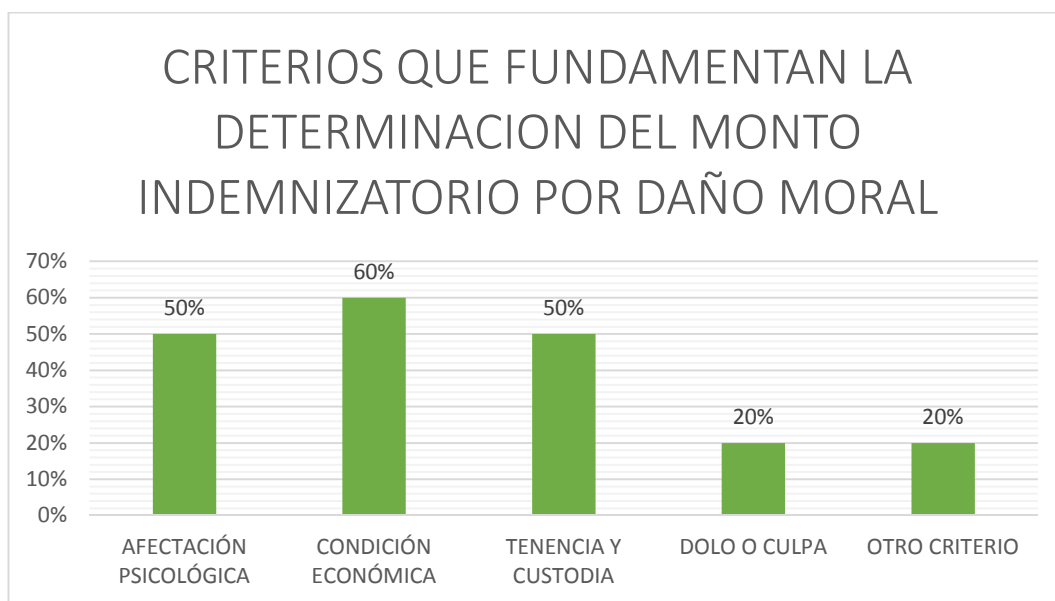


GRÁFICO N°11

INTERPRETACIÓN:

De la ficha de Análisis de Expedientes de los expedientes siendo cada porcentaje de 0 al 100% debido a que en las sentencias los jueces pueden aplicar más de un criterio por lo cual este nos dará a conocer cuál es el criterio más utilizado para determinar el monto de la indemnizatorio por el daño moral causado, observamos entonces que el criterio de condición económica abarca el 60%, el criterio de tenencia y custodia y el criterio de afectación psicológica tienen el mismo porcentaje de 50%, seguido de estos están los criterios culpa y dolo y otros criterios con 20% cada uno.

Se puede señalar que el criterio de la condición económica es el más utilizado es el de condición económica, en este caso del cónyuge más perjudicado, ello en muchas ocasiones comprobado con las sentencias de alimentos y/o en incumplimiento de las mismas, el segundo el más aplicado por los jueces son la afectación psicológica y la tenencia y custodia con el mismo porcentaje.

Concluimos que el criterio más aplicado por los jueces al determinar la indemnización por daño moral en casos de divorcio en favor del cónyuge más perjudicado es la condición económica.

CUADRO N° 12
MONTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL MÁS FRECUENTE

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
Más de 1000 hasta 1500 soles	2	20%
Más de 1500 hasta 2500 soles	1	10%
Más de 2500 hasta 5000 soles	7	70%
Más 5000 hasta 10000 soles	0	0%
Más 10000 soles	0	0%
Total	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

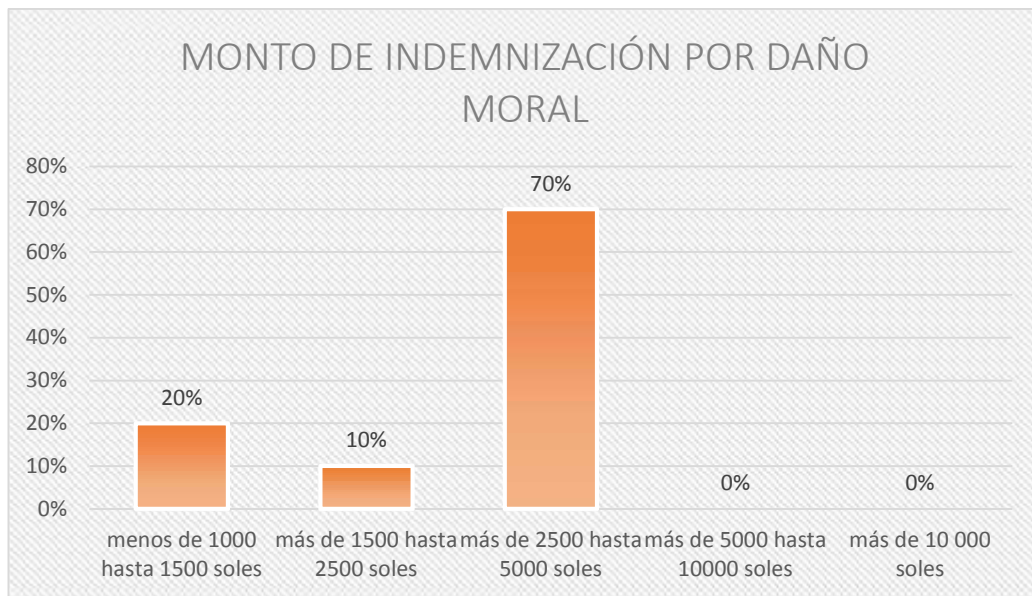


GRÁFICO N° 12

INTERPRETACIÓN:

Sobre el monto indemnizatorio por daño moral más frecuente utilizado por los jueces en las sentencias de divorcio por causal que se le otorgó al cónyuge perjudicado en la sentencia de primera instancia en el CUADRO 12, el cual es el resultado de la ficha de Análisis de Expedientes de los expedientes analizados, vemos que el monto indemnizatorio más frecuente fijado por los jueces es la opción de más de 2 500 hasta 5 000 soles, seguido con un 20% la opción de más de 1 000 hasta 1 500 soles y el 10% de más de 1 500 hasta 2 500 soles, siendo que las opciones de más de 5 000 hasta 10 000 y más de 10 000 soles obtuvieron un 0%.

Se puede señalar que el monto indemnizatorio más frecuente aplicado por los jueces es la opción de más de 2 500 hasta 5 000 soles, seguido de la opción de más de 1 000 hasta 1 500 soles, lo cual es igual en ambos cuadros tanto en las encuestas formuladas como en la ficha de Análisis de Expedientes.

Concluimos que el monto indemnizatorio por daño moral otorgado al cónyuge perjudicado más frecuente aplicado por los jueces en las sentencias emitidas en primera instancia en los casos de divorcio son de más de 2 500 hasta 5 000 soles.

CUADRO N° 13
INSUFICIENTE MOTIVACIÓN SOBRE LOS CRITERIOS APLICADOS

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

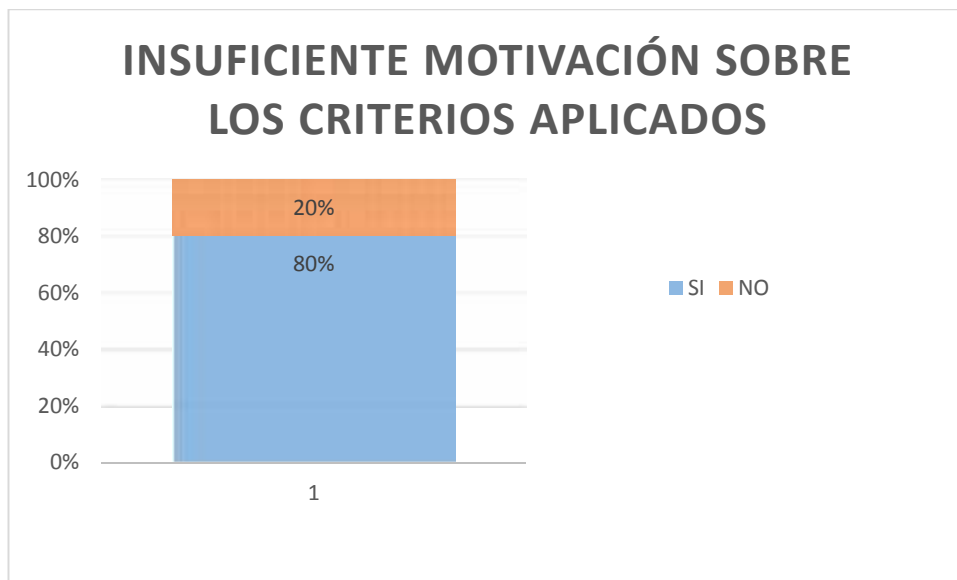


GRÁFICO N° 13

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces para determinar el monto indemnizatorio por daño moral, de los resultados obtenidos en la ficha de Análisis de Expedientes podemos señalar que la opción “no” cuenta con un 20% y un 80% con “sí”.

Lo cual significaría que el 20% de las sentencias no cuenta con una insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces, sin embargo el 80% según las sentencias analizadas cuentan con una insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces.

Por tanto, existe una insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces en la determinación del monto indemnizatorio en las sentencias de primera instancia en los procesos de divorcio por causal.

CUADRO N° 14

SI SE VULNERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CON LA INSUFICIENTE MOTIVACIÓN SOBRE LOS CRITERIOS APLICADOS POR LOS JUECES

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

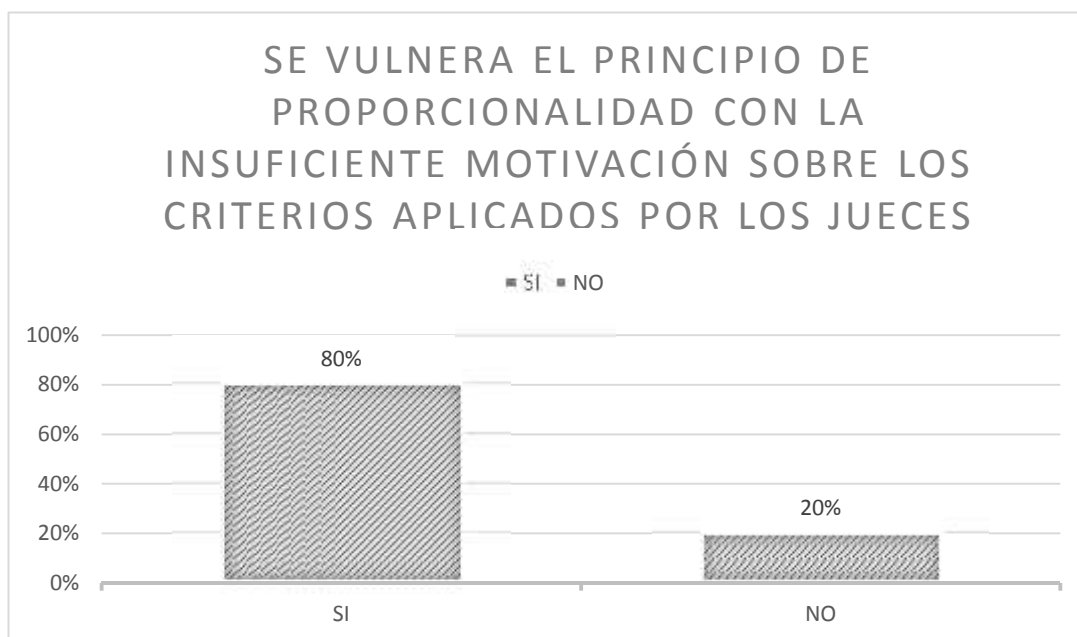


GRÁFICO N° 14

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a si se vulnera el principio de proporcionalidad con la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces para determinar el monto de la indemnización por daño moral de los resultados obtenidos en la ficha de Análisis de Expedientes podemos señalar que la opción “no” cuenta con un 20% y un 80% con “sí”.

Lo cual significaría que en el 20% de las sentencias no se vulnera el principio de proporcionalidad por la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces sin embargo, en el 80% de las sentencias analizadas se vulnera el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad se encuentra vulnerado por la insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces en las sentencias que fijan una indemnización por daño moral en casos de divorcio en favor del cónyuge más perjudicado.

CUADRO N° 15

GRADO DE INFLUENCIA DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR LA INSUFICIENTE MOTIVACIÓN SOBRE LOS CRITERIOS APLICADOS POR LOS JUECES

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
ALTO	7	70%
MEDIO	3	30%
BAJO	0	0%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

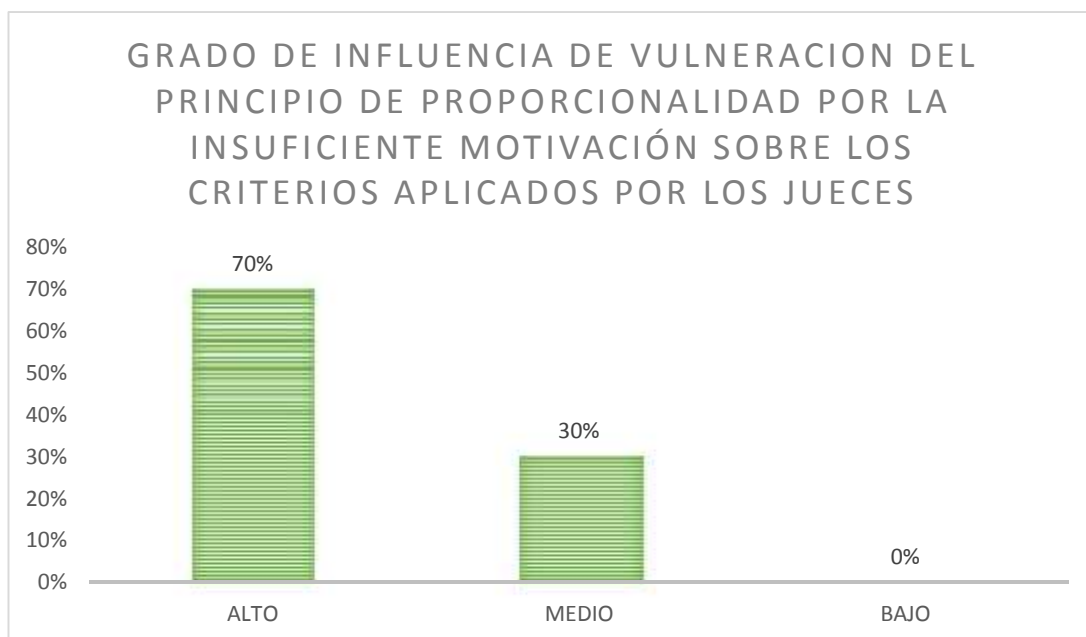


GRÁFICO N° 15

INTERPRETACIÓN:

Sobre el grado de influencia de la vulneración de principio de proporcionalidad por la insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces en las sentencias que fijan una indemnización por daño moral, en casos de divorcio en favor del cónyuge más perjudicado, de los resultados obtenidos en la ficha de Análisis de Expedientes podemos señalar que la alternativa “alto” cuenta con un 70%, un 30% la alternativa “medio” y finalmente la alternativa “bajo” con un 0%.

Lo cual significaría que en el 70% de las sentencias el grado de vulneración del principio de proporcionalidad por la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces es alto, sin embargo en el 30% de las sentencias analizadas el grado de influencia es medio.

En consecuencia, existe un alto grado de vulneración en el principio de proporcionalidad por la insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces en las sentencias que fijan una indemnización por daño moral en primera instancia.

CUADRO N° 16

MEDIOS PROBATORIOS MÁS UTILIZADOS PARA ACREDITAR EL DAÑO MORAL

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Certificado médico	0	0% de 100%
Exámen Psicológico	1	10% de 100%
Resoluciones Judiciales y/o sentencias	9	90% de 100%
Videos	0	0% de 100%
Audios	0	0% de 100%
Otros	1	10% de 100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

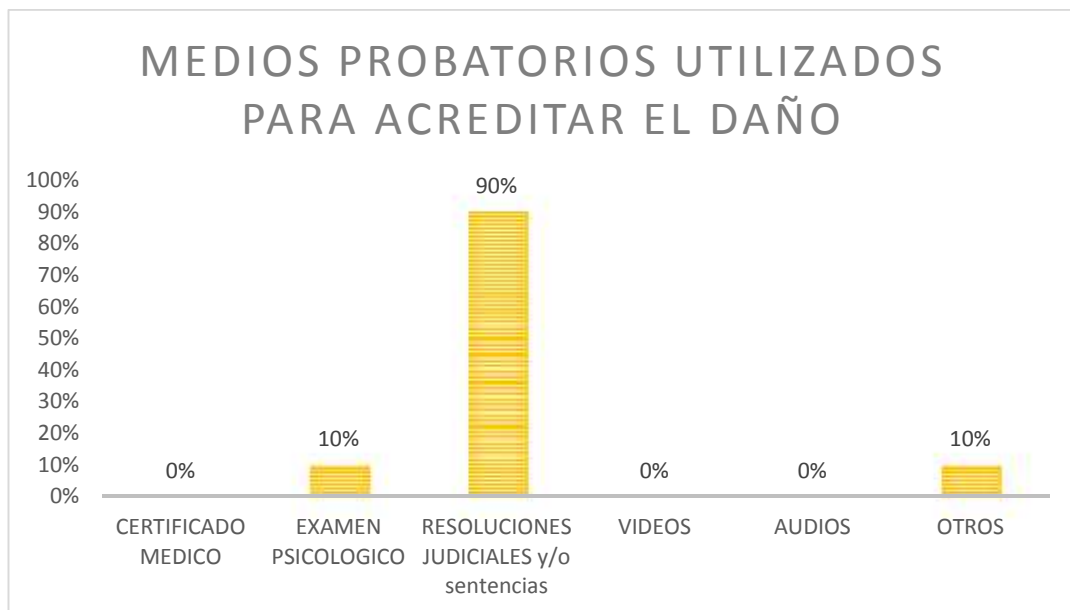


GRÁFICO N° 16

INTERPRETACIÓN:

De la ficha de Análisis de Expedientes siendo cada porcentaje de 0 al 100% debido a que las partes del proceso pueden ofrecer más de un medio probatorio, por lo cual ello nos dará a conocer cuál es el medio probatorio más usado para acreditar el daño moral causado, observamos entonces que las resoluciones judiciales tienen un 90%, el examen psicológico tiene un 10%, otros medios probatorios tienen un 10%, el certificado médico, videos y audios tienen un 0% cada uno.

Por tanto, ello significa que el medio probatorio más utilizado por las partes en el proceso para acreditar el daño moral causado son las resoluciones judiciales, entre las cuales estarían las sentencias y desde lejos están el examen psicológico y otros medios probatorios.

Concluimos que el medio probatorio más utilizado por las partes en el proceso para acreditar el daño moral causado son las resoluciones judiciales.

CUADRO N° 17
ACREDITAN DEBIDAMENTE EL DAÑO MORAL OCACIONADO

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
SI	9	90%
NO	1	10%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

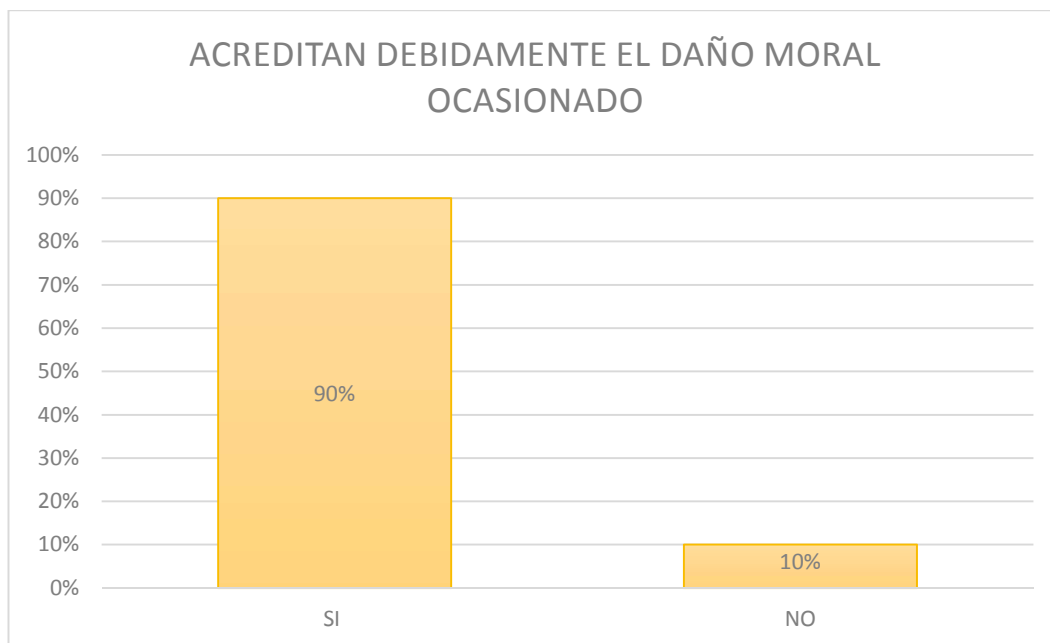


GRÁFICO N° 17

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a si las partes acreditan debidamente el daño moral ocasionado al cónyuge más perjudicado de los resultados obtenidos en la ficha de Análisis de Expedientes podemos señalar que la opción “no” cuenta con un 10% y un 90% con la opción “sí”.

Lo cual significaría que las partes dentro de un proceso acreditan debidamente el daño moral con medios probatorios, creando certeza en el juez del daño ocasionado y ocasionado que el juez se pronuncie con respecto a la indemnización fijando así un monto de indemnización por daño moral sea favorable para el cónyuge perjudicado.

En consecuencia, en los proceso de divorcio las partes acreditan debidamente el daño moral causado al cónyuge perjudicado con medios probatorios como son las resoluciones judiciales.

CUADRO N° 18

GRADO DE INFLUENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS PARA ACREDITAR EL DAÑO MORAL EN LA DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
ALTO	8	80%
MEDIO	2	20%
BAJO	0	0%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Ficha de Análisis de Expedientes Agosto 2017

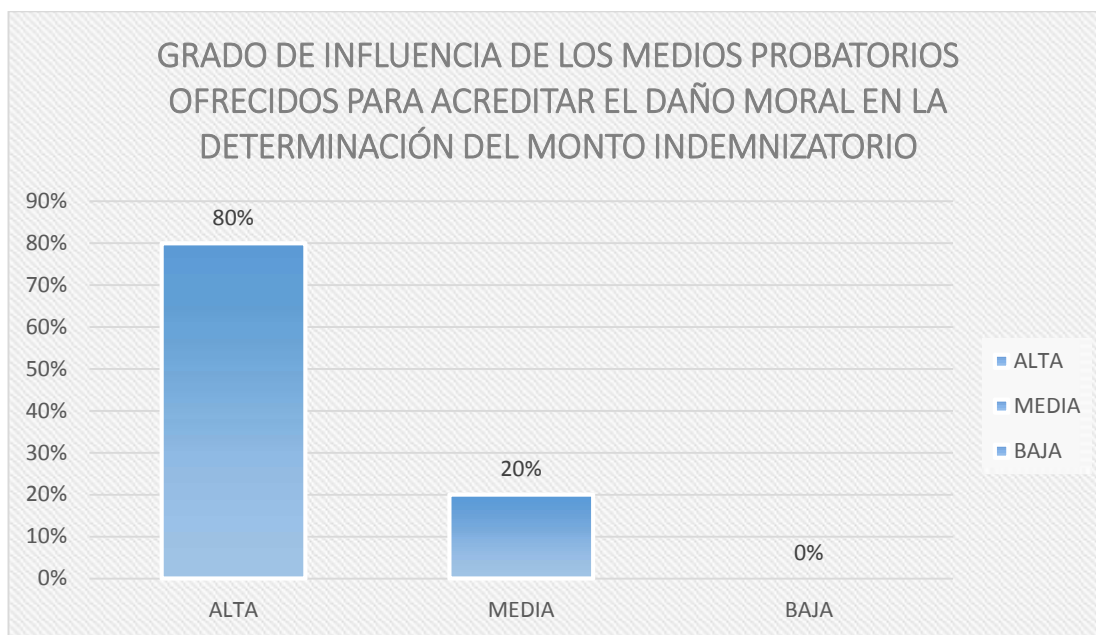


GRÁFICO N° 18

INTERPRETACIÓN:

Sobre el grado de influencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes para acreditar el daño moral en la determinación del monto indemnizatorio en favor del cónyuge más perjudicado, de los resultados obtenidos en la ficha de Análisis de Expedientes podemos señalar que la alternativa “alto” cuenta con un 80%, un 20% la alternativa “medio” y finalmente la alternativa “bajo” con un 0%.

Lo cual significaría que en el 80% de las sentencias el grado de influencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes para acreditar el daño moral en la determinación del monto indemnizatorio es alto, sin embargo en el 20% de las sentencias analizadas tienen un grado de influencia medio.

En consecuencia, existe un alto grado influencia, de los medios probatorios ofrecidos por las partes para acreditar el daño moral, en la determinación del monto indemnizatorio que se fija en las sentencias en primera instancia de los procesos de divorcio.

4.3. COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

Para la comprobación de nuestras hipótesis tomando en cuenta que los casos investigados se tramitan en la vía de procesos de Conocimiento, mismos que evidencian los efectos de la variable independiente por lo que, se tiene como objeto demostrar y/o evidenciar que en la mayoría de los casos se verifica las hipótesis planteadas. Asimismo, adicionalmente al Análisis Cuantitativo, se ha realizado la comprobación mediante el análisis cualitativo en la cual se utilizó los porcentajes obtenidos para deducir de la información tabulada la confirmación o rechazo de las hipótesis.

A. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

(i) HIPÓTESIS

“La afectación psicológica y la condición económica son los principales criterios que aplican los jueces para determinar el monto de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.”

En el cuadro N°11 se aprecia que como resultado de los expedientes analizados, los criterios aplicados por los jueces, para determinar el monto de la indemnización por daño moral en los casos de divorcio por causal, son la condición económica seguida de la afectación psicológica y con un mismo porcentaje el criterio de tenencia y custodia, es decir que predomina un criterio objetivo. Sin embargo, del resultado de las encuestas realizadas se puede apreciar en el Cuadro N° 2 se tiene que la percepción del criterio más importante tomado en cuenta para determinar el monto de la indemnización por daño moral es la afectación psicológica seguida de la condición económica, es decir se cree que el criterio predominante sería el subjetivo.

Por lo cual, el número de criterios más utilizados serían tres: la afectación psicológica, la condición económica y la tenencia y custodia de los hijos, según lo la información obtenida de las fichas de Análisis de los expedientes, siendo que a diferencia de la percepción tomada a través de las encuestas, la afectación psicológica antecedería a la condición

económica, situación que no sucede en la realidad, ya que de los expedientes analizados se tiene que los jueces determinan el monto indemnizatorio por daño moral principalmente aplicando el criterio de la condición económica seguido de la afectación psicológica y la tenencia y custodia en igual medida.

De la información contrastada de los cuadros precitados, se puede deducir que entre jueces, fiscales y abogados existe una diferencia sobre la importancia y medida en que son tomados dichos criterios, es decir un criterio por encima del otro, sin perjuicio de considerarlos a los tres criterios al momento de determinar el monto indemnizatorio.

Además, en el Cuadro N° 3 y 12 se puede contrastar respecto de la información tomada de las encuestas y de la ficha de Análisis de Expedientes sobre el monto de la indemnización por daño moral, que en el primero, según opinaron, el monto más frecuente está dentro de más de 2500 hasta 5000 soles, lo cual se confirma en el cuadro N° 12 de los resultados obtenidos de la ficha de Análisis de Expedientes.

Por lo tanto, se procede a **confirmar la primera hipótesis específica**, en el sentido de que los principales criterios que aplican los jueces para determinar el monto de indemnización por daño moral en casos de divorcio por causal son la condición económica, la afectación psicológica y la tenencia y custodia, a la par de la anterior mencionada, siendo éstos los criterios que se encuentran planteados en esta hipótesis específica.

(ii) HIPÓTESIS 2

“La insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide en alto grado en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.”

Del Cuadro N°4 se aprecia de los resultados obtenidos de las encuestas sobre si los montos fijados por el juez están frecuentemente en proporción con el daño moral causado, los operadores del derecho opinaron mayoritariamente estar en desacuerdo con dicha información por lo cual

los montos en favor de uno de los cónyuges no son proporcionales con el daño sufrido. De otro lado, en el Cuadro N° 5 se aprecia que los encuestados opinaron que los criterios aplicados por el juez no son suficientemente motivados en las sentencias que fijan una indemnización por daño moral, así en el Cuadro N° 6, los encuestados opinan mayoritariamente que la insuficiente motivación respecto de los criterios para determinar la indemnización por daño moral en las sentencias, vulneran el principio de proporcionalidad.

Asimismo, en el Cuadro N° 13 elaborado a partir de la información recabada de los expedientes analizados respecto de la insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces para determinar el monto indemnizatorio, se evidencia que dicha motivación es insuficiente. En el Cuadro N° 14 apreciamos que con la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces se vulnera el principio de proporcionalidad al no encontrarse suficientemente motivados.

Por otra parte, en el Cuadro N° 15 tenemos que el grado de incidencia de la vulneración del principio de proporcionalidad por la insuficiente motivación sobre los criterios aplicados es alta, provocando la determinación de montos poco favorables a los cónyuges perjudicados. Por último, en el Cuadro N° 9 se aprecia que de la población de expedientes sobre divorcio por causal de los años 2015 y 2016 solo en un porcentaje mínimo de sentencias los jueces han determinado una indemnización por daño moral en favor del cónyuge inocente y/o perjudicado; población que solo la conformaran las sentencias de primera instancia en las cuales se ha fijado un monto indemnizatorio por daño moral.

En consecuencia, se procede a **confirmar la segunda hipótesis específica** en el sentido de que existe una insuficiente motivación sobre los criterios aplicados por los jueces al momento de determinar el monto indemnizatorio a favor del cónyuge perjudicado, por lo que dicha inadecuada fundamentación tiene alta incidencia en la vulneración del principio de proporcionalidad, al no guardar proporción los montos determinados con el daño que se ha causado al cónyuge perjudicado y/o inocente.

(iii) HIPÓTESIS 3

“Los medios probatorios aportados por la parte afectada para acreditar el daño moral que ha sufrido influyen en gran medida en la determinación del monto de la indemnización en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.”

En el Cuadro N° 16 elaborado a partir de la información recabada de los expedientes analizados, se evidencia que el medio probatorio más utilizado son resoluciones judiciales, entre ellas las sentencias de violencia familiar, alimentos y demás resoluciones emitidas. Respecto del Cuadro N° 7, los operadores del derecho opinan mayoritariamente, que el daño moral ha sido acreditado debidamente por las partes en los procesos de divorcio. Con el Cuadro N° 17, elaborado a partir de la información obtenida de los expedientes analizados, se confirma que el daño moral se acredita debidamente a través de los medios probatorios ofrecidos por las partes en el proceso de divorcio.

El grado de influencia de los medios probatorios para acreditar el daño moral en la determinación del monto indemnizatorio es alto, lo cual se observa en el Cuadro N° 18 obtenido de la información recabada de la ficha de análisis de expedientes, apreciándose que esto influye determinando que el monto indemnizatorio sea económicamente poco favorable al no acreditarse con medios probatorios el daño moral que sufre el cónyuge perjudicado. Por tanto, se puede decir que las partes al presentar medios probatorios abundantes que ayuden a acreditar debidamente el daño moral sufrido tendrán una indemnización más favorable económicamente por lo que, resulta importante para las partes acreditar dicho daño con medios probatorios fehacientes que causen certeza en el juez sobre el daño que se ha producido.

Sin embargo esto no sería estrictamente necesario en cuanto así lo señala el Tercer Pleno Casatorio en materia Civil debido a que el juez de oficio se pronunciará sobre la indemnización por daño moral, lo hayan o no solicitado las partes en el proceso, cuando aleguen hechos en los cuales se presumiría la existencia de un cónyuge perjudicado y/o inocente, pero

cabe resaltar que aun así la presencia de medios probatorios influye en la determinación del monto indemnizatorio por daño moral asignado al cónyuge quien sufre dicho daño.

En consecuencia, se procede a **confirmar tercera hipótesis específica** en el sentido que los medios probatorios aportados por la parte afectada para acreditar el daño moral que ha sufrido el cónyuge perjudicado influye en gran medida en la determinación del monto por indemnización en casos de divorcio por causal.

B. HIPÓTESIS GENERAL

“La motivación insuficiente de los criterios aplicados por los jueces para fijar el monto de la indemnización por daño moral incide directa y significativamente en la vulneración del principio de proporcionalidad en los casos de divorcio por causal sentenciados en el distrito de Tacna en el año 2015 y 2016.”

De los resultados presentados en las hipótesis específicas, éstas confirman que existe una insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces para determinar el monto de indemnización por daño moral en las sentencias de primera instancia de los procesos de divorcio por causal y que, además de ello, dicha motivación insuficiente incide de manera directa y significativa en la vulneración del principio de proporcionalidad provocando que los montos fijados sean poco favorables para el cónyuge perjudicado y que dichos montos no estén en proporción con el daño moral causado.

Asimismo, como consecuencia de ello se puedan observar la existencia de un gran número sentencias sin pronunciamiento sobre indemnización lo cual afectaría su derecho a recibir una indemnización por daño moral establecido en los artículo 345-A° y 351° de nuestro actual Código Civil, ello por la determinación subjetiva de los jueces al fijar los montos indemnizatorios por daño moral en los casos de divorcio.

De esta manera se procede a **confirmar la hipótesis general**, en el sentido que la motivación insuficiente de los criterios aplicados por los

jueces para determinar en monto de la indemnización por daño moral incide en la vulneración del principio de proporcionalidad, ello porque el monto indemnizatorio al no estar acorde con el daño moral causado afectaría de manera directa y significativa el principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.1. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La condición económica y la afectación psicológica son los principales criterios aplicados por los jueces para la determinación del monto indemnizatorio por daño moral, en las sentencias de primera instancia en los procesos de divorcio, siendo también una de las más aplicadas, seguidas de las antes mencionadas, la tenencia y custodia de los hijos. Estos criterios antes mencionados ayudan y guían a los jueces para que puedan determinar los montos indemnizatorios según el daño moral causado.

SEGUNDA.- La insuficiente motivación en las sentencias respecto de los criterios aplicados por los jueces para la determinación del monto indemnizatorio incide en alto grado en la vulneración del principio de proporcionalidad. Ello sucede debido a que la insuficiente motivación trae como consecuencia que el monto indemnizatorio por daño moral sea poco favorable para el cónyuge perjudicado lo cual a su vez incide en la vulneración del principio de proporcionalidad por no estar el daño moral ocasionado en proporción con el monto indemnizatorio asignado para el cónyuge que sufrió dicho daño.

TERCERA.- Los medios probatorios ofrecidos por la parte afectada para acreditar el daño moral sufrido influyen en gran medida en la determinación del monto indemnizatorio por daño moral, por lo cual las partes al acreditar debidamente el daño moral sufrido deben tener como consecuencia un monto indemnizatorio más favorable económicamente para ellos.

CUARTA.- La motivación insuficiente de los criterios aplicados por los jueces para la determinación del monto indemnizatorio por daño moral incide de manera directa y significativa en la vulneración del principio de proporcionalidad, debido a que la motivación insuficiente trae como consecuencia una indemnización poco favorable lo cual no es proporcional con el daño causado al cónyuge perjudicado, por lo que una mejor fundamentación de los criterios que se aplican dará como consecuencia que la determinación del monto indemnizatorio sea más acorde con el daño moral causado.

1.2. RECOMENDACIONES

PRIMERO.- Consideramos que los legisladores deberían incluir en nuestro ordenamiento jurídico una norma, artículo o ley, en la cual se encuentren montos establecidos para los diferentes tipos de daños más frecuentes, tal y como otros países lo han establecido con montos específicos para cada caso, ello permitiría que dicho monto indemnizatorio sea proporcional, justo y acorde con el daño moral sufrido.

SEGUNDO.- Los jueces para la determinación del monto de indemnización por daño moral deben tomar en cuenta la jurisprudencia de los altos tribunales sobre indemnización por daño moral en otros campos del derecho, es decir no solo las sentencias de divorcio sino también sentencias en materia civil, laboral, penal y otras ramas que hayan determinado una indemnización por daño moral; y sentencias de indemnización por la vulneración de derechos constitucionales como lo son la vida, el cuerpo, la salud, el honor y demás derechos amparados por nuestra constitución.

TERCERO.- Asimismo los abogados litigantes de las partes que solicitan indemnización por el daño moral causado deberían de centrarse también en los medios probatorios para acreditar el daño moral ocasionado, de esta manera crearan certeza y el juez podrá valorar los medios probatorios relacionados con la causa del daño moral y así determinar un monto de indemnización más favorable económicamente.

CUARTO.- El gobierno y las facultades de Derecho de las universidades debe realizar campañas para sensibilizar a las personas sobre lo que comprende el daño moral, no solo en los casos de divorcio, sino también en otros campos del Derecho así como en todos los otros tipos de daño a la persona que no solamente son físicos, sino también morales y/o psíquicos; de la misma manera sensibilizar sobre la importancia de acreditar la existencia del daño moral sufrido.

QUINTO,- Asimismo, de todo lo visto anteriormente se ha visto conveniente plantear una propuesta de ley en modificación del artículo 351° (véase en anexos), la cual trata sobre la indemnización por daño moral lo cual orientará a los jueces a la aplicación de los criterios para la determinación de la indemnización por daño moral con la finalidad que se establezca una indemnización justa y favorable económicamente para el cónyuge afectado.

BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

- BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Manual de Derecho de Familia. Edición 2006. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima Perú
- BERMUDEZ TAPIA, Manuel. Divorcio y Separación de Cuerpos. Edición 2009). Editorial Grijley. Lima-Perú
- BRITO GONZALES, Manuel Sebastián. Tesis sobre El Daño Moral y los Criterios para la determinación de su indemnización, (2013) Universidad del ASUAY. Cuenca- Ecuador visualizado en <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>.
- BURGA CORONEL, Angeliza María. El Test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Peruano. P. 254 visualizado en <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Burga%20Coronel.pdf>
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. Código Civil Comentado Tomo II.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Nuevo Diccionario Enciclopédico Derecho Usual. (2008) Editorial Grafisac S.A.C. Argentina
- CABELLO MATAMALA, Carmen. Divorcio y jurisprudencia en el Perú. (1995). Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima- Perú
- CARBONELL, Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro .El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Edición Abril 2010. Editorial Palestra. Lima Perú
- CASTILLO CORDOVA, Luis. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional del Tribunal Constitucional Peruano. Visualizado en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1

- CORTADA DE KOHAN, Nuria y CARRO José Manuel. (1978). Estadística Aplicada. Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba S.E.M. Séptima Edición. Buenos Aires Argentina.
- DIAZ CACEDA, Joel. El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida. Edición Marzo 2006. Editorial Juristas Editores. Lima Perú
- DIEZ GARGARI, Rodrigo. El principio de Proporcionalidad, Colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. P. 70-71 visualizado en <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n26/n26a3.pdf> Consultado el 02-04-2017
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. (2007)Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú
- ETO CRUZ, Gerardo. Derecho de Familia en la Constitución y el Nuevo Código Civil. Edición 1989. Editorial Marsol Perú Editores. Lima Perú
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Protección a la Persona Jurídica. Primera Edición 1992. Editorial Universidad de Lima. Lima Perú
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde Conceptual entre “Daño a la persona”, “Daño al Proyecto de Vida” y “Daño Moral” visualizado en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF
- FERNANDEZ SESSAREDO, Carlos. El Daño al Proyecto de Vida. (en línea) visualizado en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Los jueces y la Reparación del “Daño al Proyecto de Vida”. Visualizado en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a/9.+Doctrina+Nacional+--+Juristas++Carlos+Fern%C3%A1ndez+Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a>
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El Daño al “Proyecto de vida” en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. visualizado en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e

A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e

- FERNANDEZ SESSAREGO, El Daño al Proyecto de Vida en una reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Visualizado en file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-EIDanoAlProyectoDeVidaEnUnaRecienteSentenciaDeLaCo-5110161.pdf
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde Conceptual entre “Daño a la persona”, “Daño al Proyecto de Vida” y “Daño Moral” visualizado en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF
- GRANDEZ CASTRO, Manuel. El Principio de proporcionalidad y la Jurisprudencia en el Perú. Edición Mayo 2009. Editorial Palestra. Lima Perú
- GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia. Edición 1992. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá
- HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio. (2008). Editorial Gaceta Jurídica. Lima Perú
- JARA, Rebeca S. y GALLEGOS Yolanda. Manual de Derecho de Familia. Edición agosto 2012. Editorial Jurista Editores. Lima Perú
- JIMENEZ VARGAS, Roxana. Resarcimiento del daño Moral o Inmaterial. visualizado en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/dano%20moral.htm>
- LOPEZ HERRERA, Edgardo. Introducción a la Responsabilidad Civil
- LEON HILARIO, Leysser. La Responsabilidad Civil. Edición Abril 2017. Editorial Instituto Pacifico. Lima Perú
- LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción Javier Tamayo Jaramillo Edición en Español 2004. Editorial Legis. Colombia
- MARQUES PIÑERO, Rafael. Filosofía del Derecho Primera Edición 1990. Editorial Trillas. México
- OSTERLING PARODI, FELIPE. Indemnización por Daño Moral. Documento visualizado en (<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>).

- PERALTA ANDIA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. Segunda Edición Enero 1995. Editorial Moreno. Lima Perú.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Principios Constitucionales De La Familia. Visualizado en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/03/18/los-principios-constitucionales-de-la-familia-primero/>
- QUISPE SALSAVILCA, David. El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviario de Derecho Civil N° 2. (2002) Editorial Cultural Cuzco S.A.C., Lima-Perú
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad Civil Tomo I Parte General. Tercera Edición 2012. Editorial Temis. Bogotá Colombia
- TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Primera Edición junio 2001. Editorial Grijley. Lima, Perú
- TORRES MALDONADO, Marco Andrei. La Responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Edición octubre 2016. Editorial Gaceta Jurídica. Lima Perú
- UMPIRE NOGALES, Eulogio. El Divorcio y sus Causales. Edición marzo 2005, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas. Lima Perú.
- VARGAS MALAGA, Elizabeth. Tesis sobre: Indemnización del Daño Moral en los casos de Violencia Familiar en el Departamento de Tacna durante el año 1997.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia Tomo II Matrimonio y Uniones Estables, Editorial Gaceta Jurídica Edición 2011. Lima, Perú.

ANEXO 1

PROYECTO DE LEY

FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

“Modifican artículo referido a la indemnización por Daño Moral del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 295”

Artículo 1°.-

Modifíquese el artículo 351° del Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, por el siguiente texto:

Artículo 351: 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. Los criterios para establecer el monto indemnizatorio en favor del cónyuge inocente y/o perjudicado son:

- 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 tomando en cuenta el número de hijos y si éstos son menores de edad;
- 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;²⁵²
- e) las características físicas del cónyuge afectado;
- f) el dolo o culpa con la cual se da el incumplimiento de los deberes conyugales establecidos;

²⁵² Casación N° 4664-2010-Puno. Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú p. 84-85

g) Otras circunstancias relevantes que el juez considere según cada caso.

El deberá motivar la aplicación de los criterios que se consideren necesarios para efectos de la determinación del monto indemnizatorio.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Como sabemos el divorcio se encuentra regulado en nuestro ordenamiento civil. Es así que su regulación se encuentra taxativamente disciplinada en el capítulo segundo del título cuarto del libro de Familia del Código Civil de 1984, vigente.

Respecto al problema de la indemnización por daño moral que debe recibir el cónyuge inocente, se dispone que el Juez podrá concederle una suma de dinero por indemnización, cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial por causales propias del divorcio sanción, tales como adulterio, injuria grave o abandono injustificado entre otros factores que puedan ser tomados por el juez en las cuales se configure un cónyuge inocente y/o perjudicado. Vemos que esas situaciones causan perjuicio al otro cónyuge, perjuicios que podrían ser económicos y psíquicos, es por ello que a dicho cónyuge perjudicado se le otorga una indemnización por concepto del daño moral, ello en vista del daño psicológico que se le causó al otro cónyuge sobre todo en los casos antes mencionados que nuestro ordenamiento ha establecido en los artículo 345-A para el cónyuge perjudicado y el 351° para el cónyuge inocente.

Si vamos más allá, podemos señalar que indemnizar al otro cónyuge sería una sanción para el cónyuge que provoca la disolución del vínculo matrimonial al incurrir en una falta, ello puede constituir un mecanismo de protección para las familias, ya que el matrimonio es la base de una sociedad, porque es a través de la institución matrimonial que básicamente se promueve la formación de las familias. Por otro lado este mecanismo, de protección podríamos decir, que tiene como fin favorecer y proteger o defender la estabilidad familiar en bien de todos los miembros que la conforman, así como alimentos que se fijaran para los hijos, los mismos que también se pueden pedir para el cónyuge en los casos que la ley establece, y una compensación al cónyuge afectado con la disolución del vínculo matrimonial.

Por lo que finalmente la indemnización no responde los conceptos de lucro cesante ni daño emergente, como si lo hacen en casos de bienes, sino a principios señalados como equidad y solidaridad familiar, debiéndose diferenciar que en este campo del divorcio, la indemnización que se fija en favor del cónyuge perjudicado es de manera compensatoria porque se rige por principios familiares y de justicia. Además la naturaleza en si del daño moral es compensadora debido a que los daños producidos en el ámbito subjetivo de la persona son irreparables con la finalidad de aminorar el dolor, sufrimiento o aflicción de las personas afectadas, en este caso del cónyuge afectado moralmente.

El daño que se produce entre familiares hace referencia a la afectación que sufren los miembros de la familia entre ellos, debido a diferentes circunstancias y razones; aquellos daños o abusos sean físicos o psicológicos que se realicen entre miembros de una familia sin justificación o sean irrazonables y desproporcionados deben ser resarcidos por el miembro que los causo.

Más allá del incumplimiento de las obligaciones que se deben mutuamente entre cónyuges también se debe considerar el daño moral que se causa por la violación de deberes matrimoniales, como son el de fidelidad, ayuda mutua, convivencia entre otros, que podrían ocasionar daño entre los miembros de la familia no solo entre cónyuges sino también la afectación que se producen en los hijos, sobre todo, cuando son menores de edad, pero también se debe tomar en cuenta el daño psicológico y ello abarca tanto a los menores de edad como a los mayores.

Por ser integrantes de una familia, y debiendo existir unidad familiar basada en relaciones de confianza, estrechas y sólidas, ello no justifica el daño que se puedan causar los unos a los otros. También podríamos hablar de la violencia física y psicológica entre los cónyuges, ya sea por motivos de celos u otras razones; es lamentable que la familia de estas épocas sufra tal tipo de violencia entre sus miembros los cuales no se justifican en ninguna forma.

El daño que se produce en la esfera familiar es mayor al daño que pueda ser ocasionado por otra persona puesto que el ser humano al interrelacionarse con otras personas genera vínculos afectivos y dichos vínculos son más fuertes cuando se trata de una familia. El daño que se causa, por ejemplo, al cometer adulterio, el cual es un engaño grave, conlleva la ruptura no solo del vínculo afectivo entre la pareja sino que conllevaría a la desunión de la familia en sí. En

cambio, si quien engaña es un amigo o una amiga las consecuencias no serán iguales y por ende el daño moral producido tampoco será igual.

Siendo que, en la medida que uno daña a otro debe de repararlo, aun si este daño producido fuera intencionado o no, por razones que se fundamentan en un principio de la justicia, no importa la magnitud del daño, todos los daños deben ser reparados y o compensados según su naturaleza debido a que nuestra Constitución protege nuestro bienestar físico y psicológico.

En el caso de los hijos, estas rupturas podrían tener repercusiones diferentes a si son mayores de edad o si son menores de edad. En el primer caso podría repercutir en su futura familia en el sentido en que tendría la idea de que el matrimonio no es necesario, no es la mejor opción entre otras cosas que dañarían la perspectiva de una nueva familia que se podría formar, en el caso de los menores estos serían apartados de la normal convivencia de una familia nuclear puesto que se convertirían en una disfuncional en la cual, ya no vivirán con su padre (en el caso de que se quede al cuidado de su madre) por la cual el daño moral que se producirá debe de alguna manera ser reparado.

La valorización sobre la cual el juez determinará el monto de la indemnización debe estar en función de la apreciación de la situación, el contexto en la cual se da el daño moral al cónyuge inocente, así como los efectos y consecuencias que ello podría causar, es decir, como va a repercutir en la vida del cónyuge el perjuicio ocasionado de manera que pueda ser resarcido o de lo contrario el juez deberá determinar un monto de la indemnización en favor del cónyuge por el perjuicio causado aunque este pueda o no ser resarcido.

Para efectos de la determinación de la indemnización por daño moral, si bien el daño moral no es cuantificable, puede haber perjuicios económicos que si son medibles y/o susceptibles de cuantificación como, por ejemplo, cuando el cónyuge perjudicado necesitará terapia psicológica o un tratamiento psiquiátrico, en los casos más extremos.

Es relevante tener presente también que, respecto del daño moral subjetivo, en el Tercer Pleno Casatorio se han establecido criterios para la determinación del monto indemnizatorio, sin embargo, para fines de mayor protección y precisión es necesario sistematizarlos y establecerlos mediante una ley, agregando otros criterios que también son importantes, dejando un margen discrecional para que

pueda apreciar adicionalmente, otros criterios razonables según las circunstancias que aprecie objetivamente en cada caso.

Hay que resaltar que el cuidado de los hijos no es una tarea fácil, independientemente de los gastos que se generen para su mantención que ambos padres asumen, queda el hecho de que su cuidado demanda tiempo y si son varios hijos es una responsabilidad muy grande, por lo que si el cónyuge perjudicado y de manera individual asumiría la tenencia de los hijos, la responsabilidad que debe ser compartida por ambos padres recaería solo en una persona, la cual evidentemente, es más difícil de asumir, pues dicho cónyuge para poder atender las necesidades del hogar deberá trabajar y contratar a una niñera que se encargue del cuidado de los hijos mientras regresa del trabajo.

Así también, hay que considerar el hecho de que el cónyuge perjudicado se haya visto en la necesidad de demandar alimentos en vista de que la obligación alimenticia hacia los hijos no era cumplida por el otro cónyuge, por desinterés u otros factores, a lo que se suman los gastos del proceso mismo de alimentos por lo cual el tiempo y los gastos económicos judiciales también se deberían valorar y compensar.

De la misma manera, habrá que considerar ciertas características como la edad, o si la persona sufre de alguna discapacidad entre otros; ello se refiere a que cuando el cónyuge perjudicado decida tener una nueva pareja sentimental, una edad mayor en las mujeres es un factor que incrementa el perjuicio debido a que genera menor posibilidad de encontrar una nueva pareja por lo que tiene probablemente su ex cónyuge sea su última pareja sentimental además, si es mujer probablemente, se dedicará al cuidado de sus hijos, pero ellos crecerán y se irán, lo que la condenaría a vivir una ancianidad solitaria, sobre todo si la causal de divorcio es el adulterio y el otro cónyuge además que se encuentre ya realizando una vida en común con una tercera persona.

Hay que resaltar que en estos supuestos del dolo y la culpa solo medimos la intencionalidad a modo de que el juez pueda valorar esta circunstancia al momento de determinar el monto de la indemnización, mas no tiene una finalidad de sancionar pues la causal que se alega es la cuestión principal que debe resolverse en una demanda de divorcio, mientras que la indemnización constituye una pretensión accesoria, pero no por ello menos importante.

Por otro lado, el cónyuge perjudicado y encargado del cuidado no tendrá las mismas posibilidades sociales, laborales, económicas y entre otros debido a que se encargaría del total cuidado de los hijos.

Asimismo, por cuanto al principio de proporcionalidad, que trata sobre la correspondencia entre la medida y el fin al cual se desea llegar, este se ve vulnerado en el sentido que los montos fijados se ven afectados por la insuficiente motivación por los criterios aplicados por los jueces por lo que se determinan montos poco favorables económicamente para el cónyuge afectado, ello debido a que existe una desproporcionalidad entre los montos que fijan los jueces con el daño moral causado. Es así, que no se da la existencia de una uniformidad en cuanto a la determinación de montos por indemnización por daño moral siendo que, ante casos iguales diferentes montos fijados y ante mismos casos iguales montos.

Por lo que, se ha considerado que para la uniformidad en cuanto a la determinación de montos indemnizatorios debe existir una motivación suficiente de los criterios aplicados, por lo cual al señalarlos y motivarlos se verán cuantos criterios serán tomados en cuenta y con respecto a ellos, se determinará la indemnización por daño moral; cabe resaltar que será diferente para cada caso puesto que se pueden tomar en cuenta varios criterios para uno y para otro unos pocos, es decir que lo que determinará el monto indemnizatorio será la cantidad de criterios pertinentes aplicados.

En consecuencia, hemos considerado pertinente la modificación del artículo 351, introduciendo criterios legales objetivos, de manera de que éstos puedan ser de ayuda para los jueces al momento de determinar el monto indemnizatorio por daño moral en favor del cónyuge inocente o perjudicado, facilitando el cumplimiento del deber de motivación que por disposición constitucional es exigible en toda sentencia judicial.

INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

La presente proposición legislativa modificara el artículo 351° del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 295.

COSTO BENEFICIO

El presente proyecto de Ley no generara un gasto adicional para el Erario Público, por el contrario, será beneficioso, por cuanto dotará de mayor orientación a los jueces para determinar el monto indemnizatorio por daño moral en beneficio del cónyuge perjudicado y/o inocente según el caso por el daño moral que se les ha causado.

ANEXO 2

CUESTIONARIO

DIRIGIDA A ABOGADOS LITIGANTES, JUECES, FISCALES

SOBRE LA VULNERACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACION DEL MONTO DE UNA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL EN FAVOR DEL CONYUGE INOCENTE Y/O PERJUDICADO

INSTRUCCIONES

La Encuesta es totalmente anónima y pretende investigar sobre la vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto a la determinación del monto de la indemnización por daño moral en favor del cónyuge inocente y/o perjudicado en los casos de divorcio por causal.

Por favor responda:

Fecha:

Ocupación:

Abogado independiente () Juez () Fiscal () Otro ()

1) ¿Cuál es el criterio más grave e importante con la cual se determine un monto por la indemnización por daño moral?

1. Afectación psicológica
2. Condición económica
3. Tenencia y custodia de los hijos
4. El dolo o culpa
5. Otro: _____

2) ¿Cree Ud. Que deberían plantearse en una ley los criterios a tomar en cuenta para la fijación del monto de la indemnización?

1. Totalmente de acuerdo
2. De acuerdo
3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo
4. En desacuerdo
5. Totalmente desacuerdo

3) De los casos que ha visto en su experiencia mencione el monto más frecuente de la indemnización que se le otorgo al cónyuge inocente y/o perjudicado en la sentencia emitida

1. Menos de 1000 a hasta 1500
2. Más de 1500 a hasta de 2500
3. Más de 2500 hasta de 5000
4. Más de 5000 hasta de 10000
5. Más de 10000

- 4) ¿Cree Ud. que los montos fijados por el juez están frecuentemente en proporción con el daño causado?
1. Totalmente de acuerdo
 2. De acuerdo
 3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 4. En desacuerdo
 5. Totalmente desacuerdo
- 5) ¿Considera un acto de imparcialidad y desinterés por parte del Estado de proteger al cónyuge inocente al no imponer una indemnización favorable, lo cual alienta la impunidad de la destrucción de una familia?
1. Totalmente de acuerdo
 2. De acuerdo
 3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 4. En desacuerdo
 5. Totalmente desacuerdo
- 6) ¿Considera que los criterios tomados por el juez no son suficientemente motivados en las sentencias que fijan indemnización por daño moral?
1. Totalmente de acuerdo
 2. De acuerdo
 3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 4. En desacuerdo
 5. Totalmente desacuerdo
- 7) ¿Considera que se vulnera el principio de proporcionalidad debido a la insuficiente motivación de los criterios aplicados por los jueces?
1. Totalmente de acuerdo
 2. De acuerdo
 3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 4. En desacuerdo
 5. Totalmente desacuerdo
- 8) ¿Considera que el medio probatorio más usado y de mayor relevancia es la pericia psicológica?
1. Totalmente de acuerdo
 2. De acuerdo
 3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 4. En desacuerdo
 5. Totalmente desacuerdo
- 9) ¿De los casos que ha visto en su experiencia se puede decir que se ha acreditado debidamente por las partes el daño moral causado?
- 5
1. Totalmente de acuerdo
 2. De acuerdo
 3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 4. En desacuerdo

5. Totalmente desacuerdo

10) El uso de ley (artículos del Código Civil) es frecuentemente usado para determinar los montos en la indemnización por daño moral. Cree Ud. que también deberían fundamentarse en la jurisprudencia?

1. Totalmente de acuerdo

2. De acuerdo

3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo

4. En desacuerdo

5. Totalmente desacuerdo

ANEXO 3

FICHA DE ANÁLISIS DE LOS EXPEDIENTES

N° DE EXPEDIENTE:

JUZGADO:

CAUSAL DE DIVORCIO:

DATOS DEL DEMANDANTE			
SEXO		HIJOS (SI) (NO)	
F	M	menores de edad	mayores de edad

PRETENSIONES ACCESORIAS DE LA DEMANDA				
Alimentos	Tenencia y custodia	Liquidación y/o perdida de gananciales	Indemnización por daño moral	Otros

MEDIOS PROBATORIOS UTILIZADOS PARA ACREDITAR EL DAÑO MORAL				
Certificado médico	Exámen psicológico	Resoluciones judiciales y/o sentencias	Audios y/o videos	Otros

RECONVENCIÓN (SI) (NO) SI SOLICITA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL (SI) (NO)

ACREDITAN DEBIDAMENTE EL DAÑO MORAL INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL (SI) (NO)

MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS				
menos de 1000 hasta 1500 soles ()	más de 1500 hasta 2500 soles ()	más de 2500 hasta 5000 ()	más de 5000 hasta 10000 ()	más de 10000 ()

CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA DETERMINACIÓN DEL MONTO				
AFECTACIÓN PSICOLÓGICA	CONDICIÓN ECONÓMICA	TENENCIA Y CUSTODIA	DOLO O CULPA	OTROS

INSUFICIENTE MOTIVACIÓN SOBRE LOS CRITERIOS APLICADOS POR LOS JUECES (SI) (NO)

SE VULNERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (SI) (NO)

GRADO DE INFLUENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO			GRADO DE INFLUENCIA EN LA VULNERACIÓN DEL PRINPCPIO DE PROPORCIONALIDAD		
ALTO	MEDIO	BAJO	ALTO	MEDIO	BAJO

SE APELO SENTENCIA (SI) (NO)

RESULTADO DE LA APELACIÓN				
CONFIRMATORIA	REVOCATORIA	NULA	EN TRÁMITE	OTRO