

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**



**INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADA POR EL  
INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES, EN LOS  
PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL EN LOS JUZGADOS DE  
FAMILIA DE AREQUIPA, DURANTE EL AÑO 2014**

Tesis presentada por el Bachiller en  
Derecho:

**ROBERTO ERICK AGUIRRE LIPA**

Para optar el Título Profesional de:

**ABOGADO**

**AREQUIPA –PERÚ**

**2015**

### DEDICATORIA

A Dios, a mi madre por ser un ejemplo de perseverancia, por acompañarme en cada paso que doy; a mi padre, por brindarme siempre la fuerza y el coraje que se necesita para seguir adelante; a mi hermano, que nunca dejo de creer en mis capacidades; a mi gran amigo y compañero Rodolfo Barrios quien fue un gran apoyo profesional y emocional durante el tiempo en el que desarrollé esta tesis; y a todos aquellos que brindaron su apoyo incondicional.

## ÍNDICE

Dedicatoria	02
Índice	03
Resumen	07
Abstract	08
Introducción	09
<b>CAPÍTULO I</b>	11
<b>LOS DEBERES CONYUGALES</b>	11
<b>1. La familia</b>	11
1.1. Concepto de la familia	11
1.2. Características de la familia	14
1.3. Funciones de la familia	15
1.4. Naturaleza jurídica de la familia	16
1.5. Clases de familias	18
1.6. Regulación jurídica de la familia	21
a) A nivel constitucional	21
b) A nivel legal	22
1.7. Principios constitucionales relativos a la familia	23
<b>2. El Matrimonio</b>	26
2.1. Concepto de matrimonio	26
2.2. Características del matrimonio	28
2.3. Naturaleza jurídica del matrimonio	29
2.4. Finalidad del matrimonio	32
2.5. Los efectos jurídicos del matrimonio	34
<b>3. Los deberes y derechos conyugales en el Matrimonio</b>	35
3.1. Deberes y derechos conyugales	35
a) Deber de fidelidad	37
b) Deber de asistencia	40
c) Deber de cohabitación	42
3.2. Otros derechos y obligaciones de los cónyuges en el hogar	44
3.3. Consecuencias de infringir los deberes conyugales	45
a) A nivel constitucional	45
b) A nivel legal	46

<b>4. El divorcio</b>	<b>48</b>
4.1. Definición	48
4.2. El divorcio sanción y divorcio remedio	48
4.3. La separación de cuerpos y el divorcio	49
4.4. Causales del divorcio en el código civil	50
4.5. Consecuencias del divorcio	57
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO DE FAMILIA</b>	<b>62</b>
<b>1. Responsabilidad civil</b>	<b>62</b>
1.1. Concepto	62
1.2. Funciones de la responsabilidad civil	63
1.3. Tipos de responsabilidad civil	66
1.4. Elementos de la responsabilidad civil	69
1.5. Requisitos del daño reparable	76
<b>2. El daño a la persona</b>	<b>77</b>
2.1. Definición del daño a la persona	77
2.2. Regulación del daño a la persona en el Código Civil	78
2.3. Naturaleza jurídica del daño a la persona	80
2.4. Clasificación del daño a la persona	83
a) El daño psicosomático	83
b) El daño a la libertad o proyecto de vida	86
2.5. Daño a la persona y el daño moral	87
2.6. Daño a la persona y la pérdida de chance	91
2.7. Reparación del daño a la persona	94
2.8. Valorización y liquidación del daño a la persona	95
<b>3. Responsabilidad civil en derecho de familia</b>	<b>98</b>
3.1. Generalidades	98
3.2. Responsabilidad civil en derecho familiar peruano	100
3.3. Elementos de la responsabilidad por incumplimiento de Deberes conyugales	102

<b>CAPÍTULO III</b>	111
<b>INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADA POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES.</b>	111
3.1. El divorcio por causal implica incumplimiento de los deberes conyugales	111
3.2. El daño a la persona causado por incumplimiento de los deberes conyugales en Arequipa y el Perú	118
3.2.1. Situaciones que demuestran la presencia de incumplimiento de deberes conyugales en Arequipa	121
3.2.2. Los procesos de divorcio por causal en los juzgados de familia de Arequipa	126
3.3. Nuestra legislación sobre la indemnización del daño a la persona causado por el incumplimiento de los deberes conyugales	136
3.3.1. Antecedentes regulativos de la indemnización de daños causados por incumplimiento de obligaciones conyugales	136
3.3.2. Regulación actual sobre el otorgamiento de la Indemnización de daños causados por incumplimiento de obligaciones conyugales	140
3.3.3. Regulación en la legislación comparada sobre el otorgamiento de la indemnización de daños causados por incumplimiento de obligaciones conyugales	144
3.4. La naturaleza jurídica del daño a la persona ocasionado entre Cónyuges por incumplimiento de las obligaciones conyugales	151
3.5. La procedencia de la indemnización del daño a la persona ocasionada entre los cónyuges por incumplimiento de las obligaciones conyugales	154
3.5.1. Conforme a nuestra legislación	154
3.5.2. De acuerdo a la constitución	156
3.5.3. De acuerdo a nuestra normatividad legal	158
3.5.4. Nuestra jurisprudencia sobre la procedencia de la indemnización de daño a la persona por incumplimiento de deberes conyugales	163
a) Casación N° 1782-2005-Lima, del 25 de abril del 2006.	163

b) Casación N° 3090-2006-Lima, del 02 de mayo del 2007.	165
c) Casación N° 2802-2007-Lima, del 11 de marzo del 2008.	167
d) Casación N° 4664-2010-Puno. Tercer Pleno Casatorio	170
e) Casación 2602-2010-Arequipa, del 01 de julio del 2011	172
f) Casación N° 3679-2011-Lima Norte, del 15 de enero del 2013	176
g) Casación N° 1529-2011-Arequipa, del 15 de marzo del 2012	178
h) Casación N° 5026-2011-Huaura, del 14 de noviembre del 2012	181
i) Casación N° 405-2013-Cusco, del 03 de octubre del 2013	185
j) Casación N° 5079-2007. Lima, del 15 de abril del 2008.	189
k) Expediente N° 00901-2013. Divorcio Por Causal	191
l) Expediente N° 00241-2013. Divorcio Por Causal	193
m) Expediente N° 0238-2010. Divorcio por causal imposibilidad de hacer vida en común	194
3.6. Tratamiento que se debe dar a la indemnización de daño a la persona causados entre los cónyuges por incumplimiento de las obligaciones conyugales	196
<b>CONCLUSIONES</b>	199
<b>RECOMENDACIONES</b>	200
<b>PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY</b>	201
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	216
<b>ANEXOS</b>	225
<b>ANEXO 01.- Sentencias Judiciales</b>	226
Expediente N° 00901-2013. Divorcio Por Causal	226
Expediente N° 00241-2013. Divorcio Por Causal	232
Expediente N° 0238-2010. Divorcio por causal	243
Sentencia de Vista, en el Expediente N° 0238-2010	254
<b>ANEXO 02.- Entrevista a Jueces</b>	227
<b>ANEXO 03.- Proyecto de Tesis</b>	228

## RESUMEN

La familia constituye la célula básica de la sociedad, porque sobre la base de la familia se constituyen los pueblos y la sociedad en general, y el matrimonio constituye la fuente más importante de la familia. Por ello, nuestra Constitución Política protege a la familia y promueve el matrimonio, siendo la finalidad del matrimonio básicamente preservar la familia.

Por las características señaladas, existe la necesidad de proteger su permanencia y estabilidad. Por lo que, nuestro Código Civil mediante su artículo 288° señala que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, y mediante su artículo 289° agrega que ambos cónyuges tienen el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal, deber de cohabitación.

En nuestros tiempos, dichos deberes no se vienen cumpliendo a cabalidad, pues, asistimos a una época donde el matrimonio se toma con mucha liviandad, donde los cónyuges incumplen fácilmente los deberes conyugales legalmente reconocidos, provocando con ello el decaimiento del matrimonio, con lo que se causan graves daños en la persona del cónyuge agraviado. Sin embargo, la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de las obligaciones conyugales en los procesos de divorcio por causal no está expresamente regulado en nuestro Código Civil, excepto en el divorcio por causal de separación de hecho, por lo que en los divorcios por causal estos daños no son reparados.

En la presente investigación, se ha determinado que la naturaleza jurídica del daño a la persona ocasionado entre los cónyuges por incumplimiento de las obligaciones conyugales es de una responsabilidad civil de carácter extrapatrimonial, toda vez que afecta a la persona misma en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial, por lo en los procesos de divorcio por causal, éstos deben ser indemnizados, y ésta puede ser otorgado conforme a las mismas reglas comunes de la responsabilidad civil regulada por nuestro Código Civil.

## ABSTRACT

The family is the basic unit of society, because on the basis of family peoples and society in general are, and marriage is the most important source of the family. Therefore, our Constitution protects the family and promotes marriage, the purpose of marriage basically preserve the family.

For the above features, there is the need to protect its permanence and stability. So, our Civil Code by Article 288 ° indicates that the spouses reciprocally loyalty and support must, and through its 289th article adds that both spouses have the duty to make common life in the marital home, the duty of cohabitation.

In our times, these duties are not fully complying therefore witnessing an era where the marriage is taken very lightly, which easily violate spouses legally recognized conjugal duties, thus causing the decline of marriage, so that They are causing serious damage to the person aggrieved spouse. However, compensation for damage to the person caused by the failure of conjugal obligations in the process of divorce on grounds not expressly regulated by the Civil Code, except for divorce on grounds of de facto separation, so in causal divorces for these damages are not repaired.

In the present investigation, it was determined that the legal nature of the damage caused person between spouses for breach of marital obligations is a liability of extra character, since it affects the person himself in everything it does patrimonial economic connotation, so in the process of divorce for cause, they should be compensated, and this may be granted under the same common liability rules regulated by the Civil Code.

## INTRODUCCIÓN

La familia constituye la célula básica de la sociedad. Ello es así porque en base a la familia se constituyen los pueblos y la sociedad en general. Así lo reconocen nuestro ordenamiento jurídico y las normas internacionales.

En ese ámbito, el matrimonio, entendido como la unión espiritual y corporal permanente de un hombre y una mujer, con fines específicos de procreación y convivencia en plena comunidad, constituye la fuente más importante de origen de la familia. Es por ello, para asegurar esa finalidad, nuestro Código Civil mediante su artículo 288° señala que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, mediante el artículo 289° agrega que ambos cónyuges tienen el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal.

Estos deberes son esenciales para el matrimonio, por lo que al contraer matrimonio, los cónyuges asumen deberes específicos de carácter personal y patrimonial por mandato de la Ley. De los deberes patrimoniales nuestra legislación se ha ocupado ampliamente, imponiendo sanciones específicas en caso de incumplimiento; mientras, respecto de los extrapatrimoniales, nuestra legislación casi no se ha ocupado.

Debido a la situación referida, en nuestro país, abundan matrimonios donde los cónyuges incumplen con facilidad los deberes conyugales, dado que estos deberes, conforme a nuestra legislación, constituyen solamente simples deberes éticos, cuya inobservancia no acarrea más que sanciones morales y sociales, no son resarcibles. Sin embargo, debemos tener en cuenta que con el incumplimiento de estos deberes se causan en la persona del cónyuge agraviado, graves daños, irreparables y de por vida, pues se afecta a su yo más interno e íntimo, aunque sean invisibles.

Por ello, creemos que los daños a la persona causados entre los cónyuges con el incumplimiento de los deberes conyugales deben acarrear consecuencias jurídicas que conlleven al resarcimiento del daño causado, cuyos supuestos de procedencia deben encontrarse contempladas expresamente en nuestra legislación. Sin embargo, la indemnización del

daño a la persona causada por el incumplimiento de las obligaciones conyugales en los procesos de divorcio por causal no está expresamente regulado en nuestro Código Civil, excepto en el divorcio por causal de separación de hecho, por lo que en los divorcios por causal estos daños no son reparados. Asimismo, en nuestro país existen sectores que defiende la procedencia de la indemnización señalada, y existe otro sector que considera inviable, lo que favorece que no exista una legislación uniforme que contemple esta situación.

Constatar esta realidad, respecto a la indemnización de los daños a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal, me ha hecho considerar que es necesario efectuar una investigación sobre el referido tema.

Es por ello que me he planteado la presente investigación titulada “Indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de deberes conyugales, en los procesos de divorcio por causal en los Juzgados de familia de Arequipa, durante el año 2014”, con la finalidad de efectuar un análisis respecto a la procedencia de la indemnización de los daños a la persona causada por el incumplimiento de deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal. Asimismo de la necesidad de su expresa regulación en el Código Civil. A este tiempo, los objetivos que me planteo considero haberlos alcanzado y probada la hipótesis planteada.

Con la finalidad de exponer el cumplimiento de nuestros objetivos y demostrado nuestra hipótesis planteada, presento el presente trabajo en tres Capítulos: En el primero, se expone a cerca de los Deberes Conyugales, en el segundo, a cerca de la Responsabilidad Civil en derecho de familia y en el Tercero, sobre la indemnización del daño a la persona causado por incumplimiento de los deberes conyugales. En la parte final se acompaña las conclusiones, recomendaciones, bibliografía consultada, los anexos.

Finalmente quisiera agradecer el apoyo de todas y cada una de las personas e instituciones que me brindaron su apoyo en la ejecución del presente trabajo de investigación, pues con su apoyo hoy en día sale a la realidad.

**Roberto Erick Aguirre Lipa**

## CAPÍTULO I

### LOS DEBERES CONYUGALES

#### 1. LA FAMILIA

##### 1.1. CONCEPTO DE LA FAMILIA

En nuestro país, ni la Constitución ni el Código Civil contienen una definición de familia. Por lo que su definición debe ser inferida a partir de las normas referidas a la familia, así como de las definiciones elaboradas por los estudios doctrinales y la estructuración desarrollada por la jurisprudencia.

El artículo 4° de nuestra Constitución señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. A partir de ella podemos señalar que la familia constituye una institución natural y fundamental a partir del cual se forma la sociedad, por lo que merecedora de la protección del Estado y de la comunidad.

El Código Civil en su libro segundo, se refiere al Derecho de Familia desde el artículo 233° hasta el artículo 659°. Sin embargo, en ninguna de ellas encontramos una definición de familia. El artículo 233° del mismo cuerpo legal solamente se limita a señalar 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. Por lo que, la definición de la familia tenemos que buscar en fuentes extralegales.

Alex Plácido<sup>1</sup> manifiesta que no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.

- a) Familia en sentido amplio (familia extendida). En el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común.
- b) Familia en sentido restringido (familia nuclear). En el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.

---

<sup>1</sup> PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando (2010). Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia (Primera Parte). Lima: Gaceta Jurídica. p. 15-16.

- c) Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia solo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta.

A su turno, Bossert y Zannoni<sup>2</sup>, nos dicen que la familia puede definirse desde dos perspectivas. Desde una perspectiva sociológica, “la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”. Mientras, desde una perspectiva jurídica, en un sentido más amplio, consideran que “la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”.

El Tribunal Constitucional<sup>3</sup> ha señalado que “la acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo”. Luego, el mismo Tribunal aclara que con dicha definición, tradicionalmente se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos, lo que a la fecha ha variado. Pues, siendo la familia un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, a cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, que han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias, por lo que a la fecha se hayan generado familias con

---

<sup>2</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea. pp.5-6.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-AA/TC. Fundamento Jurídico 6 y 7.

estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas<sup>4</sup>.

## 1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA

A partir del artículo 4° de nuestra Constitución Política fluye que el Estado y la comunidad reconocen a la familia como el instituto natural y fundamental de la sociedad. A partir de dicho reconocimiento podemos señalar que la familia reuniría tres características fundamentales:

- a) **Es una institución natural.-** La familia no ha sido creada por ninguna ley, en ningún país, en ninguna sociedad organizada (tribu o nación), no es patrimonio de nadie. Es anterior a la ley, la cual solo la regula, organiza, protege y la ampara. La familia surge de las leyes de la naturaleza.
- b) **Es una institución necesaria.-** La familia es una institución fundamental de la sociedad, pues constituye esa célula básica en la conformación y estructuración de la sociedad. Constituye la primera organización de protección y desarrollo de la humanidad.
- c) **Es una institución con fuerte incidencia económica.-** Al ser el fundamento de la sociedad, la familia también constituye la primera organización económica de la sociedad. Son las familias las que trabajan y producen la riqueza de los pueblos, son ellas las que comercian y consumen, de modo que de una u otra manera, directa o indirectamente, ellos son los que mueven la economía de los países. La familia no solo es la célula básica de la sociedad socialmente, sino también desde el punto de vista económico.

---

<sup>4</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-AA/TC. Fundamento Jurídico 6 y 7.

### 1.3. FUNCIONES DE LA FAMILIA

La familia como ente social, como célula fundamental de la sociedad, juega un papel muy importante dentro de ella, ejerce una influencia decisiva en la existencia humana, por lo que siguiendo a Peralta Andía<sup>5</sup> podemos señalar que la familia cumple las siguientes funciones:

- a) **Sexuales.-** Viene a ser la institucionalización de la unión y la canalización de la actividad sexual, de modo que se establezca entre varón y mujer una especie de monopolio sexual, sustentadas en la cohabitación y la fidelidad.
- b) **Reproductora.-** Porque es a través de la familia el hombre puede perpetuar su especie, permitiendo la continuidad de la vida humana. Como afirma Josserad<sup>6</sup>, la familia tiene como razón de ser la propagación de la especie humana y la permanencia de la raza.
- c) **Social.-** Es la familia la base de la organización social humana. En base a ella, es que se han formado las tribus, las hordas, las gens, los pueblos, las naciones y los Estados. La sociedad se forma a partir de la familia.
- d) **Económica.-** Es dentro del seno familiar, mediante su esfuerzo personal y colectivo, el hombre logra generar su patrimonio. Asimismo, además son las familias las que trabajan, las que producen y labran la riqueza de los pueblos.
- e) **Educativa.-** Es la familia la primera y la más importante escuela donde el hombre aprende a vivir en sociedad, es donde se transmite los valores, principios, los usos y costumbres que

---

<sup>5</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Cauta edición. Lima: Editorial Idemsa. pp. 49-50.

<sup>6</sup> JOSSERAND, Luis (1951). Derecho Civil. Regímenes matrimoniales. Tomo III. Ediciones jurídicas Europea-Americana. Buenos Aires.

constituyen la base de la convivencia humana. La familia no solo alimenta, sino también protege y educa.

#### 1.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

Respecto a la naturaleza jurídica de la familia hay posturas diversas, así tenemos:

- a) La familia como institución natural.- Nuestra Constitución Política en su artículo 4° reconoce a la familia y el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. A partir del cual podemos decir que la familia constituye una institución natural, de modo que admitimos como un fenómeno natural, como una manifestación de la propia naturaleza, anterior al Estado y a la ley, lo cual impone a la sociedad y el estado ciertos límites de los cuales no puede salirse sin desnaturalizarlo<sup>7</sup>.
- b) La Familia como institución social.- Para los que sostienen esta postura, la familia constituye el núcleo central de la sociedad. Como sostienen Bossert y Zannoni<sup>8</sup>, la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco, constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad.

Para los que defienden esta postura, la función del derecho consiste solamente en garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cause de las pautas socialmente institucionalizadas.

---

<sup>7</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Ob. Cit. p. 41.

<sup>8</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea. p. 9

- c) La Familia como institución jurídica.- Para los defensores de esta posición la familia es una persona jurídica o un organismo jurídico. Sin embargo, creemos que no tiene justificación sostener que la familia constituya una persona jurídica, pues no existe norma de la que puede derivarse, pues la familia como tal preexiste a cualquier norma jurídica.

Por otra parte, una organización familiar no podría equipararse a una organización jurídica, como el Estado, una Asociación u otro similar. Como manifiesta Ramos Pazos<sup>9</sup>, no puede desconocerse que la familia es algo más que un conjunto de relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, y por ello no puede ser regida por criterios de interés individual ni de autonomía de la voluntad.

- d) Como institución natural, jurídico-social.- Modernamente, se va logrando unanimidad en considerar a la familia como una institución natural y jurídico-social. Como sostiene Peralta Andía<sup>10</sup>, es natural porque se refiere a una organismo espontáneo anterior al Estado y la ley; es jurídico, porque se trata de relaciones familiares, por lo que el contenido de las relaciones jurídicas son los actos familiares como: el matrimonio, el divorcio, el cambio de régimen patrimonial, el reconocimiento de hijos, el deber de corrección de los mismos, la adopción, etc.; y es social, porque no puede dejar de reconocerse a la familia como institución social, esto es, como célula social básica e irreducible de la sociedad.

---

<sup>9</sup> RAMOS PAZOS, René (2005). Derecho de familia. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. pp. 15-16.

<sup>10</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Ob. Citada. p.43.

## 1.5. CLASES DE FAMILIAS

Existen varias formas de organización familiar y de parentesco. Como señala Varsi Rospigliosi<sup>11</sup> podemos hablar de entidades familiares explícitas e implícitas.

### a) Entidades familiares explícitas

Están conformados por todas aquellas entidades familiares, que han sido reguladas expresamente por el derecho de familia. Según Calderón Beltrán<sup>12</sup> dentro de ellas encontramos a:

1. **La familia nuclear.-** También conocida como familia en sentido restringido o familia estricta. Es la familia conformada por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad, debido a nuestra prevalencia tradicional religiosa y jurídica, es que la sociedad actual se ha fundado en este tipo de familia. Los hijos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.
2. **La familia extendida.-** También conocida como familia en sentido amplio, familia linaje estirpe. Su composición es mayor a una familia nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, hijos, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás. Por ejemplo, una familia de triple generación incluiría los padres, sus hijos casados o solteros, pueden también ser políticos y a los nietos.
3. **La familia compuesta.-** No viene a ser otra cosa, que la familia nuclear o extendida unida a una o más personas, que no tiene parentesco con el jefe de familia, simplemente sería

---

<sup>11</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 61 y ss.

<sup>12</sup> CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores. p. 24 y ss.

el grupo social que convive en una casa bajo la autoridad del tradicionalmente llamado páter de familia. Autores como Alex Placido o Héctor Cornejo, señalan que el derecho no ha tomado en cuenta a este tipo de familia, sin embargo existe una mención a la misma en el Texto Único Ordenado de la Ley 26260 (Decreto Supremo 006-97-JUS), Ley de protección frente a la violencia familiar, que en el inciso “h” de su artículo 2°, reconoce que se produce violencia familiar, por actos lesivos producidos entre quienes habiten en el mismo hogar, siempre que no medien entre ellos, relaciones contractuales o laborales.

**4. Uniones de hecho.-** Son considerada como la unión monogámica heterosexual, sostenida por quienes no ostentan impedimento alguno para casarse, unión sostenida con vocación de habitualidad y permanencia, en forma similar a la unión matrimonial. Actualmente las uniones de hecho son reconocidas por el texto constitucional como fuente generadora de familia, este tipo de familia fue evolucionando desde ser considerada como una unión ilegítima, pasando por ser considerada como fuente productora de efectos patrimoniales y no así de familia, como estaba estipulado en el artículo 9 de la Constitución Política de 1979, hasta la actualidad, donde es considerada como fuente plena de familia, produciendo tanto efectos patrimoniales, como personales, tal y como lo establecen el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, el artículo 326 del Código Civil de 1984 y la novísima ley 30007, que modificó diversos artículos del Código Civil, otorgando derecho de sucesiones a los concubinos bajo los mismos cánones de los consortes maritales, además el Tribunal Constitucional ha reconocido a los concubinos pensión de viudez y hoy los convivientes

pueden registrar la unión de hecho en el novísimo registro de uniones de hecho, tal y como norma la Ley 26662.

**b) Entidades familiares implícitas o tácitas**

Como señala Varsi Rospigliosi<sup>13</sup> constituyen aquellos tipos de familia no considerados expresamente por la norma, pero que en mérito del reconocimiento de la dignidad de la persona la ley no puede desconocerlos. Estos tipos especiales de familias han ido conformándose de acuerdo a los criterios propios a cada realidad social.

Según Calderón Beltrán<sup>14</sup> dentro de ellas encontramos a:

- 1. La familia monoparental.-** Que es aquella conformada solo por uno de los padres y sus hijos, el típico caso de las madres solteras, las viudas, las separadas o simplemente las madres casadas abandonadas por un marido, que conviven en forma solitaria con sus descendientes. Las familias monoparentales siempre han estado presentes en la sociedad, a pesar de ello, siempre han sido excluidas de manera explícita por el derecho nacional.
- 2. La familia homo afectiva.-** En estos tiempos objeto de un intenso y confrontado debate jurídico. Son familias donde no se respeta la diversidad de sexos, es aquella unión de vida conformada por personas del mismo sexo, por parejas homosexuales. Actualmente en nuestra sociedad, aunque en la realidad existen, aún no son objeto de regulación.
- 3. La familia ensamblada.-** Es la estructura familiar autónoma originada por la unión en matrimonio o en convivencia de una pareja de viudos, divorciados, o de padres solteros, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa y que conviven bajo caracteres de

---

<sup>13</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Ob. Cit. p. 62.

<sup>14</sup> CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2014). Ob. Cit. p. 27 y ss.

estabilidad, publicidad y reconocimiento. En este tipo de familia de hecho para el hijo que proviene de otra relación tiene como padre o madre afectivo al actual pareja de su madre o padre, y éste último termina ejerciendo de hecho la tenencia y la patria potestad, aunque la ley no le reconozca

## 1.6. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN

### a) A nivel constitucional

A nivel de nuestro ordenamiento jurídico, la primera mención la encontramos en el artículo 4° de nuestra Constitución Política. El mismo que señala:

***Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio.***

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

*La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.*

A su vez, el artículo 5° de la misma Carta Magna no dice:

***Artículo 5.- Concubinato***

*La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.*

Es de verse, a partir de nuestra Constitución, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la familia matrimonial, así como extramatrimonial. El artículo 4° de la Constitución contiene el principio de promoción del matrimonio, lo que significa que la Constitución protege no sólo a la familia de base matrimonial, sino que se protege a la familia como tal, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial, diferenciándose de su antecesora, la Constitución de 1979, que sentaba el principio de protección al matrimonio. De modo que, para nuestra Constitución vigente, la familia es una sola, sin considerar la base de su constitución legal o de hecho.

#### **b) A nivel legal**

A nivel legal, nuestro Código Civil dedica el Libro III a la regulación jurídica de la familia. Sin embargo, la referencia precisa a la familia encontramos en el artículo 233°, que dice:

##### ***Artículo 233.- Regulación de la familia***

*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.*

Esta norma no define ni hace referencia a los elementos de la familia, sino únicamente hace referencia a la finalidad de la regulación que se hace de la familia, señalando que es para consolidar y fortalecer dicha institución en armonía con la regulación constitucional.

Al respecto, siguiendo la corriente contemporánea de introducir en las Constituciones nacionales normas referentes a la familia, en la Constitución Política del Perú se contemplan los principios que

inspiran el sistema jurídico familiar peruano y que son aludidos en el artículo 233° del Código Civil, cuando 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.

### 1.7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA FAMILIA

Sobre la base de la regulación efectuada por nuestra Constitución Política, podemos señalar como principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano, los siguientes:

- a) **El principio de Protección a la Familia.**- El artículo 4° de la Constitución Política del Perú precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. De ello se aprecia que mediante esta norma constitucional se protege a un solo tipo de familia, sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial. Esto ocurre, porque como manifiesta Alex Plácido<sup>15</sup>, “la familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho”.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú<sup>16</sup>, también establecen que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

---

<sup>15</sup> PLACIDO VILCACHUAGUA, Alex (2008). “Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 173. Lima: Gaceta Jurídica.

<sup>16</sup> En ese sentido se manifiesta el numeral 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el numeral 1 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; el numeral 1 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los numerales 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

- b) **Principio de Promoción del Matrimonio.-** Este principio importa, como manifiesta Alex Plácido<sup>17</sup>, “el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Para lo primero, la forma prescrita para casarse debe consistir en un procedimiento sencillo y no costoso que justamente facilite su celebración; para lo segundo, el régimen de invalidez del matrimonio debe gobernarse por el principio favor *matrimonii* a fin de propender a la conservación del vínculo y al reconocimiento de sus efectos si se contrajo de buena fe”.

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú<sup>18</sup>, también establecen que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por la leyes internas”; agregándose que “el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Por último, señalan que “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

- c) **Principio de Amparo de Uniones de Hecho.-** Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y

---

<sup>17</sup> PLACIDO VILCACHUAGUA, Alex (2005). “Protección del niño, madre y anciano y de la familia. Promoción de matrimonio”. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomos I. Lima: Gaceta Jurídica. p. 383.

<sup>18</sup>Los numerales 1 y 2 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los numerales 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas; los numerales 2, 3 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos –personales y patrimoniales– reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, se aprecia claramente cuando en el artículo 326 del Código Civil se señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”.

- d) **El principio de igualdad de categorías de filiación.**- Este principio significa que todos los hijos tiene iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú<sup>19</sup>, también establecen que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

- e) **El principio de protección y defensa de derechos específicos.**- Este principio parte de admitir la especial situación de indefensión en que se encuentra la persona en determinados momentos de la vida y de reconocer la necesidad de erradicar algunos patrones socioculturales de conducta que lesionan su interés. En tal virtud, se proclama proteger al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

Los tratados sobre derechos humanos ratificados y aprobados por el Perú establecen: sobre la protección del niño establecen que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la

---

<sup>19</sup> El numeral 5 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

sociedad y del Estado”<sup>20</sup>; sobre la protección del adolescente establecen “adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral”<sup>21</sup>; sobre la protección a la madre, promueven la “comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”<sup>22</sup>; finalmente sobre la protección a los ancianos, reconocen que “toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad”<sup>23</sup>.

## 2. EL MATRIMONIO

### 2.1. CONCEPTO DEL MATRIMONIO

Nuestra Constitución Política si bien no define al matrimonio, deja claro que la comunidad y del Estado promueve el matrimonio, reconociéndole, conjuntamente a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad. Asimismo agrega que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

---

<sup>20</sup> El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>21</sup> El inciso c) del numeral 3 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>22</sup> El inciso b) del artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas; el inciso a) del numeral 3 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”; el artículo 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

<sup>23</sup> El artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

El artículo 234° del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del mismo Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

A nivel doctrinal, según Albaladejo<sup>24</sup> “el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y fundar la familia. El matrimonio no es una creación del Derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por la Ley humana en cuanto a pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquella regula. Aparte de su importancia jurídica, el matrimonio tiene, y mayor, religiosa, social y política”.

Para Mallqui y Momethiano<sup>25</sup> el matrimonio es “la unión espiritual y corporal en forma permanente de un hombre y una mujer, asociados bajo un mismo fin: la procreación y perfección de la especie, mutuo auxilio y consecución de la más plena convivencia comunitaria, sancionada por la ley y disoluble sólo en los casos en ella especificados”.

Para Yolanda Gallegos<sup>26</sup>, el matrimonio “es el acuerdo libre de voluntades de un hombre y una mujer, sin el cual dicho acto no se configura. En razón del matrimonio, los cónyuges se obligan a constituir una comunidad doméstica, o sea, a vivir bajo un mismo

---

<sup>24</sup> ALBALADEJO, Manuel (1982). Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Barcelona: Librería Bosch. p. 31.

<sup>25</sup> MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy (2001). Derecho de Familia. Lima: Editorial San Marcos. p. 147.

<sup>26</sup> GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca (2014). Manual de Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores. p. 31.

techo, y se prometen recíprocamente guardarse fidelidad y respeto”.

En ese sentido, podemos decir que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida. Esta unión no solamente goza del reconocimiento social sino que además se encuentra reconocida tanto constitucional y legalmente en nuestro país.

## 2.2. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

De acuerdo a las definiciones vertidas y siguiendo a Belluscio<sup>27</sup> podemos decir que el matrimonio tiene cuatro notas características saltantes: unidad, monogamia, permanencia y legalidad.

- a) **Unidad.**- La unidad está dada por la comunidad de vida a que se hallan sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga. La unidad se expresa en la forma monogámica, en la dirección del hogar y en la subordinación de los múltiples fines a uno superior y unitario<sup>28</sup>.
- b) **Monogamia.**- La monogamia implica la unión de un solo hombre con una sola mujer. Excluye toda forma de poligamia. A decir de Bossert y Zannoni<sup>29</sup>, la existencia de un matrimonio subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial.
- c) **Permanencia.**- La unión conyugal tiene carácter permanente, en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad esté asegurada por la ley, la que sólo

---

<sup>27</sup> BELLUSCIO, Cesar Augusto (2004). Manual de Derecho Civil. Tomo I. Ediciones Astrea. Buenos Aires. p. 163.

<sup>28</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe (2003). “Responsabilidad Civil derivada del Divorcio” En: Revista Jurídica del Perú, Año LIII, N° 44, marzo, p. 57.

<sup>29</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Ediciones Astrea. p. 77.

en circunstancias excepcionales permite su disolución. Como señala Méndez Costa<sup>30</sup>, los contrayentes cuando se casan lo hacen con la intención de que la unión perdure toda la vida.

- d) **Legalidad.**- El matrimonio es un acto reconocido por la ley que establece sus fines, lo protege y tutela, regulando los deberes y derechos que nacen de éste. La ley es la que preestablece, fuera de la voluntad individual, un régimen jurídico inalterable para los contrayentes<sup>31</sup>, que constituye un estatuto legal forzoso que los cónyuges no pueden modificar<sup>32</sup>.

A estas características, algunos autores adicionan el de solemnidad, por cuanto el matrimonio es un acto formal solemne; está sujeto a ciertas formas que son condición de su existencia<sup>33</sup>. Es decir, debe cumplir una serie de requisitos para su existencia y validez, pues es el único modo de celebrar válidamente el matrimonio, así como para probarlo<sup>34</sup>.

### 2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

La naturaleza jurídica del matrimonio se ha tratado de explicar desde diversas perspectivas, entre ellas:

#### a) Tesis contractualista

En esta posición, como señala Peralta Andía<sup>35</sup>, encontramos a su vez algunas orientaciones como la canónica, la civil

---

<sup>30</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa (1982). Derecho de Familia. Tomo I. Buenos Aires. p. 86.

<sup>31</sup> VALVERDE, Emilio (1942). El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra. p. 58.

<sup>32</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa (1982). Ob. Cit. p. 86.

<sup>33</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa (1982). Ob. Cit. p. 86.

<sup>34</sup> LOPEZ DIAZ, Carlos (2005). Manual de derecho de familia. Tomo I. Chile. p. 139.

<sup>35</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Ob. Cit. p. 116.

tradicional y la que distingue el acto jurídico de la disciplina normativa del contrato.

La concepción contractualista canónica considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido. Destaca la función esencial de la libre y plena voluntad de los contrayentes (bautizados) que constituyen el vínculo.

La concepción contractualista civil tradicional postula que el matrimonio, sostiene que entre los contrayentes se celebra un convenio, mediante el cual entre varón y mujer se dan recíprocamente de sus propios cuerpos en orden a la generación de prole y se obligan a cohabitar, manteniendo un régimen de vida inseparables.

Durante este siglo se perfila otra concepción contractualista de distintos alcances, que distingue el contrato como acto jurídico de la disciplina normativa del contrato, que puede estar regida o no por la autonomía de la voluntad. Así se habla de un contrato de derecho familiar que no está librado a los dictados de la autonomía de la voluntad, ni que pueden rescindirse o resolverse, menos estar sujeto a modalidades, porque esta disciplina viene regulada por la ley que establece los deberes y derechos irrenunciables y recíprocos de los cónyuges. Se habla por eso del matrimonio como acto estatal o de un acto jurídico complejo.

#### **b) Tesis institucionalista**

Esta tesis entiende el matrimonio como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse quienes deseen casarse, sin posibilidad de negociar.

Ello es así, porque como señala Peralta Andía debe reconocerse que el acto jurídico matrimonial no es –en sentido estricto- un contrato, sino un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes (*afectio maritalis*), de acuerdo con las disposiciones legales. La estructura del acto de la celebración del matrimonio muestra un nexo concurrente del consentimiento, la ley y la actuación constitutiva del funcionario de los registros de estado civil. Se trata de una situación jurídica cuyas reglas están fijadas anticipadamente por el legislador independientemente de la voluntad de los contrayentes. Dichas normas son impuestas por el Estado, a las cuales, los contrayentes no tienen más que adherirse; pero una vez expresada esa adhesión, la autonomía de la voluntad resulta impotente para retractarse, porque los afectos del matrimonio se producen automáticamente.

Como señala Cornejo Chávez<sup>36</sup>, si bien se acepta que el matrimonio tiene un origen consensual, por el cual se precisa el otorgamiento de la voluntad de los contrayentes, una vez otorgado el consentimiento, la voluntad deviene impotente y sus efectos se producen automáticamente.

En ese sentido, como señala Borda<sup>37</sup>, "el matrimonio propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una institución".

### **c) Doctrina mixta**

Esta tesis sostiene, de acuerdo con esta teoría, que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. Peralta

---

<sup>36</sup> CORNEJO CHAVEZ, Hector (1988). Ob. Cit. p. 61.

<sup>37</sup> BORDA, Guillermo (1988). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Abelodo-Perrot. p. 40.

Andía señala que “el matrimonio no deja de ser al mismo tiempo un contrato y una institución, esto es, que une el elemento volitivo y el elemento institucional tornando el casamiento en un acto complejo o mixto. Si bien es verdad que la doctrina explica suficientemente la naturaleza institucional del matrimonio, no puede olvidarse su carácter contractual, con razón se afirma que el matrimonio como acto en un contrato y, como estado, una institución”.

Cornejo Chávez<sup>38</sup> nos dice que "mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución".

En nuestro país, “aun cuando el Código Civil no lo señale de manera expresa, queda meridianamente claro que esta última es la teoría que ha adoptado. En efecto, el carácter voluntario, consensual y bilateral del matrimonio en nuestro Código permite advertir la presencia de la corriente contractualista. La legalidad y la finalidad de hacer vida en común, por su parte, informan de la corriente institucionalista que nutre a esta institución”<sup>39</sup>.

#### **2.4. FINALIDAD DEL MATRIMONIO**

El artículo 234° del Código Civil establece claramente cuál es la finalidad de esta institución familiar, pues señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del mismo Código, a fin de hacer vida común.

Entonces la finalidad del matrimonio sería hacer vida común, una vida, ésta sería la finalidad preeminente del matrimonio, pues

---

<sup>38</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1988). Ob. Cit. p. 63.

<sup>39</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALES, Alfonso (2010). Ob. Cit. p. 27. Esa misma Posición comparte Rolando Peralta Andía. Ob. Cit. 118. Benjamín Aguilar Llanos. Ob. Cit. p. 36. Enrique Varsi Rospigliosi. Ob. Cit. p. 46.

nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la posibilidad de contraer matrimonio con otros fines, por lo que “cualquier propósito de la unión conyugal (procreación, economía, afección, cultura, aspectos sociales, etc.) queda necesariamente subsumido dentro de la finalidad de hacer vida en común”<sup>40</sup>.

Asimismo, a nivel doctrinal encontramos opiniones que comparten la posición de nuestro Código Civil. Así, Méndez Costa<sup>41</sup> señala que el matrimonio viene a ser la unión solemne de un hombre y una mujer tendiente a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho.

Similarmente Enneccerus<sup>42</sup> nos dice que el matrimonio es "la unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida".

Yolanda Gallegos<sup>43</sup> señala que la finalidad del matrimonio es “a) El reconocimiento legal de la unión sexual dirigida a la procreación de los hijos, de la que surgen importantes deberes de asistencia y formación de los hijos. b) Sentar la base de la organización familiar, de la cual el matrimonio es su principal fuente. C) La ayuda mutua entre los cónyuges propia de hacer vida en común”.

Está claro que la finalidad del matrimonio es hacer vida común entre marido y mujer, por lo que, como señalan Gutiérrez y Rebaza<sup>44</sup> “el objetivo de hacer vida en común se orienta al deber

---

<sup>40</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALES, Alfonso (2010). Ob. cit. p. 28.

<sup>41</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa (1982). Ob. Cit. p. 82.

<sup>42</sup> ENNECCERUS, Ludwig (1979). Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Volumen 1. Barcelona. p. 11.

<sup>43</sup> GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca (2014). Ob. Cit. p. 41.

<sup>44</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALES, Alfonso (2005). Ob. Cit. p. 19.

de cooperación y asistencia de los cónyuges, así como a la conformación de una familia. La finalidad del matrimonio no es solo gozar de la vida conyugal, sino formar una alianza para soportar mejor los contratiempos de la vida”.

Esta comunidad de vida, como señala Benjamín Aguilar<sup>45</sup>, implica compartir entre los cónyuges, tanto lo bueno y lo malo, el considerarse como identificados uno al otro sin intereses contrapuestos, la preocupación del uno por el otro, la asistencia recíproca, etc. Todo ello hace que estos cónyuges al compartir el lecho y la mesa se sientan como una sola persona, donde no existe lo tuyo ni lo mío, sino lo de los dos. Esta comunidad significa convivencia con la aceptación de las reglas que impone la institución del matrimonio y conduce a un fin: la fidelidad de los cónyuges.

## **2.5. LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO**

Como consecuencia de la celebración del matrimonio, se deriva un status que tiende a ser permanente, que se manifiesta en la constitución de la familia, que tiene todos los caracteres de una institución excepcional, por lo que es regulada y protegida de una manera muy especial, con normas que tienen naturaleza de orden público. Regulación que según lo establece el artículo 233<sup>o</sup> del Código Civil de 1984, tiene como finalidad de contribuir a la consolidación y fortalecimiento de la familia, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política.

Son múltiples las relaciones y efectos que se derivan del matrimonio, que se producen y se desarrollan en el universo familiar, una son de carácter personal, que tiene que ver con los cónyuges e hijos, y otras son de naturaleza patrimonial.

---

<sup>45</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). La Familia en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones Legales. p. 33.

Por la naturaleza de nuestra investigación, nos interesan más los efectos personales del matrimonio, los cuales son los que tienen que ver con la persona de los cónyuges y los hijos. Éstas pueden ser ordenadas teniendo en cuenta las obligaciones personales de los padres respecto a los hijos, obligaciones recíprocas entre los cónyuges, así como los derechos y las obligaciones del marido y de la mujer durante el matrimonio.

Para con los hijos, la obligación más importante y que contraen los padres, y que tiene una base natural, es la de atender las necesidades de subsistencia desde su nacimiento hasta su mayoría de edad, o hasta cuando los hijos puedan valerse por sí mismos. Por lo que dicha obligación no cesa, ni experimenta alteración alguna con la invalidez del matrimonio ni con su disolución.

Entre los cónyuges, conforme a la regulación de nuestro Código Civil, por mandato de su artículo 288° los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, y conforme a su artículo 289° señala que es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. Estos deberes-derechos constituyen la base para la constitución y mantenimiento de un buen matrimonio. Sobre estos deberes-derechos, dada su importancia para nuestra investigación, nos referiremos con mayor detalle en el siguiente punto de este mismo capítulo.

### **3. LOS DEBERES Y DERECHOS CONYUGALES EN EL MATRIMONIO**

#### **3.1. LOS DEBERES Y DERECHOS CONYUGALES**

El matrimonio significa sacrificio de intereses individuales en favor de la familia, puede ser respecto a la pareja, a los hijos u a algún otro miembro incluido en la familia. Muchos de estos sacrificios tienen que ver con el cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales que nacen por mandato de la ley con sólo contraer matrimonio.

Los derechos y obligaciones de los cónyuges constituyen la garantía de igualdad en el plano jurídico y cada uno asume responsabilidades dentro del matrimonio para que este funcione y sea la base de la sociedad.

En nuestro país, los artículos 288° y 289° del Código Civil regulan una serie de deberes que surgen para los cónyuges por el hecho mismo de contraer matrimonio y que, en definitiva, comprenden lo que se ha denominado efectos personales del matrimonio, por lo que sobre la base del principio de igualdad jurídica de los cónyuges, referido expresamente en el artículo 234° del Código Civil estos deberes imponen a los cónyuges un determinado comportamiento en su relación con el otro, que halla su último fundamento en el vínculo de vida y afectos que tiene su origen en la institución matrimonial. Su importancia es tan grande que los preceptos en los que se contienen deben ser leídos a los cónyuges en el acto por el cual se celebra el matrimonio y antes de proceder a la emisión del consentimiento matrimonial.

El fundamento de estos deberes se encuentra en la propia naturaleza y esencia de la institución matrimonial. La plena comunidad de vida y afectos que surge como consecuencia del vínculo matrimonial justifica la reciprocidad, la exigencia y la indisponibilidad de los deberes regulados. Su propia naturaleza es también consecuencia de que no puedan identificarse plenamente con el concepto de obligación, asumido en el derecho civil patrimonial y que, desde un punto de vista jurídico, deban ser considerados más propiamente como deberes que como verdaderas obligaciones. En este sentido es habitual poner de relieve su marcado contenido ético o moral, su escasa o nula coercibilidad, la imposibilidad de imponer de forma forzosa su ejecución específica y la dificultad de establecer una regulación adecuada de las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Conforma a la normatividad señalada, esto es conforme al artículo 288° del Código Civil los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, así como tienen el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal, tal como establece el artículo 289° del mismo cuerpo normativo. Estos constituyen deberes-derechos que se deben recíprocamente los cónyuges, se encuentran socialmente reconocidos y legalmente protegidos, y constituyen la finalidad implícita de todo matrimonio<sup>46</sup>. Sin embargo, estos deberes mayormente tienen una connotación moral, por lo que generalmente no se dispone de mecanismos específicos para poder exigir su cumplimiento, por ello muchas veces uno o ambos cónyuges incumplen con estos deberes, causando al otro cónyuge daños irreparables, o en otros casos causándose recíprocamente dichos daños.

Veamos cada uno de ellos:

#### **a) Deber de fidelidad**

El Código impone tanto al marido como a la mujer el deber de fidelidad.

Como señala Bossert y Zannoni<sup>47</sup>, la fidelidad, implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro. Este concepto es inseparable de la ética de la comunidad misma, aceptada en las relaciones personales de marido y mujer. Se vincula estrechamente a la institucionalización del matrimonio monogámico y su sustento,

---

<sup>46</sup> Cfr. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Ediciones Astrea. p. 76.

<sup>47</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Ob. Cit. p. 199.

en la pareja, descansa en la aceptación exclusiva y recíproca, de un esposo respecto del otro.

Según Benjamín Llanos<sup>48</sup> la fidelidad es el respeto hacia el consorte que implica no ofenderlo ni con palabras ni con hechos, respeto hacia la persona como compañero de esta vida en común, guardando su buen nombre; la cual no se refiere sólo a las relaciones íntimas que debe ser exclusiva y excluyente, sino también en el plano social y económico, demostrando identificación con el cónyuge, pues los intereses deben ser comunes en tanto que se trata de una comunión de vida.

Monge Talavera<sup>49</sup> señala que la fidelidad es un deber de lealtad, de observancia de la fe que uno debe al otro. La constancia en el afecto y los sentimientos. Lo que supone la obligación de no faltar, ofender, deshonar o humillar al cónyuge. En suma, el deber de no traicionarlo. De lo cual se deduce que el deber de fidelidad engloba la fidelidad física y la fidelidad moral.

En ese sentido podemos hablar de fidelidad física y moral<sup>50</sup>.

### **a.1. La Fidelidad física**

Siguiendo a Monge Talavera<sup>51</sup> podemos decir que por el deber de fidelidad física, cada cónyuge debe reservar a su consorte sus favores sexuales. Así como la ley consagra tácitamente el

---

<sup>48</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). Ob. cit. pp. 121-122.

<sup>49</sup> MONGE TALAVERA, Luz (2010). "Comentarios al artículo 288 del Código Civil: Deber de Asistencia y fidelidad". En: Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia. Parte 1. Lima: Gaceta Jurídica. p. 235.

<sup>50</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Ob. Citada. p.248.

<sup>51</sup> MONGE TALAVERA, Luz (2003).Ob. Cit. pp. 235-236.

derecho de cada uno de los esposos de esperar del otro trato íntimo, les impone correlativamente el deber de abstenerse de toda práctica sexual con terceras personas. La fidelidad física supone la exclusividad de las relaciones sexuales entre esposos.

Esta obligación subsiste mientras dure el matrimonio, aun cuando los esposos estén separados de hecho y en tanto el divorcio no haya sido pronunciado. Es decir, entretanto el vínculo matrimonial no esté disuelto.

La infidelidad física consiste en mantener relaciones íntimas con persona diferente al cónyuge. Es lo que se denomina adulterio. Tradicionalmente considerado como un delito, actualmente la percepción jurídica del adulterio ha cambiado. La violación del deber de fidelidad no concierne más a la sociedad, incumbe solamente al cónyuge engañado. En ese sentido, el adulterio no constituye más una infracción penal.

Contrariamente, desde el punto de vista civil, el adulterio es siempre un hecho ilícito. Sin embargo, aun allí no es más una causa perentoria sino únicamente facultativa de divorcio. Corresponderá al juez evaluar la gravedad de la infidelidad, su carácter intolerable para el mantenimiento de la vida común, para pronunciar alternativamente el divorcio o la separación de cuerpos, de conformidad con el artículo 333° y 349° del Código Civil.

### **a.2. La Fidelidad Moral**

La infidelidad moral es aquella que, sin llegar a las relaciones sexuales, se limita a intrigas amorosas o relaciones sentimentales, a la cual comúnmente se designa como "adulterio blanco". Es decir, sin llegar a la relación sexual del

cónyuge con un tercero, implican, o permiten presumir, una relación que excede de la meramente amistosa o propia del trato social<sup>52</sup>.

Corresponderá al juez evaluar si la infidelidad moral es de naturaleza a lesionar el honor o la dignidad del cónyuge traicionado, calificándola de injuria grave o de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, la cual podría motivar la pronunciación de la separación de cuerpos o el divorcio, en concordancia con el artículos 333°, 349° y 337° del Código Civil.

#### **b) Deber de asistencia**

El deber de asistencia impone a los esposos el deber de ayudarse mutuamente, es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida<sup>53</sup>. Una de estas ayudas mutuas, por ejemplo, tiene que ver con la obligación alimentaria entre ellos<sup>54</sup>.

Peralta Andía<sup>55</sup> señala que el deber de asistencia está referido a los auxilios y socorros mutuos que se prestan los cónyuges en todos los órdenes de la vida. La ayuda o cooperación entre los esposos, los cuidados personales y materiales que se deben en casos de enfermedad, desgracia o de invalidez tienen que ver con esta obligación, pero también el apoyo moral que nace de la íntima comprensión y del amor desinteresados.

---

<sup>52</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Ob. Citada. p.248.

<sup>53</sup> MONGE TALAVERA, Luz (2010). Ob. Cit. p. 237.

<sup>54</sup> El inciso 1) del artículo 474 del Código Civil, señala que los cónyuges se deben alimentos recíprocamente.

<sup>55</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Ob. Citada. p.250.

En ese sentido, el artículo 288° al disponer que los cónyuges se deben recíproca asistencia, reconoce una serie de presupuestos éticos que sustancialmente podrían sintetizarse en el concepto de “solidaridad conyugal”, puesto que la unión matrimonial no solo representa un medio para lograr la perpetuación de la especie humana, sino también una comunidad de vida material y espiritual entre marido y mujer.

La medida y las modalidades del deber de asistencia dependen de las costumbres y de las circunstancias, no es lo mismo mirar esto en un matrimonio de jóvenes que bordean 28 años y sin hijos, que en persona de 45 años, donde uno de los cónyuges padece de un mal e incluso tienen hijos menores de edad. Sin embargo, cualquiera fuera la situación, en general el deber de asistencia comprenderá, por un lado, la obligación mutua de cooperar en las labores domésticas, y por otro lado, abarca la obligación de prodigarse cuidados mutuos.

La obligación mutua de cooperar en las labores domésticas consiste en que los cónyuges tienen el deber de cooperar entre sí en la vida cotidiana, en los quehaceres de la casa, lo que no debe confundirse con el deber específico de colaboración inherente a los esposos de trabajar, juntos o en forma separada, por la prosperidad económica del hogar.

La obligación de prodigarse cuidados mutuos comprende la ayuda mutua que debe existir entre los esposos, por ejemplo en caso de enfermedad, pudiendo extenderse al necesario socorro económico en caso de gastos de hospitalización o de enfermedad<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> A este respecto véase MONGE TALAVERA, Luz (2010). Ob. Cit. p. 237.

### c) Deber de cohabitación

El artículo 289<sup>o</sup> consagra expresamente el deber de los cónyuges de cohabitar en el domicilio común, de vivir bajo un mismo techo, lecho o habitación<sup>57</sup>.

El deber de cohabitación supone, en primer lugar, la obligación de compartir una residencia común, un hogar común. Los esposos deben vivir juntos, en la misma casa, bajo el mismo techo; en segundo lugar, implica una comunidad física, alude públicamente a la comunidad de lecho, a las relaciones sexuales conyugales; y en tercer lugar, engloba un aspecto económico, se prolonga en principio en una unión patrimonial, la cual se expresa en la constitución de la sociedad de gananciales; y aun cuando los cónyuges hayan optado por el régimen de la separación de patrimonios, queda subsistente la obligación común de asumir juntos los gastos que conlleva la vida común<sup>58</sup>.

La cohabitación se peculiariza por ser recíproca, permanente e indisponible. La primera, desde que ambos cónyuges se deben por el hecho del matrimonio, luego, porque no puede cesar este deber mientras esté vigente el vínculo conyugal y, por último, porque todo acuerdo o convenio sobre el pacto que dispense a los cónyuges del deber de cohabitar sería nulo, salvo algunas excepciones. A este respecto, el artículo 289 del Código Civil establece que es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal; sin embargo, el Juez puede suspender este deber en los siguientes casos:

---

<sup>57</sup> VASRI ROSPIGLIOSI, Enrique (2012). Ob. Cit. p. 97.

<sup>58</sup> Cfr. MONGE TALAVERA, Luz (2010). Ob. Cit. p. 239.

- Cuando su cumplimiento pone en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los esposos, tal es el caso, de quien contrae alguna enfermedad contagiosa, una dolencia mental grave o por razones de conveniencia familiar, o
- Cuando su cumplimiento pone en peligro la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia como el caso del consorte que debe apartarse por periodos largos a lugares a los que no puede llevar al otro cónyuge<sup>59</sup>.

En ese sentido, de manera resumida podríamos decir que el derecho obliga a los esposos a vivir juntos, hacer la vida en común, lo que implica:

- La obligación de compartir una residencia común, un hogar común. Los esposos deben vivir juntos, en la misma casa, bajo el mismo techo. La unidad de domicilio significa para el efecto de la ley, el hecho natural de la vida común constante y no interrumpida en un mismo lugar. La residencia conyugal constituye el aspecto exterior y el soporte material del deber de cohabitación, del cual se desprende que, siendo el techo común, lo son también la mesa y el lecho.
- Una comunidad física, lo que engloba el "deber conyugal" propiamente dicho. En efecto, el deber de vivir juntos alude públicamente a la comunidad de lecho, a las relaciones sexuales conyugales, lo cual constituye uno de los deberes conyugales por excelencia, *debitum conyugale*. Si bien la unión de sexos no es una condición formal del matrimonio, es un efecto natural de éste.

---

<sup>59</sup> Véase PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. Cit. p. 251.

- Compartir el aspecto económico. Como se dice corrientemente, compartir juntos la vida significa compartir juntos el mismo pan. La unión personal de los esposos se prolonga en principio en una unión patrimonial, la cual se expresa en la constitución de la sociedad de gananciales; y aun cuando los cónyuges hayan optado por el régimen de la separación de patrimonios, queda subsistente la obligación común de asumir juntos los gastos que conlleva la vida común<sup>60</sup>.

### **3.2. OTROS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES EN EL HOGAR**

Además de los deberes conyugales expresamente señalado en el punto anterior, nuestro Código Civil entre sus artículos 290° al 294° consagra algunos otros derechos y obligaciones de los cónyuges como consecuencia del matrimonio, los que coadyuvan al cumplimiento de los deberes conyugales antes señalados.

El artículo 290° nos dice que ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo. Que a ambos compete fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.

El artículo 291° señala que si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo. Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella.

---

<sup>60</sup> Véase MONGE TALAVERA, Luz (2010). Ob. Cit. pp. 239-240.

El artículo 292° señala que la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial. Asimismo añade que para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges. Complementando, el artículo 294° señala que uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad, o representa unilateralmente a la sociedad conyugal, cuando el otro está impedido por interdicción u otra causa, si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto, o si es que el otro ha abandonado el hogar

### **3.3. CONSECUENCIAS DE INFRINGIR LOS DEBERES CONYUGALES**

#### **a) A nivel constitucional**

Como ya hemos referido, nuestra Constitución conforme a su artículo 4° reconoce el matrimonio y la familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Reconocerlos como institutos naturales equivale a colocarlos como precedentes en orden de prioridad y de existencia real a la ley; es decir, no son constituidos por ella, sino que existen desde antes de la ley; ésta sólo los reconoce. Su reconocimiento como institutos fundamentales equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos y que, por lo tanto, son materia de promoción, protección y conservación.

Por otra parte, el segundo párrafo del mismo artículo 4° de la Constitución remite para la comprensión de sus alcances al Código Civil, el cual regula la forma matrimonial y las causas de separación y disolución.

En ese sentido, a nivel constitucional no está regulada las formas matrimoniales, tampoco las causas de separación y disolución del mismo, por lo que las consecuencias del incumplimiento de los deberes matrimoniales debemos buscar a nivel legal, es decir en el Código Civil, pero siempre teniendo como máximas los principios constitucionales.

**b) A nivel legal**

Los artículos 288° y 289° del Código Civil regulan respecto a los deberes que surgen para los cónyuges por el hecho de contraer matrimonio, tales son el deber de fidelidad, de asistencia y cohabitación.

Sobre la base del principio de igualdad jurídica de los cónyuges, referido expresamente en el artículo 234° del Código Civil, estos deberes imponen a los cónyuges un determinado comportamiento en su relación con el otro, que halla su fundamento en la propia naturaleza y esencia de la institución matrimonial. La plena comunidad de vida y afectos que surge como consecuencia del vínculo matrimonial justifica la reciprocidad, la exigencia y la indisponibilidad de estos deberes.

El incumplimiento de los deberes conyugales (de fidelidad, asistencia y cohabitación), por el marcado contenido ético y moral de los mismos, así como debido a la escasa o nula coercibilidad que nuestra legislación ha previsto, dificultan la posibilidad de imponer de forma forzosa su ejecución específica y de establecer una regulación adecuada de las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Cuando un matrimonio se debilita a causa del incumplimiento de los deberes conyugales, las consecuencias más directas

son la separación de cuerpos (divorcio relativo) y el divorcio (divorcio absoluto). Nuestro Código, en su artículo 333° regula las causales de separación de cuerpos, los mimos que conforme al artículo 349° del mismo cuerpo legal, también constituyen causales del divorcio, con excepción de la causal 13) del artículo 333°, la misma que está referida a separación convencional, la que pueden solicitar los cónyuges de mutuo acuerdo después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Las causales de separación de cuerpos, así como de divorcio, son producto del incumplimiento de los deberes conyugales. Por ejemplo, el adulterio implica incumplir el deber de fidelidad; la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, implícitamente implica incumplir el deber de asistencia; el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este, es una forma de incumplir con el deber de cohabitación, etc.

En ese sentido, una de las primeras consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales es que esta constituya causal de separación de cuerpos o divorcio. Sin embargo, aparejado a ella hay otras consecuencias, como la desheredación entre cónyuges, cese de la obligación de alimentos entre los cónyuges, la obligación de indemnizar los daños causados a un cónyuge directamente relacionados con la conducta de su consorte al incumplir los deberes conyugales, entre otras.

## 4. EL DIVORCIO

### 4.1. DEFINICIÓN

De conformidad con el artículo 348° del Código Civil, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

Al respecto, Carmen Julia Cabello<sup>61</sup>, señala que mediante el divorcio “se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nupcias”.

Asimismo, Peralta Andía<sup>62</sup>, nos dice que el divorcio “consiste en la disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial, por causas establecidas en la ley y que pone fin a la vida común de los esposos. Ello implica la ruptura total y definitiva del lazo conyugal”.

Entonces, el divorcio es el fin del matrimonio y es ordenado por una autoridad pública, sea a pedido de ambos esposos, llamado divorcio de mutuo acuerdo, que puede tramitarse ante el Juez, inclusive ante el Notario o Municipio; o a pedido de uno de ellos, mostrando alguna razón valedera, llamado divorcio por causal, tramitable únicamente ante el Juez.

### 4.2. EL DIVORCIO SANCIÓN Y DIVORCIO REMEDIO

El divorcio puede verse como una sanción a la parte culpable o como un remedio para una situación que no es buena para la familia, ambos puntos de vista, existen en nuestra legislación.

#### a) DIVORCIO SANCIÓN

Es aquel que considera solo 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

---

<sup>61</sup> CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. “Divorcio ¿Remedio en el Perú?”. En: Derecho de Familia. Librería y Ediciones Jurídicas. Lima, 2003.; p. 115.

<sup>62</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código civil. Editorial Idemsa. Lima, 2003. P. 305.

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 alimenticios, de la patria potestad, entre otros.

#### **b) DIVORCIO REMEDIO**

Es aquel en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio.

### **4.3. LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y EL DIVORCIO**

Tanto la doctrina positiva como la doctrina universal admiten la existencia de dos clases de divorcio: el divorcio relativo, denominado separación de cuerpos en nuestro Código Civil y el divorcio vincular o divorcio absoluto.

#### **a) DIVORCIO RELATIVO O SEPARACIÓN DE CUERPOS**

El divorcio relativo, separación de cuerpos conforme a nuestra legislación, por la cual los cónyuges se separan del lecho y la habitación, poniendo término a la vida en común, cesando los deberes matrimoniales, especialmente el de cohabitación, pero subsistiendo el vínculo matrimonial, por lo que ambos cónyuges no pueden contraer nuevo matrimonio.

La separación se obtiene por causales específica y por acuerdo de los esposos. Con la última modificación del Código Civil, también es posible separarse por voluntad unilateral basada en

la separación de hecho o en la imposibilidad de hacer vida en común.

#### **b) DIVORCIO ABSOLUTO O VINCULAR**

Es la disolución total, definitiva y perpetua del vínculo matrimonial. Es declarado por la autoridad judicial competente, teniendo como principal efecto el poder contraer nuevas nupcias. Conforme a nuestro Código Civil se puede solicitar por las mismas causales previstas para la separación de cuerpos.

#### **4.4. CAUSALES DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL**

Nuestro Código Civil en su artículo 333° regula las causales de separación de cuerpos, los mismos que conforme al artículo 349° del mismo cuerpo legal<sup>63</sup>, también constituyen causales del divorcio.

Entre estas causales encontramos:

---

<sup>63</sup> El Artículo 333° del Código Civil Señala:

“Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”

1. **El adulterio.-** Se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos.
2. **La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.** Está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro. La jurisprudencia ha precisado que: “La violencia física supone crueldad en el trato y se manifiesta mediante maltratos que producen daño material visible. Ella conlleva la intención del cónyuge agresor, de hacer sufrir físicamente al otro”<sup>64</sup>. La consideración de esta causal es independiente del juzgamiento que procedería realizar en sede penal por las lesiones sufridas, sea por configurar un delito o una falta, por lo que el juez de familia puede resolver la demanda de divorcio por esta causal si llega al convencimiento de la prueba del hecho imputado, lo que evitará la existencia de sentencias contradictorias. La probanza de esta causal consistirá en el examen del estado físico del cónyuge afectado<sup>65</sup>.  
Mientras, la llamada violencia psicológica está referida a los daños psíquicos que se infligen a un cónyuge por la conducta del otro. 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. La probanza de esta causal consistirá en el examen del estado psicológico del cónyuge afectado

---

<sup>64</sup> Exp. N° 409-98. 20/04/1998. Sexta Sala Civil de Lima. Del 20 de abril de 1998.

<sup>65</sup> PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2008). Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la Jurisprudencia Civil. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 35-36

3. **El atentado contra la vida del cónyuge.** Se trata del intento de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, siendo aquel el autor principal, cómplice o instigador.
4. **La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.-** La “injuria grave consiste en toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común”<sup>66</sup>.
5. **El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.-** Esta causal está referida al incumplimiento del deber de cohabitación y para su configuración el demandante deberá actuar: a) la prueba de la existencia del domicilio conyugal constituido, y; b) la prueba del alejamiento unilateral del domicilio conyugal constituido por un periodo mayor a 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 paternofiliales para con los hijos. Por su parte, el demandado deberá acreditar las causas que justifican su alejamiento, como podrían ser los supuestos de cese de la cohabitación por razones ajenas a su voluntad –por ejemplo, tratamiento por una enfermedad, para cumplir un trabajo o un estudio temporal, que resulta justificado– o que el abandono se debe a conductas del otro cónyuge –por ejemplo, actos de violencia física o psicológica, impedirle el ingreso al domicilio conyugal o expulsarlo de este, etc. – Todo ello se sustenta en el criterio de quien ha hecho

---

<sup>66</sup> Ejecutoria Suprema del 7-08-1992, citada por CABELLO MATAMALA, Julia. El divorcio en la Jurisprudencia. p. 145.

abandono de la convivencia, este tendrá a su cargo probar las causas que lo justifican<sup>67</sup>.

6. **La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.-** Por conducta deshonrosa “debe entenderse el proceder incorrecto de una persona, que se encuentra en oposición al orden público, la moral y el respeto de la familia, condiciones en las cuales resulta insoportable la vida en común; pudiendo manifestarse en una gama de hechos y situaciones, como pueden ser la vagancia u ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intimidación amorosa con persona distinta del cónyuge, salidas injustificadas, entre otras, pues la ley no establece un *numerus clausus* al respecto sino un *numerus apertus*”<sup>68</sup>
7. **El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.-** 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 psicoactivas, como los estupefacientes , por ejemplo el opio y sus derivados conocidos como alcaloides narcóticos, la morfina, la heroína y la codeína, la cocaína y sus derivados, los psicotrópicos, entre otras. También está considerado el alcoholismo. Según la jurisprudencia “Se justifica esta causal debido al grave peligro que significa que uno de los cónyuges ingiera sustancias psicoactivas, en forma habitual, que pueda inducir al uso, tanto al cónyuge sano como al resto de la familia”<sup>69</sup>
8. **La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.-** Está referida a la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después

---

<sup>67</sup> PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2008). Ob. Cit. p. 40.

<sup>68</sup> Así lo ha definido la Corte Suprema, en la Cas. N° 2090-01-HUÁNUCO, del 13/12/2001

<sup>69</sup> Exp. N° 144-98. 08/04/1998. Sexta Sala Civil de Lima. Del 08 de abril de 1998

de la celebración del matrimonio. Las enfermedades de transmisión sexual (ETS) son aquellas que se adquieren por contacto sexual directo, independientemente de que existen casos pocos frecuentes en donde se pueden adquirir a través de otras vías (tales como una herida, instrumentos quirúrgicos, sangre, etc.) y que se diferencian de otras enfermedades infecciosas y parasitarias por la presencia del elemento sexual. Entre ellas se consideran, inicialmente, a la sífilis, la blenorragia o gonorrea, el chancro blando, el linfogranuloma venéreo, el granuloma inguinal; en la actualidad, también se consideran la tricomoniasis, la moniliasis, el herpes genital, la uretritis no gonocócica, el condiloma acuminado, la escabiasis o sarna genital, la tiña inguinal, la pediculosis pubis y recientemente se ha incluido el sida<sup>70</sup>.

**9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.-** 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). Sobre esta materia, no debe perderse de vista que la causal legal no se configura solamente con la probanza de la conducta homosexual en el campo sexual, como el practicar el coito anal, friccionar el pene entre los muslos de la pareja, la masturbación recíproca y el contacto orogenital. Ello es así por las diversas formas que puede adoptar esta variación de la sexualidad<sup>71</sup>.

**10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.**

---

<sup>70</sup> Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), que en el año 1975 estableció los casos de ETS.

<sup>71</sup> PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2008). Ob. Cit. p. 44.

Consiste en la imposición a uno de los cónyuges de una condena judicial a pena privativa de libertad mayor de dos años por un delito doloso, después de la celebración del casamiento. Debe aclararse que el cónyuge que conoció del delito antes de casarse no puede invocar esta causal que determina la destrucción del lazo nupcial.

Para que el delito doloso sea considerado como causa de divorcio requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Que uno de los cónyuges haya sido condenado a pena privativa de la libertad superior a dos años.
- Que la condena sea impuesta después de la celebración del matrimonio
- Que la sentencia condenatoria sea por delito doloso y no culposo.
- Que ese hecho afecte el honor del otro cónyuge y de la familia.

**11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.-** Esta causal consiste en diversas conductas que perjudican al otro esposo(a) las que deben ser continuas y durante un tiempo más o menos prolongado.

Como señala Torres Carrasco, “se trata de un grave estado de quiebra en las relaciones internas matrimoniales, de tal manera que para ambos resulta Imposible una convivencia estable y armoniosa, vale decir, que aquí es inviable la comunidad de vida, porque los cónyuges ya no mantienen una estable y equitativa relación familiar”<sup>72</sup>. Se sustenta pues “en la falta de

---

<sup>72</sup> TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y de Divorcio. Publicación Mensual de la Gaceta Jurídica. T. 92. Julio 2001. p. 78.

interés social en mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos”<sup>73</sup>

## **12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años.**

La separación de hecho, para Alex Plácido<sup>74</sup>, es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno de los esposos.

Para Manuel Alberto Torres Carrasco<sup>75</sup>, consiste en la constatación fehaciente que debe hacer el juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de convivencia y de la vida en común.

En ese sentido, se trata de una causal que ocasiona la disolución del lazo matrimonial por la interrupción del deber de hacer vida en común sin previa decisión judicial ni propósito de renormalizar la vida conyugal de los esposos, entendiéndose que para los efectos de la aplicación del inciso 12) del artículo 333, no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Sin duda se trata de una causal directa, no inculpatoria y perentoria que determina el

---

<sup>73</sup> PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2008). Ob. Cit. p. 45.

<sup>74</sup> PLACIDO, Alex F. La Reforma del Régimen del Decaimiento y Disolución del Matrimonio. En Actualidad Jurídica, publicación mensual de Gacela Jurídica. Tomo 93. Lima: Agosto, 2001. p.13.

<sup>75</sup> TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Ob. Cit. p. 78.

divorcio, introducida por Ley N° 27495. El divorcio basado en esta causal se le llama divorcio remedio<sup>76</sup>.

#### 4.5. CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO

Al producirse el divorcio, esta modifica por completo el estado civil de los cónyuges, y genera diversas consecuencias entre los cónyuges, así como respecto a los hijos:

##### a) CON RELACIÓN A LOS CONYUGES

- **Ruptura del vínculo matrimonial.-** El primer y fundamental efecto del divorcio es poner fin en forma definitiva al vínculo matrimonial. Esta disolución no modifica los efectos que el matrimonio haya producido en el pasado, pues el divorcio genera sus consecuencias desde que la sentencia es ejecutada.
- **Los cónyuges divorciados pueden contraer nuevas nupcias.-** Disuelto el vínculo matrimonial los cónyuges pueden contraer matrimonio nuevamente porque ya no existe impedimento alguno, sin embargo, se prescriben ciertas limitaciones, por ejemplo la mujer no puede casarse sino después de transcurrido cierto periodo de tiempo, conforme lo prescribe el artículo 243° del Código Civil, pudiendo el juez dispensar de tal prohibición, la misma que no rige en los casos de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.
- **La cónyuge debe dejar de usar el apellido de su ex cónyuge.-** Con el divorcio cesa el derecho que tiene la mujer de llevar el apellido del marido, pues con el divorcio se pone fin al matrimonio y a todas las obligaciones y derechos que nacerán de él; por lo que siendo un derecho

---

<sup>76</sup> Véase PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Ob. Cit. p. 371.

de la mujer el usar el apellido del marido, al producirse el divorcio cesa también el uso de dicha facultad.

- **Cese de la obligación alimenticia entre los cónyuges.-** conforme lo prescribe el artículo 350 del Código Civil por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los cónyuges. Sin embargo dicha disposición legal tiene sus excepciones al precisar que si el divorcio es declarado por culpa de uso de los cónyuges, el cónyuge inocente tiene derecho a percibir alimentos, los mismos que serán fijados por el juez sin que exceda de la tercera parte de la renta del obligado, para lo cual es indispensable que ocurra alguno de los siguientes casos:
  1. Que carezca de bienes propios o de gananciales suficientes.
  2. Que éste imposibilitado de trabajar.
  3. Que no pueda subvenir a sus necesidades por otro medio.

Aun en el caso de haber dado motivos para el divorcio el cónyuge indigente puede solicitar alimentos a su ex consorte. Esta excepción se justifica por el estado de necesidad, por lo que al desaparecer dicho estado, no tendría lugar la obligación.

Al respecto el Código Procesal Civil prescrito la obligación de acumular a la pretensión principal del divorcio, la de alimentos, agregando además que después de interpuesto la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre alimentos.

- **Fin de la sociedad de gananciales.-** Con el divorcio tenerse al régimen de la sociedad de gananciales, para los cónyuges que se hayan acogido a dicho régimen, el cual se

presume mientras no conste por escritura debidamente inscrita la adopción de otro régimen.

- **Pérdida de gananciales del cónyuge culpable.-** El artículo 352° del Código Civil prescribe que el cónyuge divorciado por culpa suyo perderá los gananciales provenientes de los bienes propios del cónyuge inocente. Este efecto es punitivo al sancionar al cónyuge culpable del divorcio, y de esta forma evitar un beneficio injusto con el producto de los bienes del cónyuge inocente.
- **Pérdida del derecho de heredar entre cónyuges.-** Los cónyuges divorciados no pueden heredar entre sí, medida que involucra al cónyuge culpable y al cónyuge inocente del divorcio, es decir es una medida radical porque desaparecen los hechos hereditarios entre los ex cónyuges.
- **La obligación de indemnizar los daños causados a un cónyuge directamente relacionados con la conducta de su consorte al incumplir los deberes conyugales.-** Entre estas el artículo 345-A para el caso de divorcio por la causal de separación de hecho, inciso 12) del artículo 333° del Código Civil, señala que “el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. 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”.  
Asimismo, respecto a la reparación de daños sufridos por el cónyuge inocente en la separación de cuerpos y divorcio por causal, el artículo 351° del Código Civil dispone que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen

gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”. Sin embargo, esta norma únicamente está referida al daño moral, no tomando en cuenta el daño a la persona que sufre uno de los cónyuges a causa del incumplimiento de los deberes conyugales, la misma que provocó la ruptura del matrimonio.

#### **b) CON RELACION A LOS HIJOS**

- **Suspensión del ejercicio de la patria potestad.-** con la disolución del vínculo matrimonial uno de los cónyuges queda suspendido del ejercicio de la patria potestad de los hijos, la misma que es confiada al cónyuge más apto; mientras que durante la vigencia del matrimonio ésta facultad la comparten ambos padres.

La jurisprudencia ha establecido que los hijos permanecen al lado de la madre, excepto si ella es la culpable, en especial cuando los hijos son de corta edad.

Cuando ambos cónyuges son culpables los hijos mayores de 7 años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de 7 años con la madre; salvo que el juez determine algo diferente.

El que se halle suspendido en el ejercicio de la patria potestad, no implica que el padre se encuentre impedido de mantener relaciones permanentes con sus hijos, vigilando de su cuidado y su educación, por lo que en la sentencia debe señalarse un régimen de visitas, a fin de que dicho padre no se vea privado del derecho natural de comunicarse con el hijo.

- **Obligación de acudir con alimentos a los hijos.-** Con el divorcio ambos cónyuges continúan con la obligación de acudir con los gastos de educación y mantenimiento de sus hijos, siendo obligación del juez cuidar los alimentos de los hijos menores, fijando en la sentencia la pensión alimentaria que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos.



## CAPÍTULO II

### RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

#### 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

##### 1.1. CONCEPTO

Etimológicamente la palabra responsabilidad se remonta, como dice Vidal Ramírez<sup>77</sup>, “a la raíz latina *spondere* que tenía como acepción prometer, comprometerse, ligarse como deudor. Por ello, etimológicamente, a la idea de responsabilidad está vinculada una relación preexistente”.

Para Díez-Picazo<sup>78</sup> la responsabilidad civil significa “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”.

Según Sack Ramos<sup>79</sup>, “la responsabilidad civil viene a ser la obligación, que recae sobre una persona, de reparar el daño causado a otro, sea mediante un bien de la misma naturaleza o por un equivalente monetario, habitualmente mediante el pago de la indemnización”.

---

<sup>77</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando (2006). Responsabilidad Civil. En: Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de Responsabilidad Civil. Dirigido por José Luis De los Mozos y Carlos Soto Coaguila. Lima: Editorial Jurídica GrijLey, EIRL. p. 201.

<sup>78</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio (1992). Sistema de derecho civil. Vol. II. Madrid: Tecnos. p. 591.

<sup>79</sup> SACK RAMOS, Sylvia Jacqueline (2014). Responsabilidad civil en el Nuevo Proceso Penal. Ejercicio de la pretensión civil y reparación integral del daño. Lima: Ideas Solución Editorial. p. 28.

Lizardo Taboada<sup>80</sup>, señala que la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de resarcir los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual; o bien se trate de daños que sean resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

Por lo que, podemos decir que la responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en la misma naturaleza del bien dañado o mediante un equivalente monetario, normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios.

Lo normal es que la persona que responde suele ser la causante del daño: Sin embargo, hay casos en las que se hace responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en que hablamos de la “responsabilidad por hechos ajenos”. Un ejemplo de ello se da cuando a los padres se les hace responder de los daños causados por sus hijos, también el caso del propietario del vehículo que responde por los daños causados por el conductor con motivo de la circulación.

## 1.2. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Siguiendo a Sack Ramos<sup>81</sup> podemos decir que la responsabilidad civil tiene las funciones de resarcitoria, preventiva y sancionadora.

---

<sup>80</sup>TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Elementos de la Responsabilidad civil. Editorial Lima: Jurídica GrijLey. p. 29.

<sup>81</sup> SACK RAMOS, Sylvia Jacqueline (2014). Ob. Cit. p. 33.

### a) FUNCIÓN RESARCITORIA

Se considera que la función resarcitoria es la función primordial de la responsabilidad civil. En virtud a esta función, la responsabilidad civil, permite que el sujeto perjudicado con el hecho dañoso sea reparado en la medida en que se le ha afectado. Reglero Campos<sup>82</sup>, con respecto a esta función afirma que la responsabilidad civil busca en lo posible dejar indemne a la persona a quien se le ha causado el daño injusto y proporcionarle los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación.

Esta función atribuida a la responsabilidad civil nos permite apreciarla reflejada en la reparación o resarcimiento de los daños causados a la agraviada, se entiende que el resarcimiento surge porque todo daño genera una obligación de reparar, el cual es estipulado como principio general de responsabilidad; por consiguiente; la finalidad de la función resarcitoria es poder remediar o subsanar el daño producido, y así poder brindar una prestación a favor del perjudicado.

El resarcimiento consiste en poner a la persona en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización; por tal razón, el objetivo de esta función resarcitoria es lograr el equilibrio jurídico quebrado por el hecho causante del daño, con ello el legislador busco plantear reglas normativas, a fin de poder establecer un orden social entre los individuos quienes atentan contra el ordenamiento jurídico ya establecido, por lo cual el Derecho será el ente encargado de poder regularlo, más aun

---

<sup>82</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (2008). "Conceptos generales y elementos de la delimitación". En: Tratado de Responsabilidad Civil. Coordinador: Luis Fernando Reglero campos. Pamplona: Editorial Thomson Arazandi. p. 64.

cuando los individuos están en constantes cambios y cada quien busca velar por sus propios intereses.

Es importante señalar que la responsabilidad civil no pretende enriquecer al afectado, ni perjudicar más allá de lo razonable al que causó el daño, sino imponerle una obligación de reparar el daño causado, pues nadie tiene el deber de soportar los daños producidos por otro y por ello debe ser compensado.

#### **b) FUNCIÓN PREVENTIVA**

Llamada también función disuasoria. Esta función de la responsabilidad civil pretende velar por las futuras lesiones a los bienes o intereses jurídicos, con ello, se entiende que la idea central es disuadir a las personas de causar daños, tomando las medidas preventivas del caso.

De conformidad con los defensores de esta función de la responsabilidad civil, tenemos dos formas de prevención: la general y la específica. A través de la prevención general el ciudadano trata de evitar que se le apliquen las consecuencias desfavorables de determinada norma, y por medio de la prevención especial se incluye en las acciones futuras del agente infractor<sup>83</sup>; es decir, por medio de la prevención general se busca evitar la ocurrencia de daños similares en el futuro de carácter general, disuadir la amenaza futura frente a una consecuencia legal que producirá un hecho dañoso; mientras tanto la segunda se refiere a la imposición de deberes especiales o particulares a determinados sujetos quienes desarrollan actividades riesgosas o peligrosas a fin de evitar la consumación de daños o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada.

Es evidente que esta función no es privativa de la responsabilidad civil, sino de todo el ordenamiento jurídico.

---

<sup>83</sup> DIEZ-PICAZO, Luis (1999). Derecho de Daños. Madrid: Editorial Cevitas. p. 120.

Debemos tener en claro, que no se trata de una función preventiva al estilo de la prevención penal, pues para que ello opere, en primer lugar se tiene que atribuir una función penal a la responsabilidad civil, lo cual, como veremos más adelante, no se puede sostener; únicamente se indica que al agente del daño no tiene carta abierta para causarlos, en virtud a que estará obligado a cargar con el peso del daño causado a la víctima una vez que se le atribuya responsabilidad civil<sup>84</sup>.

### **c) FUNCIÓN SANCIONADORA**

En virtud de esta función, se pretende reprimir o castigar al sujeto que causo el daño, con lo cual se entiende que cumplirá el mismo fin represivo que de la pena en el ámbito del derecho penal; sin embargo, junto con su pretendido fin represivo, también se le asigna un criterio proporcional, de retribución en función al daño irrogado a la víctima.

## **1.3. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Según Aguilar y Capcha<sup>85</sup> “la responsabilidad está referida al aspecto de indemnizar los daños ocasionados a la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional”.

De manera similar Lizardo Taboada<sup>86</sup> señala que “la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de

---

<sup>84</sup> GALVEZ VILLEGAS, Tomás (2005). *la reparación Civil en el proceso penal*. Lima: Idemsa. p. 69

<sup>85</sup> AGUILAR GRADOS, Guido y CAPCHA VERA Elmer (2010). *El ABC del Derecho Civil*, Lima: EGACAL. p. 429.

<sup>86</sup> Cfr. TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). *Ob. Cit.* p. 29

indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional”.

### **1.3.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**

La responsabilidad civil es contractual cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etc.). Es decir, supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato<sup>87</sup>.

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de inejecución de obligaciones<sup>88</sup>.

En ese sentido, la responsabilidad civil es contractual cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etc.). En decir, consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro con el incumplimiento de una relación contractual.

### **1.3.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

---

<sup>87</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Ob. Cit. 591.

<sup>88</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 29-30.

Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual<sup>89</sup>.

Es decir, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada "responsabilidad civil extracontractual"<sup>90</sup>.

En ese sentido, la responsabilidad extra contractual podemos definirla como aquella que existe cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por una cosa de su propiedad o de que se sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido.

Un caso de responsabilidad extracontractual es el que puede surgir por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a la misma, por ejemplo la conducción de un automóvil, el desarrollo de una actividad industrial, etc.

Otro supuesto es el de la responsabilidad por daños causados por bienes propios: cuando se desprende un

---

<sup>89</sup> AGUILAR GRADOS, Guido y CAPCHA VERA Elmer. Ob. Cit. 430.

<sup>90</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Ob. Cit. p. 29.

elemento de un edificio y causa lesiones a quien pasa por debajo; cuando alguien sufre un accidente por el mal estado del suelo, etc. También se es responsable por los daños y perjuicios que originen los animales de los que se sea propietario.

La responsabilidad puede tener su origen en actos de otra persona, por la que debemos responder: un padre es responsable de los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad, un empresario por los que causen sus empleados.

Resumiendo diríamos que la responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación jurídica obligatoria.

#### **1.4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Siguiendo a Lizardo Taboada<sup>91</sup> diremos que la responsabilidad civil tiene los siguientes elementos:

- 1) La antijuridicidad
- 2) El daño causado
- 3) La relación de causalidad, y
- 4) Factores de atribución.

Este es el criterio seguido por la doctrina mayoritaria, tanto nacional y extranjera.

---

<sup>91</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. pp. 32-37.

### a) LA ANTIJURIDICIDAD

Es todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Una conducta es antijurídica cuando viola el sistema jurídico en su totalidad. Resulta del incumplimiento total de una obligación, del incumplimiento parcial, del incumplimiento defectuoso o del incumplimiento tardío o moroso<sup>92</sup>.

### b) EL DAÑO

Nuestro Código Civil no nos brinda ninguna definición precisa del daño, más bien da por supuesto su significado en los distintos preceptos que hacen alusión a este presupuesto. Sin embargo, a nivel doctrinal encontramos definiciones que nos serán útiles en esta parte.

Una definición clásica del daño encontramos en Lafaille<sup>93</sup> cuando señala que “daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca asimismo el beneficio que no pudo hacerse efectivo”.

Enrique Barros<sup>94</sup> señala que el “daño es aquel efecto originado por una acción o inacción consistente en el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses”.

---

<sup>92</sup> CARMONA BRENIS, Marco (2011). “Responsabilidad extracontractual por daño causado al otro cónyuge por un tercero”. En: Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil. p. 181.

<sup>93</sup> LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico, 1926, Vol. I, Tomo VI, p. 195.

<sup>94</sup> BARROS, Enrique (2006). Tratado de la responsabilidad extracontractual. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Para Osterling y Castillo Freyre<sup>95</sup> el daño puede definirse como la lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o como todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial.

En ese sentido, daño viene a ser el elemento central de la responsabilidad civil, pues sin daño o perjuicio no hay reparación civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

La doctrina es unánime en clasificar al daño en patrimonial y extrapatrimonial.

**b.1. DAÑO PATRIMONIAL.-** Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparado<sup>96</sup>. Por ejemplo: la destrucción de una computadora.

Joel Díaz señala que los daños patrimoniales son aquellos cuyas consecuencias pueden ser resarcidas en dinero

A su vez se clasifica a su vez en:

i) **DAÑO EMERGENTE.-** Viene a ser la pérdida patrimonial como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos

---

<sup>95</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2003). Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte, Tomo X. p.373.

<sup>96</sup> ESPINOZA ESPINOZA (2006), Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica. p. 226.

como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Como señala Taboada, está referida a la pérdida patrimonial efectivamente sufrida<sup>97</sup>.

ii) **LUCRO CESANTE.**- Se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado. Mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo. Según Taboada, está referida a la ganancia dejada de percibir<sup>98</sup>.

**b.2. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL.**- Viene a ser el daño ocasionado a la persona en sí misma, por los daños que puede sufrir en su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales<sup>99</sup>. Es la que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial<sup>100</sup>. Conforme a la sistemática de nuestro Código el daño extrapatrimonial comprende al daño moral y a la persona<sup>101</sup>.

i) **DAÑO MORAL.**- Se entiende como una lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, afección o sufrimiento. Es el menoscabo del estado de

---

<sup>97</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 34-35.

<sup>98</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 35.

<sup>99</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. "Indemnización por Daño Moral". p. 6.

<sup>100</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1986). Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil. Lima: Librería Studium. P. 67.

<sup>101</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit. p. 227.

ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil<sup>102</sup>.

Se trata pues de un agravio producido por la violación de alguno de los derechos personalísimos<sup>103</sup>, por lo que en el daño moral el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas<sup>104</sup>.

En ese sentido, como sostiene Castillo Freyre, la definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma —física o psíquica<sup>105</sup>, así como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales<sup>106</sup>.

**ii) DAÑO A LA PERSONA.**- Viene a ser el daño que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual,

---

<sup>102</sup> LEON, Leysser L. “Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”. Publicado en Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 9. Disponible e: <http://dike.pucp.edu.pe>

<sup>103</sup>TRIGO REPRESAS, Félix Alberto (1981). Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello, La Plata: Librería Editora Platense, p.34.

<sup>104</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2003). Tratado de las Obligaciones. Tomo X. Cuarta Parte. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 382.

<sup>105</sup> Modernamente se entiende de manera diferenciada el daño moral del daño psicológico. Al respecto véase el trabajo de Silvia Sotomayor, quien señala que “el daño psicológico es concebido como aquel daños que afecta a la esfera de la integridad y la normalidad psíquica, siendo esta una dimensión reconocible y valiosa que debe ser objeto de protección jurídica” (SOTOMAYOR CACERES, Silvia Roxana. “Distinción entre daño psicológico y daño moral”. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 207. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 50-54).

<sup>106</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2003). Ob. Cit. 437.

psicológico, inmaterial<sup>107</sup>. Leysser León, nos dice que el daño a la persona viene a ser “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”<sup>108</sup>.

En ese sentido, los daños a la persona son aquellos que lesionan y causan deterioro al ser humano en sí mismo comprometiendo, en alguna medida, su entidad sicosomática. Es decir, un daño a la persona puede, en ciertos casos, generar consecuencias patrimoniales susceptibles de ser apreciadas en dinero mientras que en otros ellas no se presentan. O de otro lado, puede darse la hipótesis de que un daño al ser humano origine, simultáneamente, reflejos no patrimoniales y consecuencias patrimoniales. Así, un daño al sujeto a raíz de un accidente de tránsito genera, normalmente, consecuencias patrimoniales, como son las que derivan del daño emergente y del lucro cesante.

### **c) EL NEXO CAUSAL O RELACIÓN CAUSAL**

Podemos definirla como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, esta relación causal nos permite establecer hechos susceptibles de ser considerados determinantes del daño, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados, los cuales merecerán ser reparados.

---

<sup>107</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho de la Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro del Código Civil Peruano. Librería Studium Editores. Lima, 1986. P. 67.

<sup>108</sup> LEON, Leysser. Ob. Cit. p. 9.

La relación de causalidad, como señala Graciela Medina<sup>109</sup>, permite establecer el punto de contacto entre la conducta y el daño causado, así como mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son atribuibles a su conducta antijurídica.

En ese sentido, como señala Taboada, la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985° la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321° la teoría de la causa inmediata y directa.

#### **d) FACTORES DE ATRIBUCIÓN**

Viene a ser el fundamento del deber de indemnizar en un supuesto de responsabilidad civil<sup>110</sup>. El factor de atribución pretende distinguir quien será el agente que responderá por los daños causados y a qué título responderá por ellos<sup>111</sup>.

En el sistema de responsabilidad civil extra contractual, que es lo más nos interesa, conforme a nuestro Código Civil podemos hablar del sistema subjetivo y objetivo. Así, el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulado en el artículo 1969°, cuyo texto dice: "Aquel que por dolo o culpa causa

---

<sup>109</sup> MEDINA, Graciela (2005). El daño en derecho de familia. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. p. 75

<sup>110</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit. p. 125.

<sup>111</sup> TANTALEAN ODAR, Reynaldo Mario (2010). Los factores de atribución de responsabilidad civil. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 195. Lima: Gaceta Jurídica. p. 54.

un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor", mientras que el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970<sup>o</sup>, cuyo texto dice: "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo".

De modo que observamos que en materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras que en el campo extracontractual, de acuerdo al Código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo, mientras que en el lado extracontractual se habla únicamente de culpa y también de riesgo creado. Estos dos factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en los artículos 1969 y 1970 respectivamente. Aun cuando debe destacarse que al haber invertido la carga de la prueba en el artículo 1969, se ha llegado a objetivar el sistema subjetivo de la responsabilidad civil por culpa, en el ámbito extracontractual. No obstante lo cual, debe destacarse la bondad del Código Civil peruano al haberse consagrado en el artículo 1970 el sistema objetivo basado en la idea del riesgo, como factor de atribución distinto, pero coexistente con el factor subjetivo de la culpa<sup>112</sup>.

### **1.5. REQUISITOS DEL DAÑO REPARABLE**

Para que tenga lugar la obligación resarcitoria es necesario que estén presentes los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil.

---

<sup>112</sup> Véase TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Ob. Cit. p. 36 y ss.

Además de ello, como señala Vázquez Ferreyra<sup>113</sup>, el daño para que resulte indemnizable debe reunir ciertos requisitos. Entre ellas:

En primer lugar, la lesión debe recaer sobre un interés propio. Sólo puede reclamar indemnización aquel que ha sufrido el daño. El problema no radica en la titularidad del bien que resulta dañado, sino en el titular del interés afectado.

En segundo lugar, el daño a de ser cierto. La certeza se refiere a su existencia, y no a su actualidad o a la determinación de su monto. Así puede darse un daño futuro y cierto. La certidumbre del daño “constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta también a futuro una consecuencia necesaria”<sup>114</sup>.

Por último, el daño debe ser subsistente; subsistir al tiempo de resarcimiento. Esto significa que el perjuicio no haya sido reparado por el obligado a resarcir.

## **2. EL DAÑO A LA PERSONA**

### **2.1. DEFINICIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA**

Leysser León<sup>115</sup>, nos dice que el daño a la persona viene a ser “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”.

---

<sup>113</sup> VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. “El daño en la responsabilidad civil”. En: Revista Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica. p. 52.

<sup>114</sup> ZANNONI, Eduardo (2005). El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Editorial Astrea. P. 52.

<sup>115</sup> LEON, Leysser. Ob. Cit. p. 9.

Lizardo Taboada<sup>116</sup> señala que el daño a la persona es aquella que se produce “cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida”.

En ese sentido, concordando con Fernández Sessarego<sup>117</sup> podemos decir que “el daño a la persona es cualquier daño que lesione al ser humano ya sea en uno o varios aspectos de su unidad psicosomática o en su proyecto de vida o libertad fenoménica, sin exclusión”.

## 2.2. REGULACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL Y OTRAS NORMAS NACIONALES

Nuestra legislación no desarrolla el concepto del daño a la persona. El Código Civil sólo hace una enunciación nominativa en su artículo 1985°, así como en el artículo 345-A, en los siguientes términos:

### **Artículo 1985°.- Contenido de la indemnización**

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. [El subrayado es nuestro]

---

<sup>116</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Ob. Cit. 69.

<sup>117</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2003). “Deslinde conceptual entre Daño a la Persona, daño al Proyecto de Vida y Daño Moral”. EN: Revista Jurídico. Año 1, N° 2. p. 22.

En este artículo vemos que nuestro Código Civil hace referencia al daño a la persona diferenciándolo del daño moral, sin embargo como más adelante veremos el daño moral constituiría una manifestación del daño a la persona.

### **Artículo 345°-A.- Indemnización en caso de perjuicio**

(...)

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. [El subrayado es nuestro]

En este artículo también observamos la referencia que hace el Código al daño a la persona. Si bien es cierto que hace referencia como daño personal, la Corte Suprema en la sentencia del Tercer Pleno Casatorio ha señalado que el “daño personal” a que alude el artículo 345-A se identifica con el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985° del Código Civil<sup>118</sup>.

Una referencia al daño a la persona también encontramos en el artículo 103° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en los siguientes términos:

### **Artículo 103°.- Daños indemnizables**

---

<sup>118</sup> Casación N° 4664-2010-Puno, que viene a ser la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio. Fundamento Jurídico 66.

La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluido el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. [El subrayado es nuestro]

Estas son las normas que hacen expresa referencia al “daño a la persona”. Sin embargo, debemos tener en cuenta que todo ello se debe interpretar teniendo en cuenta los artículos 1° y 2° de nuestra Constitución Política, pues el primero de ellos señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; mientras la segunda, consagra los derechos fundamentales de la persona. Por lo que, la dignidad de la persona que constituye la base de los derechos fundamentales de la persona, es lo que debe guiarnos para abogar por la indemnización de los daños causados a una persona, provenga de donde provenga.

### 2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO A LA PERSONA

Conforme a nuestro Código Civil, el daño a la persona, a diferencia del daño moral, no se acepta literalmente en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, sino únicamente en el campo extracontractual, como es de verse del artículo 1985° del mismo cuerpo legal. El artículo 1322° del Código Civil, correspondiente al del sistema contractual solamente hace referencia al daño moral, más no al daño a la persona. Sin embargo, como señala Taboada<sup>119</sup>, pensamos que el daño a la persona también puede darse y es indemnizable en el campo de la responsabilidad civil contractual, pues no existe ninguna razón para limitar su aplicación únicamente al campo extracontractual.

---

<sup>119</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Ob. Cit. p. 68.

El significado del daño a la persona no es pacífica, para un sector de la doctrina el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo, la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye la frustración del proyecto de vida, por ejemplo, debido a la pérdida de uno o varios dedos para un pianista, de una pierna para una bailarina o jugador profesional de fútbol, un atleta profesional, etc. Sin embargo, para entender el significado de daño a la persona necesitamos entender que este daño se produce cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado<sup>120</sup>.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en la Casación N° 5678-2007-SANTA, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 03.12.2009, ha señalado que el daño a la persona está referido a la indemnización, que le corresponde a la persona como directamente afectada, en tanto constituye un resarcimiento de aquella lesión directa y cierta que le ha sido inferida.

En la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio la misma Corte Suprema ha señalado que “el concepto de daño a la persona (...) comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima. El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño

---

<sup>120</sup> Cfr. TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Ob. Cit. p. 69.

a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales cotidianas, practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)<sup>121</sup>.

En ese sentido, resulta evidente que el daño a la persona es una categoría de daño personal, daño extrapatrimonial, que comprende la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal, afectando y comprometiendo a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente.

Para ser resarcido el daño a la persona debe ser cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado. Asimismo, el daño a la persona comprende al daño moral, que está configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona.

---

<sup>121</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil. Sentencia Cit. Fundamento 67-68.

## 2.4. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA

Como manifiesta Joel Díaz<sup>122</sup>, el daño a la persona se puede clasificar en daño psicosomático y daño a la libertad.

### a) DAÑO PSICOSOMÁTICO

El daño psicosomático es el daño que puede incidir o sobre el cuerpo (por ejemplo un golpe) o sobre la psique (por ejemplo un trauma). Dependiendo de la incidencia del daño, se puede hablar de daño biológico o daño a la salud.

La Corte Suprema<sup>123</sup> ha señalado que no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud.

**a.1. DAÑO BIOLÓGICO.-** Según Fernández Sessarego<sup>124</sup>, el daño biológico es la lesión en cuanto tal, la lesión en sí misma. Es decir, un golpe, una herida, una fractura, un trauma, una mutilación, etc.

Nuestra Corte Suprema<sup>125</sup> ha señalado que “el daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima”.

---

<sup>122</sup> DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño el Proyecto de Vida. Lima: Jurista Editores. p. 50.

<sup>123</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 67.

<sup>124</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2000). “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”. En: Revista Diké. Portal de Información y Opinión Legal de la PUCP. p. 22. Disponible en Web: [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_4.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF)

<sup>125</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 67.

Por ello este tipo de daño afecta la normal eficiencia sicosomática del sujeto, lo que se hace patente a través de los actos ordinarios, cotidianos y comunes de la existencia personal. Por dicha característica particular, este daño debe ser apreciado por el médico legista.

En ese sentido, cuando se le agrede el aspecto biológico de una persona, como sería integridad física, se puede causar heridas, fracturas, etc., por lo que el soma resulta ser lo directamente afectado, en forma visible y elocuente. Ello origina un resarcimiento de todos los daños patrimoniales derivados del mismo. Nos referimos a los gastos en que se incurre para curar el cuerpo de la víctima. Es de rigor, de parte del agresor, el resarcimiento del daño emergente, como el pago o reembolso de las facturas por hospitalización, honorario del médico, medicinas, entre otros; así como el lucro cesante, lo que el hombre dejó de producir o percibir en los días de su curación, convalecencia.

**a.2. DAÑO A LA SALUD O AL BIENESTAR.-** Como manifiesta Fernández Sessarego<sup>126</sup>, el daño a la salud está referida a “las consecuencias o perjuicios causados al bienestar integral de la persona que pueden ser generados por una o más lesiones”.

La Corte Suprema<sup>127</sup> ha señalado que “el daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas

---

<sup>126</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2000). “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”. Ob. Cit. p. 22.

<sup>127</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 68.

denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales cotidianas, practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico).

En ese sentido, el daño a la salud, comprometería el entero “modo de ser” de la persona. Representa un déficit en lo que atañe al bienestar integral del sujeto, derivado de la acción del daño biológico. Su apreciación corresponde normalmente al Juez, sobre la base de los informes proporcionados por los médicos legistas sobre la entidad y alcances del daño biológico producido. De modo que, si el agravio es a la esfera síquica del sujeto, que integra una unidad con el soma, puede incidir, en particular, sobre alguno de los tres aspectos en que, teóricamente, se presenta la estructura síquica del ser humano: los sentimientos, la voluntad o el intelecto.

La pena, el sufrimiento, el dolor de afección, producto del daño, tendrán probablemente mayor intensidad y duración en personas ostensiblemente sensitivas. Este específico

daño, causado a la esfera sentimental del sujeto se conoce, tradicionalmente, con la expresión de “daño moral”.

Con lo manifestado, queda claro que el daño a la salud es el componente central, medular, del daño a la persona, por lo que, como la anota Ponzanelli, “representa el presupuesto indefectible para la reparación del daño a la persona”<sup>128</sup>

#### **b) EL DAÑO A LA LIBERTAD O PROYECTO DE VIDA**

La libertad es consustancial al ser humano, es la que hace que éste, consciente o no de ello, elija una “manera de vivir”. Esta responde a la vocación de cada persona, al llamado que proviene de lo profundo de su ser. Como señala Bernales Ballesteros<sup>129</sup> “es una condición de la vida humana individual privada y consiste en la atribución de decidir qué se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga”.

El daño a la libertad es aquel que conduce a la frustración, total o parcial, de una decisión que se concreta en un definido proyecto existencial. Se trata como está dicho de un daño que, teniendo como origen un daño a la salud impide a la persona cumplir, plena o parcialmente con su proyecto vital. De modo que, el daño al proyecto de vida viene a ser “aquel tipo de daño que afecta el destino que la persona otorga a su vida o, expresándolo en otras palabras, se modifica el camino trazado, el objetivo trazado por el ser humano afectado por el daño”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil peruano en 1984. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima. p. 202

<sup>129</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). Constitución Política de 1993. P. 164.

<sup>130</sup> DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño el Proyecto de Vida. Ob. Cit. 50.

Como señala Sessarego<sup>131</sup>, si bien somos libres para proyectar nuestra vida, la ejecución de nuestro proyecto existencial puede frustrarse por una acción dañina. Esta acción que daña nuestro proyecto de vida se caracteriza por ser un daño a futuro y cierto, de acción continua en el periodo existencial del hombre.

Cuando hablamos de la frustración del proyecto de vida, como señala Taboada<sup>132</sup>, no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida, con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos. Desde nuestro punto de vista, la fórmula integral que hemos planteado, nos parece la más razonable y lógica para entender la noción de daño a la persona, por cuanto la persona no es únicamente un cuerpo, sino también una mente, y en muchos casos supone un proyecto de vida evidenciado por hechos y conductas concretas.

## **2.5. DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL**

Previas a establecer la relación que existe entre daño a la persona y el daño moral, será necesario revisar la conceptualización del daño moral.

### **2.5.1. DAÑO MORAL**

Leysser León entiende como una “lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, afección o

---

<sup>131</sup> Crf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2000). Daño Psíquico. En: Normas Legales. Tomo 287. Abril del 2000.

<sup>132</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Ob. Cit. p. 69

sufrimiento. Es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil”<sup>133</sup>.

Brebbia<sup>134</sup> señala que “el daño moral es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. Siguiendo esta línea de pensamiento, sería inaceptable dejar desprotegidos estos derechos de una persona jurídica y se debe tomar en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser sujeto pasivo de daño moral”.

Para nuestra Corte Suprema<sup>135</sup>, el daño moral está “configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona”, como consecuencia del acto o acción dañante.

De modo que, el daño moral viene a ser la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho,

---

<sup>133</sup> LEON, Leysser L. “Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”. Publicado en Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 9. Disponible e: <http://dike.pucp.edu.pe>

<sup>134</sup> Citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 437

<sup>135</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 71.

cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella.

### **2.5.2. DAÑO MORAL Y EL DAÑO A LA PERSONA**

Como señalamos, el daño moral supone una lesión a la esfera sentimental del sujeto, está representado por los estados de ánimo, de sufrimiento síquico inducido a la víctima, con frecuencia transitoriamente, por la ofensa recibida y por sus consecuencias. Produce pena, dolor, sufrimiento, pero es transitorio. Cabe por tanto que este estado de ánimo se mitigue o desaparezca con el tiempo. La pérdida de un ser querido, por ejemplo, genera un explicable y acentuado sufrimiento.

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial<sup>136</sup>. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente.

El daño a la persona presenta características diferentes del daño moral. Se han establecido al menos dos capitales distinciones entre el concepto de daño a la persona y del daño moral: 1) El daño moral es un tipo de daño psicosomático que afecta a la esfera sentimental de un sujeto. El daño a la persona, en cambio es aquel que recae sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho. Dada su complejidad el daño puede afectar una o varias

---

<sup>136</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1985). "El daño a la persona en el Código Civil de 1984": En: Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco. P. 214.

manifestaciones de éste. Por tanto el daño moral termina siendo una especie del daño a la persona. 2) El daño moral produce un trastorno pasajero, sus efectos tienden a desaparecer con el tiempo. En el daño a la persona no sucede lo mismo, los efectos del daño no desaparecen, especialmente cuando se daña el proyecto existencial de una persona. Por ejemplo, la muerte del esposo causará un daño moral en la esposa, pero que su esposo se haya ido con otra mujer y producto de ello divorciarse, no solo le causará un daño moral, sino frustrará todo el proyecto de vida que tenía esta señora, ya sea en el plano económico, social, etc.

Asimismo, doctrina nacional autorizada señala que la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie<sup>137</sup>. Sin embargo, debemos advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona<sup>138</sup>, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322<sup>139</sup>, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984<sup>140</sup> y, aun diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985<sup>141</sup>. Sin

---

<sup>137</sup> Véase ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). Derecho de la Responsabilidad Civil. Segunda Edición Actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica. p. 181.

<sup>138</sup> Véase OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones, en: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.

<sup>139</sup> Artículo 1322 del Código Civil señala que “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

<sup>140</sup> Artículo 1984 del código Civil señala “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

<sup>141</sup> Artículo 1985 señala que “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la

embargo, nuestra Corte Suprema acertadamente ha señalado que es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral<sup>142</sup>.

## 2.6. DAÑO A LA PERSONA Y LA PERDIDA DE CHANCE

La pérdida de oportunidad, o pérdida de la chance como se le denomina en la doctrina comparada, intenta reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad – todavía no era una certidumbre- de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un beneficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su obtención<sup>143</sup>.

En nuestro país, tradicionalmente es común hablar de la indemnización de un daño emergente, de un lucro cesante o un posible daño moral, pero la idea de una indemnización por la pérdida de chance o de una oportunidad es todavía ajena. Sin embargo, al llevar a cabo un recorrido por diversos tratados doctrinarios y fallos judiciales franceses, italianos, estadounidenses, españoles, argentinos, entre otros, solo para mencionar algunos, es muy interesante ver como se trata y se discute la posibilidad de una indemnización, cuando una acción dañosa lesiona o frustra una probabilidad, posibilidad o un chance de obtener una ganancia o resultado favorable o evitar una pérdida.

---

persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

<sup>142</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 71.

<sup>143</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”. p. 4. Disponible en Web: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf>

En el derecho comparado, la figura y aplicación de la pérdida del chance es una realidad. Conforme señala José Fernando Márquez<sup>144</sup>, la pérdida de chance para su resarcimiento deben presentarse los siguientes elementos:

- a) Debe existir una oportunidad futura y probable de obtener una ganancia o evitar un perjuicio.
- b) La oportunidad, de beneficio o evitación de perjuicio, debe tener una probabilidad suficiente de producción.
- c) El resultado de la oportunidad debe ser incierto al momento del hecho dañoso.
- d) Un hecho ajeno a la situación que frustra la oportunidad.
- e) La víctima debe estar al momento del evento dañoso situada en una situación idónea para aspirar a la obtención de las ventajas que proporciona la oportunidad.

Osterling y Castillo manifiestan que la pérdida de la chance, podría ser calificada como un daño emergente actual o presente; siendo daño emergente en la medida que se ha privado al sujeto agraviado de una expectativa que ya se había incorporado a su patrimonio. El carácter presente de este daño viene dado por la pérdida de la oportunidad generada, la cual se produjo con anterioridad a la expedición de la sentencia. En este sentido, la pérdida de la chance no puede ser un daño futuro, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habría obtenido

---

<sup>144</sup> MÁRQUEZ, José Fernando (2008). Valoración y cuantificación de la pérdida de chances. Publicado en LLC 2008 (julio), p. 595. En Web:

[https://www.google.com/search?q=perdida+de+chance&gws\\_rd=ssl#q=perdida+de+chance+Marquez](https://www.google.com/search?q=perdida+de+chance&gws_rd=ssl#q=perdida+de+chance+Marquez)

de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la chance misma.

Es clásico el ejemplo citado por Mazeaud y Tunc<sup>145</sup>, donde un transportista encargado de conducir un caballo de carrera al hipódromo, a consecuencia de su tardanza, no logra que el caballo llegue a tiempo para la salida de la carrera; el propietario del animal pierde así la probabilidad de ganar el premio. Nadie sabe y nadie sabrá jamás si, de haber concursado, el caballo hubiese ganado el premio, de ahí que no se pretenda indemnizar por este concepto. Sin embargo, no deja de ser cierto que el caballo tenía la probabilidad de ganar, y esa es la probabilidad que se ha perdido a causa del transportista. A criterio de los autores citados, dicha probabilidad, en el momento de la carrera, tenía cierto valor, el cual, aun cuando sea difícil de cuantificar, no deja de ser menos discutible, habida cuenta que nos encontramos ante un daño cierto, en el sentido que se ha atentado contra una oportunidad existente en la esfera jurídica del agraviado. El propietario del caballo no ha perdido directamente el premio; ha perdido la chance o la oportunidad de participar en la carrera y ganarla.

Este ejemplo puede ser comparado con la hipótesis en que un editor incumple por negligencia con imprimir un artículo que, por lo novedoso de su contenido, tenía probabilidades de obtener un premio literario. O con el caso en que un esposo con su malicioso actuar provoca el rompimiento de su matrimonio, haciendo perder a la esposa de hacer realidad su sueño de tener un matrimonio feliz,

---

<sup>145</sup> MAZEAUD, Henri y Léon, y TUNC, André (1957). Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual. Tomo I, Volumen 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. Pág. 306. Cita tomada de OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad". pp. 4-5.

de respeto, con sus hijos creciendo en un hogar bien constituido, etc.

Estos ejemplos nos hace ver la característica fundamental en materia de chance: que quede en ignorancia total el resultado que ésta habría tenido de no haberse frustrado su realización. Por lo que, nos encontramos ante un daño cierto, en el sentido que se ha atentado contra una oportunidad existente en la esfera jurídica del agraviado, de modo sería correcto que se indemnice dicha pérdida de chance.

## **2.7. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA**

Teniendo en cuenta el valor de la persona humana como centro y eje del derecho, cualquier daño que se le cause, tenga o no consecuencias patrimoniales, no puede dejar de ser adecuadamente reparado. Para ello debe simplemente tenerse en cuenta su naturaleza de “ser humano”. Esta reparación como se ha expresado se fundamenta siempre y en cualquier caso, en la propia dignidad de la persona.

Es necesario distinguir entre resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante, ambos de carácter patrimonial, de la reparación del daño del daño extrapatrimonial, carente de significación económica. En lo que concierne a la indemnización del primero de dichos daños no existe duda ni vacilación alguna, ya que los ordenamientos jurídicos positivos cuentan con normas expresas para dicho efecto y por otra parte, existe abundante jurisprudencia nacional y comparada al respecto.

En lo que se refiere a la reparación del daño a la persona, son más suficientes las cláusulas de tutela de la persona, las que son de aplicación en el hipotético caso que no se contara, dentro del ordenamiento positivo, con normas expresas sobre el particular. En

el caso peruano, como ya señalamos, el artículo 4 de la Constitución opera como cláusula general y abierta de protección integral a la persona, mientras que en el artículo 1985° del Código Civil se aloja el dispositivo concreto que faculta dicha indemnización. A ello debe apoyar el artículo 1° de la Constitución que señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

## **2.8. VALORIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA**

La apreciación del daño a la persona en su vertiente biológica corresponde, primariamente al médico legista, el mismo que para ello puede valerse de baremos o tablas de infortunios en las que se enumeran los daños más frecuentes contra la integridad sicosomática y se les asigna el monto para su reparación. Estos baremos son elaborados por grupos multidisciplinarios de expertos, entre los que generalmente figuran médicos legistas, juristas, aseguradores, economistas, psicólogos, expertos en cálculos actuariales, entre otros.

La tendencia prevaleciente es la combinación equitativa de un principio de igualdad, uniforme y rígido, que encuentra su concreción en los baremos o tablas sobre infortunios y el monto de su correspondiente reparación con otro principio flexible que atiende a la salud, según la característica, única y no intercambiable de la persona humana que resulta víctima de un daño.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto y no obstante el condicionamiento a que está sujeto el juez en cuanto a la fijación de los montos de la valorización del daño biológico contenidos en las correspondientes tablas de infortunios, ello no impide que el magistrado introduzca en la valorización global del daño a la

persona un elemento de flexibilidad, representado por la repercusión que tiene la lesión a la integridad sicofísica sobre la salud de la persona. Una misma lesión tiene efectos diversos según sea la persona que la sufre. Y esto en virtud de que si bien todos los seres humanos son iguales no son sin embargo, idénticos ya que cada persona, en cuanto ser libre, proyecta su vida de un modo único, no intercambiable. La biografía de cada ser humano es diferente a la de los demás no obstante ser todos iguales.

La Corte Constitucional Italiana<sup>146</sup> en su Sentencia N° 184, establece acertadamente que deben ser materia de reparación “todos los daños que al menos potencialmente, obstaculizan la actividad de realización de la persona humana”. En cuanto técnica reparatoria declara que ella debe “responder de un lado, a una uniformidad pecuniaria de base” en tanto “un mismo tipo de lesión no puede valorizarse de manera del todo diversa entre sujeto y sujeto”. De otro lado la reparación debe ser “elástica y flexible” a fin de adecuar la liquidación del daño a la “efectiva incidencia el comprobado perjuicio sobre la actividad de la vida cotidiana, a través de la cual en concreto se manifiesta la eficiencia sicofísica del sujeto lesionado y dentro de la que desenvuelve su personalidad.

En síntesis y como propugna Busnelli<sup>147</sup>, la liquidación del daño a la salud de consecuencias no patrimoniales reclama la aplicación de un criterio equitativo, en el sentido más genuino del término, que no sea automático ni arbitrario sino que logre conciliar dos exigencias puestas de manifiesto, es decir, una exigencia de

---

<sup>146</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Italia. Sentencia N° 184, del 30 de junio de 1986.

<sup>147</sup> Busnelli, Francesco D., “Danno biologico e danno alla salute”. En: La valutazione del danno alla salute. Editado por Bargagna Marino et Busnelli Francesco. Cuarta Edición. Padua: CEDAM. p. 4.

uniformidad pecuniaria de base y una cierta flexibilidad a través de la cual se considera al ser humano como un ser único.

Similarmente nuestra Corte Suprema<sup>148</sup>, refiriéndose a la indemnización del daño personal y moral en la separación de hecho, ha señalado que, la indemnización “debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros”.

Agrega diciendo que, “también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes”.

---

<sup>148</sup> En el fundamento 74 de la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, citando a Jorge Mosset Iturraspe. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

### 3. RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO DE FAMILIA

#### 3.1. GENERALIDADES

No se puede desconocer la importancia de la familia como base de la sociedad y del desarrollo humano. Sabemos que la base de la sociedad es la familia, y una de las fuentes más importantes de la familia es el matrimonio, por lo que el matrimonio se constituye en una institución social de indiscutible trascendencia<sup>149</sup>.

El matrimonio no es la única fuente de la familia, sin embargo es una de las instituciones más arraigadas en nuestra sociedad, con una característica propia, con propósitos y finalidades específicas en el campo del Derecho de Familia.

Nuestro Código Civil en su artículo 234° señala:

*Artículo 234.- “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.*

*El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.*

Entonces podemos señalar que esta institución tiene tres características esenciales: la unidad, el sentido de permanencia y el sentido de legalidad.

---

<sup>149</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. “Responsabilidad Civil derivada del divorcio”. p. 1. Disponible en: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

- a) **La unidad.-** Esta expresa la forma monogámica del matrimonio, tanto en la dirección del hogar y en la subordinación de los múltiples fines a uno superior y unitario.
- b) **El sentido de permanencia.-** Es una característica consustancial a la vida misma de la asociación del casamiento y se ofrece en función de la necesaria y duradera protección a los hijos, objetivo vinculado a la conservación y perfeccionamiento de la especie.
- c) **La legalidad.-** Se refiere a que es la ley la que preestablece, fuera de la voluntad individual, un régimen jurídico inalterable para los contrayentes<sup>150</sup>.

Además de estas características, como ya nos referimos en el Capítulo I, nuestro Código Civil en sus artículos 288° y 289 señala que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, así como tienen el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal. Estos deberes-derechos, socialmente reconocidos y legalmente protegidos, constituyen la finalidad implícita de todo matrimonio<sup>151</sup>.

Estos deberes legalmente impuestos a los cónyuges, les obliga a no faltar, ofender, deshonar o humillar al otro cónyuge. Tienen el deber de no traicionarse, de lo cual se deduce que el deber de fidelidad engloba la fidelidad física y la fidelidad moral; el deber de ayudarse mutuamente, de apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la

---

<sup>150</sup> Véase VALVERDE, Emilio (1942). Derecho de familia en el Código civil peruano. Lima: Ministerio de Guerra, p. 58

<sup>151</sup> Cfr. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Ediciones Astrea. p. 76.

vida. Asimismo están obligados a compartir una residencia común, un hogar común, lo que implica primeramente que los esposos deben vivir juntos, en la misma casa, bajo el mismo techo, y en segundo lugar, implica una comunidad física, alude púdicamente a la comunidad de lecho, a las relaciones sexuales conyugales; y en tercer lugar, engloba un aspecto económico, se prolonga en principio en una unión patrimonial, la cual se expresa en la constitución de la sociedad de gananciales; y aun cuando los cónyuges hayan optado por el régimen de la separación de patrimonios, queda subsistente la obligación común de asumir juntos los gastos que conlleva la vida común<sup>152</sup>.

Siendo así, el cónyuge que quebranta estas normas debería indemnizar al cónyuge perjudicado. Sin embargo, actualmente no existe una regulación expresa a nivel de nuestra legislación respecto a la indemnización de daños causados por el incumplimiento de deberes conyugales, tampoco existe unicidad de criterios a nivel doctrinal ni jurisprudencial sobre el tema. Similar situación se observa en la legislación y jurisprudencia extranjera, aunque con mayores matices respecto a la aplicación y procedencia de la indemnización de daños causados por el incumplimiento de deberes conyugales, tal como veremos en el siguiente capítulo.

### **3.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIAR PERUANO**

Tradicionalmente el derecho de daños ha sido un campo ajeno al derecho de familia en lo que respecta a las relaciones personales, ya que los intereses que han estado presentes en éstas, la defensa de la estabilidad de la misma y la jerarquización de la

---

<sup>152</sup> Cfr. MONGE TALAVERA, Luz. Ob. Cit. pp. 215-216.

estructura familiar resultaban contrarios a los principios de responsabilidad civil.

Nuestro Código Civil contiene ciertos remedios indemnizatorios como compensación a los daños producidos fundamentalmente en la esfera patrimonial, pero los daños a la persona causados por el incumplimiento de los deberes conyugales como el deber de fidelidad, de asistencia y de cohabitación previstos en los artículos 288° y 289° del Código Civil no ha merecido una expresa regulación en cuanto a su indemnización.

A pesar del vacío y/o deficiencia advertida, los cambios de paradigma en torno a las relaciones familiares y al desarrollo de hombres y mujeres en una sociedad que busca ser, cada día más igualitaria, han producido que el Derecho se ocupe de situaciones y realidades no abordadas en el pasado. Por ello, en nuestro país, el artículo 4° de nuestra Constitución, “impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose la protección a la familia y al matrimonio”<sup>153</sup>. En ese sentido, en un Estado democrático como el nuestro, no cabe duda de que nuestros legisladores deban ocuparse en temas tan básicos como la protección de los integrantes de la familia frente a los daños causados por otros miembros de la misma familia, entre ellos los daños que se causan entre cónyuges. Es así, que nuestras normas jurídicas referidas a la familia contenidas en el Código de los Niños y Adolescentes, Código Civil y el Código Procesal Civil comienzan a encaminar su tratamiento en ese sentido, refiriéndose a los deberes, derechos y obligaciones derivadas de las relaciones

---

<sup>153</sup> BELTRÁN PACHECO, Patricia Janeth (2010). “Por una Justicia Predecible en Materia Familiar. Análisis del Tercer Pleno Casatorio”. En: Tercer Pleno Casatorio. Lima: Fondo editorial del poder judicial. p. 45.

familiares, acogiéndose principios como el de socialización, igualdad, solidaridad familiar, el interés superior del niño, entre otros. Sin embargo no existe actualmente una regulación directa y específica sobre la procedencia de la indemnización de daños causados en el ámbito de derechos familiar.

La responsabilidad civil en el Derecho de Familia, constituye un amplio sector del Derecho Civil que comprende diversos ámbitos: responsabilidad entre cónyuges, entre padres e hijos, entre pupilos y tutores, entre nietos y abuelos, entre adoptante y adoptado, entre los convivientes, etc. Sin embargo, a pesar de la importancia de estos temas, nuestro Código Civil, así como otras legislaciones específicas, como también a nivel de derecho comparado, no contienen reglas respecto a la indemnización de daños en Derecho de Familia, sobre todo cuando se tratan de daños personales entre cónyuges<sup>154</sup>. Es decir, actualmente, en el tratamiento jurídico civil del matrimonio, carecemos de mecanismos reparatorios en cuanto a los daños personales producidos entre cónyuges.

### **3.3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES**

#### **3.3.1. El daño**

Como ya señalamos anteriormente, por daño entendemos “como todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o

---

<sup>154</sup> Véase NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu (2008), "Responsabilidades especiales. ¿Debería haber en el Derecho matrimonial mecanismos reparatorios?". En: Regímenes especiales de responsabilidad civil. Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección Derecho Privado IV. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. p. 120.

extrapatrimoniales de que goza un individuo”<sup>155</sup>. O también como “violación de uno o de varios derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto”<sup>156</sup>.

El daño es un elemento constitutivo para determinar la responsabilidad. Por lo que el dolo o culpa engendran obligación de indemnizar solamente si causan daño, a falta de ello no habría motivo para indemnizar. Como señala Aravena<sup>157</sup>, “el elemento clave, indispensable, para que las normas de responsabilidad civil puedan tener aplicación respecto al incumplimiento de los deberes conyugales es el daño; sino se acredita la existencia de un daño ilícito, antijurídico, e imputable, patrimonial o extrapatrimonial, por mucho que exista un incumplimiento grave o reiterado, ya sea por acción u omisión de los deberes conyugales, no habrá razón que justifique el empleo de las normas de responsabilidad civil, debiendo el actor probar la existencia y extensión de los mismos”.

El daño a la persona del cónyuge agraviado debe ser cierto, sin que sea suficiente el daño eventual. Esa certeza debe probarla quien lo invoca. Aun cuando sea posible presumirse como consecuencia del hecho ilícito, salvo demostración de una situación objetiva que lo excluya, requiere la demostración de las circunstancias que lo configuran<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (2005). De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Italiano. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 138.

<sup>156</sup> FUEYO LANERI, Fernando (1991). Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 23.

<sup>157</sup> VARGAS ARAVENA, David (2009). Daños civiles en el matrimonio. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer. p. 207.

<sup>158</sup> Cfr. BELLUSCIO, Augusto y Eduardo ZANNONI. *Ob. Cit.*, pp. 34-35.

Según expresa Plácido<sup>159</sup>, los daños causados son subjetivos con consecuencias personales como extrapersonales o patrimoniales. Las consecuencias personales están referidas al daño moral o la aflicción de los sentimientos, al daño al proyecto de vida matrimonial y, en no muy pocas ocasiones, se puede presentar el daño psicológico o pérdida, de diversa magnitud, del equilibrio psíquico que asume un carácter patológico.

### 3.3.2. La antijuricidad

Para que el daño sea indemnizable, es necesario que éste emane del incumplimiento, por acción u omisión, de los deberes conyugales, y como quiera que los deberes conyugales en nuestra legislación se encuentra tipificadas en los artículos 288° y 289° del Código Civil, su incumplimiento por cualquiera de los cónyuges constituirá una conducta antijurídica. Además, el deber de protección del Estado y de la comunidad de estos deberes fluye desde los mandatos constitucionales previstos en el artículo 1° y 4° de nuestra Constitución.

El incumplimiento de estos deberes, en muchos casos constituye causal de separación de cuerpos o divorcio vincular, puesto que constituyen conductas que, en su complejidad, conllevan las notas que definen comportamientos incompatibles con la vida comunitaria del matrimonio<sup>160</sup>. Por lo que, son verdaderos actos ilícitos, en tanto son violatorios de los deberes legales que impone el matrimonio<sup>161</sup>, y que como ya anotamos, autorizan al cónyuge

---

<sup>159</sup> PLÁCIDO, Alex F. Ob. Cit., p. 124.

<sup>160</sup> Véase OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Responsabilidad civil derivada del divorcio". Ob. Cit. p. 13.

<sup>161</sup> Nuestro ordenamiento jurídico se pronuncia sobre los deberes conyugales, disponiendo el Código Civil de 1984 lo siguiente:

Artículo 287.- "Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos".

ofendido para solicitar el divorcio relativo o el vincular por culpa de quien ha violado, dolosa o culposamente, esos deberes.

El artículo 333° del Código Civil Peruano de 1984 actualmente tiene la siguiente redacción:

**Artículo 333.- “Son causas de separación de cuerpos:**

1. El adulterio.
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las Circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

---

Artículo 288. – “Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”.

Artículo 289.- “Es deber de ambos cónyuges hacer vida 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”.

Artículo 290.- “Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar”.

7. El uso habitual o injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente comprobada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.

Por otra parte, el artículo 349° del Código civil prevé las causales del divorcio, más conocido como divorcio vincular, cuya redacción es el siguiente:

#### **Artículo 349.- Causales de divorcio**

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.

Entonces está claro, que las causales de la separación de hecho se encuentran regulados en el artículo 333° del Código civil,

mientras del divorcio en el artículo 349° del mismo cuerpo normativo. A partir de ello podemos decir que la mayoría de ellos nacen en el incumplimiento de los deberes conyugales, tales como el adulterio, enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, por el incumplimiento del deber de fidelidad; la violencia, física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave que haga insoportable la vida en común, la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, entre otros nacen por el incumplimiento del deber de asistencia; el abandono injustificado de la casa conyugal, la separación de hecho, constituyen incumplimiento del deber de cohabitación. Debemos tener en cuenta que algunos causales implican el incumplimiento de uno o más deberes conyugales.

De todos ello, como ejemplo tomemos solo el caso del adulterio. A nivel de nuestra legislación, en base al artículo 333° del Código civil señalado, constituye una causal de divorcio. Como señala Peralta Andía<sup>162</sup> “constituye una causal de disolución del vínculo matrimonial que consiste en el trato sexual que mantiene un cónyuge con persona distinta de su cónyuge con el propósito de violentar el deber de fidelidad. Se trata de una causa indirecta, inculpatoria y perentoria que genera la destrucción del vínculo conyugal”.

Al ser el adulterio el hecho más grave de violación de la fidelidad conyugal, el cónyuge que se sienta afectado podrá pedir la indemnización por el daño a la persona, incluido el daño moral, producido como consecuencia del hecho o los hechos violatorios de la fe conyugal.

---

<sup>162</sup> PERALTA ANDIA, Rolando. Ob. cit. p. 351.

El causal de adulterio no siempre puede generar divorcio, pues hay otra norma como es el caso del artículo 336° del Código Civil, que dice: “No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción”. Entonces, ¿en estos caso qué? ¿La agraviada con la conducta adulterina del otro cónyuge podrá pedir indemnización, aunque no pueda solicitar divorcio? Bajo nuestra posición sí.

### 3.3.3. Relación de causalidad

Otro de los presupuestos necesarios para la aplicación de las normas de responsabilidad, es la prueba de la relación de causalidad entre el daño y la infracción que lo origina, es decir, entre el perjuicio y el incumplimiento de los deberes conyugales.

En nuestro caso, por la naturaleza de las relaciones matrimoniales y, en general, de todo el Derecho de Familia, como señalan Osterling y Castillo<sup>163</sup> “sería absurdo plantear que el factor de atribución de la responsabilidad corresponda a un sistema distinto al subjetivo”. Lo que significa que los factores de atribución de la responsabilidad serán únicamente la culpa y el dolo, puesto que no cabría la posibilidad de ubicar a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes conyugales dentro del sistema objetivo del riesgo creado.

Por ello, en nuestro caso, entre el dolo o la culpa y el daño debe mediar una relación de causalidad. De modo que el daño pueda imputarse a malicia o negligencia en la conducta del autor del hecho ilícito. El demandado no sería responsable civilmente si el

---

<sup>163</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Responsabilidad civil derivada del divorcio”. Ob. Cit. p. 17.

daño que sufre la víctima no ha sido causado por su malicia, o la omisión de deberes a los que estaba jurídicamente obligado<sup>164</sup>.

En estos casos, como manifiestan Osterling y Castillo<sup>165</sup>, debe tenerse en cuenta la existencia del dolo y de la culpa, también es imprescindible fijar el mayor o menor grado de uno o de otro. Este elemento, junto con la gravedad del daño causado —analizado sobre la base de las circunstancias que le sirven de contexto—, no puede ser pasado por alto por el juzgador que debe procurar, en cada momento, armonizar los principios generales de la figura de la responsabilidad civil, con los rasgos peculiares de la vida de pareja.

Lo difícil y complejo de las relaciones conyugales determina, por consiguiente, la necesidad de adecuar la culpa y el dolo a situaciones graves, que no sólo comporten la violación de los deberes matrimoniales y un daño correlativo. En el caso del divorcio, será la labor del juez determinar si en el caso concreto, además de la sentencia del divorcio y de sus consecuentes efectos punitivos —si se trata de un divorcio por culpa de uno de los cónyuges—, el cónyuge inocente debe ser resarcido por los daños sufridos en su persona misma.

Por otra parte, al acreditar la relación de causalidad, debemos tener en cuenta que ésta puede ser interrumpida o fracturada por el caso fortuito o fuerza mayor o por la intervención de un tercero. Por ejemplo, el abandono del hogar no sería injustificado si se debió por motivos de fuerza mayor, por ejemplo por detención en el extranjero en tiempo de guerra; no constituiría adulterio la relación sexual practicada por uno de los cónyuges con otra

---

<sup>164</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (2005). Ob. Cit. p. 151.

<sup>165</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Responsabilidad civil derivada del divorcio". Ob. Cit. p. 17.

persona que no es su cónyuge, si es que esto no fue voluntario, sino una violación sexual.

### 3.3.4. Factores de atribución

Como señala Taboada<sup>166</sup> los factores de atribución, son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad.

En el punto anterior, siguiendo a Osterling y Castillo, hemos señalado que por la naturaleza de las relaciones matrimoniales y, en general, de todo el Derecho de Familia, sería absurdo plantear que el factor de atribución de la responsabilidad corresponda a un sistema distinto al subjetivo; es decir, que los factores de atribución en este tipo de responsabilidad sólo estará constituido por la culpa y el dolo, por lo tanto su aplicación será teniendo como base el artículo 1969° del Código Civil que señala que “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

---

<sup>166</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 36

## CAPÍTULO III

### INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES

#### 3.1. EL DIVORCIO POR CAUSAL ES ORIGINADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES

Nuestro Código Civil, en su artículo 333° regula las causales de separación de cuerpos, los mimos que conforme al artículo 349° del mismo cuerpo legal, constituyen causales del divorcio.

El indicado artículo 333°, entre sus numerales de 1) al 12) contiene los casos de divorcio por causal, los cuales sin excepción constituyen quebrantamiento o incumplimiento de los deberes conyugales, así lo demuestra la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema respecto a estas causales, así como doctrina autorizada:

##### 1) CAUSAL DE ADULTERIO

“La causal de divorcio por adulterio es una de naturaleza subjetiva o inculpatoria, consistente en la **violación deliberada del deber de fidelidad** por el hecho de mantener una relación sexual extramatrimonial, esta causal sólo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado; [...] se le ha denominado divorcio sanción, ya que las consecuencias del divorcio por esta causal se reflejan en el recorte de ciertos derechos del cónyuge culpable, tales como la pérdida al derecho de heredar, la pérdida de los gananciales, entre otros...” (Casación Nro. 5079-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22841-22842).

## 2) CAUSAL DE VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA

“La causal de sevicia o violencia física se funda en el **incumplimiento de uno de los deberes conyugales como es el deber de asistencia**, que tiene sustento ético-moral y en la falta de respeto a la integridad física del otro cónyuge cuyo sufrimiento no sólo hace mortificante la vida en común, sino que altera gravemente las relaciones familiares...” (Casación Nro. 112-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8111-8112).

## 3) CAUSAL DE INJURIA GRAVE QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN

“La injuria grave está definida como el ultraje a los sentimientos o a la dignidad de uno de los cónyuges, realizado por el otro con el fin de deshonrarlo; y se funda, como causal de Divorcio en la **infracción del deber de asistencia y respeto por la personalidad**, contraídos en la celebración del matrimonio, al reflejar un profundo menosprecio que imposibilita la vida en común; debiendo el Juzgador seguir diversas reglas para su determinación, como lo serán: La condición social de los cónyuges, las causas del maltrato, si los hechos que la configuran son públicos o privados, o si la injuria se produjo en ejercicio de un derecho...” (Casación Nro. 1414-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, págs. 8226-8227).

## 4) CAUSAL DE ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL

“El inciso quinto del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, precisa la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono excede de este plazo; es en esta causal

donde se encuentra inmerso **el incumplimiento de la obligación de cohabitación**, debidamente regulada en el artículo doscientos ochentinueve del Código Civil...” (Casación Nro. 3006-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8753-8754).

#### 5) CAUSAL DE CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN

“La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común como causal de divorcio, implica la realización de una conducta por parte de uno de los cónyuges que contravenga la moral y las buenas costumbres, a través de la realización de actos incorrectos e impropios que afecten la honestidad y el respeto mutuo que debe existir entre los cónyuges que ocasione el rechazo de terceras personas, lo que afecta la personalidad del otro cónyuge tornando en insoportable la continuación de la vida en común o la posibilidad de reanudarla...” (Casación Nro. 1640-2003/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, pág. 14697).

#### 6) CAUSAL DE USO HABITUAL DE DROGAS

“Las enfermedades de carácter permanente, el alcoholismo y la drogadicción son afecciones que desde el punto de vista médico-legal conducen a situaciones de inimputabilidad derivadas de estados persistentes que, aunque no fueren psicóticos, denotan deterioros graves de las funciones volitivas e intelectivas del enfermo. Si estas situaciones **hacen imposible la vida en común** o la del cónyuge enfermo con los hijos se configura, pues, la causal...” (BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (1989), Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Ediciones Astrea. pp. 302-303).

“Entendemos la causal como una medida a favor del cónyuge agraviado a fin de evitarle una cohabitación con un toxicómano. La

farmacodependencia es un grave problema que encierra otros males; algunos han considerado esta causal como injusta, en razón de que el consorte está padeciendo este vicio o el consumo lo va a llevar a este vicio, entonces se preguntan dónde queda el deber de asistencia; sobre el particular diremos que si bien es cierto que el deber de asistencia (en lo material y moral) es un deber recíproco que nace a propósito del matrimonio y que el cónyuge sano debe al cónyuge enfermo, también lo es que en el caso bajo comentario, el cónyuge consumidor de estas drogas no podría cumplir su deber de asistencia para su consorte, por lo tanto, lo objetivo del caso según el legislador es proteger al cónyuge sano, y porque la drogadicción se ve como una inconducta que no sólo ofende al otro cónyuge sino que **dificulta la vida en común**” (AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales. p. 209).

## 7) ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL

Nuestro Código Civil en su versión original de 1984 solo se refería a la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio como causal de separación, no contemplando el hecho que un cónyuge padezca otra enfermedad (no necesariamente venérea), pero que sus consecuencias sean similares o peores. Esta situación fue modificada con la Ley N° 27495, del 7 de julio de 2001, que reconsideró el tema y amplió el ámbito de aplicación de esta causal en el sentido que “la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio” (Artículo 333°, inciso 8).

“Es otra causal que genera el divorcio, consiste en la transmisión da una enfermedad grave, de origen y localización sexual, de contagio fácil y de serias consecuencias para la descendencia, contraída por uno de los cónyuges después de la celebración del

casamiento. Se trata luego de una causal Indirecto, inculpatoria y perentoria que determina la disolución del vínculo matrimonial. El fundamento de esta causal se encuentra en la infracción de un principio eugénica, es decir, el deber de los cónyuges de mantenerse sanos. De un lado, importa conducta inmoral el haber adquirido a base de relaciones íntimas con personas extrañas, una enfermedad grave de transmisión sexual después de la celebración del matrimonio y, de otro, el peligro de contagio para su cónyuge y la posibilidad de engendrar una prole defectuosa y enferma. El principal fundamento es la falta de justificación para seguir manteniendo un vínculo matrimonial en el cual es imposible el cumplimiento de obligaciones y deberes esenciales y que, por lo demás, ponen en riesgo la integridad y salud del otro cónyuge y de los hijos y, más aún, de la futura prole que está expuesta en un alto riesgo a la adquisición hereditaria o al contagio posterior del mal que aqueja a uno de sus progenitores” (PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: IDEMSA. pp. 365-366)

#### **8) CAUSAL DE HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO**

“La homosexualidad es también otra causa que determina la disolución del vínculo matrimonial que consiste en el trato carnal que mantiene un cónyuge con persona de su mismo sexo, después de la celebración del matrimonio. La homosexualidad es considerada causa de divorcio sólo cuando es sobreviniente a la celebración del casamiento, pero si fuera de origen anterior o desconocida para el cónyuge perjudicado, lo procedente es accionar como invalidez.

El fundamento se encuentra en la violación de un deber de orden moral y del deber de fidelidad conyugal (PERALTA ANDÍA, Javier

Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: IDEMSA. pp. 365-366)

“La justificación de la causal se encontraría en la naturaleza de la unión matrimonial, en la que se da la cópula sexual entre un hombre y mujer en una relación exclusiva y excluyente; ahora bien, resulta difícil calificar la homosexualidad, pues esta puede deberse a algo congénito, entonces estaríamos sancionando un hecho de la naturaleza, sin embargo no hay duda que un estado de vida de esas características dificulta de hacer imposible la vida en común (AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales. p. 209).

#### 9) CAUSAL DE CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS

“El artículo 349° del Código Civil concordado con el inciso 10 del artículo 333° del acotado, establece como causal de divorcio la condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de 2 años, impuesta después de la celebración del matrimonio” (Casación N°2095-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de septiembre de 1998).

Como Señala Alex Plácido, esta causal tal vez sea una de que no va ligada directamente a ningún hecho contrario al cónyuge que invoca la sentencia condenatoria como causal de separación de cuerpos o de divorcio. Sin embargo, la motivación puede fundarse, bien desde la perspectiva del hecho de **la separación fáctica** que impone la privación de libertad, bien por contemplación de una **conducta moral reprobable** causante de la pena.

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 (Véase PLACIDO VILCACHAGUA, Alex (2010).

“Causales de Separación de Cuerpos”. En: Código Civil Comentados. Lima: Gaceta Jurídica. p. 522.)

“La condena penal afecta la reputación (honor externo) del otro consorte, la conducta del condenado que ha dado lugar a una sanción penal es pública, y termina afectando las relaciones personales del cónyuge agraviado. Es como si sobre él o ella cayera una infamia, una suerte de repudio público por lo que ha hecho el consorte. Todo ello impide, más adelante una reanudación de la vida en común, en consecuencia creemos que lo que se sanciona es la grave ofensa que hace sufrir el condenado a su pareja, pues evidentemente afecta no sólo su honor interno, sino particularmente su reputación, que significa su relación con terceros” (AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales. p. 209).

#### 10) CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN

“El artículo 333, inciso 11°, del Código Civil, establece como causal de separación de cuerpos la relativa a la **imposibilidad de hacer vida en común**, debidamente probada en proceso judicial. [...] Dicha causal se presenta como una causal basada en las dos maneras que hay de concebir el divorcio: como remedio y sanción. Siendo evidente que la causal de imposibilidad de hacer vida en común se presenta como una causal en que el divorcio es remedio y sanción ya que la única forma de dar solución a un matrimonio en el que se presente tal causal, es poniéndole fin, porque uno de los cónyuges es el que hace imposible la vida en común. Es que la imposibilidad de hacer vida constituye [sic] aquellas determinadas conductas de uno de los cónyuges que hacen imposible la vida en común...” (Casación Nro. 5711-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23370-23371).

## 11) CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO

“El artículo 333 inciso 12° del Código Civil [...] regula la causa de separación de hecho, la que se presenta como el **incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común** que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa. A través de esta causal, nuestra Legislación recoge la teoría del divorcio remedio...” (Casación Nro. 157-2004/Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15529-15530).

En ese sentido, vemos que conforme a la jurisprudencia de nuestra Corte Superior, así como doctrina autorizada, las causales de separación de cuerpo contenidas en el artículo 333° del Código Civil, los mismos que también constituyen causales del divorcio conforme al artículo 349° del mismo cuerpo legal, implican el incumplimiento de los deberes conyugales contemplados en los artículos 288° y 289° del Código Civil.

### 3.2. EL DAÑO A LA PERSONA CAUSADA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES EN AREQUIPA Y EL PERÚ

Cuando un matrimonio se debilita a causa del incumplimiento de los deberes conyugales, la consecuencia más directa es el resquebrajamiento del vínculo matrimonial. En estos casos, algunas parejas optan por separarse de hecho y vivir así; mientras otros tramitan legalmente su separación de cuerpos (divorcio relativo) o divorcio (divorcio absoluto), y en algunos casos deciden poner fin a su relación matrimonial por mutuo descenso a fin de no provocarse más daños entre ellos. Con la finalidad de viabilizar éstos casos, nuestro Código Civil, en su artículo 333° regula las causales de separación de cuerpos, que también son causales de divorcio conforme al artículo 349° del mismo cuerpo legal. Los numerales de 1) al 12) de dicho

artículo contiene los casos de divorcio por causal y en su numeral 13) contiene el caso de separación convencional y divorcio ulterior. De todos ellos, el causal 12) está referido al causal de separación de hecho, la misma que últimamente ha tenido un tratamiento especial en nuestra legislación, así como de mayor preferencia entre los demandantes.

La separación de cuerpos y el divorcio vincular, constituyen situaciones que la ley prevé frente al conflicto matrimonial, que es una consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales. En ese sentido, una de las primeras consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales es que esta constituya causal de separación de cuerpos, así como del divorcio, y aparejado a ella hay otras consecuencias, como la desheredación entre cónyuges, cese de la obligación de alimentos entre los cónyuges, la obligación de indemnizar los daños causados al cónyuge perjudicado, entre otras.

En nuestro país, la separación de cuerpos o el divorcio vincular deben ser decretados judicialmente ante la alegación y la prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges hechos efectivos en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por ley como adulterio, abandono, injurias graves, etc. Si los hechos no fueron probados, el Juez debe desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. Es decir, la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc. Sin embargo, nuestro Código Civil en el numeral 12) de su artículo 333° ha contemplado el caso de divorcio remedio, donde no necesariamente tiene que buscarse al cónyuge culpable, sino atender la petición de los demandante solo basándose en el tiempo de separación de hecho, aunque la ley obliga indemnizar al cónyuge más perjudicado.

Asimismo, en el numeral 13) del indicado artículo se ha regulado el caso de separación convencional y divorcio ulterior, donde los cónyuges ponen fin a su matrimonio voluntariamente, de manera consensuada, la que se puede tramitar por ante los Juzgados, como también ante los Notarios y las Municipalidades.

En ese sentido, en esta parte de nuestra investigación, veremos la cantidad de procesos que se tramitan en los Juzgados de Familia de Arequipa, en los procesos de divorcio por causal y dentro de ellas el otorgamiento de la indemnización por daños a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales.



### 3.2.1. SITUACIONES QUE DEMUESTRAN LA PRESENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES EN AREQUIPA

Comenzaremos viendo la situación de matrimonios y divorcios a nivel nacional:

#### 1. Matrimonios y divorcios a nivel nacional.

##### Cuadro N° 01

##### Matrimonios y divorcios en el Perú en los últimos cinco años

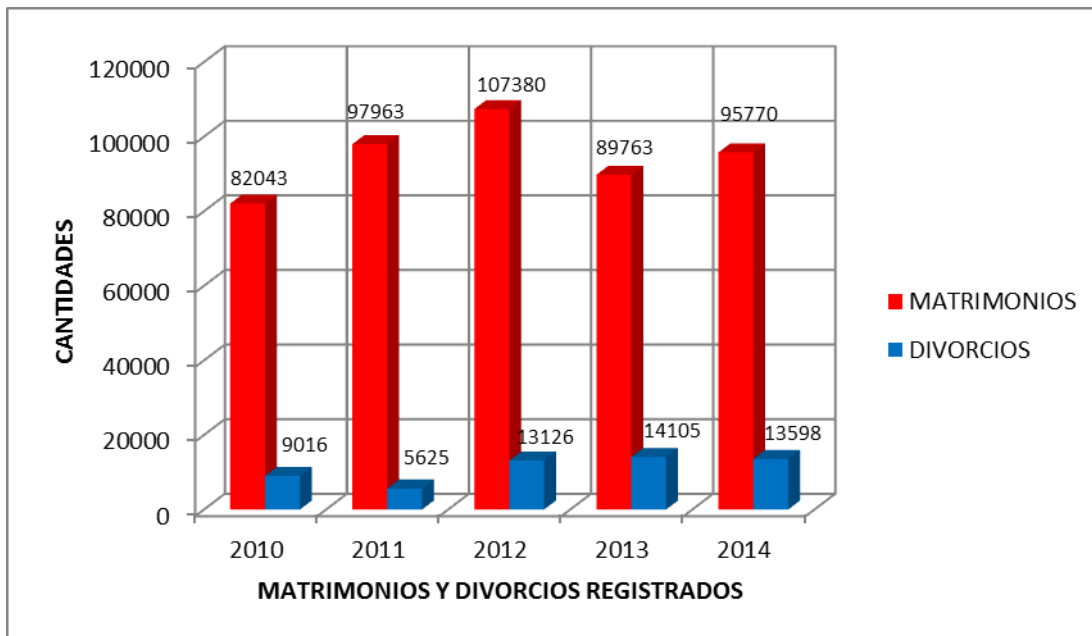
REGISTROS	MATRIMONIOS	DIVORCIOS
2010	82 043	9016
2011	97 963	5 625
2012	107 380	13 126
2013	89 763	14105
2014	95 770	13 598

**FUENTE:** Archivo de RENIEC al 2014. Concordado con las estadísticas publicados por INEI en el mismo año.

En el Cuadro N° 01, vemos la cantidad de matrimonios y divorcios que se inscribieron a nivel de nuestro país entre los años 2010 a 2014. Como referencia para nuestro trabajo tenemos al año 2014, en ella se han registrado 95 mil 770 matrimonios, y 13 mil 598 divorcios. Ello nos hace ver que cada día en nuestro país se inscriben un promedio de 262 matrimonios y 37 divorcios. Se debe tener en cuenta que no todas las parejas optan por divorciarse oficialmente, sino muchos optan simplemente por separarse de hecho.

Ello demuestra que en nuestro país existe una elevada tasa de divorcios por distintas causales que necesariamente implican algún tipo de incumplimiento de los deberes conyugales.

**Gráfico N° 01**  
**Matrimonios y divorcios en el Perú en los últimos cinco años**



FUENTE: Cuadro N° 01

## 2. Matrimonios y divorcios a nivel de Arequipa

Cuadro N° 02

**Matrimonios y divorcios en Arequipa en los últimos cinco años**

REGISTROS	MATRIMONIOS	DIVORCIOS
2010	4432	699
2011	5648	428
2012	5664	375
2013	4464	295
2014 <sup>167</sup>	2726	191

**FUENTE:** Archivo de RENIEC al 2014. Concordado con las estadísticas publicados por INEI.

En el Cuadro N° 02, vemos la cantidad de matrimonios y divorcios que se inscribieron a nivel de nuestro departamento entre los años 2010 y 2014.

El año 2014 sirve de referencia para nuestro trabajo. En ella se han registrado 2726 matrimonios, y 191 divorcios. Debemos aclarar que las cifras que ofrece la RENIEC todavía son preliminares, así se señala en el mismo documento publicado, pues las cifras oficiales se publicarán posteriormente. Ello hace ver la visible diferencia de las cifras comparadas con la de los otros años.

Ello demuestra que en nuestro departamento también existe una tasa considerable de divorcios por causales diversas, los que necesariamente implican algún tipo de incumplimiento de los deberes

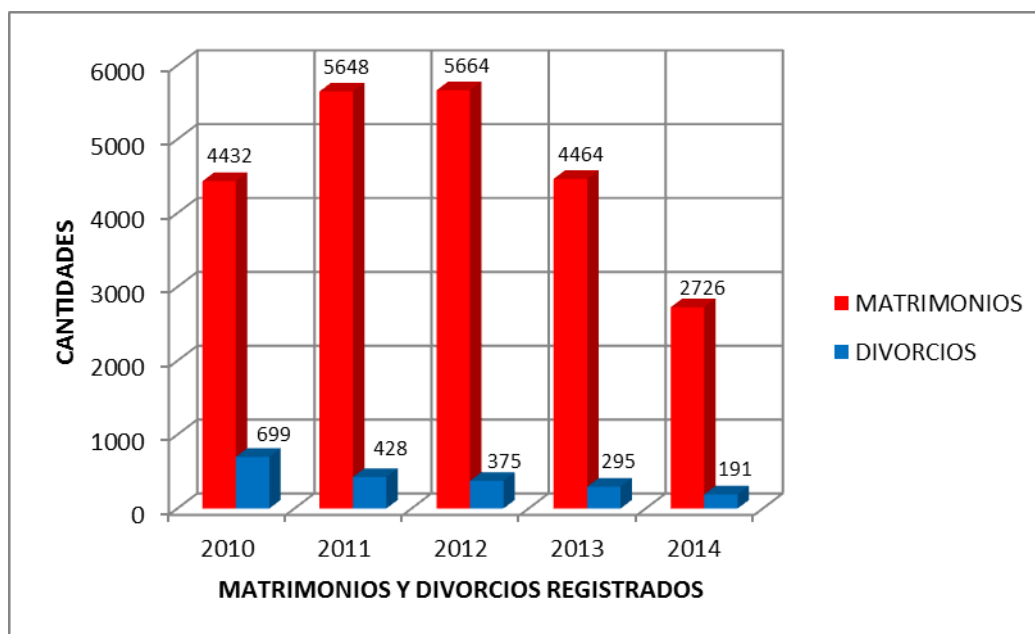
---

<sup>167</sup> Son datos preliminares publicados por la RENIEC.

conyugales. Debemos tener en cuenta que no todas las parejas optan por divorciarse oficialmente, sino simplemente separarse de hecho, lo que vamos a ver en los siguientes puntos.



**Gráfico N° 02**  
**Matrimonios y divorcios en Arequipa en los últimos cinco años**



**FUENTE:** Cuadro N° 02

### 3.2.2. LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA

En este caso comenzaremos viendo primeramente la cantidad de demandas que ingresaron a los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014, luego netamente de los divorcios por causal.

#### 1. Demandas que ingresaron a los Juzgados de Familia durante el año 2014

**Cuadro N° 03**

**Ingreso de demandas de Divorcio por Causal y otros procesos a los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014**

JUZGADOS PROCESOS	1° JF	2° JF	3° JF	4° JF	JFT AREQ	JF HUNT.	JFT PAUC.	TOTAL	
								N	%
Divorcio por causal	109	96	97	111	1	50	2	466	9,2
Otros procesos	990	1003	998	988	10	630	5	4624	90,8
<b>TOTAL</b>	1099	1099	1095	1099	11	680	7	5090	100

**FUENTE:** Archivo del Poder Judicial de Arequipa

En el Cuadro N° 03 observamos la cantidad de demandas de Divorcio por Causal que ingresaron a los diferentes Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014, en comparación con otros tipos de procesos. Ello nos hace ver que un total de 466 nuevas demandas de divorcio por causal se presentaron durante el año 2014, lo que constituye el 9,2% del total de demandas ingresadas a estos Juzgados.

Ello hace ver que la incidencia del divorcio por causal en los Juzgados de familia es alta, lo que demuestra que a nivel de Arequipa en muchos

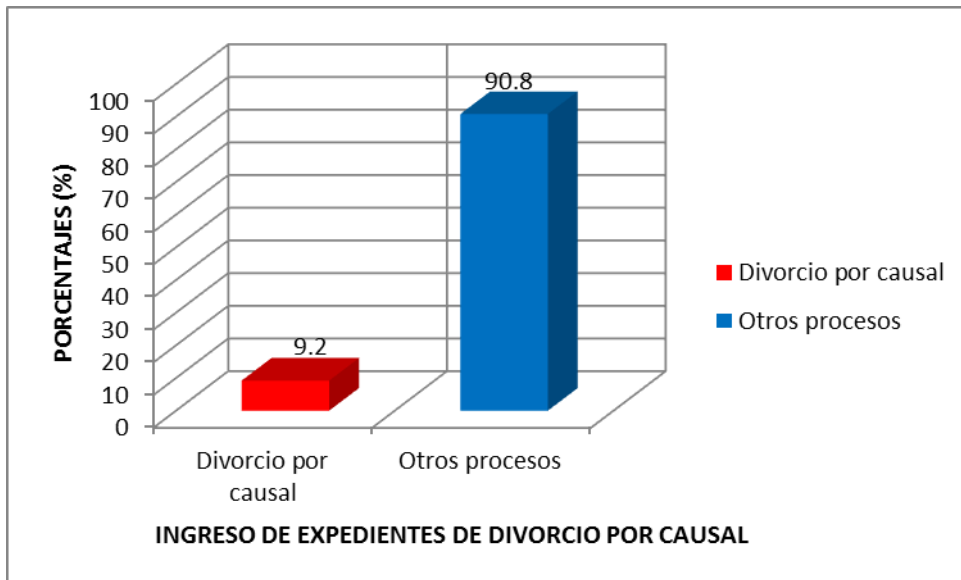
matrimonios uno o los dos cónyuges están incumpliendo con sus deberes conyugales. Además debemos tener en cuenta que no todos las parejas con decaimiento matrimonial deciden demandar por ante el poder judicial, sino también se divorcian ante las notarías, la municipalidades, en el caso de separación convencional y divorcio ulterior, los cuales no están registrados en el cuadro que observamos.

Durante nuestra investigación, así como en las entrevistas que efectuamos a los Jueces de Familia, se ha tomado conocimiento que en dichos Juzgados, los procesos con mayor cantidad de demandas son el de cese de violencia familiar, que durante el año 2014 ha registrado el ingreso de 3457 nuevas demandas, es decir el 68% de las demandas que ingresaron durante dicho año son de violencia familiar. Del total de las demandas de violencia familiar, alrededor de 60% de ellos, son violencia entre cónyuges, mayormente del hombre hacia la mujer. Esta situación, también tiene que ver con el incumplimiento de los deberes conyugales.

Todo ello nos hace ver que en Arequipa el incumplimiento de los deberes conyugales se da y es frecuente.

Gráfico N° 03

Ingreso de expedientes de Divorcio por Causal y otros procesos a los  
Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014



## 2. Estado de los procesos de Divorcio por Causal en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014

**Cuadro N° 04**  
**Estado de procesos de Divorcio por Causal en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014**

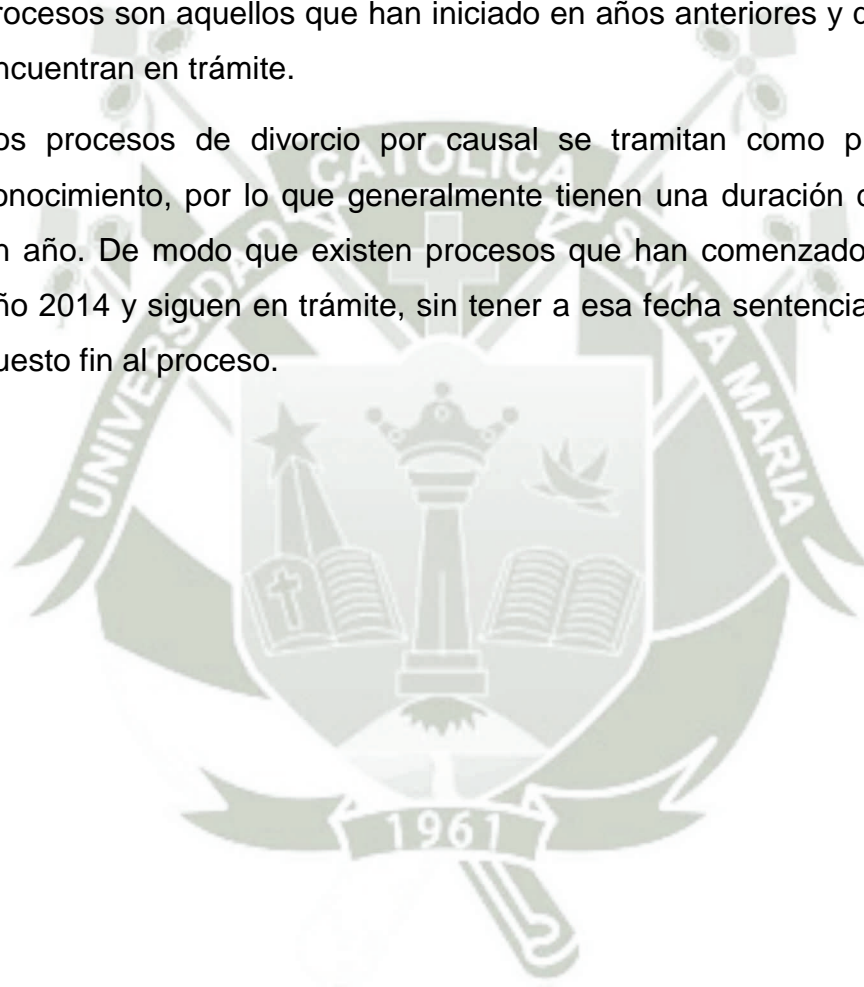
TIPO DE PROCESO JUDICIAL	1° JF	2° JF	3° JF	4° JF	JFT AREQ.	JF HUNT.	JFT PAUC.	TOTAL
ARCHIVO DEFINITIVO	7	34	58	51	12	3	18	183
ARCHIVO PROVISIONAL	0	3	1	0	0	2	2	8
ABANDONO	0	0	0	1	0	0	0	1
CON RESOLUCION CONSENTIDA	1	0	1	0	0	1	0	3
SENTENCIADO/ RESUELTO	6	12	5	9	32	6	38	108
EJECUCION	0	21	0	0	51	12	12	96
EN EJECUCION	4	4	19	7	11	3	5	53
EN TRAMITE(Pendiente)	23	27	9	14	39	18	77	207
EN CALIFICACION	123	118	109	128	2	62	24	566
RESUELTO/ATENDIDO	28	14	4	7	2	9	0	64
EJECUCION CONCLUIDA	8	2	2	2	0	0	0	14
DEMANDA ADMITIDA	21	45	27	49	0	19	0	161
INADMISIBLE	75	73	68	79	0	37	1	333
PARA SENTENCIAR	6	6	3	2	36	2	55	110
TRAMITE	31	40	11	11	17	37	137	284
RECHAZADO	20	19	33	24	0	9	1	106
EN PLAZO APELACION	4	8	2	0	3	1	8	26
IMPROCEDENTE	23	18	19	30	0	1	3	94
APELACION	0	1	0	0	0	11	0	12
APELADO	2	1	1	1	13	1	2	21
SANEADO		8	4	0	1	3	0	16
PROBATORIA	1	7	7	0	0	1	0	16
EXHORTO PARA DILIGENCIAR	1	0	0	0	0	0	0	1
EXHORTO DILIGENCIADO	1	0	0	0	0	0	0	1
CON RESOLUCION EJECUTORIADA	1	0	0	0	0	0	0	1
TOTAL	386	461	383	415	219	238	383	2485

**FUENTE:** Archivo del Poder Judicial de Arequipa

El Cuadro N° 04, podemos observar el Estado de los procesos de Divorcio por Causal que se vienen tramitando en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014.

Debemos aclarar que si bien durante el año 2014, conforme vemos en el Cuadro N° 03, a los Juzgados de Familia de Arequipa han ingresado 466 nuevas demandas, durante el mismo años se han tramitado un total 2485 procesos de divorcio por causal, lo que significa que 2019 procesos son aquellos que han iniciado en años anteriores y que aún se encuentran en trámite.

Los procesos de divorcio por causal se tramitan como proceso de conocimiento, por lo que generalmente tienen una duración de más de un año. De modo que existen procesos que han comenzado antes del año 2014 y siguen en trámite, sin tener a esa fecha sentencia que haya puesto fin al proceso.



### 3. Condición de las sentencias emitidas en los procesos de Divorcio por Causal en los Juzgados de Familia de Arequipa.

#### Cuadro N° 05

#### Sentencias emitidas en los Procesos de Divorcio por Causal en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014

Sentencias	N°	%
Fundada	280	92,1
Infundada o improcedente	24	7,9
<b>TOTAL</b>	<b>304</b>	<b>100,0</b>

**FUENTE:** Archivo del Poder Judicial de Arequipa

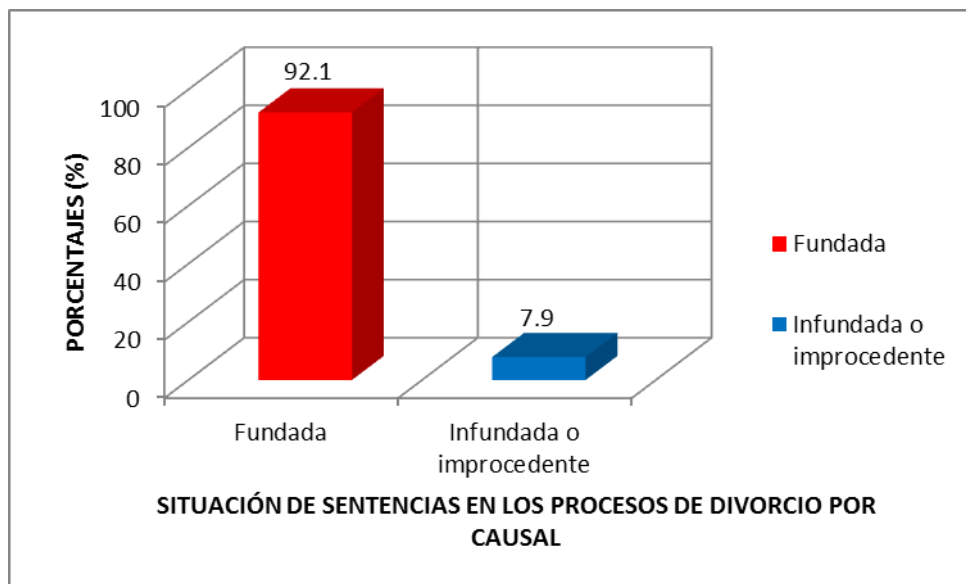
En el Cuadro N° 05, observamos que en los Juzgados de Familia de Arequipa el 92,1% de las sentencias son Fundadas, mientras el 7,9% fueron declarados infundadas o improcedentes.

De estas sentencias, por la naturaleza de nuestra investigación, más nos interesa el caso de las sentencias fundadas, por cuanto solo en ellas se puede analizar si se ha otorgado la indemnización por daño a la persona o no se ha otorgado. Mientras en las sentencias infundadas o improcedentes no hay pronunciamiento sobre este aspecto.

Es a través de estas sentencias que analizamos la posibilidad de otorgamiento de la indemnización del daño a la persona por el incumplimiento de los deberes conyugales.

Gráfico N° 04

**Situación de sentencias en los Procesos de Divorcio por Causal en los  
Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014**



FUENTE: Cuadro N° 05



**4. Otorgamiento de indemnización por daño a la persona en los procesos de Divorcio por Causal en los Juzgados de Familia.**

**Cuadro N° 06**

**Indemnización de daño a la persona en las sentencias fundadas de los Procesos de Divorcio por Causal en los Juzgados de Familia de Arequipa, 2014**

Otorgamiento de indemnización	Separación de hecho		Otros causales		Total	
	N	%	N	%	N	%
Otorgan indemnización por daño a la persona	79	30,8	2	7,7	81	28,9
No otorgan indemnización por daño a la persona	175	69,2	24	92,3	199	71,1
<b>TOTAL</b>	<b>256</b>	<b>100</b>	<b>26</b>	<b>100</b>	<b>280</b>	<b>100,0</b>

**FUENTE:** Archivo del Poder Judicial de Arequipa

En el Cuadro N° 06, observamos que del total de las sentencias que declararon fundadas la demanda de divorcio, el 71.1% de ellos no otorga indemnización por daño a la persona, mientras el 28.9% sí otorgaron.

Por otra parte, en el mismo cuadro podemos observar que la mayor cantidad de sentencias son de divorcio por causal de separación de hecho, y en algunas de ellas es donde se observa el otorgamiento de la indemnización por daño a la persona, mientras en las sentencias de divorcio por causales distintas a la separación de hecho encontramos que en 02 sentencias otorgaron indemnización por daño a la persona, aclarando que estas sentencias corresponden a casos en que la demanda ha sido interpuesta por la causal de adulterio e imposibilidad de hacer vida en común, y el demandado(a) ha reconvenido por la causal de separación de hecho, por lo que al ser amparado también ésta última el Juez ha otorgado indemnización por daño a la persona, de

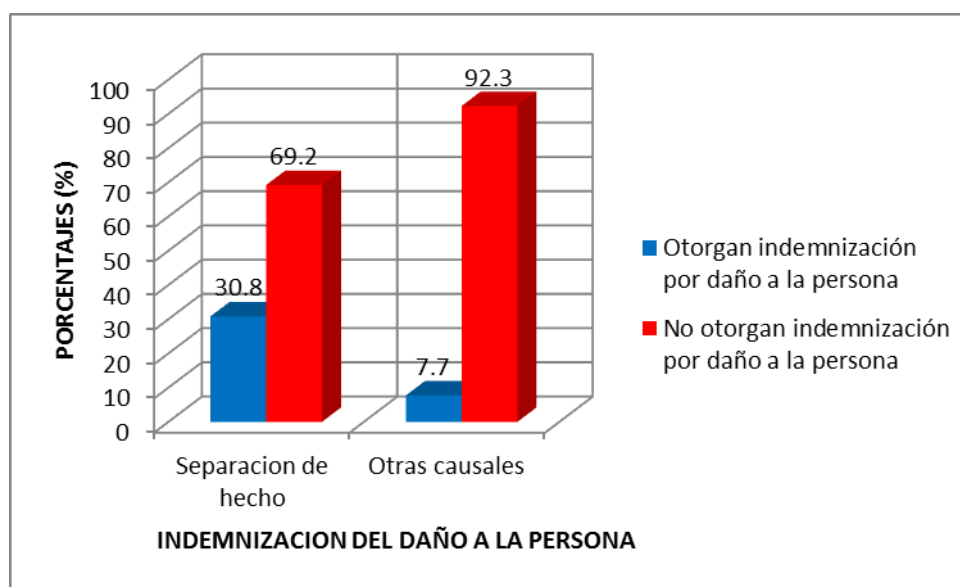
conformidad con los mandatos del Tercer Pleno Casatorio. Ello es así, porque conforme al artículo 345-A del Código Civil el Juez debe velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Por ello, debe señalar una indemnización por 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, por lo que de conformidad con el Tercer Pleno Casatorio<sup>168</sup> el Juez está en la obligación de determinar quién es el cónyuge más perjudicado por la separación y fijar una indemnización.

En ese sentido, en los Juzgados de Familia la indemnización del daño a la persona en la práctica sólo se viene otorgando en los divorcios por la causal de separación de hecho, más no en los divorcios por otras causales. Ello nos hace ver que la falta de regulación de la procedencia de indemnización del daño a la persona por incumplimiento de los deberes conyugales, para el caso de divorcios por causal (causales distintos al de separación de hecho) estaría permitiendo que estos daños no sean reparados.

---

<sup>168</sup> 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.

**Gráfica N° 05**  
**Indemnización de daño a la persona en las sentencias fundadas de los**  
**Procesos de Divorcio por Causal en los Juzgados de Familia de**  
**Arequipa, 2014**



**FUENTE:** Cuadro N° 06

### 3.3. NUESTRA LEGISLACION SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

#### 3.3.1. ANTECEDENTES REGULATIVOS DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS CAUSADOS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONYUGALES

El **Código Civil de 1852**, en su artículo 174° señalaba que “los cónyuges de deben recíprocamente fidelidad, socorros y asistencia”. De esa manera, los deberes conyugales de fidelidad, socorro y asistencia, a pesar de no tener carácter coercitivo, constituyeron el sustento moral de la vida matrimonial de esos tiempos.

Por otra parte, este mismo Código, regula el divorcio como una forma de separación de los casados, a lo acudían las parejas casadas cuando el cumplimiento de los deberes conyugales ya no era posible, sin embargo dicho divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, por lo que los divorciados no podían contraer nuevas nupcias<sup>169</sup>.

Asimismo, el mismo cuerpo legal en su artículo 208 establece que “el divorcio formalmente declarado pone término a los deberes conyugales, en cuanto al lecho y habitación, y disuelve, en cuanto a los bienes, la sociedad legal”. De modo que, los efectos del divorcio eran poner término a los deberes conyugales del lecho y habitación, así como de la sociedad legal de bienes, sin embargo, en ninguna parte de sus articulado dicho código se ocupó sobre la indemnización de los daños causados por el incumplimiento de los deberes conyugales.

---

<sup>169</sup> Art. 191. “Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”.

El **Código Civil de 1936**, en su artículo 159° establece que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia” y en su artículo 160° establece que es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal, aclarando que esta obligación cesa cuando su cumplimiento pone en grave peligro la salud, el honor o los negocios de cualquiera de los cónyuges.

Este Código, de manera similar que su antecesor, prevé que la vida matrimonial se sustentara en los deberes conyugales de fidelidad, asistencia y cohabitación. Señalando también que estos deberes pueden cesar cuando su cumplimiento pone en grave peligro la salud, el honor o los negocios de cualquiera de los cónyuges, cesación que se viabiliza mediante la separación de cuerpos (divorcio relativo) o el divorcio (divorcio absoluto). Respecto a este último, en su artículo 253° establece que “el divorcio declarado disuelve el vínculo del matrimonio”.

Asimismo, en sus artículos 270° y siguientes establece también el caso de separación de cuerpos, la que puede ser pedida por las mismas causales establecidas para el divorcio vincular, así como por mutuo disenso, siempre en cuando hayan transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio, y luego, transcurrido un año de la declaración judicialmente cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución del vínculo matrimonial<sup>170</sup>.

Este Código avanza un poco más y se pronuncia sobre el daño moral causado por el incumplimiento de los deberes conyugales, pues en su artículo 264° señala que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente, el juez puede concederle una

---

<sup>170</sup> Artículo 270°: “La separación puede pedirse: (...). 2. Por mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.

Artículo 276°: “Transcurrido un año de la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio”.

suma de dinero a título de reparación del daño moral”. De esta forma se introduce la reparación del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales en agravio del cónyuge inocente, pero no se establece la procedencia de la indemnización del daño a la persona.

**El Código Civil de 1984**, no trae mayores cambios que su antecesor respecto a los deberes conyugales y el divorcio. En su artículo 288° señala que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia” y agrega en su artículo 289° que “es deber de ambos cónyuges hacer vida 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”.

Las vías para por fin al matrimonio, así como el cumplimiento de los deberes conyugales legalmente impuesto a los cónyuges, son la separación de cuerpos y el divorcio vincular. Respecto a éste último, en su artículo 348° señala que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”, el mismo que puede demandarse por las mismas causales previstas en el artículo 333° para la separación de cuerpos. Este Código en el numeral 12) del artículo 333° del Código Civil establece como causal de separación de cuerpos, así como para el divorcio, “la separación de hecho”, la que puede ser invocado por cualquiera de los cónyuges si es que viven separados por un período ininterrumpido de dos años, precisando que dicho plazo será de cuatro años si tuviesen hijos menores de edad.

Este Código, se pronuncia en los mismos términos que su antecesor sobre la indemnización del daño moral, pues en su artículo 351° establece que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal

del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

En ese sentido, por primera vez nuestra legislación regula que por mandato de la ley el juez puede conceder al cónyuge inocente una suma de dinero a título de reparación del daño moral, si ha resultado seriamente afectado en sus bienes extrapatrimoniales como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge<sup>171</sup>.

Este cuerpo normativo, reconoce el daño moral, sin embargo no se pronuncia sobre el daño a la persona causado por el incumplimiento de los deberes conyugales.

Posteriormente, se promulga la Ley N° 27495, publicada el 7 de julio de 2001, mediante la cual se modifica el 333° del Código Civil respecto a la causal de separación de hecho y se incorpora el artículo 345-A al Código Civil<sup>172</sup>, referido a la causal de separación de hecho e indemnización en caso de perjuicio.

Esta norma de manera innovadora se introdujo la indemnización integral del daño conyugal, estableciéndose que al cónyuge que resulte perjudicado con la separación, se le concederá una indemnización a su favor; no sólo por los daños morales, sino

---

<sup>171</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Ob. Cit. p. 374.

<sup>172</sup> **Artículo 345-A.-** “Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los Artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes”.

que comprende todo tipo de daño, incluso los daños personales y materiales. Sin embargo debemos advertir que esta indemnización es únicamente para el caso de divorcio por la causal de separación de hecho, en la que incluso de oficio el Juez puede señalar quién es el cónyuge perjudicado y otorgarle la indemnización.

Con esta modificatoria, existen dos sistemas de divorcio en nuestro Código Civil, uno subjetivo, basado en la búsqueda de un cónyuge culpable de la ruptura, a quien se le cargará la responsabilidad civil por el daño moral; y, otro objetivo, en el que la investigación está destinada a acreditar la ruptura del vínculo matrimonial y la responsabilidad civil por todos los daños causados.

### **3.3.2. REGULACION ACTUAL SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS CAUSADOS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONYUGALES**

Tradicionalmente el derecho de daños ha sido un campo ajeno al derecho de familia en lo que respecta a las relaciones personales, ya que los intereses que han estado presentes en éstas, la defensa de la estabilidad de la misma y la jerarquización de la estructura familiar, resultaban contrarios a los principios de responsabilidad civil.

Nuestro Código Civil contiene remedios indemnizatorios como compensación a los daños producidos fundamentalmente en la esfera patrimonial, así como del daño moral, pero los daños a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales como el deber de fidelidad, de asistencia y de cohabitación previstos en los artículos 288° y 289° del Código Civil, sólo han sido previstos para el caso de divorcio por la causal de separación de hecho, mientras para los divorcios a

consecuencia de otras causales, el daño a la persona no ha sido previsto.

Sin embargo, como señala Beltrán Pacheco, el artículo 4° de nuestra Constitución, “impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose la protección a la familia y al matrimonio”<sup>173</sup>. De modo que, en un Estado democrático como el nuestro, no cabe duda de que nuestros legisladores deban ocuparse de temas tan básicos como la protección integral de los integrantes de la familia frente a los daños causados por otros miembros de la misma familia, entre ellos sobre los daños a la persona causados entre los cónyuges.

En nuestro Código Civil, los deberes-derechos conyugales de fidelidad, asistencia y cohabitación, fueron regulados mediante sus artículos 288° y 289°, pero sin otorgarle carácter de coercibilidad. Sin embargo, como manifiesta Lacruz<sup>174</sup>, ello no les priva de su juridicidad, sino más al contrario, hace ver la urgencia “de arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie su carácter plenamente jurídica”. Los hechos que dan lugar a la separación, que mayormente son generados por violar las obligaciones derivadas del matrimonio, como manifiestan Muro Rojo y Rebaza Gonzales, si “además de ser ilícitos, ocasionan

---

<sup>173</sup> BELTRÁN PACHECO, Patricia Janeth (2010). “Por una Justicia Predecible en Materia Familiar. Análisis del Tercer Pleno Casatorio”. En: Tercer Pleno Casatorio. Lima: Fondo editorial del poder judicial. p. 45.

<sup>174</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis (1990). Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, vol. I, tercera edición actualizada. Barcelona: Ediciones Bosch. p. 143.

un daño al otro cónyuge, dan lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar”<sup>175</sup>.

Como señalan Bossert y Zannoni, “los deberes-derechos conyugales, socialmente reconocidos y legalmente protegidos, constituyen la finalidad implícita de todo matrimonio”<sup>176</sup>.

Sin embargo, ¿Cuánto de ello se cumple? A diario vemos parejas de matrimonios destruirse, sobre todo matrimonios jóvenes, con hijos muy pequeños y con un futuro incierto por delante. También hay matrimonios con problemas muy visibles que sobrellevan la relación matrimonial, únicamente por cuestiones morales, económicas y/o por cuestión de hijos, todos ellos generalmente porque uno de los cónyuges incumple los deberes conyugales legalmente reconocidos, con el consiguiente padecimiento del otro cónyuge. En nuestro país hay un alto grado de incumplimiento de deberes conyugales, con lo que se causa daños irreparables al otro cónyuge, al cónyuge inocente, afectándose sus derechos subjetivos e intereses legítimos. Por ejemplo, “en el adulterio se lesiona el derecho a la fidelidad; en el abandono voluntario del hogar, el derecho a la cohabitación y la asistencia mutua; en la injuria grave, el derecho al honor”<sup>177</sup>.

Como ya señalamos en el capítulo anterior, una de las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales es el divorcio. Por lo que, una manera de constatar esta situación de incumplimiento de los deberes conyugales es a través de los

---

<sup>175</sup> MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso (2010). “Separación de hecho e indemnización en caso de perjuicio”. En: Código civil Comentado. Lima: Gaceta jurídica. p. 577.

<sup>176</sup> Cfr. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Ediciones Astrea. p. 76.

<sup>177</sup> ZANNONI, Eduardo (1998). Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 11. Tercera edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea. p. 229.

procesos de divorcio que se tramitan en los Juzgados de Familia, pues ello demuestra la presencia de la afectación de los deberes conyugales.



### 3.3.3. REGULACION EN LA LEGISLACION COMPARADA SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS CAUSADOS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONYUGALES

En el derecho comparado, como legislaciones referentes sobre la materia tratada, tenemos a España, Italia, Francia, Chile y Argentina.

#### a) En España

El Código Civil español<sup>178</sup> entre sus artículos 67° y 68° regulan los deberes conyugales, entre ellas el deber de fidelidad, asistencia y cohabitación. Como podemos ver, a comparación de nuestra regulación civil, señala que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Si bien no impone directamente una sanción ni resarcimiento de daños para su incumplimiento, sin embargo, es una norma que obliga a los cónyuges a guardarse unos a los otros dichos deberes.

Es por ello que en España, existen opositores a la procedencia de la reparación civil por daños entre cónyuges, como también otro sector mayoritario que admiten su procedencia. Entre estos últimos no se discute mayormente el alcance de la indemnización, pues la doctrina mayoritaria sugiere que ésta debe recaer sólo en el incumplimiento de los deberes conyugales. Más bien, el énfasis de la discusión

---

<sup>178</sup> Artículo 67°.- Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Artículo 68°.- Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

recae sobre el rol que dicha indemnización debe tener, si un carácter sancionador o una función reparadora<sup>179</sup>.

Al respecto Sancho Rebullida<sup>180</sup> señala que “los deberes son en algún caso incoercibles: sería preciso recurrir, para forzar su cumplimiento, a medios indirectos, como el resarcimiento de los daños y perjuicios causados – también a la familia – por su incumplimiento, a la tipificación como causa de separación y hasta como delito”. Asimismo, agrega señalando que “en buenos principios, este tipo de infracciones deberían dar lugar también a la acción indemnizatoria de daños y perjuicios”.

Asimismo Lacruz<sup>181</sup> señala que “el abandono, como el adulterio, son actos ilícitos, el deber de fidelidad, como el de convivencia, son obligaciones jurídicas, el obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto al resarcimiento de los daños que cause. Se trata de deberes concretos impuestos por una norma, que no podrían tener consideración inferior o trato inferior a los impuestos mediante un contrato, obligaciones legales sin carácter patrimonial, pero cuya infracción produce a veces consecuencias económicas y en todo caso un daño moral resarcible”.

---

<sup>179</sup> VARGAS ARAVENA, David (2006). “La responsabilidad civil en el matrimonio: problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno”. En: Gaceta Jurídica. Volumen 312. Junio 2006. Santiago: Lexis Nexis. p. 20.

<sup>180</sup> SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (1978). Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo II. Dirigido por Manuel ALBALADEJO. Madrid: Ediciones Edersa. P. 117 y ss.

<sup>181</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis (1990). Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, vol. I. Tercera edición actualizada. Barcelona: Ediciones Bosch. p. 143.

## b) En Italia

En Italia, el artículo 143° del Código Civile reconoce a la fidelidad, a la cohabitación, a la asistencia moral y material, como derechos y deberes recíprocos de los cónyuges que nacen del matrimonio.

La consagración expresa de éstos deberes-derechos, junto con los efectos previstos para su incumplimiento, como causal de separación en su artículo 151°, entre otros, hacen ver que estamos en presencia de verdaderos deberes jurídicos, y no sólo éticos-morales.

En la sentencia del Tribunal de Milán, de 10 de febrero de 1999, reiterada por el Tribunal de Casación en su fallo de 9 de junio de 2000, al señalar que el deber de fidelidad es una “regola di condotta imperativa”, y no sólo una directriz moral de particular valor social, está reconociendo la “natura pienamente giuridica” de los deberes derivados del matrimonio. Justamente por ello, Fraccon<sup>182</sup> comentando dicha sentencia del Tribunal milanés, destaca que “la doctrina predominante, deducida de las consecuencias que el ordenamiento relaciona con su violación, reconoce la naturaleza plenamente jurídica y no solamente moral de los deberes derivados del matrimonio, de modo que puede afirmarse que de ellos emana una posición jurídica tutelada, o, hasta, un derecho subjetivo de un cónyuge, en contra del otro, a comportarse conforme a tales obligaciones”.

---

<sup>182</sup> FRACCON, Adalgisa (1999). “Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano”. En: Revista El derecho de Familia y de la Persona. Vol. XXX. Publicada en Setiembre 2001. p. 988 y ss.

En el derecho italiano, el delito de adulterio se declara inconstitucional en 1968, por lo que se introduce la correspondientes modificaciones en el año 1975, y con ella los deberes de fidelidad, asistencia moral y material, y cohabitación, han adquirido una mayor extensión, debiendo ser interpretados no sólo bajo el contenido del artículo 29° de la Constitución italiana, sino también a la luz de los principios de igualdad recíproca y solidaridad entre los cónyuges. Incluso la extensión de los deberes no se limita exclusivamente al matrimonio sino que se antepone a él, como se aprecia en la sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 10 de mayo de 2005<sup>183</sup>.

### c) En Francia

Por su parte, el Code Civil francés, al igual que el derecho español e italiano, desde 1804 recoge en sus artículos 212<sup>184</sup> y 215<sup>185</sup> las normas referidas a deberes y derechos de fidelidad, socorro y asistencia, y de comunidad de vida de los cónyuges, reconociéndolos como auténticos deberes jurídicos recíprocos, como reglas de orden público que

---

<sup>183</sup> En ella, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento, no sólo entendió que el marido debía indemnizar los daños ocasionados a su cónyuge, por no haber informado a ésta, antes de la celebración del matrimonio, que padecía impotencia coeundi, originada en una malformación que conocía perfectamente, sino que fue más allá al señalar que, aún antes del matrimonio, la intensidad de los deberes conyugales debe inundar dicho periodo, “imponiéndoles una obligación de lealtad, corrección y solidaridad, que se sustancia también en una obligación de informar de toda circunstancia inherente a las propias condiciones psicofísicas y de todas situaciones susceptibles de comprometer la comunión material y espiritual, a la cual el matrimonio se dirige”

<sup>184</sup> Artículo 212 Código Civil francés señala: “Los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia”.

<sup>185</sup> Artículo 215 Código Civil francés señala: “Los cónyuges se obligan mutuamente a una comunidad de vida. La residencia de la familia estará en el lugar que ellos escojan de común acuerdo...”.

constituyen la base de la familia, exclusivamente matrimonial, y con una importante connotación moral.

Asimismo, el Código Civil francés prevé determinados efectos o consecuencias en caso de incumplimiento de los deberes conyugales, tales como, causa de divorcio por culpa (artículo 242<sup>186</sup>), pérdida del derecho de alimentos (artículo 207<sup>187</sup>), pérdida de la prestación compensatoria (artículo 270° inciso 3<sup>188</sup>), entre otros, lo que demuestra que estos deberes no son solamente deberes morales, sino que van más allá de la moralidad.

De modo que, el Código Civil francés incluyó en la forma señalada verdaderos deberes jurídicos, que aun careciendo de coercibilidad, gozan de juridicidad, pues el legislador estimó su incumplimiento como causal de desheredación, de pérdida de alimentos, de revocación de donaciones por causa de matrimonio, y también como supuesto de indignidad, por lo que la violación de los deberes–derechos conyugales en Francia constituye causa de ciertos efectos y consecuencias jurídicas. Por lo que, como señala Llamas<sup>189</sup>,

---

<sup>186</sup> Artículo 242 Código civil francés: “El divorcio podrá pedirse por uno de los cónyuges cuando haya hechos constitutivos de una infracción grave o reiterada de los deberes y obligaciones conyugales que sean imputables a su consorte y hagan insoportable la continuación de la convivencia”.

<sup>187</sup> Artículo 207 Código Civil francés: “Las obligaciones resultantes de estas disposiciones son recíprocas. Sin embargo, cuando el acreedor haya faltado gravemente a sus obligaciones para con el deudor, el Juez podrá dispensar a éste de la totalidad o parte de la deuda alimenticia”.

<sup>188</sup> Artículo 270 inciso 3° Código Civil francés: “Sin embargo, el Juez podrá no acordar semejante prestación si la equidad lo exige, ya sea en consideración a los criterios previstos en el artículo 272, o cuando se haya declarado el divorcio por culpa exclusiva del esposo que reclama el beneficio de la prestación, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura”.

<sup>189</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio (2007). Divorcio y responsabilidad civil. En: Práctica de Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Año V. N°49. p. 3 y ss.

“el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica”.

#### d) En Chile

El Código Civil chileno, artículos 131<sup>190</sup> y 133<sup>191</sup>, regulan los efectos personales del matrimonio, disponiendo que la fidelidad, el socorro y ayuda mutua, el respeto y protección, y el de vivir en el hogar común, son deberes y derechos recíprocos que se imponen a los cónyuges por el matrimonio.

Es por ello, la doctrina dominante chilena se ha inclinado por entenderlos como verdaderos deberes jurídicos, no sólo por su consagración expresa en el texto legal sustantivo, sino que por ser necesarios para la obtención de los fines que el artículo 1022 del Código Civil chileno establece para el matrimonio<sup>192</sup>. Por ello, Barrientos Grandon y Novales Alquezar<sup>193</sup> nos dicen que “por el carácter de fin que asume el bien de los cónyuges, este fin se constituye en la causa que configura y justifica el nacimiento de una serie de recíprocos derechos y deberes entre los cónyuges, que aparecen como ciertos “efectos” del matrimonio jurídicamente

---

<sup>190</sup> El artículo 131 del Código Civil chileno señala: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”.

<sup>191</sup> El artículo 133 del Código Civil chileno señala: “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

<sup>192</sup> Artículo 102 del Código Civil chileno: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

<sup>193</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier y ARÁNZAZU NOVALES, Alquezar (2004). Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley N°19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad. Segunda edición. Santiago: Lexis Nexis. p. 281.

considerados en cuanto se tienen por complementarios para la realización plena y efectiva de sus mismos fines, y que acostumbra explicarse bajo la rúbrica de “relaciones personales entre los cónyuges”.

Asimismo, contribuye a esta naturaleza de los deberes y derechos conyugales, el hecho que el legislador chileno dispusiera determinadas consecuencias por su incumplimiento, tales como incapacidad para contraer matrimonio, causa de nulidad matrimonial; causa genérica o general de separación judicial, causa general de divorcio-sanción o por culpa de uno de los cónyuges, siendo el más destacable la facultad discrecional conferida al juez en el inciso 2° del artículo 62° de la Ley de Matrimonio Civil chileno, al disponer que en este caso, “podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”.

Ellas justifican que en Chile se entienda a éstos deberes conyugales como verdaderos deberes y derechos jurídicos, descartando con ello, aquella posición que destaca exclusivamente su fuerza moral basada en el afecto y en la responsabilidad individual, lo que dejaba en un segundo plano su relevancia jurídica.

### **3.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO A LA PERSONA OCASIONADA ENTRE CÓNYUGES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES.**

A nivel de nuestra legislación, tanto la Constitución, como el Código Civil, han regulado el matrimonio como un instituto natural y fundamental de la sociedad, una institución del Derecho de Familia, por lo que los daños causados entre los cónyuges, los mismos que afectan la persona del otro cónyuge, no provienen por el incumplimiento de un contrato, sino del incumplimiento de los deberes conyugales, entre ellas el deber de fidelidad, asistencia y cohabitación.

A nivel doctrinal se pueden observar, básicamente, dos posiciones distintas respecto a la naturaleza del matrimonio: La concepción del matrimonio-contrato y la del matrimonio-institución. La primera se centra en la importancia del consentimiento para equiparar el matrimonio a la figura del contrato, mientras la segunda, en cambio, parte de la idea de que si bien el consentimiento es la base del matrimonio válido, una vez establecido el matrimonio, queda también establecida entre las partes una relación que ellas no pueden cambiar.

En ese sentido, vemos que ambas posiciones lejos de excluirse, se complementan. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se alinea a la posición matrimonio-institución, en el entendido que, a pesar que el matrimonio implica la necesaria existencia de un acto jurídico fundacional y la relevancia que posee la voluntad de los contrayentes en el matrimonio, éstos no determinan las reglas y consecuencias a las que se someten, sino que estos son regulados por ley. Por lo que faltaría lo esencial que es en todo contrato: La facultad de los contratantes para establecer las reglas y obligaciones recíprocas y la

extensión de las mismas<sup>194</sup>. Por lo que, la responsabilidad civil aplicable en estos casos sería la extracontractual<sup>195</sup>.

Así también ha señalado, Benzaquén<sup>196</sup> cuando de manera tajante se pronuncia diciendo que “la responsabilidad civil en las relaciones familiares, que incluye daños por incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, es de carácter extracontractual, ya que se genera por el incumplimiento del deber legal de cuidado y no de un contrato”<sup>197</sup>.

Porque, el matrimonio no se rige por un contrato, sino es una institución natural y fundamental de la sociedad.

Por otra parte, el incumplimiento de los deberes conyugales, como el deber de fidelidad, de asistencia y cohabitación contempladas en el artículo 288 ° y 289 ° del Código Civil, causan daños en la persona misma del cónyuge agraviado. En ese sentido, los daños causados entre cónyuges, entre ellos el daño a la persona causada entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales tiene una naturaleza de daño personal, que afecta a los derechos de la persona o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica, y en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

Como bien claro ha señalado Fernández Sessarego<sup>198</sup>, “el daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona

---

<sup>194</sup> BARBERO, Omar U (1977). Daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 223

<sup>195</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. Ob. Cit. p. 13.

<sup>196</sup> BENZAQUÉN, Alicia (2007). Responsabilidad y Daños en el Derecho de Familia, Buenos Aires: Ediciones D&D, S.R.L. p. 9.

<sup>197</sup> Similar parecer encontramos en MEDINA, Graciela (2002) El daño en derecho de familia. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. p. 50.

<sup>198</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1985). “El daños a la persona en el Código Civil de 1984”. En: Libro homenaje a José León Barandiarán”. Lima: Cultural Cusco. P. 214.

en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial”. Por ello, como señala el Tercer Pleno Casatorio, “el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses [de la persona], que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente”<sup>199</sup> (el agregado es nuestro). Por ello, está completamente claro que el daño a la persona es un daño no patrimonial, o lo mismo decir un daño extrapatrimonial.

Asimismo, esta característica también podemos extraer de un análisis de la relación que existe entre el daño moral y el daño a la persona. Al respecto, doctrina nacional autorizada ha señalado que la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie<sup>200</sup>. Ello ha sido avalado por el Tercer Pleno Casatorio, cuando señala que “es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral”<sup>201</sup>. Por lo que, el daño a la persona comparte la naturaleza del daño moral.

Respecto al daño moral, nuestra Corte Suprema de manera uniforme ha venido pronunciándose que “el daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta a los derechos de la persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia. Para interponer demanda sobre indemnización de daño moral, la norma procesal no exige vía previa” (Casación N° 231-98). Por lo tanto, el daño a la persona también tiene dicha característica, de ser un daño extrapatrimonial, así ha señalado nuestra Corte Suprema, refiriéndose al daño moral y personal en los casos de divorcio, ha señalado que “es necesario recalcar que este

---

<sup>199</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio: Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 71.

<sup>200</sup> Véase ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). Derecho de la Responsabilidad Civil. Segunda Edición Actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica. p. 181.

<sup>201</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio: Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 71.

daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico - material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino, fundamentalmente moral y personal que se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudica y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida común con el cónyuge disidente”<sup>202</sup>

### **3.5. LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA OCASIONADA ENTRE LOS CÓNYUGES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES.**

#### **3.5.1. CONFORME A NUESTRA LEGISLACIÓN**

Como ya tenemos mencionado, en la realidad de los hechos, es constante observar casos de daños de índole personal producidos en el seno familiar, donde uno de los cónyuges es afectado gravemente por el comportamiento antijurídico del otro. Ello corrobora los cuadros estadísticos sobre divorcio y procesos de divorcio presentados en los puntos anteriores.

En nuestros tiempos, los casos de maltrato al cónyuge se van incrementando cada vez más, por lo que los procesos de violencia familiar se tramitan por miles en nuestro país, sobre todo la violencia contra la mujer<sup>203</sup>. Respecto a los procesos en los Juzgados de familia en el año 2014, conforme hemos señalado en los comentarios del

---

<sup>202</sup> Casación N° 1782-2005-Lima. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Disponible en: [http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult\\_2.jsp](http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp)

<sup>203</sup> Las estadísticas del Centro de Emergencia Mujer (CEM) a los pocos meses que iba del 2014, revelaba que ha atendido en Arequipa 394 casos de violencia familiar y sexual. En el 2013, se reportaron 1858 casos (720 son menores) y en el 2012, fueron 1400.

Ana Jara cuando era Ministra de La Mujer y Poblaciones Vulnerables manifestó su preocupación por el incremento de la violencia en Arequipa. Señaló que en Arequipa durante el 2013 se registraron más de 1800 denuncias, 4 feminicidios y 3 tentativas de delito (Fuente La República, del 24 de enero del 2014).

Cuadro N° 03, hemos constatado que la tasa de la violencia familia es alta en los Juzgados de Familia de Arequipa. Ello corrobora las declaraciones del psicólogo de la Corte Superior de Justicia Arequipa, Pedro Malker Peralta, un promedio de 7 mil expedientes nuevos se procesan en los siete Juzgados de Familia y/o Mixtos de Arequipa, durante el 2014.

En los cuatro Juzgados de Familia de Arequipa, sin contar los Mixtos de Mariano Melgar, Paucarpata y Hunter, el 67% en promedio del total de expedientes que recepciona cada Juzgado corresponde a procesos de violencia familiar, el 10.4% de los procesos corresponde a divorcio por causal, 5.2% a procesos de tenencia de menores y 2% a procesos de separación convencional y divorcio ulterior<sup>204</sup>. Ello se corresponde con los datos señalados en los puntos anteriores, y nos hace ver la altísima tasa de violencia familiar, así como de divorcio.

En estos casos, frente al dolor y el sufrimiento de la pareja afectada, es ilógico que el derecho se mantenga ajeno. Es completamente necesario que contemos con mecanismos indemnizatorios específicos para proteger los derechos del cónyuge perjudicado. Nuestra legislación, a la par que regula la institución del matrimonio, también debe buscar soluciones a los problemas que surgen dentro de la vida matrimonial<sup>205</sup>. Creemos que no existe obstáculo alguno para mantener la doctrina de la inadmisibilidad de acciones resarcitorias de daños personales causados por el incumplimiento de deberes conyugales<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Declaración del psicólogo de la Corte Superior de Justicia Arequipa, Pedro Malker Peralta, con fecha 11 de setiembre del 2014, publicada por diario Correo de la misma fecha.

<sup>205</sup> Véase también CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe titulada "Responsabilidad Civil derivada del Divorcio" Disponible en: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

<sup>206</sup> Véase VALENZUELA DEL VALLE, Jimena. "Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de

Ahora veamos con qué bases legales contamos para pensar en la procedencia de la indemnización por daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales.

### 3.5.2. DE ACUERDO A LA CONSTITUCIÓN

A nivel constitucional encontramos el artículo 4° de nuestra Constitución, que señala:

Artículo 4°.- 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. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...).

Esta norma constituye una cláusula general y abierta de protección integral a la persona. Como ya líneas arriba hemos resaltado lo manifestado por Beltrán Pacheco<sup>207</sup>, cuando nos decía que esta norma “impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y a las madres en situación de abandono, extendiéndose la protección a la familia y al matrimonio”.

En ese sentido, esta norma brinda protección integral a la familia, por lo que también al matrimonio, de modo que ampara la procedencia de la indemnización de daños personales causados entre cónyuges.

Ello es así, porque:

---

su admisibilidad en Chile”. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 19, N° 1, 2012. pp. 241-269

<sup>207</sup> BELTRÁN PACHECO, Patricia Janeth (2010). Ob. Cit. p. 45.

- La norma contenida en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú consagra que tanto la comunidad, así como el Estado protegen a la familia, de modo que siendo el matrimonio una de las fuentes de la familia, los daños personales causados dentro del seno matrimonial deben ser reparados, como una forma de proteger las relaciones familiares dentro del matrimonio.
- Esta norma, también consagra el principio de promoción del matrimonio, lo que implica fomentar la celebración del matrimonio. Sin embargo, no solo debe quedar allí, sino también debe propiciarse la conservación del matrimonio, y en caso de decaimiento, debe sancionarse al quien provocó y el agraviado debe ser reparado.

Sobre la base de este principio debemos señalar que procede la indemnización de los daños a la persona que se causan por el incumplimiento de los deberes conyugales, puesto que constituye una forma de proteger a la familia y al matrimonio, por lo que también a sus miembros.

- También consagra el principio de protección y defensa de derechos específicos, que parte de admitir la especial situación de indefensión en que se encuentra la persona en determinados momentos de la vida y de reconocer la necesidad de erradicar algunos patrones socioculturales de conducta que lesionan su interés. Tal es el caso de la cónyuge embarazada, del cónyuge que adquiere alguna enfermedad dentro del matrimonio, del cónyuge que sufre lesión en alguna parte de su cuerpo por voluntad ajena, situación de vejez, etc. momentos en los cuales se requiere la fidelidad y asistencia del otro cónyuge, que es una manifestación del principio de solidaridad vigente en el

ámbito de derecho de familia, sin embargo muchos cónyuges en estos momentos, lejos de apoyar al cónyuge que se encuentra en situación especial abandonan el hogar infringiendo los deberes conyugales, por lo que en estas situaciones la responsabilidad civil familiar debe hacer su ingreso.

### **3.5.3. DE ACUERDO A NUESTRA NORMATIVIDAD LEGAL**

A nivel legal, de conformidad con el artículo 234° del Código Civil, el matrimonio constituye la unión voluntaria del hombre y la mujer a fin de hacer vida común, con derechos, deberes y responsabilidades iguales, por lo que también los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, asistencia y cohabitación, en concordancia con los artículos 288° y 289° del mismo cuerpo legal.

Es por ello que, conforme manda el artículo 345-A del Código Civil, en los procesos de separación de hecho, el Juez, a fin de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, está obligado a señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal. Esta norma es un primer paso con respecto a la indemnización de daños entre cónyuge, que muy bien puede ser aplicado en todos los casos de incumplimiento de deberes conyugales. La aplicación de esta norma ha sido avalado por múltiples casaciones emanadas de la Corte Suprema de la República, entre ellos la Casación N° 405-2013-CUSCO, del 03 de octubre del 2013, que ha señalado que la indemnización del artículo 345-A del Código Civil no solo comprende el menoscabo material sino también por el daño personal del cónyuge inocente.

De igual manera, tenemos el artículo 351° del Código Civil, que señala para el caso de divorcio por causal, diciendo que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. Esta norma también es habilitante para la procedencia de la indemnización del daño a la persona entre los cónyuges, aunque solo menciona el daño moral, a partir de una interpretación extensiva podemos aplicar a todo tipo de daños que se cause en la persona del cónyuge afectado, teniendo en cuenta que el daño moral es una manifestación del daño a la persona. Sin embargo, más conveniente sería una expresa regulación respecto a la procedencia de la indemnización del daño a la persona.

A este respecto la Corte Suprema de la República<sup>208</sup>, en la Casación del Tercer Pleno Casatorio, al resolver un caso de divorcio por separación de hecho ha señalado que “los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del **daño personal o daño a la persona y del daño moral**. En principio, el “daño personal” a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985 del Código Civil” (**El resultado es propio**).

A continuación la misma Corte Suprema ha aclarado que “el concepto de daño a la persona (...) comprendería todos los

---

<sup>208</sup> Casación del Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por la Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, con fecha 18 de marzo del 2011. Fundamento 66.

aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima. El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales cotidianas, practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)”<sup>209</sup>.

La misma Corte Suprema también ha precisado que “la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322, y en otros casos, con un

---

<sup>209</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil. Sentencia Cit. Fundamento 67-68.

alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984 y, aun diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985”<sup>210</sup>.

Si bien es cierto que en nuestro país es muy escasa la normatividad aplicable para el otorgamiento de la indemnización del daño a la persona entre cónyuges por incumplimiento de deberes conyugales. A nivel de derecho comparado esta inmunidad comienza a reducirse por la tendencia a realzar los derechos individuales de las personas en el seno familiar, a potenciar la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales.

Por ejemplo en España<sup>211</sup>, Chile<sup>212</sup>, Argentina<sup>213</sup>, actualmente se aprecia cómo se van abandonando progresivamente los privilegios de inmunidad en los daños entre cónyuges de tal manera que por el mero hecho de estar casados, el marido y la mujer no deben dejar de responder por los daños causados por el uno al otro. Si bien es cierto que el legislador español no ha previsto la posibilidad de reparar los daños consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales porque esta

---

<sup>210</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil. Sentencia Cit. Fundamento 71.

<sup>211</sup> De conformidad con el artículo 97 del Código Civil español, redactado por Ley 30/1981. La pensión compensatoria se establece judicialmente para reparar el desequilibrio económico que puede producir la ruptura matrimonial en uno de los cónyuges.

<sup>212</sup> La regulación jurídica de la compensación económica se encuentra establecida en el párrafo 1° del capítulo VII de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947, que se titula "De la compensación económica", y que comprende los artículos 61 a 66 de dicho cuerpo legal. Mediante el cual se otorga una indemnización denominada compensación económica al cónyuge perjudicado por los daños.

<sup>213</sup> Señalando que la especialidad del derecho de familia y la diferencia de su contenido no es justificativo para denegar la indemnización del daño moral derivado del divorcio, pues ello implicaría violar el principio de no dañar a otro contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, lo cual resulta inadmisibles, ya que el derecho de familia tiene que respetar las normas de derecho civil de rango constitucional y supralegal, los tribunales argentinos uniformemente otorgan indemnización por daño moral y a la persona.

responsabilidad por daños no es un efecto de la separación o del divorcio, sin embargo, el silencio del legislador no ha sido argumento en contra de la posible reparación de daños y perjuicios, porque tampoco existe norma alguna que lo prohíba, por lo que los Tribunales vienen supliendo este vacío haciendo justicia y ordenando que se indemnice dichos daños. En el derecho español se señala que no se trata de introducir criterios de culpabilidad o inocencia en la separación y en el divorcio, sino, de determinar si cuando existe un daño debe ser indemnizado porque lesiona derechos e intereses del cónyuge, es decir, la injusticia de un concreto daño indemnizable con independencia de que éste pueda, si quiere, optar por la separación o el divorcio. Ambas soluciones caben en procedimientos distintos y la no admisión del resarcimiento argumentando que ello sería volver a un sistema de separación o divorcio-sanción, lo único que se consigue es que una persona que sufre un daño y en este caso un daño en uno de sus derechos fundamentales, no disponga de la protección suficiente y que el dañante –por mucho que sea familiar el dañado– quede inmune<sup>214</sup>.

En ese sentido, los cónyuges en cuanto personas tienen derechos irrenunciables previstos en la Constitución y las leyes, por lo que el hecho de formar parte de una familia no hace variar las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico cuando se produce un daño en la esfera de estos derechos. De modo que en base a las normas que permiten indemnizar en el

---

<sup>214</sup> Véase MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa (2004). Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales. Ponencia en el Congreso Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Coordinado por Carlos Lasarte Álvarez y otros. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España. ISBN 84-609-3858-1. Disponible en Web: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3130528>.

caso de divorcio, las mismas que han sido reforzadas por las sentencias de la Corte Suprema de la República, es correcto afirmar que procede el otorgamiento de la indemnización de daños a la persona causada por el incumplimiento de deberes conyugales. O ¿sería razonable que no haya mecanismos reparatorios en el Derecho Matrimonial por cuanto a la esfera personal se refiere y que los dañante queden impunes por siempre?

#### **3.5.4. NUESTRA JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA INDIMNIZACIÓN DE DAÑO A LA PERSONA POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES**

A continuación analizaremos varias sentencias casatorias que demuestran que la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales es procedente:

##### **a) CASACIÓN Nº 1782-2005-LIMA, DEL 25 DE ABRIL DEL 2006.**

En el presente caso, se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Marina Vallejos Ocaña de Torres en contra de la sentencia de vista de fecha 01 de junio del 2005, que confirmando la apelada de fecha 15 de diciembre del 2004, declara fundada la demanda de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho, promovida por el demandante.

El recurso de Casación se interpone por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 386° del Código Procesal Civil, sobre la inaplicación de una norma de derecho material, esto es, del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, se denuncia única y específicamente el incumplimiento por parte

del Juez el deber de fijar una indemnización por daños incluyendo el daño personal y material.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en el cuarto considerando de la Casación N° 1782-2005-Lima, refiriéndose a un proceso de separación de hecho, señala que en este tipo de procesos:

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

Bajo ese argumento, declara fundada el recurso de casación interpuesto por la demandada Marina Vallejos Ocaña de Torres, y, en consecuencia CASARON la sentencia de vista impugnada y declararon NULA la sentencia de vista recurrida y, actuando en sede de instancia revocaron la misma en el extremo apelado y reformándola dispusieron que el demandante pague a favor de la demandada la suma S/. 2500.00 nuevos soles por concepto de indemnización de daño moral y daño a la persona.

Ello nos hace ver que la Corte Suprema de la República desde estos años viene propugnando la indemnización del daño moral y daño a la persona. Para indemnizar el daño a la

persona ha valorado el truncamiento del proyecto de vida del cónyuge inocente.

Hablando del proyecto de vida, Fernández Sessarego<sup>215</sup> nos dice que “se designa como el singular “proyecto de vida”, aquel que elige la persona, en un determinado momento de su vida, con el propósito de realizarlo en el curso de su existencia. Es el rumbo, la meta, el sentido y razón de ser que cada humano otorga al don de su vida. El “proyecto de vida” se fundamenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza de ser libertad. El “proyecto de vida” es lo que el hombre decide ser y hacer “con” su vida y “en” su vida. Ello, reiteramos, en tanto el hombre es un ser libertad. Solo un ser libre es capaz de proyectar”.

En ese sentido, en el presente caso, en el divorcio por la causal de separación de hecho, la demandada resulta siendo el cónyuge más perjudicado, quien estaría truncando su proyecto de vida debido al abandono o infringimiento del deber de cohabitación que habría sufrido por parte del demandante. Por ello, teniendo en cuenta que la frustración del proyecto de vida es una manifestación del daño a la persona del cónyuge, ésta debe ser reparado.

**b) CASACION N° 3090-2006-LIMA, DEL 02 DE MAYO DEL 2007.**

Se trata del recurso de casación interpuesto por Adriana Teresa Gómez Cerrón de Lucumi, contra la sentencia de vista que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia, disuelto el vínculo conyugal; en los seguidos

---

<sup>215</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica”. Colección: Gaceta Civil - Tomo 5 - Numero 15 - Mes-Ano: 11\_2013

por Pablo Genaro Lucumi Veriado y Adriana Teresa Gómez Cerrón, sobre divorcio por causal de separación de hecho.

La Sala Suprema, con fecha veintisiete octubre de dos mil seis, ha declarado procedente el recurso interpuesto, por las causales de interpretación errónea e inaplicación de normas de derecho material y contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Señala la recurrente que se ha efectuado una interpretación errónea del artículo 345-A del Código Civil, puesto que no se pronuncia sobre el daño personal o moral que sufriría la demandada al dejar de percibir la pensión alimenticia como consecuencia del divorcio, es más, no se pronuncia sobre el monto indemnizatorio que le debe corresponder como cónyuge afectada.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado que:

**“Décimo tercero:** Que, interpretado el texto del artículo trescientos cuarenticinco-A del Código Civil, segundo párrafo, debe precisarse que, por lo general, todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los Juzgadores están en la obligación de pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado, de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio. **Décimo cuarto:** Que, en tal sentido, el demandante ha afirmado en su demanda que se tuvo que retirar del hogar conyugal debido al comportamiento injurioso de la demandada; sin embargo en la secuela del proceso, en modo alguno ha demostrado tal comportamiento de la emplazada, por lo que tal hecho debe calificarse como un abandono. Que de otro lado, la demandada

ha sostenido que recién a partir del año dos mil dos el demandante le abona una pensión de alimentos. Sobre el particular el demandante ha admitido tácitamente tal afirmación; además existen los documentos de fojas cincuenticuatro a ciicuentiséis que corroboran la afirmación de la demandante. De otro lado, debe señalarse que la recurrente asumió sola la responsabilidad de criar y educar a los hijos de ambos, así como la conducción del hogar, una vez separados ambos cónyuges. Por tanto, estos son elementos conducentes a determinar la existencia de un perjuicio sufrido por la demandante a causa de la separación, el que incluye la frustración de su proyecto de vida personal. En tal sentido, estando acreditada la existencia de un daño moral y personal, atribuible al demandante, causado a resultas de la separación, el Juez está en la obligación de fijar un monto indemnizatorio".

Esta casación también demuestra claramente que en el caso de abandono en el matrimonio, es decir el incumplimiento del deber de hacer vida en común, constituye un daño a la persona del cónyuge abandonado, por lo cual éste debe ser resarcido.

**c) CASACIÓN N° 2802-2007-LIMA, DEL 11 DE MARZO DEL 2008**

El presente caso se trata de una demanda de separación de hecho interpuesta por José Zenón Alfaro Moreno en contra de Mery Lillie Juárez, donde el demandante plantea demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, señalando que entre él y su esposa existe una separación fáctica por más de cuatro años, lo cual según el demandante fue acreditado de manera fehaciente. La demandada, por su parte, no cuestionó el hecho de la separación, pero sí dejó en claro que esta no se produjo por causa suya.

La demanda es declarada fundada en primera instancia, más el juez no se pronunció sobre la existencia del cónyuge más perjudicado por el divorcio a fin de establecer la indemnización dispuesta por el artículo 345-A del Código Civil. El Juez de primera instancia no lo hizo simplemente porque ese punto no fue pretendido en la demanda ni tampoco solicitado por la demandada vía reconvencción, por lo que no vio necesidad de adoptar disposición alguna sobre el particular.

La sentencia es apelada por la demandada justamente porque el a quo no se pronunció sobre la existencia del cónyuge más perjudicado, y solo sobre este extremo, alegando ostentar ella dicha calidad, por lo que solicitó se fije una indemnización a su favor. La Sala Superior, por su parte, confirmó la sentencia apelada, declarando fundada la demanda y omitiendo pronunciarse sobre quien tenía la calidad de cónyuge inocente.

Frente a este hecho, la demandada interpone recurso de casación argumentando la existencia de una indebida motivación de resolución. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la casación, en el décimo segundo considerando señala que:

**“Décimo Segundo.-** Que, en el caso de autos, se advierte que el demandante, durante la vigencia del hogar conyugal se ha venido desempeñando como miembro del Ejército del Perú, continuando con su profesión militar, de la cual es General en retiro, percibiendo una pensión de cesantía en dicho grado según se ha acreditado en el proceso; mientras que por su parte, la cónyuge, no ha podido ejercer alguna profesión u oficio durante dicho lapso, sino que por el contrario, se ha dedicado a las labores de la casa, y con la

separación ocurrida entre ambos, ha visto truncado su proyecto de vida que en común tenía con el demandante, teniendo que recurrir a la acción judicial de alimentos conforme se ha acreditado en el proceso, a través del cual se le fijó una pensión ascendente al veinticinco por ciento de los haberes del actor, por lo que este Supremo Tribunal considera - contrariamente a lo sostenido por el Juez - que existen suficientes elementos de prueba que acreditan que la demandada ha sufrido un mayor perjuicio, con la disolución del vínculo matrimonial, el cual corresponde serle resarcido”.

Bajo este argumento la Sala Suprema señalando ha determinado que el Juez tiene el deber de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado por el divorcio y determinar la respectiva indemnización, pensión alimenticia o adjudicación preferente conforme lo ha establecido el artículo 345-A del Código Civil, por lo que el recurso de casación fue declarado fundado y por ende nula la sentencia apelada, ordenándose a la instancia inferior a pronunciarse sobre el tema señalado.

En ese sentido, similar que en el caso anterior la Sala Suprema ha valorado el daño que ha sufrido la demandada por el abandono físico y moral que ha sufrido de quien fuera su esposo, es decir debido al incumplimiento del deber de cohabitación, fidelidad y asistencia. Ello prueba que los daños personales causados por el incumplimiento de los deberes conyugales deben ser resarcidos, y es necesario que ello esté expresamente regulado en nuestra normatividad. Ello debe ser así, porque como señala Espinoza<sup>216</sup>, citando a Sessarego, “el más grave daño que puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su

---

<sup>216</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan (1996). Derecho de las personas. Segunda Edición. Lima: editorial Huallaga. p. 277.

proyecto de vida, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”.

**d) CASACION N° 4664-2010-PUNO. TERCER PLENO CASATORIO**

El 15 de diciembre del 2010 se celebró el tercer pleno casatorio que registra la historia judicial peruana, y fue el primero que se llevó a cabo bajo la nueva regulación introducida por la Ley N° 29634, del 28 de mayo del 2009, norma que estableció los siguientes cambios en el desarrollo del mismo: (i) Debe ser convocado por la Sala Suprema Civil; (ii) Sólo participan los jueces supremos civiles; y, (iii) Su objeto es constituir o variar un precedente judicial.

En ese sentido el Tercer Pleno casatorio constituye un precedente judicial de trascendental importancia.

Entre los diferentes puntos que ha abordado el Tercer Pleno Casatorio podemos mencionar a manera de conclusión los siguientes:

- En los procesos en materia de familia, se flexibilizan los principios de congruencia, preclusión y eventualidad y la acumulación de pretensiones, debido a la naturaleza tuitiva que tiene el proceso en materia familiar.
- La indemnización en la separación de hecho es una obligación legal y no un supuesto de responsabilidad civil contractual ni extracontractual.

- El juez tiene la obligación de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado, pero motivando sus decisiones en los medios probatorios actuados en el proceso.
- La indemnización o adjudicación de bienes en el divorcio por separación de hecho procede de oficio y a instancia de parte.
- Los pedidos de indemnización o adjudicación preferente de bienes de la sociedad de gananciales pueden presentarse en cualquier estado de la causa. Si fueran postulados luego de la audiencia de pruebas, solo se admitirán los medios probatorios de actuación inmediata a fin de evitar maniobras dilatorias que entorpezcan la tramitación del proceso.
- No obstante los errores conceptuales en que ha incurrido la Corte Suprema al dictar la sentencia bajo comentario, la sentencia del pleno casatorio ha logrado sus objetivos, pues se han analizado con amplitud todos los temas relativos a la aplicación del artículo 345-A del Código Civil relativo a los efectos de la sentencia de divorcio por la causal de separación de hecho y fijando reglas procesales destinadas a evitar que los diversos órganos jurisdiccionales no sigan emitiendo fallos contradictorios.
- Los jueces pueden apartarse del precedente judicial siempre y cuando lo hagan en resolución debidamente motivada.

Como podemos ver, el Tercer Pleno Casatorio, estableció que el cónyuge inocente debe ser indemnizado. Aunque señala que esta indemnización tiene el carácter de una obligación legal que puede ser cumplida de dos modos: con el pago de

una suma de dinero o con la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, se trata de dos soluciones de carácter alternativo, excluyente y definitivo. Precisa además que esta indemnización no tiene por finalidad el resarcir daños, sino el de equilibrar las desigualdades económicas que resulten de la ruptura matrimonial, por ello no tiene un carácter alimentario pues la indemnización se da por una sola vez, a diferencia de los alimentos que son de carácter periódico.

En ese sentido a pesar que el Pleno manifiesta que no tiene carácter resarcitorio, es claro observar que es una indemnización del daño que sufre el cónyuge inocente por la ruptura del matrimonio, y de las causales y las consecuencias que provocaron dicha ruptura.

**e) CASACIÓN 2602-2010-AREQUIPA, DEL 01 DE JULIO DEL 2011**

En el presente, es materia de autos el recurso de casación interpuesto por la demandada María Soledad Monje Dávalos, contra la sentencia de vista de fecha 26 de marzo del año 2010, la misma que ha confirmado la sentencia apelada de fojas setecientos noventa y cinco, su fecha veintidós de setiembre del año dos mil nueve, mediante la cual se ha declarado fundada la demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho, improcedente el pedido de inclusión de bienes en la Sociedad de Gananciales e infundada la pretensión de Indemnización por Daño Moral y Personal, petitionado por la recurrente en vía reconvencional.

La recurrente interpone su recurso por las causales de Infracción Normativa Material y Procesal, señalando que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 345-A del Código Civil, donde se establece la obligación del juez a que previamente,

determinada la condición de cónyuge “culpable” o “más perjudicado” con la separación de hecho, se tenga que indemnizar a la contraparte, al inocente o perjudicado o más perjudicado, indemnización que comprende el daño patrimonial y el extrapatrimonial, lo que no ha sido objeto de pronunciamiento en las sentencias de autos. Asimismo, señala que se ha infringido los artículos 51, 138 y 139 incisos 3 y 5 y 14 de la Constitución Política del Estado, siendo que el juez debió precisar quién era el cónyuge culpable u ofendido o el más perjudicado con la separación; habiéndose vulnerado el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haberse tenido en cuenta que los pronunciamientos anteriores emitidos por el Colegiado Superior habían precisado que el juez debía señalar cuál de los dos cónyuges era el culpable u ofendido y en todo caso el más perjudicado con la separación, y habiendo la Sala Superior inaplicado su propio criterio anterior, debió dar una especial fundamentación para apartarse del mismo, lo que no sucedió. Refiere también una vulneración al Principio de Motivación, evidenciándose en la recurrida una falta de logicidad entre los fundamentos de hecho y derecho, pues por un lado se determina que efectivamente la cónyuge agraviada más perjudicada o inocente tiene derecho a una indemnización por los daños sufridos, sin embargo no emite pronunciamiento alguno al respecto, haciéndolo única y exclusivamente respecto a la indemnización por daño moral y personal que en vía de reconvención ha planteado.

Al resolver la casación la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala que:

“Noveno.- Queda así evidenciada la incongruencia interna que origina la nulidad de la resolución recurrida, no viniendo al caso pronunciarse sobre los demás vicios procesales, ni la

infracción normativa sustantiva; sin embargo se debe de ordenar que al momento de dictarse la nueva sentencia se tenga en cuenta la sentencia casatoria derivada del Tercer Pleno Casatorio realizado por las Salas Civiles de esta Corte Suprema (Casación número 4664-2010 de fecha dieciocho de marzo del año dos mil once), el mismo que tiene la calidad de precedente judicial conforme a lo previsto por el artículo 400 del Código Procesal Civil y vincula a los Órganos Jurisdiccionales de la República, siendo de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación, a los procesos pendientes de resolver, publicación que se produjo con fecha trece de mayo del año dos mil once. Décimo.- Del citado precedente judicial, plenamente aplicable para los casos de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho, debe tenerse en cuenta que la indemnización que de ella deriva tiene el carácter de una obligación legal, no resarcitoria de daños, en donde al estar frente a la figura del divorcio remedio no se requiere determinar la existencia de la culpa por parte de uno de los cónyuges, sino el establecer quién es el cónyuge perjudicado o más perjudicado; y en ese ámbito la culpa o dolo solo es relevante para efectos de determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto indemnizatorio a favor del cónyuge más perjudicado; así, el dolo o la culpa no son presupuestos sine qua non de la Causal de Separación de Hecho para efectos de ser favorecido con la indemnización. Entonces, para disponer la indemnización, el Juzgador debe pronunciarse sobre la existencia o no de la condición de cónyuge más perjudicado, verificando y estableciendo las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado, debiendo apreciarse si se han establecido las circunstancias indicadas en el numeral cuatro del elemento segundo de la parte resolutive del citado precedente judicial, entre los que se indica: el grado de afectación emocional o psicológica; si se tuvo que demandar alimentos ante el incumplimiento del cónyuge obligado; si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que

tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes”.

En ese sentido, esta casación versa sobre la determinación del cónyuge más perjudicado. En ella, si bien es cierto que manifiesta que el dolo o la culpa no son presupuestos sine qua non de la Causal de Separación de Hecho para efectos de ser favorecido con la indemnización, también deja en claro que la culpa o dolo es relevante para efectos de determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto indemnizatorio a favor del cónyuge más perjudicado.

Resalta más bien que para otorgar la indemnización conforme al Tercer Pleno Casatorio, es decir por daño personal y moral, el Juzgador debe pronunciarse sobre la existencia o no de la condición de cónyuge más perjudicado, verificando y estableciendo las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado, debiendo apreciarse si se han establecido las circunstancias indicadas en el numeral cuatro del elemento segundo de la parte resolutive del citado Pleno Casatorio, entre los que se indica: el grado de afectación emocional o psicológica; si se tuvo que demandar alimentos ante el incumplimiento del cónyuge obligado; 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.

Esta casación evidencia la procedencia de la indemnización de daños personales en el divorcio, a favor del cónyuge más perjudicado.

**f) CASACIÓN N° 3679-2011-LIMA NORTE, DEL 15 DE ENERO DEL 2013.**

En el presente proceso se interpone recurso de casación de parte de la demandada Mariza Violeta Contreras Saavedra, contra la sentencia de vista de fecha 03 de junio del 2011, que confirmando la sentencia apelada de fecha 02 de noviembre del 2010, declara fundada la demanda interpuesta por José Leonidas Llontop Saldaña, en consecuencia, divorciados a ambos cónyuges, disuelta la sociedad de gananciales, ordena el cese de la obligación alimentaria entre ambos cónyuges y fija en S/. 4000.00 nuevos soles el monto indemnizatorio que debe pagar el demandante por el daño al proyecto de vida a favor de la demandada.

La casación se interpone entre otras causales, invocando la infracción normativa del artículo 345°-A del Código Civil (que regula la indemnización del cónyuge que resulte perjudicado con la separación), manifestando que el monto indemnizatorio de S/. 4000.00 Nuevos Soles fijado a su favor en la sentencia de vista, resulta ínfima para el daño que ha sufrido, si se tiene en cuenta el estado de salud demostrado en la secuela del proceso; asimismo, señala que esa norma debe ser interpretada a tenor del artículo 1984 del Código Civil, que regula la indemnización por daño moral, siendo que en autos se ha acreditado que necesita un tratamiento de por vida.

A este respecto, la Sala Suprema señala que deben analizarse las razones que han dado lugar a la causal de separación de hecho. Por lo que, refiriéndose a la norma contenida en el artículo 345-A, en el numeral 8) de sus fundamentos señala que:

“Los legisladores al momento de redactar esta norma tuvieron en cuenta que su finalidad era resolver un problema social, cual consistía en dejar de mantener la ficción de una relación conyugal, la cual producía daños a las partes quienes tendrían la posibilidad de rehacer sentimentalmente su vida o formalizar sus nuevas relaciones de pareja. Por ende, al igual que toda norma legal el fin último de los legisladores fue el procurar resolver el problema social surgido entre dos personas que, a pesar del tiempo de separación, no tenían posibilidad legal de separarse y divorciarse, bajo las estrictas causales del divorcio, propias de un sistema jurídico absolutamente protector del matrimonio: que es en esas circunstancias se dicta la norma que instituye como causal de divorcio la separación de hecho, convirtiendo nuestro sistema o modelo de divorcio sanción, en un sistema o modelo plurimodal en donde también se insertan causales propias del sistema o modelo del divorcio remedio”.

Asimismo señala que las sentencias de mérito han fijado una indemnización cuyo monto la demandada lo considera ínfimo, y señala que *“la Sala Suprema ha establecido en reiteradas sentencias casatorias el criterio de que el Juez está en la obligación de fijar, de oficio, una indemnización por daños y perjuicios, cuando de la apreciación de los medios probatorios llegue a la conclusión de la existencia de un cónyuge perjudicado con la separación e, incluso, esta propia Corte Suprema, ante dicha situación, ha actuado de manera prudencial, estableciendo una indemnización a favor del cónyuge perjudicado”*. Bajo este argumento, si bien no incrementa el monto de la indemnización, pero sí confirma las sentencias de mérito que fijaron la indemnización por daño al proyecto de vida.

Esta Casación, nos muestra la procedencia de la indemnización del daño a la persona, específicamente por el

daño que se ha causado al proyecto de vida de la cónyuge más afectada, incluso sin que ésta sea la demandante.

**g) CASACION N° 1529-2011-AREQUIPA, DEL 15 DE MARZO DEL 2012**

Se trata del recurso de casación interpuesto por María Vilca Quenaya de Calderón contra la sentencia de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez que revocando la sentencia apelada declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, infundada la indemnización por daño moral a favor de la demandada; carece de objeto el pronunciamiento respecto a la patria potestad, tenencia, custodia, régimen de visitas y alimentos respecto de las hijas habidas dentro del matrimonio al ser las mismas mayores de edad; en consecuencia: Disuelto el vínculo matrimonial, por fenecida la sociedad de gananciales, en los seguidos por Héctor Calderón Flores sobre divorcio por separación de hecho.

Al resolver la casación la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República señala que:

“**Undécimo.**- la Sala de mérito ha desestimado el otorgamiento de indemnización, señalando que no existe prueba suficiente que permita acreditar que la demandada haya sufrido un daño moral con motivo de la separación submateria; al respecto si bien es cierto, no es procedente que el juez bajo el único argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije por su solo arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación de bienes, conforme lo establece el artículo 345-A del Código Civil, también es cierto que el juez, debe agotar toda la actividad probatoria tendiente a esclarecer tal hecho, conforme la facultad otorgada a este en el artículo 194 del Código Procesal Civil concordante con el artículo III del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo

**Duodécimo.-** Ahora bien, cabe precisar que la determinación de quién es el cónyuge perjudicado es una actividad netamente “probatoria”, orientada a establecer el menoscabo económico y daño personal o moral sufrido como consecuencia de la separación, ya sea con los medios probatorios ofrecidos por las partes o los incorporados al proceso en atención a las facultades del juez y en virtud de las normas antes señaladas. La omisión de tal actividad, en casos como el que nos ocupa divorcio por causal de separación de hecho, en el cual el juez tiene especiales potestades tuitivas y el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, implica una vulneración al debido proceso que acarrea la nulidad de la sentencia recurrida. En efecto, en autos, la instancia de mérito no solo ha desconocido tales facultades, sino que además, sin mayor justificación ha señalado que no existen medios probatorios que acrediten el daño, sin mayor observancia del artículo 197 del Código Procesal Civil y artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incurriendo la sentencia de mérito en este extremo, en una motivación insuficiente que acarrea un vicio de nulidad, vulnerando el debido proceso y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene todo justiciable, razón por la cual debe ampararse la causal de infracción normativa de carácter procesal de manera excepcional”. (Subrayado es nuestro)

Bajo dichos argumentos, la Sala Suprema declara fundada la casación y nula la sentencia recurrida, señalando que la Sala de mérito en aras de principio de seguridad jurídica, en atención a los fines del recurso de casación, y conforme el artículo 400 del Código Procesal Civil, al resolver la presente causa debe observar el Precedente Vinculante establecido en la Sentencia Casatoria N° 4664-2010-PUNO, del 18 de marzo de 2011, en especial énfasis en sus considerandos cuarenta y siete al noventa y uno así como lo señalado en la parte resolutive del fallo en su segundo extremo.

Ello significa que en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, el Juez está en la obligación de valorar todas las pruebas aportadas para determinar el cónyuge más perjudicado y sobre dicha base indemnizar el daño personal y moral que haya sufrido este cónyuge, en atención de la Sentencia recaída en la N° 4664-2010-PUNO, sentencia del Tercer Pleno Casatorio. El Tercer Pleno, de cumplimiento obligatorio, si bien es cierto ha fijado pautas para el otorgamiento de la indemnización al cónyuge más perjudicado por concepto de daño a la persona y daño moral, ésta es únicamente para el divorcio por causal de separación de hecho, por lo que lo más conveniente es que se regule esta situación de manera expresa también para el daño a la persona que se causa en los procesos de divorcio por las demás causales previstas en el artículo 333° del código Civil.

A pesar que ésta y otras casaciones sientan la base del otorgamiento de la indemnización del daño a la persona, el Juez no puede fijar la indemnización de manera arbitraria, sino en base a las pruebas aportadas al proceso. Por ello, como señala Rioja Bermúdez<sup>217</sup>, resulta claro que un elemento indispensable en el proceso judicial es la existencia de medios de prueba que acrediten los hechos que sustenta una demanda sobre todo en el caso de un monto indemnizatorio, ello no se encuentra en discusión, más toda regla siempre tiene una excepción y la existencia de particularidades sobre todo en un proceso como el que es materia de análisis, sin embargo, pese a la no existencia de elementos probatorios que pudieran establecer un monto preciso respecto de la indemnización que ha sufrido uno de

---

<sup>217</sup> RIOJA BERMUDEZ, Alexander (2014). "La indemnización por separación de hecho. Un breve análisis de dos posturas frente a un mismo hecho". En: Gaceta Civil & Procesal Civil. Tomo 9. p. 13.

los cónyuges, debe dejarse al juez la posibilidad de fijarlo de manera equitativa, ya que también parte de la responsabilidad de quien asegura que ha sido perjudicado y no haber propuesto los medios destinados a consolidar su posición o valorar de la indemnización a resarcir. Se apuesta de esta forma por lograr amparar de alguna manera a quienes son parte del proceso judicial y no ha contado con una adecuada defensa judicial, subsanado en todo caso el perjuicio causado por un mal abogado patrocinante y logrando un fin supremo como es la justicia, más allá de la existencia de malos operadores del derecho (léase abogados, para el caso en particular) que no se encuentran a la altura de las circunstancias y que no se puede perjudicar al iletrado en derecho frente a quien pasó por las aulas universitarias pero que no aprendió lo elemental para ser un verdadero profesional del Derecho”.

**h) CASACIÓN N° 5026-2011-HUAURA, DEL 14 DE NOVIEMBRE DEL 2012**

En el presente, se trata del recurso de casación interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes, contra la sentencia de vista emitida por la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fecha siete de setiembre del año dos mil once, que confirma la sentencia apelada que declara infundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por Efraín Jaime Minaya Leyva, y fundada la reconvenición de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes, e integrando la citada sentencia, declara infundada la pretensión de indemnización por daños solicitada por la reconviniente; revocando la misma sentencia en el extremo que omite establecer el pago de costas y costos, el cual se

reforma para efectos de que el demandante pague a la demandada-reconviniente los costos del proceso.

El recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha veinte de marzo del año dos mil doce, por las causales de infracción normativa y apartamiento inmotivado del precedente judicial previstas en el artículo 386° del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia que se han infringido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que la sentencia de vista evidencia una falta de motivación, ya que se declara infundada la pretensión de indemnización por daños y perjuicios solicitada por la reconviniente, sin haberse valorado en forma conjunta todos los medios probatorios que sustentaban dicha pretensión, y que el demandante había ocasionado a consecuencia del abandono. Tal es así que la sentencia de primera instancia, en el considerando décimo primero, refiere de forma arbitraria que tanto la demandante como el demandado no han acreditado el perjuicio que alguno de ellos hubiera sufrido, al no verse aportado documentación indubitable que acredite el perjuicio para alguno de ellos, lo que viola el derecho a la prueba que es un elemento indispensable para un proceso justo y regular. Asimismo, denuncia que se ha vulnerado el principio de la uniformidad de la jurisprudencia nacional, toda vez que en el Tercer Pleno Casatorio.

Al resolver la casación la Sala de la Corte Suprema señala que:

**“DÉCIMO QUINTO.-** Que, en consecuencia, resolviendo lo conveniente respecto del extremo que es materia de casación -la reconvencción sobre indemnización por los perjuicios ocasionados producto de la separación de los cónyuges, o de los que ocasione el divorcio en sí-, este Supremo Tribunal estima que existen elementos probatorios suficientes que

acreditan que la separación entre los cónyuges, y aun la declaración de divorcio en sí, ha producido un desequilibrio económico entre las partes, perjudicando más a la reconviente que al reconvenido, por cuanto: i) No se ha acreditado en autos que la actora hubiera desempeñado algún trabajo remunerado en actividades concretas al momento de la separación, o que hubiera seguido estudios técnicos o superiores que le hubieran permitido ejercer un oficio, trabajo, empleo o profesión para subvenir sus necesidades básicas y, sobre todo, las de sus tres hijos menores de edad. En este hecho concreto en particular, ha incidido la situación personal de la demandada, quien se dedicó exclusivamente al cuidado del hogar, por lo que no se puede desvirtuar el hecho de que aquella no pudo labrarse otras expectativas o sus deseos de superación personal, trayendo como consecuencia que, al momento de producirse la separación efectiva, no pueda procurarse su subsistencia por sí misma y tuviera que recurrir a las labores agrícolas, tal como lo refirió en su escrito de demanda, siendo que en la actualidad viene trabajando como ayudante de costura, tal como ha referido en su declaración brindada en la Audiencia de Pruebas; ii) Se toma en cuenta también que, a consecuencia de no poder solventar su propia manutención ni la de sus tres menores hijos, de los que se hizo cargo exclusivamente a consecuencia de la separación, la reconviente demandó en el año mil novecientos noventa y siete la prestación alimenticia a cargo del reconvenido, pretensión que fue oportunamente amparada por el Órgano Jurisdiccional, y posteriormente demandó en el año dos mil uno el aumento de la pensión alimenticia, aunque en este último proceso no hubiera obtenido sentencia favorable para sí misma, salvo en cuanto se refería a los tres menores a quienes sí se les aumentó los alimentos. iii) Se toma en cuenta que al momento de ocurrida la separación de los cónyuges -marzo de mil novecientos noventa y dos-, los hijos matrimoniales contaban aproximadamente con tres, seis y siete años de edad, por lo que dependían totalmente del cuidado de la madre al encontrarse en una edad muy

vulnerable; iv) Igualmente, en cuanto a las consecuencias derivadas de este proceso, las posibilidades de la reconviniendo de afrontar con éxito la vida de divorciada, se verán afectadas en razón de la enfermedad que padece – lumbociatalgia-, y cuyo tratamiento viene recibiendo en el Hospital Regional de Huacho, por lo que se verá obligada a afrontar los gastos para solventar su tratamiento; v) No debe perderse de vista que la reconviniendo –a diferencia del demandante– no ha vuelto a formar un nuevo hogar con tercera persona, aun cuando el reconviniendo faltara a la verdad al afirmar que su esposa le fue infiel en el año mil novecientos noventa y nueve y que a consecuencia de dicha infidelidad fue que dejó el hogar conyugal, lo que finalmente desmintió en la Audiencia de Pruebas, al aceptar que se retiró voluntariamente del hogar en el año mil novecientos noventa y dos. Del mismo modo, pierde consistencia la afirmación del reconviniendo en el sentido de que el hogar conyugal fuera el ubicado en el asentamiento humano “El Carmen”, Huaura, toda vez que la reconviniendo ingresó como poseionaria de un lote en el año mil novecientos noventa y dos; es decir, el mismo año en que se produjo la separación de hecho, habiéndose constatado en el Informe Social número cero noventa y nueve – dos mil diez, obrante a fojas veinticuatro del cuadernillo de Auxilio Judicial, que la vivienda es de material rústico –adobe- con piso de cemento – deteriorado- y otra parte de tierra y techo de esteras con palos. **DÉCIMO SEXTO.-** Que, en consecuencia, a fin de reestablecer el equilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, deberá fijarse un monto indemnizatorio acorde con el perjuicio que la separación y el divorcio en sí ocasiona a la reconviniendo, que incluyen el daño personal y el daño moral - no así el daño al proyecto de vida-, para lo cual se tendrá en cuenta que una de las hijas matrimoniales ya cuenta con estudios superiores, y otra aún se encontraría estudiando en la universidad, mientras el hijo matrimonial aún debe afrontar su rehabilitación por depender de sustancias psicoactivas. Asimismo, que la demandante percibe un ingreso como ayudante de costura, pero no se trata de un trabajo fijo ni

estable; siendo así, este Supremo Tribunal fija con criterio de conciencia la suma cinco mil nuevos soles -S/.5,000.00- el monto por concepto de indemnización que deberá percibir la reconviniente por los perjuicios ocasionados a consecuencia del daño personal infringido, y que incluye el daño moral”.

En ese sentido, en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, que podría ser válido también en divorcio por otras causales (aunque no se aplica así por no estar expresamente regulado), con la finalidad de reestablecer el equilibrio económico resultante por la ruptura matrimonial, deberá fijarse un monto indemnizatorio acorde con el perjuicio que la separación y el divorcio en sí ocasiona al cónyuge agraviado, que incluyen el daño personal y el daño moral.

Incluso en los casos en las que solamente se ampara como daño moral se debe interpretar que el resarcimiento es por el daño a la persona, por cuanto como ha señalado la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio, y lo ha confirmado en el presente, el daño personal incluye el daño moral<sup>218</sup>.

**i) CASACION N° 405-2013-CUSCO, DEL 03 DE OCTUBRE DEL 2013. INDEMNIZACION DE DAÑO MORAL**

En el presente proceso de divorcio, el demandante JAAG, interpone recurso de casación contra la SENTENCIA DE VISTA de fecha 22 de noviembre del 2012, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de justicia de Cusco, que entre otros aspectos confirmó en parte la sentencia apelada que declara fundada en parte la demanda reconventional interpuesta por CCC sobre indemnización de daños y perjuicios y reparación de daño moral en contra de JFAG; infundada la misma demanda en cuanto a la pretensión

---

<sup>218</sup> Véase Casación N° 4664-2010-Puno, Tercer Pleno Casatorio, fundamento jurídico 71, cuarto párrafo.

indemnizatoria en la suma de \$ 50 000.00; revocaron en la parte que ordena que al demandado indemnice a la actora con la suma de S/. 7 000.00, reformándola fijaron el monto indemnizatorio en S/. 20 000.00 nuevos soles que deberá cancelar el demandado JFAG dentro del quinto día que quede firme la sentencia.

El juez en primera instancia había declarado infundada la indemnización señalando que la accionante no fundamentó su derecho a recibir una reparación conforme al monto demandado, ascendente a \$ 50.000 dólares americanos, estableciéndose un monto menor a su favor (S/. 7 000.00 nuevos soles). La reconviniente al apelar sostuvo que el Juzgador no tuvo en cuenta la verdadera magnitud del daño y la enfermedad contagiada por su ex cónyuge, y el demandado, en tanto el presunto daño no ha sido acreditado fehacientemente. Respecto a ello la instancia superior concluyó que se encuentra acreditado que es el demandante, quien habría contagiado a la demandada la enfermedad, y por tanto debe indemnizarla en un monto prudencial, aumentando la condena por indemnización a la suma de S/. 20 000. Nuevos soles.

Contra dicha Sentencia de Vista el demandante JFAC interpone recurso de casación denunciando entre otros, la infracción normativa en la indebida aplicación del artículo 345-A del Código Civil, señalando que la Sentencia es extrapetita, por cuanto dicho extremo no era materia de apelación y la misma tampoco formaba parte de los puntos controvertidos.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, enfatizó que por el principio de flexibilización procesal, en los procesos de divorcio, el cónyuge perjudicado está facultado para solicitar

indemnización por vía de reconvención o acumulación indistintamente. Por lo que, en el presente caso, la cónyuge reconvino el pago de una indemnización por daños y perjuicios por tener la condición de cónyuge perjudicada, pues su esposo le fue infiel ya que tiene un hijo extramatrimonial. Asimismo, refirió que fue víctima de constantes agresiones físicas, estando en una ocasión internada por la gravedad. Asimismo, señaló que su esposo le contagió con virus del papiloma humano, por contagio sexual, pues ésta se le diagnosticó dentro del matrimonio, enfermedad que le impide reanudar su vida. Por lo que era procedente la casación.

Al resolver, en el décimo segundo considerando, respecto a la denuncia por contravención normativa de la segunda parte del artículo 345-A del Código Civil; señala que es preciso tener en cuenta que la indemnización regulada en este artículo tiene el carácter de una obligación legal; este tipo de indemnización no solo comprende el menoscabo material sino también por el daño personal del cónyuge inocente; además no tiene un carácter alimentario, sino el restablecer en la medida de lo posible el mayor perjuicio sufrido. Asimismo, el hecho de estar gozando de una pensión de alimentos es independiente a la indemnización que pudiera corresponder. Para poder establecer la indemnización no necesariamente se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño personal con la separación de hecho y con el divorcio. Así en el caso de autos, conforme ya se ha indicado en los considerandos precedentes, la situación de CCC, como cónyuge inocente tiene varias aristas, ya que viene padeciendo una enfermedad, y que producto de ello constantemente viene

siendo tratada, que dicha enfermedad (papiloma Virus Humano) también lo tiene el demandante, y que el diagnóstico fue detectado cuando mantenían vida en común con el demandante y que como cónyuges se deberían dar apoyo común, hecho que no ocurrirá debido al divorcio que se originó. Asimismo se tiene que tener en cuenta que la demandante no cuenta con trabajo y debido a su edad sería complicado realizarse profesionalmente, más aun si antes de producirse la separación de hecho el demandante, tuvo una relación extramatrimonial en la que se concibió un hijo y que existió procesos administrativos y judiciales producto de los conflictos originados en la vida conyugal de los recurrentes, lo que también originó un daño. En consecuencia, concurre la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño causado a la persona, ya que existe definitivamente un desequilibrio en la vida de la demandante.

Bajo dichos argumentos, se declara infundada el recurso de casación planteada por el demandante, por lo que quedaría confirmada la sentencia recurrida, con lo cual se pone fin al proceso, determinándose una indemnización para la cónyuge perjudicada, anotándose que en todo proceso de divorcio por causal de separación de hecho, la parte que se considere la más perjudicada con la separación, se encuentra facultada para solicitar la indemnización por cualquiera de las formas de incorporación al proceso vía acumulación o reconvención

Con esta sentencia casatoria quedaría bien claro la procedencia de la indemnización de daños causados a la persona del cónyuge agraviado, en este caso por haber infringido el deber de fidelidad, regulado en el artículo 288°

del Código Civil, de manera concordante con lo dispuesto por el artículo 345-A del mismo cuerpo legal.

**j) CASACIÓN Nº 5079-2007. LIMA, DEL 15 DE ABRIL DEL 2008. DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO.**

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Sixto Benito Meza Quiñones, contra la resolución de vista, su fecha 09 de agosto del 2007, corriente a fojas quinientos treinta y ocho, expedida por la Sala Civil Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma los extremos apelados de la sentencia de fecha 30 de enero del dos mil siete, en cuanto declaró fundada la reconvenición de divorcio por la causal de adulterio y fijó un monto indemnizatorio a favor de la reconviniendo, y la revoca en cuanto al monto indemnizatorio y reformándola lo fija en S/. 10 000.00 (DIEZ MIL y 00/100 NUEVOS SOLES); y aprueba la misma en el extremo consultado, que declara fundada la demanda por separación de hecho y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial y fenecida la sociedad de gananciales, con lo demás que contiene.

Que en esta sentencia, la Sala Suprema analiza las causales de divorcio por la causal de separación de hecho de manera comparativa con la causal de adulterio. Señala la Sala que el divorcio por causal de separación de hecho puede ser interpuesto por cualquiera de los cónyuges, lo que se busca es solucionar una situación conflictiva por el quebrantamiento injustificado y permanente del deber de cohabitación. A esta causal de divorcio doctrinariamente se le ha denominado divorcio remedio que reposa en su aspecto objetivo, sin embargo, en nuestro ordenamiento civil –debido a nuestro contexto social- está concebido no sólo desde el aspecto objetivo (la separación de hecho), sino también reposa en el

ámbito subjetivo, pues en su análisis y aplicación el juez está obligado a determinar al cónyuge culpable de la separación injustificada a efectos de establecer las medidas de protección a favor del cónyuge perjudicado, análisis en el cual debe determinarse las causas o razones que motivaron la separación (abandono injustificado, violencia doméstica, adulterio, etc.). Consecuentemente la causal de divorcio por separación de hecho legislativamente es una de naturaleza mixta, pues contempla características objetivas del sistema divorcio remedio y subjetivas del sistema divorcio sanción. Mientras que la causal de divorcio por adulterio es una de naturaleza subjetiva o inculpatoria, consistente en la violación deliberada del deber de fidelidad por el hecho de mantener una relación sexual extramatrimonial, esta causal sólo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado; doctrinariamente se le ha denominado divorcio sanción, ya que las consecuencias del divorcio por esta causal se reflejan en el recorte de ciertos derechos del cónyuge culpable, tales como la pérdida al derecho de heredar, la pérdida de los gananciales, entre otros.

Luego de dicho análisis la Sala Suprema señala que “es un hecho que las causales de divorcio antes analizadas son diferentes, no obstante ello, comparten ciertos elementos comunes; pues el sistema mixto consagrado, en nuestra legislación civil, en la causal de divorcio por separación de hecho también es materia de debate la culpabilidad del cónyuge causante de la violación del deber de cohabitación; al igual que en la causal de adulterio donde se busca al cónyuge culpable de la violación del deber de fidelidad. Asimismo, en cuanto al cónyuge culpable los efectos de la declaración de divorcio por ambas causales son similares, toda vez que así se infiere de lo establecido en el último

párrafo del artículo 345–A del Código Civil, concordado con los artículos 351, 352 y 353 del Código Civil. En ese sentido, se puede evidenciar que si bien las causales de divorcio antes aludidas son diferentes, sin embargo, no son excluyentes”.

En base a dicho argumento declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto don Sixto Benito Meza Quiñones; en consecuencia NO CASAR la sentencia de vista recurrida, emitida por la Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La doctrina desarrollada es muy importante, toda vez que nos hace ver la similar naturaleza de la cual participan los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho y la causal de adulterio, pues ello nos hace ver que la procedencia del otorgamiento de la indemnización del daño a la persona para el causal de separación de hecho se puede también aplicar para el caso de divorcio por la causal de adulterio y otros.

**k) EXPEDIENTE N° 901-2013. DIVORCIO POR CAUSAL. TRAMITADO POR ANTE EL PRIMER JUZGADO MIXTO DE PAUCARPATA**

En el presente caso, el demandante Alejandro Silverio Huamanquispe Gonzales, interpone demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho a efecto de que se declare disuelto el vínculo matrimonial que lo une con la demandada Laureana Cabana Muñoz.

Tramitada la demanda, el Juzgado declara FUNDADA la pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges. Respecto a la indemnización señala **sin indemnización** de daño personal al no existir cónyuge perjudicado por la separación.

Esta sentencia al no haber sido apelada se eleva en consulta a la Segunda Sala Civil de Arequipa, la misma que con fecha 30 de julio del 2014 confirmaron la Sentencia de primera instancia, integrándola declararon además el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Como sabemos que respecto de la existencia de cónyuge perjudicado con la separación de hecho: El artículo 345-A segundo párrafo, del Código Civil prescribe que “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”.

La norma es suficientemente clara, que es el Juez quien señalará indemnización por daños a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, en sentido similar el artículo 351 del mismo cuerpo legal prevé que si de 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.

Frente a ello el Juzgado señala que, a fin de establecer el incumplimiento de las obligaciones conyugales y por consiguiente al cónyuge perjudicado por la separación, y emitir pronunciamiento sobre la indemnización del daño personal, se debe tener presente que en autos si bien la demandada ha indicado que la ruptura de la relación conyugal se produjo por el carácter violento del demandante, sin embargo no se ha acreditado en autos tal aspecto, tampoco

existen elementos particulares o indicios que formen convicción en el Juzgador sobre cónyuge perjudicado y por el contrario de los hechos expuestos por el demandante y la demandada se infiere que ninguno de ellos habría buscado una solución a los posibles problemas maritales y por el contrario serían ambos quienes decidieron separarse y hacer su vida independiente uno del otro; por tanto, ante la inexistencia de medios probatorios idóneos que permitan determinar al cónyuge culpable o causante de la separación, o que al menos existan indicios suficientes para determinar tal situación, no se acredita la existencia de un cónyuge perjudicado por la separación de hecho, por ende, no corresponde disponer pago de indemnización alguna.

**I) EXPEDIENTE N° 00241-2013. DIVORCIO POR CAUSAL TRAMITADO POR ANTE EL TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE AREQUIPA**

En el presente caso, el demandante NICOLAS ARIZPE MESTAS interpone demanda de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges por más de dos años ininterrumpidos, a efecto de que su despacho declare disuelto el vínculo matrimonial existente con la demandada Julia Valencia de Arizpe, en consecuencia ordene la respectiva inscripción en los Registros Civiles de la Municipalidad Distrital de Nicasio, Provincia de Lampa, departamento de Puno. Como pretensiones accesorias solicita que su despacho se pronuncie sobre alimento entre los cónyuges, sobre los bienes adquiridos en común, y sobre los alimentos, tenencia y vida para los hijos no corresponde por cuanto son mayores de edad, y no solicita indemnización a favor de su persona; asimismo solicita a su despacho se le exonere al recurrente del pago de reparación civil por cuanto no es el

causante ni el responsable de la separación entre la demandada y su persona.

Tramitada la demanda, el Juzgado declara FUNDADA la pretensión principal de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges, y demás pretensiones accesorias solicitadas, establece que la no existencia de cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

De esta manera no se otorga la indemnización por daño a la persona por incumplimiento de los deberes conyugales.

**m) EXPEDIENTE N° 0238-2010. DIVORCIO POR CAUSAL IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMUN, TRAMITADO POR ANTE EL CUARTO JUZGADO DE FAMILIA DE AREQUIPA**

En el presente caso, la demanda interpuesta por Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga en contra de William Antonio Peralta Fernández, sobre divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común a efecto de que se declare la disolución del vínculo matrimonial que la une con el demandado. De manera acumulativa objetiva, originaria y subordinada solicita el divorcio por la causal de separación de hecho por el período de cuatro años, en caso de que sea desestimada la primera.

De manera acumulativa, objetiva originaria y accesoria del principal solicita: 1. Se declare el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales 2. Se declare la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges. 3. Se declare el cese de la obligación alimentaria entre marido y mujer a partir de la expedición de la sentencia que recaiga en el presente proceso, ya que existe obligación pendiente de ejecución a favor de la demandante. 4. Se declare la privación de la patria potestad del menor hijo Jean Paúl Peralta Guillén.

El Juez del Cuarto Juzgado de Familia, valorando adecuadamente los fundamentos de la demanda, así como los medios probatorios aportados, declara fundada la pretensión principal (ya no se pronuncia por la pretensión subordinada), y las pretensiones accesorias.

De los fundamentos de la sentencia y los medios probatorios aportados claramente se observa que la demandante ha sufrido daños en su persona, debido a la violencia física y psicológica ejercida por el demandado, no solo ella sino también su hijo, sin embargo como no ha solicitado indemnización el Juzgado no se pronuncia nada a este respecto. Ello es así, porque si de oficio se pronunciara sobre el daño moral y del daño a la persona, conforme a nuestra normatividad estaría expidiendo una sentencia extrapetita, por lo tanto se vulneraría el principio de congruencia procesal.

Sin embargo, hemos visto que en los casos de divorcio por causal de separación de hecho, aunque no haya sido pedido la indemnización por daños a la persona, el Juez está obligado a determinar quién es el cónyuge más perjudicado, y de ser el caso indemnizarlo. Pero ello es así, porque el artículo 345-A lo establece en ese sentido, criterio que ha sido potenciado aún más mediante el Tercer Pleno Casatorio. Por ello, amerita que se modifiquen los artículos 345-A y 351 del Código civil para que en todos los procesos de divorcio por causal, también se otorgue dicha indemnización.

### **3.4. TRATAMIENTO QUE SE DEBE DAR A LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑO A LA PERSONA CAUSADOS ENTRE LOS CÓNYUGES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES.**

En los capítulos anterior hemos determinado que la responsabilidad civil en el campo de derecho de familia, entre ellos la responsabilidad por el daño a la persona causada entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, tiene la naturaleza de responsabilidad extrapatrimonial, por lo que este daño a la persona causado entre cónyuges por incumplimiento de deberes conyugales constituye un daño extrapatrimonial, un daño que afecta a los derechos de la persona o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica, será necesario determinar bajo que normas debe ser otorgado la indemnización de estos daños.

Nuestro Código Civil al hablar del contenido de la indemnización, en su artículo 1985° señala que “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

Respecto al otorgamiento de la indemnización por daño moral el artículo 1984 del mismo cuerpo legal señala que “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. Sin embargo, no existe una norma específica de la forma como debe otorgarse el daño a la persona, por lo que haciendo una interpretación extensiva, la regla prevista para el otorgamiento del daño moral sería aplicable para el otorgamiento del daño a la persona.

Por otra parte, en el campo del derecho de familia, el artículo 345-A del Código Civil, para el caso de divorcio por causal de separación de hecho, en su segundo párrafo ha señalado que “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”.

Asimismo, el artículo 351 del mismo cuerpo legal, para el caso de divorcio por causal ha señalado que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

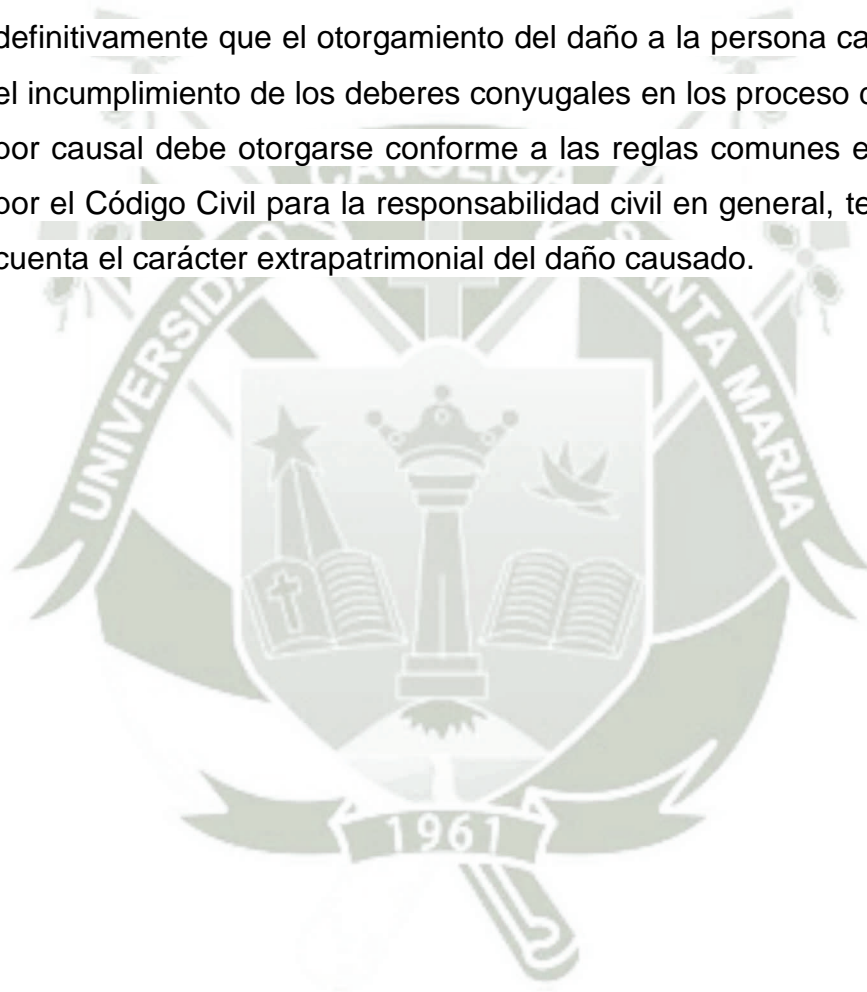
Como podrá verse, tampoco nuestra legislación ha señalado específicamente sobre las reglas de otorgamiento de la indemnización por daño a la persona, sin embargo debemos entender que la norma contenida en el artículo 351° del Código Civil no solo es aplicable al daño moral, sino haciendo una interpretación extensiva debe ser aplicable al daño a la persona, teniendo en cuenta que el daño moral está comprendido en el daño a la persona<sup>219</sup>, lo que también fluye de la redacción de dicho artículo cuando expresamente señala que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente...”. Legítimo interés personal del cónyuge inocente, hace una clara alusión al daño personal o daño a la persona del cónyuge inocente o cónyuge agraviado.

---

<sup>219</sup> En ese sentido se ha dejado establecido en el Tercer Pleno Casatorio, señalando que era pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral (Véase la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 71)

Por esta razón, podemos decir que esta norma debería ser aplicable para el caso del daño a la persona, sin embargo, por no estar expresamente señalado no se aplica, haciendo que en los casos de divorcio por causal distinto a las de separación de hecho, no se está otorgando la indemnización del daño a la persona.

En base a dichos argumentos, asimismo teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente reseñada, es que se concluye definitivamente que el otorgamiento del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales en los proceso de divorcio por causal debe otorgarse conforme a las reglas comunes establecido por el Código Civil para la responsabilidad civil en general, teniendo en cuenta el carácter extrapatrimonial del daño causado.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** A partir de los datos estadísticos expuestos, así como la jurisprudencia y doctrina analizada, la naturaleza jurídica del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales es un daño de carácter extrapatrimonial, toda vez que afecta a la persona misma en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial.

**SEGUNDA:** Los casos de divorcio por causal son consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales, por lo que en los procesos de divorcio por causal se ocasionan daños en la persona del cónyuge inocente. Por ello, es procedente indemnizar el daño a la persona ocasionada entre cónyuges por el incumplimiento de las obligaciones conyugales, a fin de reparar el daño sufrido por el cónyuge agraviado y que el cónyuge causante no quede impune.

**TERCERA:** El daño a la persona ocasionada entre cónyuges por el incumplimiento de las obligaciones conyugales en los procesos de divorcio por causal, tiene la misma naturaleza jurídica del daño a la persona regulado en el artículo 345-A del Código Civil para el divorcio por causal de separación de hecho, así como del daño moral previsto en el artículo 351° del mismo cuerpo legal, avalada también por la jurisprudencia y doctrina autorizada, y su otorgamiento debe proceder conforme a las mismas reglas comunes de la responsabilidad civil regulada por nuestro Código Civil, con cierta flexibilidad por encontrarse en el ámbito del derecho familia.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Se debe propiciar efectuar estudios y trabajos de investigación referidos a asuntos de responsabilidad civil, especialmente de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de Familia, con la finalidad de buscar su difusión, conocimiento y su aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que actualmente el derecho de familia viene evolucionando conforme al desarrollo social, científico y tecnológico de nuestra sociedad.

**SEGUNDA:** Se debe propiciar estudios e investigaciones sobre los alcances del principios constitucionales del derecho de familia, y bajo ese marco, trabajar por una indemnización integral de los daños en todos los ámbitos de las relaciones humanas, entre ellos los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona. Para cuya organización debe convocarse la participación de las Universidades, Poder Judicial, Ministerio Públicos (Fiscalías de Familia), Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, entre otros.

**TERCERA:** Dado que el incumplimiento de los deberes conyugales contemplados en los artículos 288° y 289° del Código Civil genera que los cónyuges se divorcien, causándose con ella daños irreversibles en la persona del cónyuge perjudicado, por lo que este daño debe ser reparado. En ese sentido, con la finalidad de viabilizar el otorgamiento de la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal, deben modificarse los artículos 345-A y 351 del Código Civil (Se presenta a continuación propuesta de un Proyecto de Ley).

## PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY

### PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 345-A y 351° DEL CÓDIGO CIVIL

#### PROYECTO DE LEY N°:

Proyecto de Ley que propone la modificación del artículo 345-A y 351° del Código Civil, referido a la indemnización del daño a la persona causada por incumplimiento de deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal.

El Congresista de la República que suscribe, \_\_\_\_\_, miembro del Grupo Parlamentario \_\_\_\_\_, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

#### PROYECTO DE LEY

##### I. CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su artículo 1° señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Que el artículo 288 del Código civil establece que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”

Que, el artículo 289° del código Civil establece que “es deber de ambos cónyuges hacer vida 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”.

Que, en nuestro país estos deberes son frecuentemente quebrantados, provocando el decaimiento del matrimonio, provocando que las parejas se separen o se divorcien. En la mayoría de estos casos, el decaimiento del matrimonio es por culpa de uno de los cónyuges, siendo perjudicada el otro cónyuge, causándosele a éste un daño irreparable en su persona, por lo que ésta debe ser indemnizada. Sin embargo, nuestra legislación no ha previsto respecto a la reparación del daño a la persona del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal.

Que, el artículo 345-A del Código Civil ha señalado que “para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (...)”. Reconoce de esta manera una indemnización del daño personal (daño a la persona) para el cónyuge perjudicado, pero sólo para el divorcio por la causal de separación de hecho.

Que, el artículo 351° del Código Civil ha establecido que “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”. Estableciéndose así una indemnización por daño moral para el cónyuge inocente en el caso de divorcio, omitiéndose respecto a la indemnización del daño a la persona sufrida por el cónyuge inocente.

Que, por los motivos expuestos se considera necesario que la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal debe ser regulado expresamente por nuestro Código Civil, la misma que debe

otorgarse teniendo en cuenta las mismas reglas generales que para el otorgamiento de la indemnización establecida por el Código Civil.

## II. TEXTO DEL PROYECTO

### EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

#### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 345-A Y 351° DEL CÓDIGO CIVIL**

##### **Artículo Único.- Modificación del artículo 345-A y 351 del Código Civil**

Modifíquese el artículo 345-A y 351 del Código Civil, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

##### **Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio**

Para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

***En todo proceso de separación de cuerpos y divorcio, incluido el de separación de hecho***, el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el ***daño a la persona*** u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la ***separación***, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.

##### **Artículo 351.- Indemnización del daño a la persona**

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 a la persona***.

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I. SITUACIÓN FÁCTICA DE LA TENENCIA EN NUESTRO PAÍS**

En nuestro país la familia constituye la célula básica de la sociedad, pues sobre la base de la familia se constituyen nuestros pueblos y nuestra sociedad, nuestro ordenamiento jurídico, así como las normas internacionales, lo reconocen de esa manera.

De igual manera, el matrimonio constituye la fuente más importante del origen de la familia. Por ello, mediante el artículo 288° y 289° del Código civil se establecen los deberes conyugales, como son el deber de fidelidad y asistencia, así como hacer vida común en el domicilio conyugal.

Estos deberes son esenciales para la vida en matrimonio, sin embargo no tienen carácter coercitivo. Por ello, en nuestro país es frecuente ver que estos deberes son quebrantados, provocándose el decaimiento del matrimonio, que trae aparejado la separación o divorcio de las parejas. Sobre el quebrantamiento de los deberes patrimoniales nuestra legislación se ha ocupado ampliamente, imponiendo sanciones en caso de su incumplimiento, pero respecto al incumplimiento de los deberes personales, de carácter extrapatrimonial, nuestra legislación casi no se ha ocupado. Justamente por ello vemos que abundan matrimonios donde los cónyuges incumplen con facilidad los deberes conyugales señalados, dado que estos deberes, conforme a nuestra legislación, constituyen solamente simples deberes éticos, cuya inobservancia no acarrea más que sanciones morales y sociales, aunque con su el incumplimiento se causan, en el cónyuge agraviado, daños irreparables y de por vida, pues se afecta a su yo más interno e íntimo, por supuesto invisibles para los demás.

En la mayoría de los casos, el decaimiento del matrimonio es por culpa de uno de los cónyuges. El cónyuge que no causó es perjudicado, por lo que este perjuicio debe ser indemnizado. Sin embargo, nuestra legislación no ha previsto expresamente sobre la procedencia de la reparación del daño a la persona del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal, con excepción para el caso del divorcio por causal de separación de hecho.

Nuestro Código Civil, si bien ha previsto sobre la reparación civil del daño personal para el cónyuge más perjudicado en el caso de divorcio por la causal de separación de hecho en su artículo 345-A y la reparación del daño moral para el caso de divorcio por causal en forma general en su artículo 351°, no ha establecido sobre la procedencia de la indemnización del daño a la persona en los procesos de divorcios por causal diferente a la separación de hecho. Ello está permitiendo que el cónyuge causante de la separación quede impune por los daños a la persona que ha causado en su cónyuge.

En ese sentido, la existencia de los hechos que ameritan el otorgamiento de la indemnización por daño a la persona en los divorcios por causal diferentes a la separación de hecho y la carencia de una norma que regule esta situación, es la que justifica la necesidad de que el daño a la persona sufrida por el cónyuge perjudicado provocado por el incumplimiento de los deberes conyugales debe ser regulado por nuestro Código Civil, la misma que debe otorgarse teniendo en cuenta las mismas reglas generales utilizados para el otorgamiento de reparación civil establecido por el Código Civil, por lo que deben modificarse el artículo 345-A y el artículo 351 del Código Civil, con la finalidad de prever el otorgamiento de la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal.

## II. FUNDAMENTO TEORICO Y TERMINOLOGIAS BASICAS

### 5.1. DEBERES CONYUGALES

Nuestro Código Civil señala en su artículo 288° que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”, luego en artículo 289° del mismo Código señala que “es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal”. Observemos cada uno de ellos:

- 1) **Deber de fidelidad.-** Conforme al artículo 288° del Código Civil tanto el marido y la mujer están en la obligación de guardarse fidelidad uno al otro. Fidelidad entendida como un deber de lealtad, de observancia de la fe que uno debe al otro. La constancia en el afecto y los sentimientos. Ello supone la obligación de no faltar, ofender, deshonorar o humillar al cónyuge. En suma, el deber de no traicionarlo. De lo cual se deduce que el deber de fidelidad engloba la fidelidad física y la fidelidad moral<sup>220</sup>.
- 2) **Deber de asistencia.-** El artículo 288° del Código Civil impone a los esposos el deber de ayudarse mutuamente. Es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida<sup>221</sup>.
- 3) **Deber de cohabitar.-** El artículo 289° del Código Civil consagra expresamente el deber de ambos cónyuges de cohabitar. Esta obligación constituye el deber esencial, fundamental pues permite la realización de los demás deberes conyugales.

---

<sup>220</sup> MONGE TALAVERA, Luz (2010) “Deber de Fidelidad y Asistencia”. En: Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica. p. 235.

<sup>221</sup> MONGE TALAVERA, Luz. Ob. Cit. p. 235.

Como señala Monge Talavera<sup>222</sup>, hacer vida en común implica varios aspectos:

a. En primer lugar, supone la obligación de compartir una residencia común, un hogar común. Los esposos deben vivir juntos, en la misma casa, bajo el mismo techo. La unidad de domicilio significa para el efecto de la ley, el hecho natural de la vida común constante y no interrumpida en un mismo lugar. La residencia conyugal constituye el aspecto exterior y el soporte material del deber de cohabitación, del cual se desprende que, siendo el techo común, lo son también la mesa y el lecho.

b. En segundo lugar, el deber de hacer vida en común implica una comunidad física, lo que engloba el "deber conyugal" propiamente dicho. En efecto, el deber de vivir juntos alude públicamente a la comunidad de lecho, a las relaciones sexuales conyugales.

Estas últimas constituyen uno de los deberes conyugales por excelencia, *debitum conyugale*. Si la unión de sexos no es una condición formal del matrimonio, es un efecto natural de éste. Es por ello que el artículo 277° del Código Civil establece que es anulable el matrimonio contraído, no solamente por el impúber, sino también de aquel que adolece de impotencia absoluta.

c. Fuera de la copula carnalis, el deber de cohabitación engloba, finalmente, un aspecto económico. Como se dice corrientemente, compartir juntos la vida significa compartir juntos el mismo pan. La unión personal de los esposos se prolonga en principio en una unión patrimonial, la cual se expresa en la constitución de la sociedad de gananciales; y

---

<sup>222</sup> Cfr. MONGE TALAVERA, Luz. Ob. Cit. pp. 239-240.

aun cuando los cónyuges hayan optado por el régimen de la separación de patrimonios, queda subsistente la obligación común de asumir juntos los gastos que conlleva la vida común

## 5.2. DAÑO A LA PERSONA

### 5.2.1. DEFINICION

Como señala Sessarego<sup>223</sup> el daño a la persona se entiende como el daño que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Afecta y compromete a la persona en cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial<sup>224</sup>.

Leysser León, nos dice que el daño a la persona viene a ser “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”<sup>225</sup>.

### 5.2.2. NORMAS APLICABLES

El artículo 4° de nuestra Constitución señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)”. Esta norma constituiría una cláusula general y abierta de protección integral de la persona en nuestro país, en concordancia con

---

<sup>223</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho de la Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro del Código Civil Peruano. Librería Studium Editores. Lima, 1986. P. 67.

<sup>224</sup> SACK RAMOS, Sylvia Jacqueline (2014). Responsabilidad civil en el Nuevo Proceso Penal. Ob. Cit. p. 46.

<sup>225</sup> LEON, Leysser. Ob. Cit. p. 9.

su artículo 1°, que establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

A nivelo legal, si bien es cierto que no contamos con una regulación específica sobre daño a la persona, el artículo 1985° del Código Civil de manera genérica señala que “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

En ese sentido, en aplicación de las normas citadas, conforme a nuestra legislación el daño a la persona constituye como uno de componentes de la indemnización, por lo que conforme a los principios de protección de la persona y de la familia, sobretodo la protección de la dignidad de la persona como base de los derechos fundamentales de la persona, se debe abogar por la indemnización del daño a la persona causada entre cónyuges por el incumplimiento de los deberes conyugales.

### **5.2.3. CLASIFICACION DEL DAÑO A LA PERSONA**

Para poder abogar por la indemnización del daño a la persona, es necesario comprender qué tipo de daños engloba el daño a la persona. Conforme señala Joel Díaz<sup>226</sup>, el daño a la persona comprendería al daño psicosomático y daño a la libertad.

#### **c) DAÑO PSICOSOMÁTICO**

---

<sup>226</sup> DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño el Proyecto de Vida. Lima: Jurista Editores. p. 50.

El daño psicosomático es el daño que puede incidir sobre el cuerpo (por ejemplo un golpe) o sobre la psique (por ejemplo un trauma). Dependiendo de la incidencia del daño, se puede hablar de daño biológico o daño a la salud.

El daño biológico afecta la normal eficiencia sicosomática del sujeto, lo que se hace patente a través de los actos ordinarios, cotidianos y comunes de la existencia personal. Este daño por su característica particular, debe ser apreciado por el médico legista.

El daño a la salud, mientras tanto, compromete el entero “modo de ser” de la persona. Representa un déficit en lo que atañe al bienestar integral del sujeto, derivado de la acción del daño biológico. Su apreciación corresponde normalmente al juez, sobre la base de los informes proporcionados por los médicos legistas sobre la entidad y alcances del daño biológico producido.

**d) DAÑO A LA LIBERTAD O PROYECTO DE VIDA**

Es aquel tipo de daño que afecta el destino que la persona otorga a su vida o, expresándolo en otras palabras, se modifica el camino trazado, el objetivo trazado por el ser humano afectado por el daño<sup>227</sup>.

Esto es así, porque como señala Sessarego, si bien somos libres para proyectar nuestra vida, la ejecución de nuestro proyecto existencial puede frustrarse por una acción dañina. Esta acción que daña nuestro proyecto de vida se

---

<sup>227</sup> DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño el Proyecto de Vida. Ob. Cit. 50.

caracteriza por ser un daño a futuro y cierto, de acción continua en el periodo existencial del hombre<sup>228</sup>.

#### 5.3.4. DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL

En la doctrina nacional y extranjera existe una confusión entre el daño moral y el daño a la persona. Sin embargo, no son los mismos, por lo que es necesario hacer su distinción.

El daño moral supone una lesión a la esfera sentimental del sujeto, está representado por los estados de ánimo, de sufrimiento síquico inducido a la víctima, con frecuencia transitoriamente, por la ofensa recibida y por sus consecuencias. El daño moral produce pena, dolor, sufrimiento, pero es transitorio. Cabe por tanto que este estado de ánimo se mitigue o desaparezca con el tiempo. La pérdida de un ser querido, por ejemplo, genera un explicable y acentuado sufrimiento.

En la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio la misma Corte Suprema ha señalado que “el concepto de daño a la persona (...) comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima. El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación

---

<sup>228</sup> Crf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2000). Daño Psíquico. En: Normas Legales. Tomo 287. Abril del 2000.

(privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales cotidianas, practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)<sup>229</sup>.

Debemos tener en cuenta que la doctrina nacional autorizada señala que la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie<sup>230</sup>. Sin embargo, debemos advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona<sup>231</sup>, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322<sup>232</sup>, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984<sup>233</sup> y, aun diferenciándolo del daño a la

---

<sup>229</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil. Sentencia Cit. Fundamento 67-68.

<sup>230</sup> Véase ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). Derecho de la Responsabilidad Civil. Segunda Edición Actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica. p. 181.

<sup>231</sup> Véase OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones, en: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.

<sup>232</sup> Artículo 1322 del Código Civil señala que “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

<sup>233</sup> Artículo 1984 del código Civil señala “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

persona como ocurre en el del artículo 1985<sup>234</sup>. Sin embargo, nuestra Corte Suprema acertadamente ha señalado que es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral<sup>235</sup>.

#### 5.4. INDEMNIZACION POR DAÑO A LA PERSONA

Teniendo en cuenta el valor de la persona humana como centro y eje del derecho, cualquier daño que se le cause, tenga o no consecuencias patrimoniales, no puede dejar de ser adecuadamente reparado. Para ello debe simplemente tenerse en cuenta su naturaleza de “ser humano”. Esta reparación como se ha expresado se fundamenta siempre y en cualquier caso, en la propia dignidad de la persona.

Es necesario distinguir entre “resarcimiento” del daño emergente y del lucro cesante, ambos de carácter patrimonial, de la “reparación” del daño extrapatrimonial, carente de significación económica. En lo que concierne a la indemnización del primero de dichos daños no existe duda ni vacilación alguna, ya que los ordenamientos jurídicos positivos cuentan con normas expresas para dicho efecto y por otra parte, existe copiosa y abundante jurisprudencia nacional y comparada al respecto.

En lo que se refiere a la reparación del daño a la persona, como daño extrapatrimonial, son importantes las cláusulas de tutela de la persona, pues son de aplicación en el hipotético caso que no se contara con norma expresa dentro del ordenamiento positivo. En el

---

<sup>234</sup> Artículo 1985 señala que “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

<sup>235</sup> Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, Casación N° 4664-2010, proveniente de Puno. Fundamento Jurídico 71.

caso del Perú, como ya señalamos, el artículo 4 de la Constitución opera como cláusula general y abierta de protección integral a la persona, mientras que en el artículo 1985 del Código Civil se aloja el dispositivo concreto que faculta dicha indemnización. A ello debe apoyar el artículo 1° de la Constitución que señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Sin embargo, es necesario contar con una norma que expresamente señale la procedencia del otorgamiento del daño a la persona que se causa, por ejemplo en los casos de divorcio por causal.

#### **5.5. PROCEDENCIA DE LA REGULACIÓN DEL OTORGAMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO A LA PERSONA CAUSADA POR EL INCUPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES.**

En nuestro país y en nuestro tiempo es frecuente ver los daños que se causan entre las parejas en el seno del matrimonio, donde uno de los cónyuges es afectado gravemente por el comportamiento antijurídico del otro, sin embargo no contamos con mecanismos indemnizatorios que velen por los derechos del cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal.

En estos casos, frente al dolor y el sufrimiento de la pareja afectada, es ilógico que el derecho se mantenga ajeno. Creemos que el Derecho a la par que regula la institución del matrimonio, debe buscar soluciones a estos problemas que surgen dentro del seno matrimonial<sup>236</sup>, y no existiría obstáculo alguno para mantener la doctrina de la inadmisibilidad de acciones resarcitorias frente a los daños causados por el incumplimiento de los deberes conyugales<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe titulada “Responsabilidad Civil derivada del Divorcio” Disponible en: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

<sup>237</sup> Cfr. VALENZUELA DEL VALLE, Jimena. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile”. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 19, N° 1, 2012. pp. 241-269

Por lo que, es completamente necesario que contemos con mecanismos indemnizatorios específicos para proteger los derechos del cónyuge perjudicado. Nuestra legislación, a la par que regula la institución del matrimonio, también debe buscar soluciones a los problemas que surgen dentro de la vida matrimonial<sup>238</sup>. Por ello, los artículos 345-A y 351° del Código Civil deben ser modificados, señalando que en los procesos de divorcio por causal, se debe indemnizar el daño a la persona que se causa al conyugue inocente por el incumplimiento de los deberes conyugales.

### **III. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA**

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente velar por el adecuado cumplimiento y aplicación de la indemnización de daños causados entre cónyuges por el incumplimiento de los deberes conyugales, la misma que debe ser fijado por el Juez en aras de salvaguardar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado. Por lo tanto, no es posible establecer una valoración de carácter económico referido a los efectos que generen la aprobación de la presente iniciativa legislativa. Lo que más bien se logrará es velar por el cuidado de la familia y proveer de herramientas suficientes a los operadores del derecho en el caso de los procesos de divorcio por causal, sobre todo en aquellas que se demandan por causales diferentes a la separación de hecho.

### **IV. EFECTO DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La iniciativa legislativa implica únicamente la modificación de los artículos 345-A y 351° del Código Civil.

Lima, 15 de mayo del 2015

---

<sup>238</sup> Véase también CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe titulada "Responsabilidad Civil derivada del Divorcio" Disponible en: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

## BIBLIOGRAFÍA

### A. LIBROS

1. ÁGUILA GRADOS, Guido y CAPCHA VERA Elmer (2010). El ABC del Derecho Civil, Lima: EGACAL.
2. AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales.
3. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (2005). De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Italiano. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
4. ALFARO VELARDE, Luis (2011). La indemnización en la separación de hecho. Análisis del informante jurisprudencial y doctrinal. Lima: Gaceta Jurídica.
5. ASPIRI, Jorge (2000). Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL.
6. BARBERO, Omar U (1977). Daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires: Editorial Astrea.
7. BARROS BOURIE, Enrique (2006). Tratado de la responsabilidad extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
8. BELLUSCIO, César Augusto (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomo I y II. Buenos Aires: Ediciones Astrea.
9. BERMUDEZ TAPIA, Manuel (2009). Divorcio y Separación de Cuerpos. Lima: GrijLey.
10. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Ediciones Astrea.
11. BRINGAS, Luis Guillermo (2011). La reparación civil en el proceso penal. Lima: Instituto Pacífico.
12. CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo (2014). La Familia Ensamblada en el Perú. Lima: Andrus Editores.

13. CALDERON PUERTAS, Carlos (2014). Daño a la Persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil peruano. Lima: Editora Jurídica Montivensa.
14. CASTILLO FREYRE, Mario y otros (2013). El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia causal, proceso y garantías. Lima: Gaceta Jurídica.
15. CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1999). Derecho familiar peruano. Tomo I y II. Lima: Gaceta Jurídica Editores SRL.
16. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (2009). Derecho de familia. Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional N° 3. Lima: Comisión Andina de Juristas.
17. DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos (2006) (Directores). Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Jurídica GrijLey.
18. DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño el Proyecto de Vida. Lima: Jurista Editores
19. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio (1992). Sistema de derecho civil. Vol. II. Madrid: Tecnos.
20. DIEZ-PICAZO, Luis (1999). Derecho de Daños. Madrid: Editorial Cevitas.
21. DUTTO, Ricardo J (2006). Daños ocasionados en las relaciones de familia. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. S.R.L.
22. ENNECCERUS, Ludwig (1979). Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Volumen 1. Barcelona.
23. ESPINOZA ESPINOZA (2006), Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
24. GACETA JURIDICA (2010). Código Civil Comentado. Tomo II, III y X. Derecho de Familia. Lima: Ediciones Gaceta Jurídica S. A.

25. GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca (2014). Manual de Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores.
26. GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino (2005). La reparación civil en el proceso penal. Segunda edición. Lima: Idemsa.
27. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2011). Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio. Lima: Jurista Editores.
28. LEON, Leysser (2004). La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas. Lima: Editora Normas Legales.
29. LOPEZ DIAZ, Carlos (2005). Manual de derecho de familia. Tomo I. Chile.
30. MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy (2001). Derecho de Familia. Lima: Editorial San Marcos.
31. MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I. Vol. I.
32. MÉNDEZ COSTA, María José (2006). Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
33. MEDINA, Graciela (2002) El daño en derecho de familia. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
34. MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (Coord.) (2007). La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Editorial Dykinson S, L.
35. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2003). Tratado de las Obligaciones. Tomos X y XII. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen XVI. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
36. PALOMINO RAMÍREZ, Nancy y ARANA ZEGARRA, María Teresa (2011). Marco conceptual sobre familia. Lima: Ministerio de la Mujer

- y Desarrollo Social. Dirección de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia
37. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: IDEMSA.
  38. PLÁCIDO VILCACHAGUA., Alex F (2008). Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la Jurisprudencia Civil. Lima: Gaceta Jurídica.
  39. PIZARRO, Wilson Carlos (Dir.). Regímenes especiales de responsabilidad civil. Cuadernos de Análisis Jurídicos. Chile: Universidad Diego Portales.
  40. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo (2008). Instituciones de derecho privado. Obligaciones. Tomo 4. Buenos Aires: Hammurabi.
  41. RAMOS RIOS, Miguel Ángel (2013). Violencia Familiar. Protecciones a la Víctima Frente a las Agresiones Intrafamiliares. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
  42. RUBIO GIMENO, Gemma (2014). La autorregulación de parejas en crisis (Una aproximación desde el derecho civil catalán). Madrid: Dykinson.
  43. SACK RAMOS, Sylvia Jacqueline (2014). Responsabilidad civil en el Nuevo Proceso Penal. Ejercicio de la pretensión civil y reparación integral del daño. Lima: Ideas Solución Editorial SAC.
  44. TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). Elementos de la Responsabilidad civil. Editorial Lima: Jurídica GrijLey.
  45. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto y LOPEZ MESA, Marcelo (2004). Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomos I y II. Buenos Aires: La Ley.
  46. VALVERDE, Emilio (1942). El Derecho de Familia. Tomo 1. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra.

47. VARGAS ARAVENA, David (2009). Daños civiles en el matrimonio. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer.
48. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.
49. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2007). Divorcio y separación de cuerpos. Lima: Editora Jurídica GrijLey E.I.R.L
50. VEGA MERE, Yuri (2008). La Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales. Lima: Montivensa.
51. YUNGANO, Arturo R (1993). Derecho de Familia. Teoría y Práctica. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
52. ZANNONI, Eduardo (2005). El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Editorial Astrea.

## **B. ARTÍCULOS**

1. CARMONA BRENIS, Marco (2011). “Responsabilidad extracontractual por daño causado al otro cónyuge por un tercero”. En: Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil. Lima: Biblioteca del Estudio Castillo Freyre. pp. 177-186.
2. CASTILLO FREYRE, Mario (2010). “El riesgo implícito en el desamor: La responsabilidad civil derivada del divorcio”. En: Observatorio de Derecho Civil II. La Familia. Lima: Motivensa Editora Jurídica.
3. CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe (2003). “Responsabilidad Civil derivada del Divorcio” En: Revista Jurídica del Perú, Año LIII, N° 44, marzo, pp. 57–73.
4. CASTILLO FREYRE, Mario. Valoración del daño-Alcances del artículo 1332 del Código Civil Peruano”, Editorial Rodhas, 2006, tomo II, pp. 177-183.

5. CORRAL TALCIANI, Hernán (2008). “Adaptación de la responsabilidad civil en los procesos de familia. La experiencia chilena de la “compensación económica” en caso de nulidad matrimonial y divorcio”. En: Revista Ars Boni et Aequi, N° 4, 2008, pp. 81-89
6. DE VERDA Y BEAMONTE, José, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales /en/ Diario La Ley, N° 6676, 21 de marzo de 2007, [última consulta: 31 de julio de 2011]. Disponible en World Wide Web: <http://www.laley.es>.
7. DIEZ-PICAZO, Luis (2011). Daños en el Matrimonio. En: Revista Otrosí. Número 5. Enero Marzo del 2011. 5ta. Época. pp. 7-15.
8. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (1996). Derecho de las personas. Segunda Edición. Lima: editorial Huallaga.
9. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2000). Daño Psíquico. En: Normas Legales. Tomo 287. Abril del 2000.
10. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2003). “Deslinde conceptual entre Daño a la Persona, daño al Proyecto de Vida y Daño Moral”. EN: Revista Jurídico. Año 1, N° 2. Pontificia Universidad de Católica.
11. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica”. Colección: Gaceta Civil - Tomo 5 - Numero 15
12. FERRER RIBA, Joseph (2000). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. En: Revista InDret. Octubre, pp. 14 y ss. Disponible en: <http://www.indret.com>.
13. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel (2001) “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges”. En: Revista de Derecho de Daños. N° 2. Argentina. Rubinzal-Culzoni. pp. 167-188.
14. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALES, Alfonso (2005). “Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges”. En:

- Código Civil Peruano Comentado. Tomo II. Derecho de Familia. Parte 1. Lima: Gaceta Jurídica.
15. HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian (2003). Comentarios al artículo 474 del Código Civil: “Obligación recíproca de prestar alimentos”. En: Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
  16. OSTERLIN PARODI, Felipe. “Indemnización por daño moral”. En Web:  
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>
  17. MONGE TALAVERA, Luz (2003). “Comentarios al artículo 288 del Código Civil: Deber de Asistencia y fidelidad”. En: Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia. Parte 1. Lima: Gaceta Jurídica.
  18. NOVALES ALQUAZER, María Aránzazu. Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia.
  19. NOVALES ALQUAZER, María Aránzazu. “Responsabilidades especiales. Debiera haber en el derecho matrimonial mecanismos reparatorios?” En: Regímenes especiales de responsabilidad civil. Obra colectiva dirigido por Pizarro, Wilson Carlos Chile: Universidad Diego Portales.
  20. PÉREZ MAYOR, Adrián (2009). Revolución en el Derecho de familia: indemnización por daño moral. En: Revista Actualidad Jurídica Aranzadi. N° 766- 1/enero/2009
  21. REYES RIOS, Nelson (2009). “Regulación constitucional de la familia en el Perú como derecho social-necesidad de un Código Familiar”. En: Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 66 (N° 1 - N° 2). Lima.

22. RIOJA BERMUDEZ, Alexander (2014). “La indemnización por separación de hecho. Un breve análisis de dos posturas frente a un mismo hecho”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil. Tomo 9. Número 13.
23. SANCHO VILLARREAL, Luis (2001). El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción. Comentario a la STS de 30 de julio de 1999. En: Revista de derecho de familia.
24. TANTALEAN ODAR, Reynaldo Mario (2010). Los factores de atribución de responsabilidad civil. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 195. Lima: Gaceta Jurídica.
25. VALENZUELA DEL VALLE, Jimena (2012). “Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile”. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19 N° 1.
26. MENEZES DE COSTA, María Aracy. Responsabilidad en el Derecho De Familia. En: Revista N° 06 del Poder Judicial de Costa Rica. “Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica”. Noviembre 2008. pp. 105-114.
27. MORALES HERVIAS, Rómulo Martín. Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 153. Lima: Gaceta Jurídica.
28. RIVERA, Julio Cesar (1997). Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio. En: Dialogo con la jurisprudencia. Año III. Número 5. Lima: Gaceta Jurídica.
29. SEMINARIO STULPA, Eduardo (2001). Algunas consideraciones acerca del daño generador de responsabilidad civil. En: Actualidad jurídica: suplemento mensual de Gaceta jurídica. No. 91 (Junio del 2001). Lima: Gaceta Jurídica. pp. 23-30.

30. VASQUEZ FERREYRA, Roberto. El daño en la Responsabilidad Civil. En: Actualidad jurídica: suplemento mensual de Gaceta jurídica. No. 91 (Junio del 2001). Lima: Gaceta Jurídica. pp. 45-55.
31. VIDAL RAMIREZ, Fernando. Responsabilidad Civil. En: Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de Responsabilidad Civil. Dirigido por José Luis De los Mozos y Carlos Soto Coaguila. Editorial Jurídica GrijLey, EIRL. Lima, 2006. p. 201.



## ANEXOS



**ANEXO 01. SENTENCIAS JUDICIALES**

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA**

**Primer Juzgado Mixto - Módulo Básico de Justicia de Paucarpata**

1° JUZGADO MIXTO - Sede MBJ Paucarpata

EXPEDIENTE : 00901-2013-0-0412-JM-FC-01

MATERIA : DIVORCIO POR CAUSAL

ESPECIALISTA : BOLIVAR CALLATA, FIORELLA

DEMANDADO : CABANA MUÑOZ, LAUREANA

DEMANDANTE : HUAMANQUISPE GONZALES, ALEJANDRINO SILVESTRE

**RESOLUCIÓN N° : 012**

**SENTENCIA Nro. 895-2013-FC-1JMP**

Arequipa, quince de noviembre

de dos mil trece.-

**I.- VISTOS:** Es materia de autos la demanda de Divorcio por separación de hecho y Fenecimiento de la sociedad de Gananciales interpuesta por ALEJANDRINO SILVESTRE HUAMANQUISPE GONZALES en contra de LAUREANA CABANA MUÑOZ y DEL MINISTERIO PÚBLICO.

**Petitorio de la demanda:** La parte demandante interpone demanda de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho a efecto de que se declare disuelto el vínculo matrimonial que lo une con la demandada.

**Fundamentos del petitorio de la demanda:** señala en su escrito de demanda que contrajo matrimonio civil con fecha 29 de diciembre de 1982 por ante a Municipalidad Distrital de Turpay, Provincia de Grau, departamento de Apurímac, con la demandada, constituyendo como su último hogar conyugal el ubicado en la Cooperativa Villa Porongoche I-11 del distrito de Paucarpata, provincia y departamento de Arequipa, y habiendo procreado dentro del matrimonio a dos hijos que en la actualidad son mayores de edad; que con fecha 07 de febrero de 2003 la demandada se retiró del domicilio conyugal, siendo denunciado tal hecho en la comisaría de Colque Apaza; que desde dicha fecha 07 de febrero de 2003 a la fecha han transcurrido mas de diez años configurándose la causal de separación de hecho; que nunca fue emplazado por la demandante al pago de una pensión alimenticia, por tanto nunca fue gravado con la obligación de suministrarlos; que con lo expresado se puede demostrar que la demandada Laureana Cabana Muñoz no se ha encontrado en estado de necesidad durante la separación de hecho.

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

### Primer Juzgado Mixto - Módulo Básico de Justicia de Paucarpata

#### Fundamentos de la contestación de la demanda:

**a) De la demandada Laureana Cabana Muñoz:** La demandada absuelve la demanda a fojas 40 y siguientes y señala que es cierto que han contraído matrimonio y han procreado dos hijos y su último domicilio conyugal ha sido el indicado; que no es cierto que el 07 de febrero de 2003 se haya retirado del hogar conyugal en vista que se vio obligada a retirarse de dicho domicilio el 06 de febrero de 2003 como consta de la denuncia de retiro del hogar, para no seguir siendo agredida física y psicológicamente por el demandante, el mismo que era una persona violenta y sin ninguna causa ocasionaba discusiones y le exigía que se vaya del domicilio conyugal; que desde el 06 de febrero de 2003 se encuentra separada de hecho del demandante habiendo transcurrido más de diez años; que no le pidió ninguna pensión alimenticia por el carácter violento del demandante; que solicita que se declare fundada la demanda de divorcio por encontrarse separada de hecho del demandante.

**b) Del Ministerio Público:** El Ministerio Público absuelve el traslado de la demanda, por lo que mediante resolución de folio 32, se tiene por contestada la demanda.

**Otros actos del proceso:** La demanda fue admitida mediante resolución del folio 18; se declaró la existencia de una relación jurídico procesal válida entre las partes, por ende saneado el proceso, mediante resolución del folio 63; a folio 70 y 71 obra la resolución que fija los puntos controvertidos, se admite los medios probatorios y se ordena el juzgamiento anticipado del proceso, en consecuencia el estado del proceso es el de expedir sentencia, *ello teniendo en cuenta la excesiva carga procesal que soporta este Juzgado Mixto.*

**Expedientes acompañados que se tienen a la vista:** No se tiene a la vista expediente acompañado alguno.

#### II.- **CONSIDERANDO:** Como fundamentos de la sentencia:

**PRIMERO:** A folios 70 y 71 se fijan como puntos controvertidos: **Primero:** Determinar la procedencia de divorcio por la causal de separación de hecho por dos años ininterrumpidos.

**SEGUNDO: Respecto de la separación de hecho de los cónyuges:** Conforme lo expresa la Casación 157-2004-Cono Norte (publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 28 de febrero de 2006) ... la causal de separación de hecho contiene tres elementos configurativos que son los siguientes: **a)** el objetivo o material; **b)** subjetivo o psíquico; **y c)** el temporal. En cuanto al **elemento objetivo** este se presenta cuando se evidencia el resquebrajamiento permanente y definitivo de la convivencia, lo que sucede no solo con el alejamiento físico de uno de los cónyuges del hogar conyugal, sino también cuando ambos esposos viven en el

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

### Primer Juzgado Mixto - Módulo Básico de Justicia de Paucarpata

mismo inmueble pero incumpliendo con el deber de cohabitación o vida en común. En cuanto al **elemento subjetivo**, este viene a ser la falta de intención para renormalizar la vida conyugal, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla, lo que supone que esta separación debe haberse producido por razones que no constituyan verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor. En cuanto al **elemento temporal** se presenta con la exigencia del transcurso ininterrumpido de dos años si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro, a los que tuvieran... Es decir, consiste en la interrupción de la vida en común de los cónyuges mediante la separación fáctica por *voluntad* de uno de ellos o de ambos. En el caso de autos, conforme se desprende de los medios probatorios presentados por la parte demandante, los que son valorados razonadamente en la forma que interpone el artículo 197° del Código Procesal Civil y considerando que tanto el demandante como la demandada han indicado que en efecto se encuentran separados de hecho por más de diez años y ambos están de acuerdo en que se declare fundada la demanda y advirtiéndose además que de las copias certificadas de denuncia policial de fojas 4 y de fojas 39 se tiene que en efecto ha habido retiro de la demandada del hogar conyugal dando lugar al resquebrajamiento de la relación conyugal y siendo ello así superan extensamente el plazo legal establecido, es decir los 02 años que la norma contempla; concluyéndose así, además, que ambas partes del proceso no cumplen con los deberes-derechos del matrimonio señalados por el Código Civil en su artículo 289°, como es el de hacer vida común en el domicilio conyugal, máxime si no hay manifestación de voluntad de los esposos en retomar la vida conyugal y, por ende, la causal de divorcio invocada por la accionante se ha configurado plenamente en el caso de autos conforme a lo establecido por el artículo 333, inciso 12, del Código Civil, puesto que concurren los tres elementos de la separación de hecho; siendo ello así, corresponde amparar la pretensión de divorcio por esta causal.

**CUARTO: Respecto del cumplimiento en el pago de las obligaciones alimenticias del demandante:** El artículo 345-A primer párrafo, del Código Civil prevé que para invocar la causal de separación de hecho para efectos del divorcio, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. Al respecto, debe indicarse, que la parte demandada ha indicado que no le pidió pensión de alimentos para ella y los hijos habidos en el matrimonio que ya son mayores de edad, por tanto no se encuentra acreditado en el proceso que la parte demandante no se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, pues no existe

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

### Primer Juzgado Mixto - Módulo Básico de Justicia de Paucarpata

proceso judicial por alimentos, ni liquidación alguna de pensiones alimenticias devengadas o requerimiento de pago respecto de pensiones de alimentos impagas en contra del demandante, presumiéndose que ha cumplido con sus obligaciones alimentarias en su oportunidad; por ende, tal aspecto, aunado al tiempo de separación de hecho, hace que se configure plenamente en el caso de autos la causal de divorcio invocada por el accionante conforme a lo ya establecido por el artículo 333, inciso 12, del Código Civil, siendo ello así, corresponde amparar la pretensión de divorcio por esta causal.

**QUINTO:** En relación al **fenecimiento del régimen patrimonial de sociedad de gananciales**, de conformidad con lo previsto por el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, por el divorcio fenece el régimen de la sociedad de gananciales; en tal sentido, habiendo acreditado la separación de hecho, su pretensión debe ser amparada, consecuentemente debe declararse el fenecimiento del régimen de la sociedad de gananciales por ser una consecuencia jurídica accesoria derivada de la pretensión principal; considerando además, como indica la parte demandante, que durante el matrimonio han adquirido un bien inmueble y el mismo ha sido transferido a sus hijos y ya no existe bienes a liquidar.

**SEXTO: Respecto de la existencia de cónyuge perjudicado con la separación de hecho:** El artículo 345-A segundo párrafo, del Código Civil prescribe que ... “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”... La norma es suficientemente clara, es el Juez quien señalará indemnización por daños a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, en sentido similar el artículo 351 del mismo cuerpo legal prevé que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. Por ende, a fin de establecer el incumplimiento de las obligaciones conyugales y por consiguiente al **cónyuge perjudicado** por la separación, y emitir pronunciamiento sobre la indemnización del daño personal, se debe tener presente que en autos si bien la demandada ha indicado que la ruptura de la relación conyugal se produjo por el carácter violento del demandante, sin embargo no se ha acreditado en autos tal aspecto, tampoco existen elementos particulares o indicios que formen convicción en el Juzgador sobre cónyuge perjudicado y por el contrario de los hechos expuestos por el

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

### Primer Juzgado Mixto - Módulo Básico de Justicia de Paucarpata

demandante y la demandada se infiere que ninguno de ellos habría buscado una solución a los posibles problemas maritales y por el contrario serían ambos quienes decidieron separarse y hacer su vida independiente uno del otro; por tanto, ante la inexistencia de medios probatorios idóneos que permitan determinar al cónyuge culpable o causante de la separación, o que al menos existan indicios suficientes para determinar tal situación, no se acredita la existencia de un cónyuge perjudicado por la separación de hecho, por ende, no corresponde disponer pago de indemnización alguna.

**SÉPTIMO: Respecto a la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos para sus hijos:** Se tiene que dentro del referido matrimonio los contrayentes han procreado a sus hijos de nombres Gianina Sandra y Dany Nilton Huamanquispe Cabana quienes han alcanzado la mayoría de edad, tal como fluye de la partida de nacimiento que obra en los folios 15 y 16, por lo que no cabe emitir pronunciamiento sobre este extremo.

**OCTAVO:** Constituye **efecto** del divorcio el cese de la obligación alimenticia conforme lo prevé el artículo 350 del Código Civil, asimismo constituye **efecto** del divorcio la pérdida del derecho a heredar entre sí respecto de los cónyuges, ello según lo dispone artículo 353 del Código Civil, perdiendo por otro lado la mujer el derecho de llevar el apellido del marido agregado al suyo, de conformidad con el artículo 24 del Código Civil; debiendo inscribirse la presente resolución en el Registro Personal, según lo dispone el inciso 6) del artículo 2030 del Código citado.

**NOVENO: Sobre la consulta:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del Código Civil, concordante con el artículo 408 inciso 4 del Código Procesal Civil, si no se interpone recurso de apelación contra la sentencia, esta debe ser elevada en consulta al Superior Jerárquico.

**DÉCIMO: Determinación de las costas y costos procesales.-** Estando a la naturaleza del proceso, la condición de las partes, siendo que el presente proceso es básicamente una regularización formal de la separación de hecho de hace varios años entre las partes del proceso, en aplicación del artículo 412, primer párrafo, del Código Procesal Civil, debe exonerarse del pago de costas y costos a la parte demandada, correspondiendo además declarar exento al Ministerio Público del pago de dichos conceptos.

**III.- PARTE RESOLUTIVA:** Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre del Pueblo, de quien emana esta potestad, **FALLO:** Declarando **FUNDADA** la pretensión principal de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges; en consecuencia

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

Primer Juzgado Mixto - Módulo Básico de Justicia de Paucarpata

**DECLARO: DISUELTO** el vínculo matrimonial que unía a **ALEJANDRINO SILVESTRE HUAMANQUISPE GONZALES** y **LAUREANA CABANA MUÑOZ**, celebrado el 29 de diciembre del año 1982 por ante a Municipalidad Distrital de Turpay, Provincia de Grau, departamento de Apurímac; en consecuencia, **SE DECLARA: a)** el cese del derecho de la demandada de llevar el apellido del demandante, **b)** el cese de la obligación alimenticia entre Alejandrino Silvestre Huamanquispe Gonzales y Laureana Cabana Muñoz; **c)** el cese del derecho de heredar entre los divorciados, **SIN PRONUNCIAMIENTO** respecto de las pretensiones de patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos para sus hijos, ello conforme a lo expuesto en el considerando séptimo de la presente; **SIN INDEMNIZACIÓN** de daño personal al no existir cónyuge perjudicado por la separación, ello conforme a lo expuesto en el considerando sexto de la presente; **DISPONGO:** Que una vez consentida o ejecutoriada la presente, se remitan los partes judiciales respectivos a la Municipalidad Distrital de Turpay, para su inscripción en el Registro Civil correspondiente, debiendo oficiarse en el mismo sentido al Registro Personal de la Oficina Registral Regional de los Registros Públicos de Arequipa, así como al Registro Nacional de identificación y Estado Civil, *a gestión de la parte interesada*; **EXONERO** a la demandada **LAUREANA CABANA MUÑOZ** y declaro **EXENTO** al Ministerio Público del pago de COSTAS y COSTOS del proceso; **SE DISPONE** que en caso de no ser impugnada la presente se eleve en **CONSULTA** al Superior jerárquico. Esta es la sentencia que pronuncio, mando y firmo. **Tómese razón y hágase saber.-**



PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA



3º Juzgado de Familia

**EXPEDIENTE** : 00241-2013-0-0401-JR-FC-03  
**MATERIA** : DIVORCIO POR CAUSAL  
**JUEZ** : MONTESINOS Y MONTESINOS, JULIA  
**ESPECIALISTA** : ZAMBRANO ACUÑA, PAMELA MONICA  
**DEMANDADOS** : MINISTERIO PÚBLICO,  
VALENCIA DE ARIZPE, JULIA  
**DEMANDANTE** : ARIZPE MESTAS, NICOLAS

**SENTENCIA**  
**N° 003-2014-3JEF**

**RESOLUCIÓN NRO. 14**

Arequipa, seis de enero  
Del dos mil quince

**VISTOS:**

Aparece de autos a fojas veintidós a treinta y tres, la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por Nicolás Arizpe Mestas en contra de Julia Valencia de Arizpe y del Representante del Ministerio Público.

**PETITORIO: Pretensión principal:** Interpone demanda de divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges por más de dos años ininterrumpidos, a efecto de que su despacho declare disuelto el vínculo matrimonial existente con la demandada Julia Valencia de Arizpe, en consecuencia ordene la respectiva inscripción en los Registros Civiles de la Municipalidad Distrital de Nicasio, Provincia de Lampa, departamento de Puno. **Pretensiones accesorias:** En vía de acumulación originaria y accesorias. Solicito que su despacho se pronuncie sobre: Alimentos: en cuanto a los alimentos entre los cónyuges debe cesar la obligación alimenticia entre las partes; y sobre los alimentos a favor de sus hijos no cabe pronunciamiento por ser mayores de edad, asimismo acompaña a la presente Declaración Jurada, debidamente legalizada ante Notario Público de esta ciudad,

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

con lo que acredita estar al día en los alimentos. Sobre la patria potestad, tenencia, custodia y régimen de visitas de sus hijos habidos dentro del matrimonio: no cabe pronunciamiento al respecto por cuanto sus hijos son mayores de edad. Respecto a la separación de los bienes gananciales: el recurrente y la demandada han adquirido dentro de la vigencia de su matrimonio el bien inmueble ubicado en la Calle Hipólito Unanue N°103-A, Urbanización Victoria. Dicho inmueble será materia de liquidación y repartición en un 50% para cada uno de los cónyuges. Respecto a la indemnización en caso de perjuicio: No solicita indemnización a favor de su persona; asimismo solicita a su despacho se le exonere al recurrente del pago de reparación civil por cuanto no es el causante ni el responsable de la separación entre la demandada y su persona. Respecto a los costos y costas: Se condene en su pago a la demandada, al ser la parte vencida pues se le obliga a litigar un proceso de divorcio por causal.

**FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA:** El demandante refiere: **(1)** que con fecha siete de octubre de mil novecientos sesenta y tres el recurrente contrajo matrimonio civil con la demandada Julia Valencia Huanca ante la Municipalidad del Distrito de Nicasio, provincia de Lampa y Departamento de Puno. **(2)** Los problemas empezaron debido a la incompatibilidad de caracteres con la demandada, ya que le hacía problemas de todo. **(3)** Que la demandada en vista de que su relación se vio desquebrajada tomó la decisión de irse a vivir a la Ciudad de Lima, desde el año mil novecientos noventa y cinco hasta el año dos mil seis. **(4)** Actualmente con la demandada viven en la misma casa pero en ambientes separados, pues con la demandada están separados de hecho desde el año mil novecientos noventa y uno, es decir a la fecha llevan separados más de veintiún años. **(5)** Durante su matrimonio han procreado tres hijos quienes en la actualidad son mayores de edad, por lo que no cabe pronunciamiento alguno respecto a los alimentos, tenencia, patria potestad y régimen de visitas. **(6)** Que no existe proceso de alimentos alguno en su contra a favor de su esposa ni de sus hijos donde exista deuda alguna por pensiones alimenticias, por cuanto siempre ha cumplido con ellos directamente, siendo que a la fecha tanto el recurrente como la demandada se reparten los ingresos que reciben por el arrendamiento de su vivienda para solventar sus

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

gastos de alimentación y otros. **7)** El recurrente y la demandada han adquirido dentro de la vigencia de su matrimonio el bien inmueble ubicado en la Calle Hipólito Unanue, dicho inmueble será materia de liquidación y repartición en un 50% para cada uno de los cónyuges. **8)** La demandada Julia Valencia con fecha once de marzo de mil novecientos noventa y uno interpuso demanda de divorcio en contra del recurrente, demanda que fue abandonada por la demandada puesto que no contaba con ningún medio de prueba para acreditar las causales que había demandado por lo que no prosperó dicho proceso judicial. Se ofrece como prueba para acreditar la fecha de inicio de la funesta relación que ha mantenido el recurrente con la demandada. **9)** Que si bien es cierto actualmente viven en la misma casa pero en ambientes separados, no comparten el techo, lecho y la mesa, pues con la demandada están separados de hecho desde el año mil novecientos noventa y uno. **10)** Que la presente acción solo busca formalizar un hecho existente de hace más de veintiún años atrás, que en repetidas oportunidades el recurrente invitó a una disolución de mutuo acuerdo, sin embargo la demandada se niega a formalizar la separación de hecho. **11)** Que el recurrente se ve impedido de realizar cualquier trámite administrativo, transacción comercial entre otros, en vista de que en su documento nacional de identidad figura como casado. **12)** Está acreditado el tiempo de la separación de hecho entre los cónyuges, requisito indispensable para poder demandar el divorcio por la causal de separación de hecho.

**FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

Refiere respecto a los fundamentos de hecho de la demanda, que a pesar de desconocer los hechos vertidos por el demandante se deben tener por ciertos los hechos que han sido debidamente acreditados con los instrumentos públicos presentados, como son la partida de matrimonio y Partidas de nacimiento que se adjunta. En cuanto a la causal de separación de hecho, se deberá estar a lo que se pruebe durante el curso del proceso, a la contestación de la demanda. Debiendo tener presente el Juzgado lo dispuesto por el Art. 345 A del CC a efecto de fijarse una indemnización a favor de la parte agraviada por el daño personal, en caso de acreditarse este. Respecto al cumplimiento de la obligación alimentaria, régimen de visitas, tenencia, patria potestad,

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

se tiene que los hijos procreados dentro de matrimonio son mayores de edad, no existiendo derechos que cautelaren por lo que no se pronuncia. Respecto al cumplimiento de la obligación alimentaria señala estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias, presentando declaración jurada debidamente legalizada por notario Público de estar al día en los alimentos de su esposa e hijos. En lo que se refiere a la liquidación de la sociedad de gananciales, se tiene que durante el matrimonio han adquirido el bien inmueble ubicado en la calle Hipólito Unanue la cual será materia de liquidación.

**DE LA DEMANDADA JULIA VALENCIA HUANCA DE ARIZPE:** No ha contestado la demandada, por lo que ha sido declarada rebelde.

**ACTIVIDAD JURISDICCIONAL:**

La demanda se admite a trámite por resolución uno de fojas treinta y cuatro, se corre traslado a la parte demandada conforme se verifica de fojas cuarenta y tres (demandada) y cuarenta (Ministerio Público). El Ministerio Público absuelve el traslado a fojas cuarenta y nueve y siguiente. La demandada no contesta la demanda por lo que se le declara rebelde a fojas cincuenta y ocho. Por resolución seis de fojas sesenta y nueve, se declaró el saneamiento del proceso. Por resolución diez de fojas setenta y cuatro, se fijaron los puntos controvertidos y admitieron los medios de prueba, fijándose fecha para la audiencia de pruebas, la que tuvo lugar en los términos del acta de fojas ochenta y dos y siguientes. Una vez actuados los medios probatorios, a pedido de la parte demandante, se ha dispuesto el ingreso de autos a Despacho para expedir sentencia; siendo ese el estado del proceso.

**Teniéndose a la vista al momento de sentenciar:** 1. Expediente 00058-1991-0-0401-JR-FC-04 y sus acompañados cuaderno de tacha e incidente de inventario.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Respecto a la Carga de la prueba. Que, en virtud al principio "onus probandi" contenido en el artículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, salvo disposición legal distinta.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA



**SEGUNDO: Pretensión principal:** Conforme se desprende del petitorio de la demanda ya glosada en la parte expositiva de la presente, la pretensión principal perseguida en este proceso, es la de divorcio absoluto sustentado en la causal de separación de hecho.

**TERCERO: Puntos de controversia:** RESPECTO A LA PRETENSIÓN DE DIVORCIO, POR SEPARACION DE HECHO, POR MAS DE DOS AÑOS: 1) Determinar la existencia de la separación de hecho entre las partes. 2) Determinar el tiempo transcurrido desde que se produjo la separación de hecho. 3) Determinar si existe un cónyuge perjudicado por la separación y en su caso determinar la indemnización a favor de dicho cónyuge. RESPECTO DE LOS ALIMENTOS: 1) Determinar si corresponde el cese de la obligación alimentaria a favor de la cónyuge demandada.

**CUARTO: Antecedentes familiares:** Como tales existe convención probatoria entre las partes, además de haberse acreditado con la documentación pública correspondiente (acta de matrimonio de fojas tres, partidas de nacimiento de fojas cuatro, cinco y seis):

**4.1.** Que los cónyuges contrajeron matrimonio el siete de octubre de mil novecientos sesenta y tres, por ante la Municipalidad Distrital de Nicasio, Lampa- Puno.

**4.2.** Que procrearon a tres hijos: a) René Jaime Quispe Valencia, nacido el treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y uno, b) Martha Beatriz Quispe Valencia, nacida el día veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro y c) Rudy Wilbert Quispe Valencia nacido el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, por tanto, todos mayores de edad a la fecha de interposición de la demanda.

**4.3.** Se entiende que el Matrimonio se encuentra sujeto al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, en la medida que no se ha acreditado con documento alguno que dicho régimen haya sido sustituido, en forma volitiva o por sentencia judicial, ello estando a la presunción del artículo 295 del Código Civil.

**QUINTO: Del marco normativo de la causal invocada.** Por definición del artículo 348 del Código Civil, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio, y puede ser demandado por cualquiera de las causales previstas por el artículo 333 del mismo cuerpo sustantivo.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA



**SEXO:** De conformidad a lo establecido por el inciso doce del aludido artículo 333 del Código Civil, constituye causal de divorcio, la separación de hecho de los cónyuges por un período ininterrumpido dos años y de cuatro cuando existen hijos menores de edad; causal que puede ser alegada por cualquiera de las partes, en la medida que se trata de una causal de divorcio conocida en la doctrina como "remedio".

**SÉTIMO:** Teniéndose que los elementos o requisitos que configuran la causal, según la doctrina y la reciente sentencia emitida en el Tercer Pleno Casatorio Civil<sup>1</sup> son: a) "El **elemento material** configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*) es decir el cese de la cohabitación física, de la vida en común... **una abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales**", o -dicho en otros términos- el quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad, de la convivencia (la negrita es nuestra); b) "El **elemento psicológico**: que se presenta... cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges -sea de ambos o de uno de ellos- para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*)... Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse a volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado, alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse", este elemento psicológico o subjetivo importará -por tanto- la falta de voluntad de unirse, esto es la intención cierta de uno de los cónyuges de no continuar viviendo poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla; y c) "El **elemento temporal**: ...configurado por un período mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere... es lógico que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda".

**OCTAVO:** Que en cuanto a la existencia de la separación del hecho y tiempo transcurrido desde la separación, se tiene que el demandante señala encontrarse separado de hecho de la demandada desde el año de mil novecientos noventa y uno y si bien la demandada no ha contestado

<sup>1</sup> Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación número 4664-2010-Puno

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

los extremos de la demanda, se desprende de su declaración de parte de fojas ochenta y cuatro que ésta refirió: *que estuvo en Lima por más de diez años y que desde hace diez años ya radica sin interrupción en esta ciudad agregando que no hace vida de matrimonio desde hace más de dos años con el demandante*; alegaciones que se valoran de manera conjunta y razonada en la forma que impone el artículo 197 del Código Procesal Civil, con cada uno de los medios de prueba que a continuación se detalla:

**8.1.** A fojas cinco del expediente acompañado 00058-1991-0-0401-JR-FC-04 que sobre divorcio por causal siguió Julia Valencia de Arizpe en contra de Nicolás Arispe Mestas, obra la demanda interpuesta por la ahora demandada con fecha **diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y uno** (fecha cierta), en la cual indicó que *"como en la actualidad no existe la más mínimas garantías para continuar viviendo en el hogar conyugal (...) solicito que el juzgado me autorice a vivir separada de su cónyuge provisionalmente de la casa común"*.

**8.2.** Asimismo en la declaración de fecha **dieciocho de abril de mil novecientos noventa y uno** de la ahora demandada, en el comparendo del expediente citado anteriormente, de fojas once indica: *"la recurrente al igual que sus hijos se encuentran en la casa conyugal siendo en porcentaje mayor de su propiedad en todo caso, el demandado tendrá que seguir viviendo fuera de la casa como lo viene haciendo en la actualidad..."*. Lo que -además- reitera en su declaración de parte prestada en la audiencia única del presente proceso (fojas ochenta y cuatro) al contestar la cuarta pregunta sobre cuánto tiempo se encuentra separada del demandante: *que actualmente no hacen vida de matrimonio porque el demandante no la quiere ver y que no puede precisar exactamente desde cuando es esta situación. Que esta situación es más de dos años.*

**8.3.** Igualmente se valora la constatación policial de fojas siete, que indica que con fecha **dieciséis de julio de dos mil once** el demandante solicitó que un efectivo policial se apersonara al domicilio de Calle Hipólito Unanue, siendo que éste se entrevistó con la ahora demandada quien le manifestó que se encontraba separada de hecho del demandante desde hace muchos años, que ella lo demandó por adulterio y desde esa fecha no hace vida conyugal.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

8.4. De todo lo cual, se encuentra probado entonces, que los cónyuges se encuentran **separados de hecho desde el diecinueve de marzo del año mil novecientos noventa y uno**, por lo que a la fecha de presentación de la demanda (diecisiete de enero de dos mil trece) ya habrían transcurrido en exceso los dos años que requiere la norma para la procedencia de la causal invocada, teniendo en cuenta que los hijos de los cónyuges son mayores de edad.

8.7. Respecto a la obligación alimentaria del demandante, se debe tener en cuenta que el demandante ha referido que se encuentra al día en el cumplimiento de su obligación alimenticia mediante la declaración jurada de fojas catorce, lo cual no ha sido cuestionado en modo alguno por la demandada.

**NOVENO:** Que, corresponde determinar si **existe un cónyuge perjudicado por la separación**, y en tal caso, fijar un monto indemnizatorio, conforme la previsión del artículo 345 - A del Código Civil, *se velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho... deberá señalar [se] una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad.* En tal sentido, debe valorarse:

9.1. Que el demandante ha precisado en su demanda no solicitar indemnización en favor de su persona.

9.2. Por su parte la demandada tampoco ha solicitado indemnización alguna; sin embargo, se aprecia de su declaración de parte que obra a fojas ochenta y cuatro, que ésta ha señalado que era maltratada por el demandante, quien incluso la habría votado de su casa, por lo que tuvo que irse a vivir a la ciudad de Lima donde fue acogida por su hija, declaración de la que podría colegirse un posible perjuicio en detrimento de la salud física y emocional de la demandada, con la separación de hecho.

9.3. Por lo que, teniendo en consideración el Tercer Pleno Casatorio Civil, corresponde determinar la existencia de un cónyuge más perjudicado, teniendo en cuenta lo antes mencionado.

9.4. En autos no se encuentra acreditada la existencia de violencia familiar alguna de la cual podría haber sido víctima la demandada, pues en autos no obra denuncia alguna por dichas circunstancias, más a fojas veintiocho y siguiente del expediente acompañado, obran las

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

copias simples de dos evaluaciones médicas realizadas al demandante, las que datan del año de mil novecientos noventa y uno; sin embargo, ello tampoco acreditaría en modo alguno que haya sido la ahora demandada quien le ha ocasionado las lesiones allí descritas en aquella oportunidad.

**9.5.** En autos tampoco se ha acreditado que la demandada haya tenido que recurrir a la vía judicial para reclamar el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte del accionante en favor suyo después de producida la separación de hecho.

**9.6.** En tal sentido, no se ha probado que demandante o demandada sean los más perjudicados con la separación de hecho; por lo que al no haber cónyuge perjudicado no corresponde imponer indemnización alguna.

**DÉCIMO:** Que, respecto a los regímenes de patria potestad, tenencia y visitas de los hijos habidos dentro de matrimonio, no cabe pronunciamiento, al ser éstos mayores de edad.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, son consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges:

**11.1.** El fenecimiento de la sociedad de gananciales, estando a la previsión del inciso tercero del artículo 318 del Código Civil, el mismo se retrotrae -para los cónyuges- a la fecha de separación y en caso que dicha separación fuera anterior a la ley 27495, se tendrá como fecha de separación -en atención a la primera disposición complementaria y transitoria de dicha ley- el día siguiente de su publicación esto es desde el ocho de julio del dos mil uno, debiendo tenerse presente que el demandante ha probado la existencia de un inmueble de propiedad de la sociedad conyugal, lo cual se desprende tanto del cuerpo de la demanda como con la copia literal de dominio de fojas ciento siete y siguientes, donde figura que la sociedad conyugal es propietaria del inmueble con partida N°01120381; siendo que la liquidación de la sociedad de gananciales se efectuará en ejecución de sentencia conforme a la previsión del artículo 320 y siguientes del Código Civil.

**11.2.** La pérdida del derecho a heredar entre ex cónyuges, conforme lo prevé el artículo 353 de la norma sustantiva; y

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

**11.3.** El cese del derecho de la actora de llevar agregado al suyo el apellido del demandado, conforme lo prevé el artículo veinticuatro del Código Civil.

**11.4.** Respecto al cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges. Se ha fijado como punto controvertido determinar si corresponde el cese de la obligación alimentaria a favor de la cónyuge demandada, debe tenerse en cuenta el tenor del Tercer Pleno Casatorio ya glosado, según el cual el cese de la obligación alimentaria que prevé el artículo 350 del Código Civil, no es automático en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho. Siendo que en el caso de autos, la parte demandante lo ha pedido, no habiendo acreditado la parte demandada que exista un proceso judicial en el cual ésta haya reclamado y obtenido dicho derecho o que se encuentre dentro de las excepciones que prevé el artículo 350 del Código Civil, por lo que cabe disponer su cese.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Finalmente, la condena en el pago de las costas y costos del proceso, no requiere ser demandada y corren de cargo de la parte vencida ello conforme a la autorización prevista por el artículo 412 del Código Procesal Civil.

**DÉCIMO TERCERO:** Que debe tenerse presente que los medios probatorios que no se han mencionado en esta sentencia, en atención a que sólo se expresan las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión conforme a la previsión del artículo 197 del Código Procesal Civil, no enervan en modo alguno las conclusiones a las que se ha arribado en el mismo.

Por estos fundamentos y administrando justicia en nombre del Pueblo, de quien emana esta potestad y expidiéndose en la fecha por la elevada carga procesal que afronta el juzgado.

**FALLO:**

Declarando **FUNDADA** la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por Nicolás Arizpe Mestas en contra de Julia Valencia de Arizpe y del Representante del Ministerio Público; en consecuencia, **DECLARO: DISUELTO** el vínculo matrimonial que unía a Nicolás Arizpe Mestas y Julia Valencia Huanca de Arizpe, celebrado ante el Registro del Estado Civil de la Municipalidad Distrital de

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO DE FAMILIA

Nicasio, provincia de Lampa, departamento de Puno el siete de octubre de mil novecientos sesenta y tres; sin lugar a pronunciamiento respecto a las pretensiones de patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos de los hijos por ser estos mayores de edad; **FENECIDA** la sociedad de gananciales generada por la celebración del matrimonio antes aludido en los términos precisados en el considerando décimo primero, acápite 11.1; **PIERDEN** los cónyuges el derecho a heredar entre sí; **CESADO** el derecho de la demandada de llevar - agregado al suyo- el apellido del ex cónyuge; **CESADA** la obligación alimentaria entre los cónyuges, estando a lo expresado en el décimo primer considerando acápite 11.4. **SE ESTABLECE** la no existencia de cónyuge perjudicado alguno con la separación de hecho. **DISPONGO:** Que, consentida o ejecutoriada sea la misma, se remitan los partes judiciales respectivos al Registro del Estado Civil de la Municipalidad Distrital de Nicasio, provincia de Lampa, departamento de Puno, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) así como al Registro Personal de los Registros Públicos de Arequipa, previo pago de las tasas correspondientes; **ORDENO:** Que en caso de no verificarse recurso impugnatorio de apelación en contra de la presente resolución, se eleven los autos a la Superior Sala Civil en **CONSULTA**. **SIN COSTAS NI COSTOS.** Así la pronuncio, mando y firmo en la Sala de mi Despacho del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Tómese razón y hágase saber.-

Expediente N° : 00328-2010-0-0401-JR-FC-04  
Demandante : Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga  
Demandado : William Antonio Peralta Fernández  
Materia : Divorcio por causal  
Secretario : SHIRLEY GONZALES LIZÁRRAGA  
Resolución N° : 25

## SENTENCIA N° 176-2013

Arequipa, uno de julio  
del dos mil trece.-

**V I S T O S:** La demanda de fojas cincuenta i siete a sesenta i ocho, subsanada en fojas setenta i cuatro a setenta i cinco y setenta i nueve, interpuesta por Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga, en contra de William Antonio Peralta Fernández, sobre divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común a efecto de que se declare la disolución del vínculo matrimonial que la une con el demandado. De manera acumulativa objetiva, originaria y subordinada solicita el divorcio por la causal de separación de hecho por el período de cuatro años, en caso de que sea desestimada la primera.

De manera acumulativa, objetiva originaria y accesorio del principal solicita: 1. Se declare el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales 2. Se declare la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges. 3. Se declare el cese de la obligación alimentaria entre marido y mujer a partir de la expedición de la sentencia que recaiga en el presente proceso, ya que existe obligación pendiente de ejecución a favor de la demandante. 4. Se declare la privación de la patria potestad del menor hijo Jean Paúl Peralta Guillén.

**Respecto a las pretensiones accesorias dispuestas por el artículo 483 del Código Procesal Civil:** no se solicita alimentos porque existe obligaciones pendientes recaídas en proceso judicial N° 772-2003 y Expediente N° 2007-3408 a favor de mi menor hijo Jair Peralta Guillén. No se solicita tenencia porque es ejercida por la recurrente según acuerdo contenido en el Expediente N° 2007-3408 seguido en contra del demandado en agravio de nuestro menor hijo Jair Peralta Guillén. No se solicita régimen de visitas porque existe la fijada en el Expediente N° 2007-3408.

**Fundamentos de la demanda.-** Refiere la demandante que, la recurrente y el demandado contrajimos matrimonio civil el catorce de junio de mil novecientos noventa i siete ante la Municipalidad Distrital de Mariano Melgar, encontrándonos separados desde el mes de junio del año dos mil dos. Durante nuestro matrimonio hemos procreado a nuestro hijo: Jair Jean Paúl Peralta Guillén de once años de edad, por lo que se acumula a la presente demanda las pretensiones de tenencia y cuidado de los hijos, a favor de la recurrente y la privación de la patria potestad que ordena el artículo 483 del Código Procesal civil. La recurrente y el demandado no hemos adquirido bienes muebles e inmuebles en común, por lo que no se demanda separación de bienes gananciales. Que no obstante de encontrarse expedito mi derecho de solicitar pensión alimenticia, la recurrente renuncia expresamente a los mismos a fin de no tener vínculo con el demandado y por encontrarme con plena capacidad física y mental a fin de trabajar para solevantar mis propias necesidades. Que mediante sentencia consentida, recaída en el proceso judicial N° 2377-2007 seguido ante el Tercer Juzgado de Familia, se ha acreditado la comisión y responsabilidad del demandado en la violencia física y psicológica en contra de la recurrente y que han motivado la presente acción en forma subordinada se sustente

sobre la causal de imposibilidad de hacer vida en común probada en proceso judicial. así mismo, mediante proceso judicial N° 3408-2007 seguido ante el Segundo Juzgado de Familia en contra del demandado se ha acreditado también violencia física y psicológica en contra también de la recurrente y de mi menor hijo Jair Jean Paúl Peralta Guillén que también corrobora la imposibilidad de hacer vida en común. **De la causal de imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial:** que mediante proceso judicial N° 2377-2007 seguido ante el Tercer Juzgado de Familia se han actuado pruebas que acreditan que la recurrente ha sido víctima de violencia física y psicológica en forma continua durante la vigencia de mi matrimonio, no obstante de encontrarnos separados hace más de siete años, habiendo efectuado denuncia formal por hechos ocurridos el trece de abril del dos mil siete en mi centro de trabajo ubicado en la tienda de “El Súper” en Saga Falabella, fui víctima de violencia psicológica por parte del demandado lo que se acredita con el certificado médico 7074-CASP-PS del veintiséis de julio del dos mil siete, que obra en el referido proceso. Que los hechos que dieron origen a la configuración del maltrato en contra de la recurrente se encuentran detallados en el Atestado Policial y diligencias ante el Ministerio Público que obran del referido proceso, advirtiéndose que estos hechos han sido comunicados a la fecha por lo que el Ministerio Público solicitó la ejecución de sentencia conforme costa del mismo y en forma continuada sigo siendo víctima de maltratos continuos a través de una persecución enfermiza del demandado hacia mi persona, no obstante de encontrarnos separados, lo que se corrobora con nuevos hechos de violencia ocurridos el veinticuatro de marzo del dos mil nueve, en que fui nuevamente agredida tanto psicológicamente como físicamente, e insultada por el demandado en circunstancias que me encontraba laborando, situación que aprovecha el demandado por ser un lugar de público acceso, lo que esta detallado en el informe policial N° 23-2009-XI-DTP-RA-DIVPOL-N-COMIS.CAYMA/SIVF que adjunto en calidad de medio probatorio. Que en el proceso judicial referido, habiéndose merituado las pruebas ofrecidas tanto por el Ministerio Público como por la recurrente se ha dictado las medidas de protección a favor de mi persona, las que ha hecho caso omiso el demandado, por lo que a la fecha, se encuentra en estado de ejecución de sentencia, la recurrente ha venido y viene siendo víctima de amenazas y acoso por parte del demandado en forma reiterada tanto en mi centro de trabajo como en mi domicilio, lo que ha originado que la recurrente solicite al Juzgado se oficie a la policía del sector a fin de que se brinde a la recurrente la protección debida. Que durante todo el tiempo de mi convivencia he sido víctima de maltrato psicológico y físico por parte del demandado, lo que no obstante de advertirse a las autoridades respectivas, iniciando las respectivas denuncias a fin de cautelar mi integridad física y de mi menor hijo que se ha visto afectado en forma directa con el comportamiento de su padre lo que está debidamente acreditado con las pericias psicológicas contenidas en el Expediente N° 2377-2007 seguido ante el Tercer Juzgado de Familia y en el proceso judicial N° 34098-2007, seguido ante el Segundo Juzgado de Familia. Que al haberse acreditado tanto en el proceso judicial ° 2377-2007 seguido ante el Tercer Juzgado de Familia, como en el proceso judicial N° 34098-2007, seguido ante el Segundo Juzgado de Familia. La violencia ejercida en contra de mi persona durante mi matrimonio y durante mi separación, por parte del demandado lo que ha sido plenamente reconocido por éste, se ha evidenciado, la falta de respeto a mi integridad lo que me ha ocasionado un sufrimiento continuo y reiterado que ha hecho mortificante la vida en común y ha alterado gravemente las relaciones familiares, laborales y personales, trascendiendo a mi menor hijo, quien

*también es pasible de agresiones psicológicas por su progenitor, por lo que a la fecha, presentó un cuadro clínico, trastorno ansioso depresivo, con estado emocional deprimido, de tensión ansiedad conforme consta en el certificado de pericia psicológica, N° 06954-PSC-VF practicado con motivo de los últimos hechos de violencia ocurridos en contra de mi persona el veinticinco de marzo del dos mil nueve y que se encuentran contenidos en el Informe Policial N° 23-2009-XI-DTP-RA-DIVPOL-N-COMIS.CAYMA/SIVF que adjunto en calidad de medio probatorio. Que consta de los antecedentes judiciales contenidos tanto en el proceso judicial 2377 como en el proceso 3408-2007 o las denuncias policiales por maltratos contra la recuente por parte del demandado, que los maltratos fueron provocados por el cónyuge demandado y que estos son en forma continua hasta la fecha, y no obstante de haber reconocido los mismos sigue ejerciendo violencia en contra de mi persona alegando su condición de esposo, a lo que añade que el demandado consume bebidas alcohólicas en forma permanente. Que en ambos procesos judiciales no obstante de encontrarse debidamente notificado el demandado haciendo caso omiso a las medidas de protección dictadas en el proceso judicial N° 2377-07 y los compromisos acordados en el proceso judicial N° 3408-07, porque tampoco ha cumplido con el tratamiento psicológico ordenado por el Juez en la sentencia, por lo que se advierte que la conducta asumida por el demandado de rehuir el juzgamiento y no tener ninguna predisposición de enmendar su actitud consolidada en el transcurso de nuestra convivencia, ha acreditado la imposibilidad de hacer vida en común. Teniendo en cuenta que nos encontramos separados hace siete años, y que el demandado a la fecha tiene una relación sentimental con otra persona, conforme a su propia manifestación contenida en el Informe policial N° 23-2009-XI-DTP-RA-DIVPOL-N-COMIS.CAYMA/SIVF que adjunto en calidad de medio probatorio. Que conforme destaca el Preámbulo de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém Do Pará que fue suscrita por nuestro país “la violencia contra la mujer, constituye una ofensa a su dignidad de ser humano, rebasando los límites del respeto mutuo que debe primar entre los cónyuges como una de sus obligaciones recíprocas” por lo que al haberse acreditado el comportamiento agresivo del demandado, que entraña deseo de provocar daño, justificando su actitud y que forman parte de su personalidad agresiva hace imposible nuestra convivencia. **Causal de separación de hecho por el periodo de cuatro años:** Que tal como se ha expuesto en la presente demanda y de la propia manifestación del demandado en los procesos judiciales referidos, se acredita que nos encontramos separados hace más de siete años, tiempo en el cual no obstante el recurrente ha venido ejerciendo violencia en contra de mi persona y de mi menor hijo, por lo que hemos superado largamente el tiempo establecido en el numeral 12 del artículo 333 del Código Civil. Así mismo se deja constancia que de conformidad con lo establecido en el Artículo 345-A del Código civil no existe obligación alimentaria a cargo de la demandante a favor del demandado. que el recurrente produjo su alejamiento del hogar conyugal sin retorno en forma permanente, definitiva y sin solución de continuidad, desde el mes de junio del año dos mil dos, por lo que se encuentra debidamente acreditado la causal de separación de hecho con la que se sustenta la pretensión principal de la demanda y se corrobora con la propia manifestación del demandado en su declaración policial contenida en el Informe policial N° 23-2009-XI-DTP-RPA-DIVPOL-N-COMIS.CAYMA/SIVF que adjunto en calidad de medio probatorio. Que habiéndose acreditado las causales de la pretensión de divorcio sustentadas en la imposibilidad de hacer vida en común así como separación de hecho durante un*

*periodo interrumpido de cuatro años y existiendo hijos menores de edad es necesario que su Despacho ordene la disolución del vínculo matrimonial que mantenemos con el demandado. **Pretensiones accesorias:** se declare el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales: Con el demandado no hemos adquirido bienes muebles o inmuebles, sin embargo se establece como pretensión como consecuencia directa de la disolución del vínculo matrimonial.*

*- Se declare la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges; Una vez declarado el divorcio que se presente de conformidad con lo establecido en el Artículo 353 del Código Civil Los cónyuges divorciados no tiene derecho a heredar entre sí.*

*- Se declare el cese de obligación Alimentaria entre Marido y mujer al no existir acuerdo alimentario entre ambos: Que teniendo en cuenta que es la demandado a quien se imputa las causales de imposibilidad de hacer vida en común y separación de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos y que se encuentra en posibilidad de lograr su propia manutención, es procedente se declare el cese de cualquier obligación alimentaria entre la recurrente y el demandado, sólo a partir de la expedición de la sentencia recaída en el presente proceso, ya que existe obligación pendiente de ejecución a favor de la demandante recaída en proceso judicial N° 772-2003 según copia de audiencia que adjunto.*

*- Se declare la privación de la patria potestad de nuestro menor hijo Jean Paúl Peralta Guillén Que tal como se ha expuesto en el presente proceso mediante acuerdo conciliatorio arribando con fecha trece de mayo del dos mil ocho, en audiencia única celebrada en proceso judicial N° 3408-2007 el demandado reconoció haber realizado actos de violencia familiar (violencia psicológica en agravio de nuestro menor hijo y se comprometió a no volver a producir actos de violencia así como a sostener a una terapia psicológica, sin embargo haciendo caso omiso como es de costumbre del demandado incumplió con los acuerdos arribados lo que ha motivado que el Juzgado imponga multa, y apercibimiento de detención corporal. Que así mismo en el mismo proceso se ha llegado a determinar mediante pericia psicológica que mi menor hijo alberga sentimientos de miedo y actitud negativa frente a su padre así como de abuso emocional. Así mismo no obstante que tanto mediante acuerdo arribado en audiencia única de fecha 06-04-04 llevada a cabo en el proceso judicial N° 772-2003 ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa y en acuerdo conciliatorio arribado con fecha trece de mayo del dos mil ocho celebrado en audiencia única fijada en proceso judicial número 3408-2007 el demandado se comprometió a acudir alimentariamente a nuestro menor hijo, en consecuencia es necesario que a este se le prive de la patria potestad que su condición de padre le otorga.*

**Fundamentos de derecho.-** Ampara su demanda, en los artículos: 348°, 350° del Código Civil; en el artículo 333° inciso 2° y 11° del Código Civil. En los artículos 480°, 481°, 424° y 425° del Código Procesal Civil.

**Contestación de demanda por parte de la Fiscalía.-** En fojas ochenta i dos y ochenta i siete, el Ministerio Público, a través de la Cuarta Fiscalía de Familia, contestó la demanda manifestando que estando a las copias remitidas por el Juzgado, escrito de demanda y sus anexos acompañados, las partes habrían contraído matrimonio civil con fecha catorce de junio de mil novecientos noventa i siete por ante la Municipalidad Distrital de Mariano Melgar, provincia y departamento de Arequipa y durante la vigencia de la unión conyugal han procreado un hijo. Respecto a los demás hechos expuestos en la demanda este Ministerio Publico no puede pronunciarse por cuanto desconoce la verdad de los mismos. **Fundamentos de**

**derecho.-** Ampara su contestación en el artículo 481° del Código Procesal Civil con fundamento en el artículo 333° del Código Civil; en el artículo 1ro. de la Ley Orgánica del Ministerio Público concordante con el artículo 233 del Código Civil y el artículo 4to de la Constitución Política del Perú.

**Actividad jurisdiccional.-** A fojas ochenta se admitió a trámite la demanda mediante resolución número tres; en fojas ochenta i ocho mediante resolución número cinco, se tiene por apersonado al Ministerio Público y por contestada la demanda; a fojas noventa i tres, mediante resolución número cinco se declaró rebelde al demandado; a fojas cien, mediante resolución número seis se declara saneado el proceso. A fojas ciento veintisiete se llevó a cabo la audiencia de pruebas. Siendo el estado del proceso el de expedir sentencia; y, -----

**C O N S I D E R A N D O que:**

**PRIMERO.- Actos Postulatorios**

**De la demandante:**

**Pretensión principal:** La accionante Mirtha Zenaida Guillén de Peralta plantea como pretensión principal el divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común en contra de su esposo William Antonio Peralta Fernández.

**Pretensión subordinada.-** se declare el divorcio por causal de separación de hecho por el período de cuatro años.

**Pretensiones accesorias:**

- Se declare el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales, agregando que dentro del matrimonio no han adquirido ningún bien, ni mueble ni inmueble.
- Se declare la pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges.
- Se declare el cese de obligación alimentaria entre marido y mujer solo a partir de la expedición de la sentencia que recaiga en el presente proceso, ya que existe obligación pendiente de ejecución a favor de la demandante.
- Se declare la privación de la patria potestad del menor Jair Janpaul Peralta Guillén.
- Respecto a los alimentos se encuentran establecidos en los procesos judiciales N° 772-2003 y N° 2007-3408. La tenencia del menor hijo Jair Peralta Guillén y régimen de visitas se encuentran establecidos en el expediente N° 2007-3408.

**Del demandado:** se encuentra en la condición de rebelde.

**SEGUNDO.- Normatividad**

El artículo cuarto de la Constitución Política del Perú establece que la comunidad y el Estado protegen –entre otros- a la familia y promueven el matrimonio, los que son reconocidos como institutos fundamentales de la sociedad por lo que la forma del matrimonio, así como las causas de disolución son reguladas por Ley; siendo que, el artículo 349° en concordancia con el artículo 333° inciso 11 del Código Civil, estipula que es causal de divorcio “*La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial*”; mientras el inciso 12 del mismo artículo 333, como otra causal de divorcio, “*la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335*”.

**TERCERO.- Del matrimonio cuya disolución se pretende**

Con el acta de matrimonio inserta en fojas tres, se acredita que la actora Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga contrajo matrimonio con William Antonio Peralta Fernández, ante la Municipalidad Distrital de Mariano Melgar, provincia y departamento de Arequipa, con fecha catorce de junio de mil novecientos noventa i siete.

#### **CUARTO.- Causal de divorcio invocada como pretensión principal**

- A.** La demandante ha fundamentado su pretensión principal de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, en principio, refiriendo hechos de violencia cometidos por el demandado en su agravio, para acreditar lo cual ha ofrecido el expediente 2377-2007, sobre violencia familiar, tramitado ante el Tercer Juzgado de Familia. A este respecto, debe precisarse que al existir como causal específica de divorcio, la de violencia familiar física y psicológica prevista en el inciso 2 del artículo 333 del Código Civil, no es atendible que los referidos supuestos de hecho se enmarquen en la causal de imposibilidad de hacer vida en común, cual es una causal que estaría reservada para situaciones no previstas en las demás causales, pero que por la gravedad quiebran de manera irremediable el matrimonio, hacen imposible que el cónyuge afectado desee mantener el vínculo conyugal.
- B.** Cabe agregar que casi todas las situaciones de hecho nominadas en las otras causales contempladas en el artículo 333 del Código Civil podrían subsumirse en la de “imposibilidad de hacer vida en común”; así, determinados demandantes de divorcio podría argüir que les es imposible hacer vida en común con el cónyuge que cometió adulterio, con el que cometió violencia física o psicológica en su contra, con el que atentó contra su vida, con el que lo injurió de manera grave, con el que abandonó la casa conyugal, con el que cometió conducta deshonrosa, con el toxicómano, con el que adquirió una enfermedad grave de transmisión sexual, con el homosexual, con el condenado por delito doloso; sin embargo, debe entenderse que el sistema de causales empleado por el Código Civil implica una diferenciación entre las mismas y que la invocada de imposibilidad de hacer vida en común se ha incluido para situaciones diferentes, graves, atendibles y que no podrían especificarse o detallarse una a una porque no es posible prever toda la multiplicidad de conductas humanas y situaciones de hecho que podrían hacer insoportable la convivencia conyugal y cuya gravedad justifique atender la disolución del vínculo matrimonial.
- C.** En concordancia con lo esgrimido, en el caso que nos ocupa es claramente distinto el sustento de hecho de la misma causal, referido a la violencia cometida por el cónyuge demandado en perjuicio del menor hijo de las partes; siguiendo el ejercicio propuesto en el párrafo anterior, verificamos que nuestro ordenamiento civil no contempla como causal de divorcio, la violencia de uno de los cónyuges en perjuicio de los hijos; sin embargo, consideramos que dependiendo de las características del caso específico, dicho sustento de hecho sí puede dar contenido a la causal de imposibilidad de hacer vida en común.
- D.** En el presente caso, la demandante no sólo alega haber sido víctima de violencia familiar ella (fundamento de hecho que se descarta por las razones ya expuestas), sino también su menor hijo. Ahora bien, para determinar la gravedad y si tales hechos se enmarcan en la causal de divorcio de imposibilidad de hacer vida en común, se analizan los siguientes medios probatorios, contenidos en el expediente 3408-2007 (que se tiene como acompañado), tramitado ante el Cuarto Juzgado de Familia, por demanda interpuesta por la Tercera Fiscalía de Familia en contra de

William Antonio Peralta Fernández sobre violencia familiar en agravio del menor Jair Peralta Guillén:

- D.1.** En foja seis, declaración del menor Jair Peralta Guillén, entonces de nueve años de edad, recibida ante la Comisaría PNP de José Luis Bustamante y Rivero con fecha veintisiete de agosto del dos mil siete, a la cuarta pregunta: si en alguna oportunidad ha sido víctima de maltratos físicos y psicológicos por parte de su padre señor Antonio Peralta Fernández, el menor respondió *que algunas veces mi padre me ha golpeado físicamente y me ha insultado*; a la quinta pregunta *¿si tiene algo más que agregar?* Respondió: *Que sí, cada vez que mi papá me llama por teléfono siempre me pregunta por mi mamá, lo que me tiene incómodo, porque me hace sentir mal, ya que no me pregunta cómo estoy yo, y que cuando vivíamos juntos mi papá me apretaba las costillas porque según él me movía mucho y ahora me siento bien porque sólo vivo con mi mamá ya que mi padre siempre tomaba y venía a la casa borracho a hacer problemas*;
- D.2.** Certificado Médico Legal N° Hcl:7074-CSAP-PS de folio siete, fechado el veintiséis de julio del dos mil siete, expedido por dependencia del Ministerio de Salud, el que certifica que al examen psicológico el menor Jair Jeanpaul Peralta Guillén presenta: *onicofagia* (hábito de morderse las uñas – precisión nuestra), *nerviosismo* y *retraimiento*; *refiriendo temor por su padre, pues dice que tiende a ser violento y porque siente que no le interesa, ya que no se ocupa económicamente de él y cuando le visita parece estar más preocupado en obtener información sobre la madre, que en pasar tiempo con él.* Diagnóstico final: Síndrome ansioso.
- D.3.** El demandado fue declarado rebelde en folio cincuenta i dos, verificándose que en la etapa policial, igualmente el padre no acudió a declarar, denotando consistente actitud displicente.
- D.4.** En fojas cincuenta i ocho, conciliación celebrada entre las partes, en audiencia de fecha trece de mayo del dos mil ocho, en la que el demandado reconoce haber realizado actos de violencia familiar psicológica en agravio de su menor hijo Jair Peralta Guillén, y el primero se compromete a no volver a producir actos de violencia familiar ya sea en sus manifestaciones de maltrato físico y psicológico en agravio de su menor hijo; acordando ambas partes -el niño representado por su madre-, someterse a terapia psicológica, la cual fue cumplida por el niño (obviamente conducido por su madre), pero no fue culminada por el padre, según informes psicológicos de folios ochenta y ochenta i dos.
- D.5.** En foja noventa i cinco, declaración del menor Jair Peralta Guillén, entonces de once años de edad, recibida ante la Comisaría PNP de Simón Bolívar con fecha diecisiete de enero del dos mil nueve, a la tercera pregunta: *¿cuál es la relación actual con su progenitor don William Antonio Peralta Fernández,* dijo: *que me visita algunos domingos, de los domingos cuando fuimos al juzgado me ha visitado unos cuatro domingos, no me gusta que vaya a visitarme porque le tengo miedo, siempre que va me pregunta por mi mamá, quiere que le cuente todo lo que hace sino se enoja y si le digo la verdad me dice que le estoy mintiendo, si no le digo lo que él quiere oír me amenaza con ir al trabajo de mi mamá a molestarla*; a la cuarta pregunta: *¿cómo es la relación entre sus progenitores?* dijo: *que es muy mala, mi papá siempre va a la casa a hacer problemas, mi papá la ceta a mi mamá el día jueves quince de enero del dos mil nueve, me desperté porque mi papá gritaba como si*

*fuera un asalto, yo saqué la cabeza por la ventana y era mi papá que empujaba a mi mamá y no la dejaba entrar a la casa, le gritaba puta, yo le pedía por favor que la dejara, luego ella ya entró y él seguía gritando en la calle; a la quinta pregunta: ¿con qué frecuencia presencia estos incidentes entre sus progenitores? dijo: que, los únicos días que no va a molestar son los fines de semana, después todos los días va a molestar; a la sexta pregunta: ¿quién se encarga de solventar sus gastos tanto en vestido, educación y alimento? dijo: que, de todo eso se encarga mi mamá, mi papá ni siquiera me ha dado el regalo de Navidad; a la séptima pregunta: ¿tiene algo más que agregar? dijo: que mi papá hasta cuando me llama por teléfono me molesta, me pregunta por mi mamá, me molesta, grita.*

- D.6.** En foja noventa i ocho, Protocolo de Pericia Psicológica N° 001458-2009-PSC-VF realizado al menor Jair Peralta Guillén, entonces de once años de edad, de fecha veintitrés de enero del dos mil nueve, por el Instituto de Medicina Legal , en cuyo rubro “A. RELATO” se lee : *El menor señala que el día quince de enero del dos mil nueve escuchó cuando su padre gritaba a su madre ante lo cual salió a ver por la ventana con abuela en la cual noto que su padre no dejaba ingresar e insultaba a su madre por lo que llegó a decirle que no la moleste. En el rubro “C. HISTORIA FAMILIAR”, el niño refiere: mis padres están separados hace siete años, se separaron porque mi papá toma y es agresivo, la cela mucho a mi madre porque cuando llama por teléfono a la casa me pregunta dónde ha salido, con quién ha salido, si está en el domicilio, si le respondo lo que él no quiere escuchar dice que soy un mentiroso y alcahuete, llama por teléfono casi todos los días, me para gritando cuando llama por teléfono a la casa, había un reglamento que me visite los domingos pero la juez ha sacado un reglamento que no me vea en ocho meses porque le tengo miedo, me siento mal que me diga mentiroso y alcahuete, algunas veces que voy a esperar al paradero a mi madre veo que mi padre está discutiendo con ella. En el rubro “IV ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS”, se lee: Examen psicológico: lo hallamos lúcido, aparenta su edad, correcto arreglo personal, lenguaje fluido y coherente, tono de voz suave, durante la entrevista se ha mostrado poco espontáneo y con tendencia al retraimiento, inteligencia con características normales, rememora hechos motivo de denuncia con tristeza y temor, proviene de hogar disgregado con actual presencia de prepotencia y hostilidad del padre con la madre y su persona, se siente decepcionado y con miedo por actuar negativo del progenitor. Expresa deseo que su padre ya no hostilice a su persona y a la madre, actitud negativa hacia su padre, refiere onicofagia, afecto ansioso. Psicológicamente es un niño inseguro, cohibido y con bajo concepto de sí mismo. Finalmente en el ítem “V. CONCLUSIONES” los especialistas evaluadores, psicólogos forenses Máximo J. Zapata Canazas y Abel Jara Macedo, consignan: Después de evaluar a Peralta Guillén, Jair Jeanpaul, somos de la opinión que presenta: Estado de ansiedad a consecuencia de saber que su padre hostiliza a su madre y al sufrir gritos y hostilidad de su padre cuando llama por teléfono al domicilio pidiendo razones de ella. Familia disintegrada. Alberga sentimientos de miedo y actitud negativa hacia su progenitor. Abuso emocional.*
- D.7.** En fojas ciento dieciocho, decreto por el cual se le corre traslado al demandado de los nuevos hechos de violencia familiar denunciados por la Cuarta Fiscalía de Familia, sin que los absuelva, por lo que, mediante

resolución de folio ciento veintiuno se le impone una multa y se le requiere para que cumpla estrictamente con el compromiso asumido y las medidas de protección a favor del agraviado establecidas en el acuerdo conciliatorio de fojas cincuenta i siete a cincuenta i nueve.

- E.** Todo lo descrito en los precedentes acápite D1 a D7 constituye comisión de violencia familiar por parte de William Antonio Peralta Fernández, lo que es particularmente grave cuando el agresor es el padre y la víctima el propio hijo, peor aun cuando éste es un niño y la violencia no sólo es indirecta sino directa, ya que además de atemorizarlo tratando mal a la madre del niño en presencia de éste, lo maltrata directamente al hostilizarlo preguntándole sobre las actividades de la madre e insultándolo como “alcahuete” o “mentiroso”; además significa un deplorable incumplimiento de sus deberes paternales, ya que lejos de brindar protección, cariño y seguridad a su menor hijo, como hace cualquier buen padre o padre promedio, lo agrede de manera cruel y desconsiderada, motivado por celos patológicos, generando en el niño daño psicológico cuyas consecuencias en el desarrollo de su personalidad son de difícil medición.
- F.** El maltrato psicológico directo ocasionado por William Antonio Peralta Fernández en agravio de su hijo, sí puede resultar insostenible para la madre, que dentro de los cánones regulares y normales de la conducta que se espera de toda madre mentalmente sana, protege y cuida a su prole, ya que cualquier madre normal se ha de sentir lastimada pero también indignada ante el sufrimiento del hijo ocasionado por el propio padre de manera consiente y repetida, por lo que es perfectamente razonable que le resulte imposible considerar una vida en común con el agresor, como de facto ya se da al encontrarse separados de hecho los cónyuges y conformar una familia disfuncional, por tanto debe declararse fundada la demanda de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común de los cónyuges, lo que se ha probado en el presente proceso.

#### **QUINTO.- Del patrimonio conyugal**

En cuanto al régimen patrimonial del matrimonio, como lo ha referido la demandante y de conformidad con lo establecido por el último párrafo del artículo 295° del Código Civil, se presume que los cónyuges optaron por el régimen de sociedad de gananciales, siendo de aplicación el artículo 318°.3 del Código citado, en cuanto establece que por el divorcio fenece el régimen de la sociedad de gananciales, por lo que debe disponerse el respectivo fenecimiento como consecuencia del presente divorcio. En cuanto a la liquidación del patrimonio conyugal, no sería necesaria al haber declarado la demandante no haber adquirido bienes muebles ni inmuebles y encontrarse el demandado en la condición de rebelde; sin embargo, de ser necesaria, la liquidación se realizaría en ejecución de sentencia y a requerimiento fundamentado de la parte interesada.

#### **SEXTO.- Regímenes del hijo menor de edad**

En cuanto a los regímenes concernientes al menor hijo de las partes, llamado Jair Janpaul Peralta Guillén, se tiene lo siguiente:

- Los alimentos se encuentran establecidos en los procesos judiciales N° 772-2003 y N° 2007-3408 (que se tienen como acompañados).
- La tenencia y el régimen de visitas se encuentran establecidos en el expediente N° 2007-3408.

Por lo que no es necesario emitir pronunciamiento en este proceso, respecto a estas materias, salvo las precisiones que se agregan en el considerando siguiente.

#### **SÉTIMO.- De la patria potestad**

En cuanto a la privación de la patria potestad, la demandante ha sustentado esta pretensión accesoria en los hechos de violencia familiar que el padre ha cometido contra su hijo y en que estaría incumpliendo su obligación alimentaria con relación al mismo; al respecto, se verifica que en el expediente 3408-2007 se han establecido tanto los hechos de violencia familiar directa, como la fijación de una pensión alimenticia (fojas cincuenta i ocho del acompañado, conciliación celebrada entre las partes, en audiencia de fecha trece de mayo del dos mil ocho) y pese a que existen liquidaciones de pensiones adeudadas (fojas ciento treinta, ciento noventa i uno, doscientos nueve del acompañado) y requerimientos de pago (fojas ciento ochenta, doscientos catorce del acompañado), no se tiene certeza de que actualmente el demandado incumpla su obligación alimentaria; por el contrario, los hechos de violencia están plenamente reconocidos y documentados.

Ahora bien, la demandante ha solicitado la privación de la patria potestad, cuyas causales se encuentran establecidas en el artículo 463 del Código Civil; sin embargo, resulta de mejor aplicación al caso la norma específica y posterior contenida en el Código de los Niños y Adolescentes que en su artículo 75 (inciso “e” para el caso concreto, que establece se suspende la patria potestad por maltratar a los hijos física o mentalmente) regula la suspensión de la patria potestad y que además se condice con el principio del interés superior del niño, ya que el padre suspendido podrá solicitar la restitución de la patria potestad en caso demuestre que ha cesado la causal que la motiva, lo que puede ser beneficioso para el hijo, en la medida que el padre que enmiende su conducta podría restablecer un vínculo saludable con el hijo.

Cabe precisar que al ser una sanción hacia conductas indebidas por parte del padre, la suspensión de la patria potestad en modo alguno lo exime de sus obligaciones hacia el hijo, especialmente la de cumplir con el deber alimentario.

Es menester, de otro lado, puntualizar en cuanto al régimen de visitas, al ser también un derecho del hijo, se mantendrá el establecido en otro proceso judicial 3408-2007 como lo ha solicitado la madre, pero se llevarán a cabo únicamente si el hijo visitado muestra su anuencia, más aun teniéndose en cuenta que actualmente Jair Janpaul Peralta Guillén es un adolescente de quince años de edad, conforme a la partida de nacimiento de folio cinco, donde aparece que nació con fecha tres de noviembre de mil novecientos noventa i siete.

#### **OCTAVO.- Derecho sucesorio**

Como lo ha solicitado la demandante y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 353 del Código Civil, los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

#### **NOVENO.- Alimentos entre cónyuges**

Igualmente, como lo ha solicitado la demandante y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 350 del Código Civil, por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

#### **DÉCIMO.- Pretensión subordinada**

Carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la pretensión acumulativa objetiva y originaria de divorcio por la causal de separación de hecho por el período de cuatro años, en su condición de subordinada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 87 del Código Procesal Civil, al ampararse la pretensión principal.

**UNDÉCIMO.- Costas y costos.**

Por último, conforme lo establece el artículo 412 del Código Procesal Civil, el reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida.

POR ESTOS FUNDAMENTOS, ADMINISTRANDO JUSTICIA A NOMBRE DE LA NACIÓN;

**F A L L O :** Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga, sobre **DIVORCIO** por causal de imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial, en contra de William Antonio Peralta Fernández y el Ministerio Público, en consecuencia, **DECLARO:**

**A) DISUELTO EL VÍNCULO MATRIMONIAL** que unía a **Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga** y **William Antonio Peralta Fernández**; que fuera contraído en la Municipalidad Distrital de Mariano Melgar, provincia y departamento de Arequipa, con fecha catorce de junio de mil novecientos noventa i siete;

**B) FENECIDA** la sociedad de gananciales;

**C) La SUSPENSIÓN** de la patria potestad de William Antonio Peralta Fernández respecto a su hijo Jair Janpaul Peralta Guillén;

**D) El CESE** de la obligación alimenticia entre los exesposos;

**E) La PÉRDIDA** del derecho hereditario entre los ex cónyuges;

**F) Que las visitas del padre al menor hijo Jair Janpaul Peralta Guillén** establecidas en el proceso 3408-2007, se realizarán sólo con anuencia de éste;

**DISPONGO:** que, consentida o ejecutoriada la presente sentencia, se remitan copias certificadas al Registro de Estado Civil de la Municipalidad Distrital de Mariano Melgar, provincia y departamento de Arequipa, al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) así como partes al Registro Personal de los Registros Públicos de Arequipa, previa presentación de la tasa judicial correspondiente, de ser el caso. Con costos y costas del proceso. **ORDENO:** Que, en caso no sea apelada la presente, se eleve en **CONSULTA** a la Superior Sala Civil. Esta es la sentencia que pronuncio, mando y firmo en mi despacho del Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa.

**CAUSA N° 2010-0328-0-040101-SS-CI-04****SENTENCIA DE VISTA N° 375-2013-4SC****Resolución N° 28 (DOS)**

Arequipa, dos mil trece

Octubre treinta y uno.-

**VISTOS:** En Audiencia Privada, viene en consulta la Sentencia ciento setenta y seis-dos mil trece, del uno de julio de dos mil trece, de fojas doscientos cuarenta y dos a doscientos cincuenta y uno, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por Mirtha Zenaída Guillén Zúñiga con William Antonio Peralta Fernández, con los demás efectos señalados; sin costas ni costos; teniendo a la vista los Expedientes acompañados 00772-2003 sobre Alimentos y su cuaderno de asignación anticipada; 3408-2007 sobre Violencia Familiar y 2377-2007, sobre Violencia Familiar; y, -----

**CONSIDERANDO:** -----

**Primero.-** Que la institución de la consulta no tiene por objeto absolver grado alguno, sino revisar la conformidad de lo resuelto por el Juzgado, verificando que el proceso se haya tramitado con arreglo a las normas del debido proceso, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa de las partes; y que es elevada a esta Superior Sala en mérito a lo dispuesto por el artículo 359 del Código Civil. -----

**Segundo.-** Que, es deber del Magistrado cumplir con los principios fundamentales consagrados constitucionalmente, como son la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, previstos en el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; en el presente caso se evidencia un emplazamiento válido al Ministerio Público y al demandado, como consta de las notificaciones de fojas ochenta y dos a ochenta y cinco, siendo que el demandado no ha contestado la demanda por lo que se ha declarado su rebeldía como consta de la Resolución cinco de fojas noventa y tres, y saneado el proceso mediante Resolución seis de fojas cien, se han fijado los puntos controvertidos por Resolución siete de

fojas ciento ocho, se ha realizado la Audiencia de pruebas que se llevó a cabo el veinticinco de octubre del año dos mil diez, a fojas ciento veintisiete y siguientes; siendo que a fojas ciento veintitrés, se apersona a proceso el demandado, quien señala su domicilio procesal, se emitió la Sentencia venida en grado, el uno de julio del dos mil trece, que es notificada a las partes y al Representante del Ministerio Público (folios doscientos cincuenta y nueve y doscientos sesenta); quienes no han interpuesto recurso impugnatorio, por tanto la misma ha quedado consentida. -----

**Tercero.-** Que en cuanto al fondo del asunto, se ha declarado el divorcio por la causal demandada de Imposibilidad de hacer vida en común, dado que la demandante aduce que su cónyuge no contribuye a la consolidación y fortalecimiento de la familia en tanto ejerce actos de violencia psicológica en contra del menor hijo de la pareja, de nombre Jair Peralta Guillén, a quien insulta y menosprecia, llamándolo “alcahuete”, y pretende obligarlo a vigilar permanentemente a la demandante, lo que hace que la demandante considere que se han roto los lazos de asistencia familiar que se deben los cónyuges conforme al artículo 288 del Código Civil que deben estar basados en el respeto y la confianza mutua, y que por ello es imposible la vida en común con su cónyuge el demandado, cuyos hechos están probados con los Expedientes que sobre violencia familiar se han tramitado con Registro 3408-2007, ante el Segundo Juzgado Especializado de Familia, y con Registro 2377-2007, ante el tercer Juzgado de Familia; no se han reportado bienes dentro del matrimonio, habiéndose dado por terminada la sociedad de gananciales, el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges, lo que se producirá a partir de la Sentencia consentida, habiéndose establecido que el régimen de visitas establecido judicialmente se mantendrá, y la suspensión de la patria potestad del demandado respecto de su hijo Jair Jeanpaul Peralta Guillén, por lo que habiéndose respetado el debido proceso y siendo que la Sentencia ha sido expedida conforme al artículo 122 inciso 3) del Código Procesal Civil, debe aprobarse la consultada. -----

Fundamentos por los que, **APROBARON** la Sentencia ciento setenta y seis-dos mil trece, del uno de julio de dos mil trece, de fojas doscientos cuarenta y dos a doscientos cincuenta y siete, que declara **FUNDADA** la demanda de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial, en contra de William Antonio Peralta Fernández y el Ministerio Público, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial existente entre Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga y William Antonio Peralta Fernández, fenecida la sociedad

de gananciales, la suspensión de la patria potestad del demandado respecto a su hijo Jair Jeanpaul Peralta Guillén, el cese de la obligación alimentaria entre los esposos y la pérdida del derecho hereditario entre los ex cónyuges, con lo demás que contiene, y los devolvieron. En los seguidos por Mirtha Zenaida Guillén Zúñiga con William Antonio Peralta Fernández, sobre Divorcio. Interviene el señor Salinas Vizcarra por licencia del señor Paredes Bedregal. Juez Superior Ponente: señora Valencia Dongo Cárdenas.-

**S.S.**

**Valencia Dongo Cárdenas**

**Valdivia Dueñas**

**Salinas Vizcarra**



## ANEXO 02. CÉDULA DE ENTREVISTA

### ENTREVISTA A JUECES DE JUZGADO DE FAMILIA DE AREQUIPA

La presente entrevista tiene la finalidad de captar opiniones e ideas sobre la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de deberes conyugales, daños que normalmente pueden determinarse en los procesos de divorcio, por ello agradeceré sinceramente apoyarme con responder las siguientes preguntas:

1. ¿Cuántos procesos en total se han tramitado en su Juzgado durante el 2014?

\_\_\_\_\_

2. ¿Cuántos de los procesos tramitados en el 2014 son de divorcio?

\_\_\_\_\_

3. ¿En los procesos de divorcio por causal cuántas sentencias se ha emitido durante el año 2014?

Procesos de divorcio	Fundadas	Infundadas/improcedentes
Divorcio por la causal de separación de hecho		
Divorcio por causal distinta a la separación de hechos		

4. El incumplimiento de los deberes conyugales, mayormente desembocan en divorcio, causándose con ello daño a la persona de uno de los cónyuges o de ambos ¿En los procesos de divorcio se otorgan indemnización por daño a la persona?

En Divorcio por causal de separación de hecho: \_\_\_\_\_

En Divorcio por otras causales: \_\_\_\_\_

5. ¿Cree Ud. que nuestro Código Civil debe contemplar expresamente la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales, en los procesos de divorcio por causal (diferentes a la separación de hecho)?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Muchas gracias

ANEXO 03: PROYECTO DE TESIS

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**



**INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES, EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA, DURANTE EL AÑO 2014**

Proyecto de investigación presentado por:

**ROBERTO ERICK AGUIRRE LIPA**

Para optar el Título de:

**ABOGADO**

**AREQUIPA –PERÚ**

**2014**

## I. PREÁMBULO

La familia constituye la célula básica de la sociedad, porque sobre la bases de la familia se constituyen los pueblos y la sociedad en general.

El matrimonio, entendido como la unión espiritual y corporal permanente de un hombre y una mujer, con fines específicos de procreación y convivencia en plena comunidad, constituye la fuente más importante de origen de la familia. Por ello, para asegurar esa finalidad, nuestro Código Civil mediante su artículo 288° y 289° señala que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, así como tienen el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal.

Estos deberes son esenciales para el matrimonio, por lo que los cónyuges, al contraer el matrimonio asumen deberes específicos de carácter personal y patrimonial por mandato de la Ley. De los deberes patrimoniales nuestra legislación se ha ocupado ampliamente, imponiendo sanciones específicas en caso de su quebrantamiento; mientras, respecto de los deberes extrapatrimoniales y los daños a la persona que se causan con su incumplimiento, nuestra legislación no se ha ocupado. Por ello, casi en todos los procesos de divorcio por causal, a excepción de los divorcios por causal de separación de hecho, no se otorga indemnización por concepto del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales. A este respecto, tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial, tampoco existe criterio uniforme, por lo que el matrimonio se viene convirtiendo en un campo de inmunidades y privilegios conyugales.

El constatar esta situación en nuestro país es lo que me ha motivado a plantearme esta investigación, con la finalidad de efectuar un análisis del tema apoyándome en la doctrina y jurisprudencia, a fin de determinar su procedencia y la necesidad de regular respecto a la indemnización de los daños a la persona causada por el incumplimiento de deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal.

**Roberto Erick Aguirre Lipa**

## II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADA POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES, EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA, DURANTE EL AÑO 2014.

#### 1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

##### 1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- a. Campo : Ciencias jurídicas.
- b. Área : Derecho Civil y Derecho de Familia.
- c. Línea : Indemnización del daño a la persona.

##### 1.2.2. CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<b>Variable independiente</b> DAÑO A LA PERSONA CAUSADA POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES	Daño a la persona	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Naturaleza jurídica</li> <li>• Características</li> <li>• Elementos</li> <li>• Regulación normativa</li> </ul>
	Daño a la persona entre cónyuges	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Naturaleza jurídica</li> <li>• Características</li> <li>• Elementos</li> <li>• Regulación normativa</li> </ul>
<b>Variable dependiente</b> INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL	Presupuestos de procedencia de indemnización	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La antijuridicidad</li> <li>• El daño causado</li> <li>• La relación de causalidad</li> <li>• Factores de atribución</li> </ul>
	Regulación de la reparación de daño a la persona entre cónyuges	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Constitución Política</li> <li>• Código Civil</li> <li>• Legislación comparada</li> <li>• Doctrina</li> <li>• Jurisprudencia</li> </ul>

### 1.2.3. INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del daño a la persona causada entre cónyuges por el incumplimiento de deberes conyugales?
- ¿Es procedente la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal?
- ¿La indemnización del daño a la persona causada por incumplimiento de los deberes, en los procesos de divorcio por causal, requiere un tratamiento regulatorio especial?

### 1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- **Tipo** : Documental
- **Nivel** : Descriptiva - Explicativa

### 1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Actualmente en nuestra legislación no existe una regulación expresa sobre la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal, tampoco existe unicidad de criterios a nivel doctrinal ni jurisprudencial sobre el tema.

La situación detectada, es decir, la inexistencia de una regulación sobre la procedencia o no de la indemnización del daño a la persona causado por incumplimiento de las obligaciones conyugales, origina una especie de incertidumbre, frustración y desprotección para los cónyuges agraviados, puesto que los daños a la persona que se les ha causado al cónyuge agraviado, no tienen ninguna sanción y no pueden ser resarcidas, lo que nos hace ver que el matrimonio se estaría constituyendo en un campo de inmunidad y de privilegio conyugal.

Por ello considero necesario la presente investigación, pues nos permitirá mostrar la necesidad y procedencia en nuestro país de la indemnización del daño a la persona causada entre cónyuges por el incumplimiento de obligaciones conyugales.

Es por ello que la presente investigación tiene:

- 1) **Justificación teórica**, puesto que previo análisis de nuestra normatividad vigente, doctrina y jurisprudencia, nos permitirá comprender la naturaleza de los daños entre cónyuges, evaluar la procedencia de la indemnización del daño a la persona por incumplimiento de deberes entre cónyuges, los alcances de nuestra actual regulación, y en base a ello, plantear nuevas tendencias de interpretación y aplicación de la normatividad existente al caso de indemnización del daño a la persona causado por incumplimiento de deberes conyugales.
- 2) **Justificación legal**, pues nos permitirá realizar un análisis e interpretación sistemática de las normas del Código Civil, Constitución Política y jurisprudencia emanada del Poder Judicial, con la finalidad de determinar la procedencia y vía de tramitación del proceso de indemnización de daño a la persona causado por incumplimiento de deberes conyugales.
- 3) **Justificación práctica**, pues nos permitirá demostrar que, interpretando y aplicando la normatividad vigente de una manera correcta y teniendo en cuenta las precisiones que se planteará a través del Proyecto de Ley, es posible la indemnización del daño a la persona ocasionado por el incumplimiento de deberes conyugales, los que beneficiará a la sociedad en general.
- 4) **Viabilidad de la investigación.-** Teniendo en cuenta que contamos con Código Civil que regula la responsabilidad civil, y también abundante jurisprudencia y análisis doctrinario, los que

nos servirá para fundamentar la procedencia de la indemnización del daño a la persona ocasionado por el incumplimiento de deberes conyugales, sumando a ello el interés y deseos de superación del investigador, consideramos que la ejecución de la presente investigación es posible.

## 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. LA FAMILIA

La familia es un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción que viven juntos por un período indefinido de tiempo. Constituye la unidad básica de la sociedad.

Arturo Yungano<sup>1</sup> nos dice que la familia es “una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primario por excelencia”.

Según Boseert y Zannoni<sup>2</sup> la familia puede definirse desde dos perspectivas. Desde una perspectiva sociológica, “la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”. Mientras, desde una perspectiva jurídica, en un sentido más amplio, consideran que “la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”.

---

<sup>1</sup> YUNGANO, Arturo (1993). Derecho de Familia (Teoría y Práctica). Buenos Aires: Ediciones Macchi. p. 3

<sup>2</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Astrea. pp.5-6.

## 2.2. EL MATRIMONIO

### 2.2.1. CONCEPTO

Según Méndez Costa<sup>3</sup>, el matrimonio viene a ser “la unión solemne de un hombre y una mujer tendiente a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho”.

Conforme al artículo 234° del Código Civil, el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del mismo Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

De modo que, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida. Por lo que dentro de ella necesariamente existen derechos, deberes y responsabilidades que cumplir entre sus integrantes. Se habla de obligaciones recíprocas entre los cónyuges, deberes con los hijos y de los hijos con los padres.

### 2.2.2. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

Siguiendo a Belluscio<sup>4</sup> podemos decir que el matrimonio tiene cuatro notas características saltantes: unidad, monogamia, permanencia y legalidad.

---

<sup>3</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa (1982). Derecho de Familia. Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 82.

<sup>4</sup> BELLUSCIO, Cesar Augusto (2004). Manual de Derecho Civil. Tomo I. Buenos Aires: ediciones Astrea. pp. 163.

a) **UNIDAD.**- La unidad está dada por la comunidad de vida a que se hallan sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga. A decir de Bossert y Zannoni<sup>5</sup>, la existencia de un matrimonio subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial.

b) **MONOGAMIA.**- La monogamia implica la unión de un solo hombre con una sola mujer, excluye toda forma de poligamia.

c) **PERMANENCIA.**- La unión conyugal tiene carácter permanente en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y que su estabilidad está asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución. Como señala Méndez Costa<sup>6</sup>, los contrayentes cuando se casan lo hacen con la intención de que la unión perdure toda la vida.

d) **LEGALIDAD.**- El matrimonio es un acto reconocido por la ley que establece sus fines, lo protege y tutela, regulando los deberes y derechos que nacen de éste. Como manifiesta, Méndez Costa<sup>7</sup>, significa que los derechos y deberes de los cónyuges están impuestos por la ley, constituyendo un estatuto legal forzoso que los cónyuges no pueden modificar.

A estas características, algunos autores adicionan el de solemnidad, por cuanto el matrimonio es un acto formal solemne; está sujeto a ciertas formas que son condición de su existencia<sup>8</sup>. Es decir, debe cumplir una serie de requisitos

---

<sup>5</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Ob. Cit. p. 77.

<sup>6</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa. Ob. Cit. p. 86.

<sup>7</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa. Ob. Cit. p. 86.

<sup>8</sup> MEDEZ COSTA, María Josefa. Ob. Cit. p. 86.

para su existencia y validez, pues es el único modo de celebrar válidamente el matrimonio, así como para probarlo<sup>9</sup>.

### 2.2.3. DEBERES CONYUGALES

Nuestro Código Civil señala en su artículo 288° que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”, luego en artículo 289° del mismo Código señala que “es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal”. Observemos cada uno de ellos:

- a) **Deber de fidelidad.-** Conforme al artículo 288° del Código Civil tanto el marido y la mujer están en la obligación de guardarse fidelidad uno al otro. Fidelidad entendida como un deber de lealtad, de observancia de la fe que uno debe al otro. La constancia en el afecto y los sentimientos. Ello supone la obligación de no faltar, ofender, deshonar o humillar al cónyuge. En suma, el deber de no traicionarlo. De lo cual se deduce que el deber de fidelidad engloba la fidelidad física y la fidelidad moral<sup>10</sup>.
- b) **Deber de asistencia.-** El artículo 288° del Código Civil impone a los esposos el deber de ayudarse mutuamente. Es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida<sup>11</sup>.
- c) **Deber de cohabitar.-** El artículo 289° del Código Civil consagra expresamente el deber de ambos cónyuges de

---

<sup>9</sup> LOPEZ DIAZ, Carlos (2005). Manual de derecho de familia. Tomo I. Chile. p. 139.

<sup>10</sup> MONGE TALAVERA, Luz (2010) “Deber de Fidelidad y Asistencia”. En: Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica. p. 235.

<sup>11</sup> MONGE TALAVERA, Luz. Ob. Cit. p. 235.

cohabitar. Esta obligación constituye el deber esencial, fundamental pues permite la realización de los demás deberes conyugales.

Como señala Monge Talavera<sup>12</sup>, hacer vida en común implica varios aspectos:

a. En primer lugar, supone la obligación de compartir una residencia común, un hogar común. Los esposos deben vivir juntos, en la misma casa, bajo el mismo techo. La unidad de domicilio significa para el efecto de la ley, el hecho natural de la vida común constante y no interrumpida en un mismo lugar. La residencia conyugal constituye el aspecto exterior y el soporte material del deber de cohabitación, del cual se desprende que, siendo el techo común, lo son también la mesa y el lecho.

b. En segundo lugar, el deber de hacer vida en común implica una comunidad física, lo que engloba el "deber conyugal" propiamente dicho. En efecto, el deber de vivir juntos alude púdicamente a la comunidad de lecho, a las relaciones sexuales conyugales.

Estas últimas constituyen uno de los deberes conyugales por excelencia, *debitum conyugale*. Si la unión de sexos no es una condición formal del matrimonio, es un efecto natural de éste. Es por ello que el artículo 277° del Código Civil establece que es anulable el matrimonio contraído, no solamente por el impúber, sino también de aquel que adolece de impotencia absoluta.

c. Fuera de la copula carnalis, el deber de cohabitación engloba, finalmente, un aspecto económico. Como se

---

<sup>12</sup> Cfr. MONGE TALAVERA, Luz. Ob. Cit. pp. 239-240.

dice corrientemente, compartir juntos la vida significa compartir juntos el mismo pan. La unión personal de los esposos se prolonga en principio en una unión patrimonial, la cual se expresa en la constitución de la sociedad de gananciales; y aun cuando los cónyuges hayan optado por el régimen de la separación de patrimonios, queda subsistente la obligación común de asumir juntos los gastos que conlleva la vida común.

## **2.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **2.3.1. CONCEPTO**

La responsabilidad civil consiste en que por mandato de la ley una persona se haga cargo del resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica<sup>13</sup>.

Díez-Picazo<sup>14</sup> nos dice que la responsabilidad civil es “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”

De modo que, la responsabilidad civil es la obligación de una persona de reparar el daño que ha ocasionado otro.

### **2.3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL**

Como señala Taboada la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de resarcir los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños

---

<sup>13</sup> LEON, Leysser (2004). La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas. Lima: Editora Normas Legales. p. 6.

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio (1992). Sistema de derecho civil. Vol. II. Tecnos. Madrid. p. 591.

producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual; o bien se trate de daños que sean resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

15

En ese sentido, si se trata de daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria será contractual y si se trata de daños que son resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional, será extracontractual.

#### **a) LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de inejecución de obligaciones<sup>16</sup>.

#### **b) LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

Cuando el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual<sup>17</sup>.

En ese sentido, la responsabilidad extracontractual es aquella que existe cuando una persona causa un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un

---

<sup>15</sup>TABOADA CORDOVA, Lizardo (2002). Elementos de la Responsabilidad civil. Lima: Editorial Jurídica GrijLey. p. 29.

<sup>16</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 29-30.

<sup>17</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 30.

vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido.

### 2.3.3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como señala Lizardo Taboada<sup>18</sup> la responsabilidad civil tiene los siguientes elementos:

**a) LA ANTIJURIDICIDAD.-** Es todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Una conducta es antijurídica cuando contravine una norma prohibitiva, así como cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar valores o principios sobre los cuales han sido construidos el sistema jurídico<sup>19</sup>.

**b) EL DAÑO.-** Son las consecuencias negativas derivadas de la lesión del interés jurídicamente protegido. La existencia del daño lo que justifica la obligación de repararlo, toda vez que sin daño o perjuicio no se podría hablar de la obligación de reparar.

#### **c) EL NEXO CAUSAL O RELACIÓN CAUSAL**

El nexo causal es la relación que existe entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. Es una relación de causa efecto, que permite establecer hechos susceptibles de ser considerados determinantes del daño.

---

<sup>18</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. pp. 32-37.

<sup>19</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 32.

Como señala Graciela Medina<sup>20</sup>, es el nexo causal que nos permite establecer el punto de contacto entre la conducta y el daño causado, así como mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son atribuibles a su conducta antijurídica.

**d) FACTOR DE IMPUTACIÓN.-** Es el fundamento del deber de indemnizar<sup>21</sup>. Son aquellos que finalmente determinan la existencia de la responsabilidad civil. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras en el campo extracontractual, de acuerdo al Código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado<sup>22</sup>.

## 2.4. EL DAÑO

### 2.4.1. EL DAÑO

El daño es el conjunto de consecuencias negativas derivadas de la lesión del interés jurídicamente protegido<sup>23</sup>.

Es la existencia del daño lo que justifica la obligación de repararlo. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

### 2.4.2. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

La doctrina es unánime en clasificar al daño en patrimonial y extrapatrimonial.

---

<sup>20</sup> MEDINA, Graciela (2002). El daño en derecho de familia. Buenos aires: Rubinzal Culzoni Editores. p. 75

<sup>21</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006). Derecho de responsabilidad civil. Lima: Gaceta Jurídica. p. 126.

<sup>22</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 36.

<sup>23</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006). Ob. Cit. p. 226.

**a) DAÑO PATRIMONIAL.-** Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparado<sup>24</sup>. Por ejemplo: la destrucción de una computadora.

A su vez se clasifica a su vez en:

**a.1. DAÑO EMERGENTE.-** Viene a ser la pérdida patrimonial como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Como señala Taboada, está referida a la pérdida patrimonial efectivamente sufrida<sup>25</sup>.

**a.2. LUCRO CESANTE.-** Se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado. Mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo. Según Taboada, está referida a la ganancia dejada de percibir<sup>26</sup>.

**b) DAÑO EXTRAPATRIMONIAL.-** Viene a ser el daño ocasionado a la persona en sí misma. Conforme a la sistemática de nuestro Código el daño a la persona comprende al daño moral y a la persona<sup>27</sup>.

**b.1.DAÑO MORAL.-** Se entiende como una lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, afección o sufrimiento. Es el menoscabo del estado de

---

<sup>24</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit. p. 226.

<sup>25</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 34-35.

<sup>26</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo. Ob. Cit. p. 35.

<sup>27</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit. p. 227.

ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil<sup>28</sup>.

**b.2. DAÑO A LA PERSONA.-** Viene a ser el daño que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial<sup>29</sup>. Es aquel daño que constituye una violación de los derechos de la persona misma<sup>30</sup>.

## 2.5. DAÑO A LA PERSONA

### 2.5.1. DEFINICION

Como señala Sessarego<sup>31</sup> el daño a la persona se entiende como el daño que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Afecta y compromete a la persona en cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial<sup>32</sup>.

Leysser León, nos dice que el daño a la persona viene a ser “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que

---

<sup>28</sup> LEON, Leysser L. “Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano”. En: Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 9. Disponible e: <http://dike.pucp.edu.pe>

<sup>29</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1986). Derecho de la Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro del Código Civil Peruano. Liam: Librería Studium Editores. p. 67.

<sup>30</sup> DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida. Lima: Jurista Editores. p. 55.

<sup>31</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Derecho de la Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro del Código Civil Peruano. Librería Studium Editores. Lima, 1986. P. 67.

<sup>32</sup> SACK RAMOS, Sylvia Jacqueline (2014). Responsabilidad civil en el Nuevo Proceso Penal. Ob. Cit. p. 46.

afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”<sup>33</sup>.

### 2.5.2. TIPIFICACIÓN O NORMAS APLICABLES RESPECTO AL DAÑO A LA PERSONA

Bajo la genérica denominación de “daño a la persona” se cubre un amplio espectro de lesiones al ser humano considerado en sí mismo, en lo que él antológicamente significa. No ha sido fácil lograr una aproximación a esta nueva noción.

En el caso del Perú, no contamos con una regulación específica sobre daño a la persona, solamente se encuentra enunciado en el artículo 1985 del Código civil, que señala:

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Sin embargo, el artículo 4° de la Constitución constituiría una cláusula general y abierta de protección integral a la persona, puesto que señala:

Artículo 4°.- 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. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...).

En ese sentido esta norma establece los principios de protección de la persona y de la familia, y en el artículo 1985 del Código

---

<sup>33</sup> LEON, Leysser. Ob. Cit. p. 9.

Civil radica la facultad para la indemnización de daño a la persona. Asimismo, todo ello debe efectuarse teniendo en cuenta que conforme al artículo 1° de la Constitución la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por lo que, la dignidad de la persona que constituye la base de sus derechos fundamentales, es lo que debe guiarnos para abogar por la indemnización de los daños causados a la persona.

### **2.5.3. CLASIFICACION DEL DAÑO A LA PERSONA**

Como manifiesta Joel Díaz<sup>34</sup>, el daño a la persona se puede clasificar en daño psicosomático y daño a la libertad.

#### **a) DAÑO PSICOSOMÁTICO**

El daño psicosomático es el daño que puede incidir o sobre el cuerpo (por ejemplo un golpe) o sobre la psique (por ejemplo un trauma. Dependiendo de la incidencia del daño, se puede hablar de daño biológico o daño a la salud.

El daño biológico afecta la normal eficiencia sicosomática del sujeto, lo que se hace patente a través de los actos ordinarios, cotidianos y comunes de la existencia personal. Este daño por su característica particular, debe ser apreciado por el médico legista.

El daño a la salud, mientras tanto, compromete el entero “modo de ser” de la persona. Representa un déficit en lo que atañe al bienestar integral del sujeto, derivado de la acción del daño biológico. Su apreciación corresponde normalmente al juez, sobre la base de los informes proporcionados por los médicos legistas sobre la entidad y alcances del daño biológico producido.

---

<sup>34</sup> DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño el Proyecto de Vida. Lima: Jurista Editores. p. 50.

**b) DAÑO A LA LIBERTAD O PROYECTO DE VIDA**

Es aquel tipo de daño que afecta el destino que la persona otorga a su vida o, expresándolo en otras palabras, se modifica el camino trazado, el objetivo trazado por el ser humano afectado por el daño<sup>35</sup>.

Como señala Sessarego, si bien somos libres para proyectar nuestra vida, la ejecución de nuestro proyecto existencial puede frustrarse por una acción dañina. Esta acción que daña nuestro proyecto de vida se caracteriza por ser un daño a futuro y cierto, de acción continua en el periodo existencial del hombre<sup>36</sup>.

**2.6. DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL**

El daño moral supone una lesión a la esfera sentimental del sujeto, está representado por los estados de ánimo, de sufrimiento síquico inducido a la víctima, con frecuencia transitoriamente, por la ofensa recibida y por sus consecuencias.

El daño moral produce pena, dolor, sufrimiento, pero es transitorio. Cabe por tanto que este estado de ánimo se mitigue o desaparezca con el tiempo. La pérdida de un ser querido, por ejemplo, genera un explicable y acentuado sufrimiento.

En síntesis es dable precisar que existen, al menos dos capitales distinciones entre el concepto de daño a la persona y del daño moral. Primera, el daño moral significa la lesión a sólo uno de los múltiples aspectos o facetas de la personalidad por lo que de

---

<sup>35</sup> DIAZ CACEDA, Joel (2006). El Daño a la Persona y el Daño el Proyecto de Vida. Ob. Cit. 50.

<sup>36</sup> Crf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2000). Daño Psíquico. En: Normas Legales. Tomo 287. Abril del 2000.

suyo se integra dentro del más amplio genérico y comprensivo concepto de daño a la persona.

La segunda diferencia se plantea en relación específicamente con el daño al proyecto de vida. Mientras que el daño moral es, frecuentemente, de carácter transitorio en tanto tiende a desaparecer o amortiguarse con el correr del tiempo, transformándose a menudo, como se ha señalado, en otros sentimientos, el daño al proyecto de vida, por su raigal efecto, acompaña a la persona en el transcurso de toda su vida. La muerte del esposo causará un daño moral en la esposa, pero que su esposo se haya ido con otra mujer y producto de ello divorciarse, no solo le causará un daño moral, sino frustrará todo el proyecto de vida que tenía esta señora, ya sea en el plano económico, social, etc.

## **2.7. REPARACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA**

Teniendo en cuenta el valor de la persona humana como centro y eje del derecho, cualquier daño que se le cause, tenga o no consecuencias patrimoniales, no puede dejar de ser adecuadamente reparado. Para ello debe simplemente tenerse en cuenta su naturaleza de “ser humano”. Esta reparación como se ha expresado se fundamenta siempre y en cualquier caso, en la propia dignidad de la persona.

Es necesario distinguir entre “resarcimiento” del daño emergente y del lucro cesante, ambos de carácter patrimonial, de la “reparación” del daño del daño extrapatrimonial, carente de significación económica. En lo que concierne a la indemnización del primero de dichos daños no existe duda ni vacilación alguna, ya que los ordenamientos jurídicos positivos cuentan con normas expresas para dicho efecto y por otra parte, existe

copiosa y abundante jurisprudencia nacional y comparada al respecto.

En lo que se refiere a la reparación del daño extrapatrimonial, en este caso del daño a la persona, son más suficientes las cláusulas de tutela de la persona, las que son de aplicación en el hipotético caso que no se contara, dentro del ordenamiento positivo, con normas expresas sobre el particular. En el caso del Perú, como ya señalamos, el artículo 4 de la Constitución opera como cláusula general y abierta de protección integral a la persona, mientras que en el artículo 1985 del Código Civil se aloja el dispositivo concreto que faculta dicha indemnización. A ello debe apoyar el artículo 1° de la Constitución que señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

### **3. DAÑO A LA PERSONA ENTRE CONYUGES**

#### **3.1. LAS RELACIONES PERSONALES Y EL DAÑO MORAL ENTRE CONYUGES**

El matrimonio tiene una serie de relaciones entre cónyuges. Estas relaciones se clasifican en relaciones personales y relaciones patrimoniales. Entendiéndose como personales a todas aquellas relaciones que tienen su origen en la vida interior y cotidiana en el hogar. Como señala Tovar Gil “las relaciones de carácter personal son relaciones íntimamente unidas a la concepción de familia y matrimonio de cada sociedad. Es por ello que debemos reconocer que los problemas que de ellas se derivan aparecen conectadas con mucha frecuencia a las concepciones morales de cada estado”<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> TOVAR GIL, María del Carmen (1987). “Derecho Internacional Privado”. Lima: Editorial Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. p. 74.

Autores como Diez Picazo-Gullón<sup>38</sup> precisan que los deberes que se imponen a los cónyuges están presididos por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges<sup>39</sup>, por el cual los cónyuges no sólo son iguales en derechos, sino también en deberes. No ofrece especial dificultad entender que los mismos tienen un contenido fundamentalmente ético, que habrá que mensurar conforme a las creencias sociales sentidas o profesadas en cada momento. Su proyección estrictamente jurídica se produce en la medida en que el incumplimiento acarrea una determinada sanción, lo cual quiere decir que son deberes cuyo cumplimiento en forma específica en caso de exigibilidad resulta bastante difícil.

El incumplimiento de los deberes conyugales causan daños entre los cónyuges, mayormente en el ámbito personal, consistente en lesiones en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos o morales, un turbamiento, una inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, un sentido de frustración, pérdida de chance, y en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación dineraria.

Estos daños de acuerdo a nuestra legislación no encuentran una sanción específica, solamente una condena moral y social, lo cual por situaciones de pérdida de valores que vivimos en nuestro país no afecta en nada al cónyuge dañante, pero el cónyuge agraviado sufre en silencio.

Sin embargo, actualmente comienzan a avizorarse cambios de paradigma en torno a las relaciones familiares y al desarrollo de los hombres y las mujeres en una sociedad que busca ser, cada día más igualitaria, los que han producido que el Derecho se

---

<sup>38</sup> DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Madrid: Editorial Tecnos Séptima edición. Vol. IV. p. 617.

<sup>39</sup> Este principio en nuestro país está consagrado en la Constitución Política en su artículo 6º y en el Código Civil artículos 4º, 36º y 290º

ocupe de situaciones y realidades no abordadas en el pasado. En ese contexto, un tema que viene generando un tanto de problemas y desacuerdos es la responsabilidad civil dentro del Derecho de Familia.

### **3.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO DE FAMILIA**

El Derecho de daños o la responsabilidad civil derivada del mismo, no es exclusivo del Derecho Civil, sino que se manifiesta en todas las ramas del Derecho, tales como el contencioso administrativo, penal, constitucional, ambiental y obviamente el Derecho de Familia no es ajeno a su aplicación, ya que existe un Derecho Constitucional a exigir reparación ante los daños y perjuicios sufridos. De tal suerte, como manifiesta Dutto<sup>40</sup>, al existir dicho derecho al resarcimiento todo el ordenamiento jurídico está amparado y cubierto por el mismo.

En ese sentido la responsabilidad civil en el Derecho de Familia tiene plena vigencia, no es un campo de inmunidad como muchos afirman. En este ámbito existen muchos espacios que cubren la responsabilidad civil, como la responsabilidad entre los cónyuges, convivientes, de padres e hijos, hijos entre hijos, abuelos, tutores, curadores, adoptado y adoptante, etc. Todas estas realidades hacen ver que el Derecho de Familia tenga un protagonismo exponencial, por lo que no es extraño que el desarrollo de la responsabilidad civil dentro del mismo este cobrando mayor vigencia. Sin embargo, a pesar de la importancia de estos temas, nuestro Código Civil, así como otros códigos en el derecho comparado, no contienen reglas acerca de cuestiones de responsabilidad en Derecho de Familia, sobre todo cuando se tratan de daños personales.

---

<sup>40</sup> DUTTO, Ricardo J (2006). Daños ocasionados en las relaciones de familia. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL. p. 22.

### 3.3. INDEMNIZACIÓN DE DAÑO A LA PERSONA POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES

En nuestro país y en nuestro tiempo es frecuente ver los daños que se causan entre las parejas en el seno del matrimonio, donde uno de los cónyuges es afectado gravemente por el comportamiento antijurídico del otro, sin embargo no contamos con mecanismos indemnizatorios que velen por los derechos del cónyuge perjudicado.

En estos casos, frente al dolor y el sufrimiento de la pareja afectada, es ilógico que el derecho se mantenga ajeno. Creemos que el Derecho a la par que regula la institución del matrimonio, debe buscar soluciones a estos problemas que surgen dentro del seno matrimonial<sup>41</sup>, y no existiría obstáculo alguno para mantener la doctrina de la inadmisibilidad de acciones resarcitorias frente a los daños causados por el incumplimiento de los deberes conyugales<sup>42</sup>.

Sin embargo, la posición frente a la procedencia o no de la indemnización entre cónyuges por daños causados por el incumplimiento de los deberes conyugales, entre ellos el daño a la persona, no es pacífica, no existe opinión unitaria, sino posiciones encontradas, lo que no ayuda al desarrollo de una teoría que propicie que los agraviados en este tipo de daños sean indemnizados.

## 4. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

---

<sup>41</sup> Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe titulada “Responsabilidad Civil derivada del Divorcio” Disponible en: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

<sup>42</sup> Cfr. VALENZUELA DEL VALLE, Jimena. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile”. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 19, N° 1, 2012. pp. 241-269

Revisada en las bibliotecas de nuestro medio no encontramos antecedentes investigativos referidos específicamente a la indemnización del daño moral causado por incumplimiento de deberes conyugales.

Entre los trabajos de investigación en el extranjero encontramos:

- La Tesis Doctoral de David Gonzalo Vargas Aravena, titulada: “Daños civiles en el matrimonio”, sustentada en la facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España, 2009. Vista vía Internet.
- La Tesis de Manuel Salas, titulada “Infracción de los deberes personales del matrimonio, ¿un nuevo ámbito para el derecho de daños?”, sustentado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, de la Universidad Austral de Chile, en el año 2012. Vía Internet.
- La Tesis de Carina Pistolessi, titulada “Daños y perjuicios al cónyuge inocente por parte del cónyuge culpable derivado del divorcio vincular o separación personal”, sustentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana, año 2004. Vía Internet.
- La tesis de María Gloria Cornejo García, titulada “Particularidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia”, sustentada en Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Chile, en el año 2005.

## 5. OBJETIVOS

- Determinar la naturaleza jurídica del daño a la persona causada entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales.
- Evaluar la procedencia de la indemnización del daño a la persona causada por incumplimiento de los deberes conyugales en los procesos de divorcio por causal.
- Determinar si la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales, en los procesos de divorcio por causal, requiere un tratamiento regulatorio especial.

## 6. HIPÓTESIS

**DADO QUE** en nuestra legislación no se encuentra expresamente regulado la indemnización del daño a la persona causada por incumplimiento de los deberes conyugales en los procesos por causal, diferentes a la causal de separación de hecho, más bien a nivel doctrinal y jurisprudencial encontramos pronunciamientos favorables a su procedencia,

**ES PROBABLE QUE**, la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales, en los procesos de divorcio por causal, sea procedente conforme a las mismas reglas comunes de la responsabilidad civil regulada por nuestro Código Civil.

### III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

#### 1. Técnicas, Instrumentos de Verificación

##### 1.1. Técnicas

- Observación documental
- Entrevista

##### 1.2. Instrumentos

- Fichas de observación
- Cédula de entrevista

##### 1.3. Cuadro de Coherencias

VARIABLES	INDICADORES/SUB INDICADORES	TÉCNICAS/INSTRUMENTOS
<b>Variable independiente</b> DAÑO A LA PERSONA CAUSADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Daño a la persona                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Naturaleza jurídica</li> <li>- Características</li> <li>- Elementos</li> <li>- Regulación normativa</li> </ul> </li> <li>• Daño a la persona entre cónyuges                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Naturaleza jurídica</li> <li>- Características</li> <li>- Elementos</li> <li>- Regulación normativa</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Observación Documental                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ficha de Observación Documental</li> </ul> </li> <li>• Entrevista                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cedula de entrevista</li> </ul> </li> </ul>
<b>Variable dependiente</b> INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA CAUSADA POR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presupuestos de procedencia de indemnización                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- La antijuridicidad</li> <li>- El daño causado</li> <li>- La relación de causalidad</li> <li>- Factores de atribución</li> </ul> </li> <li>• Regulación de la reparación de daño a la persona entre cónyuges                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Constitución Política</li> <li>- Código Civil</li> <li>- Legislación comparada</li> <li>- Doctrina</li> <li>- Jurisprudencia</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Observación Documental                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ficha de Observación Documental</li> </ul> </li> <li>• Entrevista                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cedula de entrevista</li> </ul> </li> </ul>

### 1.4. Prototipo de Instrumentos

#### MODELO DE FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL

<b>FICHA DE OBSERVACION N°.....</b>		
INSTITUCION: _____		
DOCUMENTO: _____		
• <b>INDICADOR:</b> Daño a la persona		
Sub		
Indicadores N° Expediente	Sub indicador 1	Sub indicador 2

## MODELO DE CEDULA DE ENTREVISTA

### ENTREVISTA A JUECES DE JUZGADO DE FAMILIA DE AREQUIPA

La presente entrevista tiene la finalidad de captar opiniones e ideas sobre la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de deberes conyugales, daños que normalmente pueden determinarse en los procesos de divorcio, por ello agradeceré sinceramente apoyarme con responder las siguientes preguntas:

1. ¿Cuántos procesos en total se han tramitado en su Juzgado durante el 2014?  
\_\_\_\_\_
2. ¿Cuántos de los procesos tramitados en el 2014 son de divorcio?  
\_\_\_\_\_
3. ¿En los procesos de divorcio por causal cuántas sentencias se ha emitido durante el año 2014?

Procesos de divorcio	Fundadas	Infundadas/improcedentes
Divorcio por la causal de separación de hecho		
Divorcio por causal distinta a la separación de hechos		

4. El incumplimiento de los deberes conyugales, mayormente desembocan en divorcio, causándose con ello daño a la persona de uno de los cónyuges o de ambos ¿En los procesos de divorcio se otorgan indemnización por daño a la persona?

En Divorcio por causal de separación de hecho: \_\_\_\_\_

En Divorcio por otras causales: \_\_\_\_\_

5. ¿Cree Ud. que nuestro Código Civil debe contemplar expresamente la indemnización del daño a la persona causada por el incumplimiento de los deberes conyugales, en los procesos de divorcio por causal (diferentes a la separación de hecho)?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Muchas gracias

## 2. Campo de verificación

### 2.1. Ubicación Espacial

El estudio se realizará en el ámbito de Arequipa.

### 2.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio está referido al año 2014

### 2.3. Unidad de estudio

Las unidades de estudio están constituidas por los procesos de divorcio por causal que se tramitan en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014.

**Universo:** Está formado por las Sentencias expedidas en los procesos de divorcio por causal que se tramitan en los Juzgados de Familia de Arequipa durante el año 2014, que en total son 304 Sentencias.

**Muestra:** Es la misma cantidad que nuestro universo.

## 3. Estrategia de recolección de datos

### 3.1. Organización

- Para efectos de la recolección de datos, se efectuará las coordinaciones con la Facultad de Derecho de la Universidad Santa María de Arequipa y profesores.
- Se efectuará las coordinaciones correspondientes con el Poder Judicial de Arequipa, así como con otras instituciones si fuera necesario, previa presentación por la Facultad de derecho de la Universidad.
- Para la recolección de datos se utilizará Fichas de Observación documental y entrevista a los Jueces de Familia. Una vez recolectado los datos, estos de sistematizarán estadísticamente para efectuar el análisis, interpretación y conclusiones finales.

### 3.2. Recursos

#### RECURSOS HUMANOS

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Dirección de proyecto y Ejecución	1	40.00	90	3600.00
Colaborador	1	30.00	20	600.00
Digitador/ Diagramador	1	30.00	10	300.00
<b>TOTALES</b>	3	50.00		4500.00

#### RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	2000	42.00
Papel Periódico	1000	18.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	200	12.00
Tinta de Impresora	02	20.00
Copias fotostáticas	1000	100.00
Anillado	04	16.00
Uso de computadora	02	200.00
Empastados	05	100.00
Movilidad	-	300.00
<b>TOTAL</b>		808.00

#### COSTO TOTAL DE PROYECTO

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recurso humanos	4500.00
Recursos materiales y Bienes y servicios	808.00
<b>COSTO TOTAL GENERAL</b>	5308.00

### 3.3. Validación del instrumento

Para la validación del instrumento se realizó una prueba piloto en una pequeña población conformada por Magistrados y documentos, mediante la cual se han corregido algunos errores y se encuentran listos para su utilización.

### 3.4. Criterios para el manejo de resultados

Los datos recolectados se sistematizarán en cuadros y gráficos estadísticos, para presentarlo adecuadamente el informe, apoyándome con un ordenador y programa EXCEL

## IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES \ TIEMPO	MAYO 2014	JUNIO 2014	JULIO 2014	AGOSTO 2014
1. Recolección de datos	x	x		
2. Estructuración de resultados		x	x	
3. Informe final				x

## V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2012). La Familia en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones legales

BELLUSCIO, César Augusto (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomo I y II. Buenos Aires: Ediciones Astrea.

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Ediciones Astrea.

CASTILLO FREYRE, Mario. El riesgo implícito en el desamor: La responsabilidad civil derivada del divorcio. Disponible en la World Wide Web: [www.castillofrevre.com](http://www.castillofrevre.com).

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio (1992). Sistema de derecho civil. Vol. II. Madrid: Tecnos

DIEZ-PICAZO, Luis (1999). Derecho de Daños. Madrid: Editorial Cevitas.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006). Derecho de responsabilidad civil. Lima: Gaceta Jurídica.

FERRER RIBA, Joseph. Relaciones familiares y límites del derecho de daños, en InDret. Octubre, 2000, pág. 14 y ss. Disponible en: <http://www.indret.com>.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1986). Derecho de la Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro del Código Civil Peruano. Lima: Librería Studium Editores.

GACETA JURIDICA (2005). Código Civil Comentado. Tomo II y III. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica S. A.

LEON, Leysser (2004). La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas. Lima: Editora Normas Legales.

LEON, Leysser L. "Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano". En: Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 9. Disponible e: <http://dike.pucp.edu.pe> .

LOPEZ DIAZ, Carlos (2005). Manual de derecho de familia. Tomo I. Chile.

MONGE TALAVERA, Luz (2010) "Deber de Fidelidad y Asistencia". En: Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica

MEDINA, Graciela (2002). El daño en derecho de familia. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

MONGE TALAVERA, Luz (2003). "Comentarios al artículo 288 del Código Civil: Deber de Asistencia y fidelidad". En: Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (2007). La responsabilidad civil y su problemática actual. Lima: Editorial Dykinson S, L.