

**Universidad Católica de Santa María**

**Escuela de Postgrado**

**Maestría en Derecho Constitucional**



**NECESIDAD DE REGULAR EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A  
FAVOR DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE PARA GARANTIZAR  
DERECHOS PATRIMONIALES Y PERSONALES,  
AREQUIPA 2017**

Tesis presentada por el bachiller:

**Vera Bedregal, William Javier**

Para optar por el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Constitucional**

Asesor:

**Mgter. Camargo Riega, Alberto**

**Arequipa - Perú**

**2019**

**DICTAMEN 18-2019**

De: Mg. Alberto Vittorio Camargo Riega  
A: Dr. José Villanueva Salas  
Asunto: Borrador de Tesis del Vera Bedregal William Javier  
Fecha: 25-01-2019

---

Mediante el presente hago de su conocimiento que se ha revisado el Borrador de Tesis titulado:

**“Necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar derechos patrimoniales y personales, Arequipa 2017”**

Desollado por el bachiller:

**Vera Bedregal William Javier**

Ante lo cual, emito el dictamen correspondiente en los siguientes términos:


**En cuanto a la forma:** El documento cumple con los requisitos, por lo que debe ser aceptado por la escuela.

**En cuanto al fondo:** El documento se proyecta a desarrollar un trabajo de investigación crítico y original, por lo que debe ser aceptado por la escuela.

**POR LO TANTO;** Opino que el borrador tesis se dé por **APROBADO**.

Agradeciendo la atención prestada al presente, le expreso a usted mis sentimientos de estima personal.

Atentamente



---

Mg. Alberto V. Camargo

**DICTAMEN DE LEVANTAR OBSERVACIONES EN BORRADOR DE TESIS PARA OPTAR EL  
GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**A** : DR. HUGO TEJADA PRADELL  
Director de la Escuela de Postgrado-Universidad Católica de Santa María

**DE** : Miembro del Jurado Dictaminador

**TITULO** : "NECESIDAD DE REGULAR EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A FAVOR DEL  
CONVIVIENTE SUPÉRSTITE PARA GARANTIZAR DERECHOS PATRIMONIALES Y  
PERSONALES, AREQUIPA 2016"

**BACHILLER** : VERA BEDREGAL, William Javier

**FECHA** : 23 de abril del 2018

---

Habiendo levantado algunas observaciones se emite, **Dictamen Favorable**, porque reúne condiciones necesarias para su aprobación y posterior sustentación.

  
DRA. SHIULI KUONG MORALES  
DICTAMINADOR



DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS DE MAGÍSTER

Visto el Borrador de Tesis:

**“Necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar Derechos Patrimoniales y Personales, Arequipa 2015”**  
Presentado por la Bachiller:

**VERA BEDREGAL, William Javier**

Para optar el Grado académico de Magíster en:

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

Procedo a detallar los aspectos analizados del presente BORRADOR DE TESIS:

Se advierte que ha cambiado su enunciado respecto a los Derechos esenciales por Derechos Patrimoniales y Personales y el año 2015 “Necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar Derechos esenciales, Arequipa 2014”

Presenta deficiencias, como no señalar los pies de página, que en su mayoría están mal citados, dado que repite varias veces el mismo libro del mismo autor, sin utilizar las abreviaciones del citado, estas son observaciones, subsanables que el graduando debe corregir para su presentación.

Respecto al Capítulo I El resarcimiento del Daño Moral, es meramente monográfico, exponiendo figuras no relacionadas directamente con la investigación.

El Capítulo II Los Derechos Patrimoniales y personal de la Unión de Hecho, es más adecuado a la investigación, pero se diluye perdiendo el foco de la investigación.

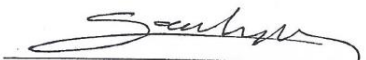
El Capítulo III “El resarcimiento del Daño Moral a favor del conviviente supérstite, es propiamente la investigación que tiene alcances interesantes, relacionado a los supuestos y características de esta investigación.

El Capítulo IV “Análisis e interpretación de los Resultados”, Si bien es cierto que es interesante desde el punto de vista sociológico, no tiene relevancia jurídica, dado que una encuesta sobre opiniones de magistrados y abogados, sobre la necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar sus derechos patrimoniales y personales, no representa un criterio jurídico, sino sociológico, lo que se espera es un análisis crítico jurídico.

De la Conclusiones se encuentra que, la segunda, es la que refleja un análisis jurídico.

El suscrito miembro del Jurado Dictaminador, considera que el desarrollo del BORRADOR DE TESIS cumple con los requisitos mínimos para poder ser sustentado, dejando constancia que será responsabilidad del graduando demostrar la validez de sus planteamientos, en la sustentación del mismo. Sin perjuicio de la revisión por el software anti plagio, que demuestre la originalidad o no del presente borrador de Tesis.

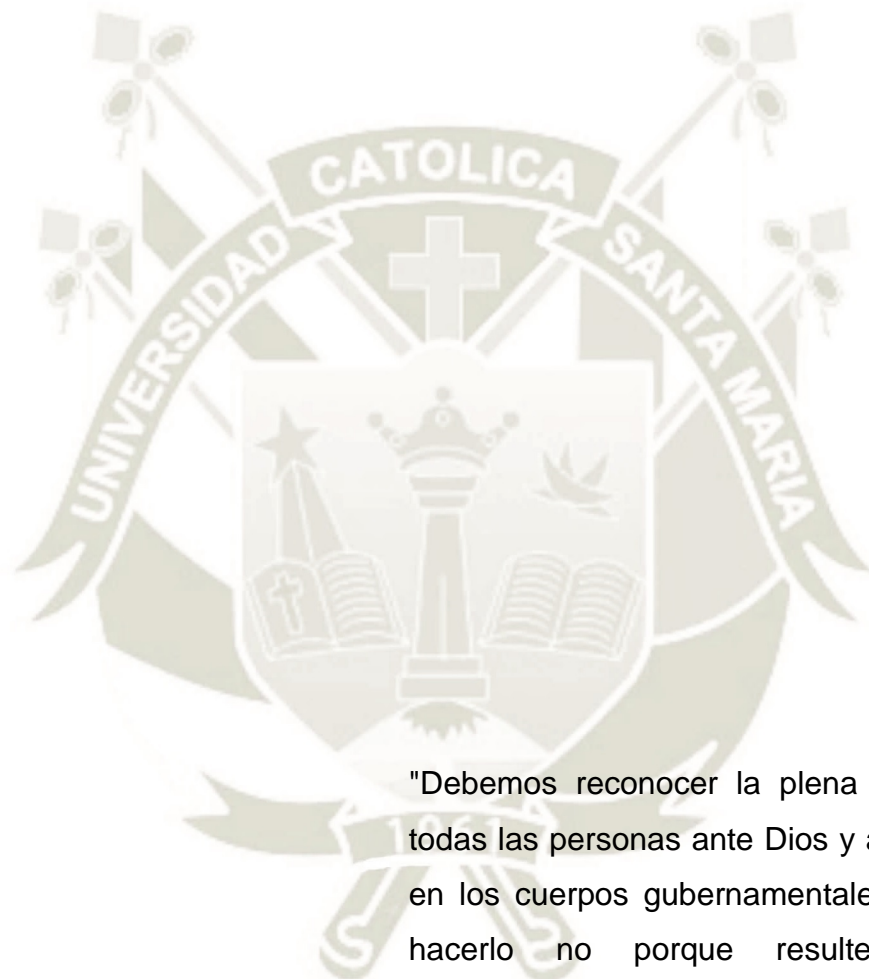
Arequipa, 29 de diciembre de 2016



Magister Saulo Y. Peralta Franzis  
Dictaminador



Este nuevo logro va dedicado para mis seres queridos; pues he logrado concluir con éxito un proyecto que en un principio podría parecer tarea titánica e interminable. Quisiera dedicar mi tesis a ustedes, personas de bien, seres queridos que siempre guardo en mi alma.



"Debemos reconocer la plena igualdad de todas las personas ante Dios y ante la ley, y en los cuerpos gubernamentales. Debemos hacerlo no porque resulte ventajoso económicamente, aunque lo es; no porque las leyes de Dios así lo dispongan, aunque así lo disponen, y no porque las gentes de otras tierras así lo deseen. Tenemos que hacerlo por la razón única y fundamental de que es lo correcto."

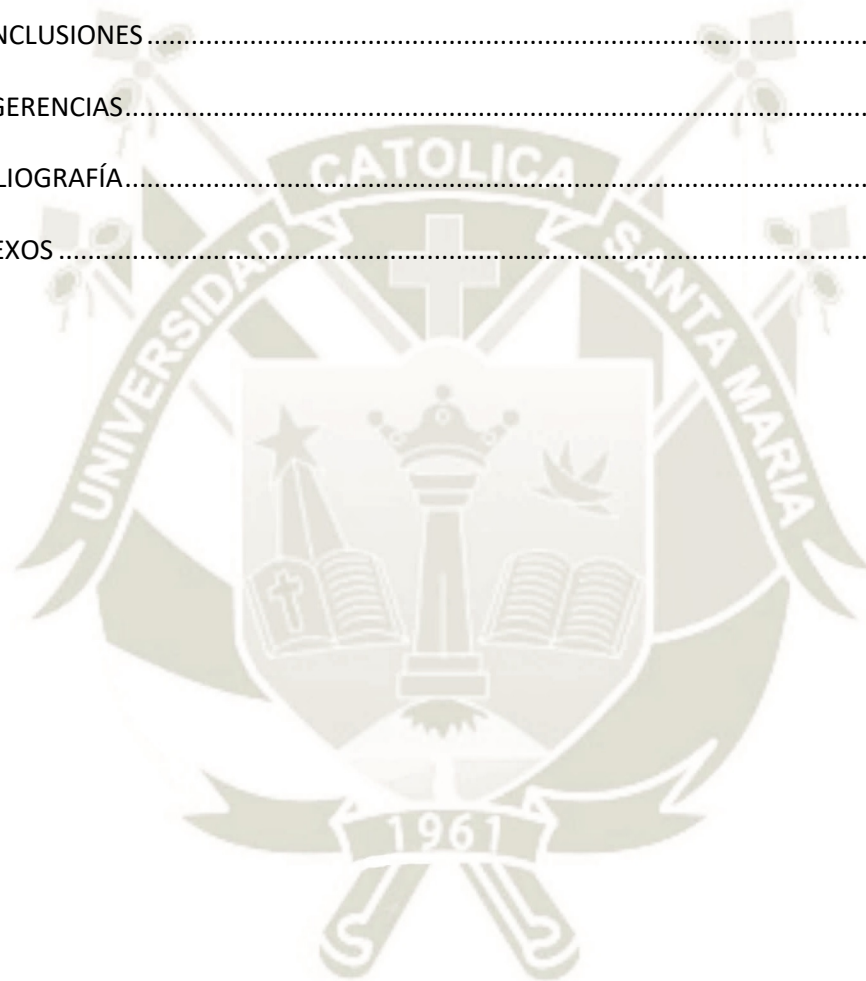
**Robert Kennedy**

## ÍNDICE

RESUMEN .....	
ABSTRACT.....	
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL.....	5
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	5
1.1. Código Civil de 1852 .....	5
1.2. Código Civil de 1936.....	6
1.3. Código Civil de 1984 .....	7
2. CONCEPTO DE DAÑO MORAL .....	8
3. EL DAÑO A LA PERSONA Y EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.....	14
4. SOLICITUD DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL .....	17
5. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	23
5.1. El caso de los daños por rebote o repercusión.....	26
5.2. Parámetros a considerar para la cuantificación del daño inmaterial. ....	28
CAPITULO II: LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y PERSONALES DE LA UNIÓN DE HECHO .....	30
1. REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	30
2. LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 .....	34
3. LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CONVIVIENTES .....	42
4. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CONVIVIENTES .....	49
5. EFECTOS ADICIONALES DERIVADOS DE LA DISOLUCIÓN .....	53

CAPITULO III: EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A FAVOR DEL CONVIVIENTE	
SUPÉRSTITE .....	60
1. LA LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR.....	60
2. TESIS NEGATIVA .....	61
2.1 Inexistencia del deber alimentario.....	61
2.2 La unión de hecho no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes.....	61
2.3 Inmoralidad de la unión de hecho .....	62
3. TESIS POSITIVA .....	63
3.1 Privación de la ayuda que recibía .....	63
3.2 No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple .....	64
3.3 Las uniones extramatrimoniales libres y adultas no son inmorales .....	65
4. DE LOS DAÑOS MATERIALES QUE SE PUEDEN RECLAMAR.....	67
4.1 Supuesto en que el muerto era el único sostén del sobreviviente.....	68
4.2 Supuesto en que el fallecido contribuía económicamente con el sobreviviente.....	69
4.3 Disminución del nivel de vida.....	69
4.4 Supuesto en que el sobreviviente mantenía al fallecido y este se ocupaba de las tareas domésticas.....	70
5. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO A FAVOR DEL CÓNYUGE .....	70
5.1 Prueba de la relación de concubinato.....	72
5.2 Prueba de la estabilidad.....	73
5.3 Prueba del domicilio en común, prueba de la publicidad, prueba de las relaciones internas entre los miembros de la pareja.....	74

CAPITULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS.....	75
1. PRESENTACIÓN .....	75
2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS .....	76
3. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	106
CONCLUSIONES.....	115
SUGERENCIAS.....	116
BIBLIOGRAFÍA.....	117
ANEXOS.....	120



## INDICE DE TABLAS Y GRAFICAS

TABLA Nº 1: Considera usted que al conviviente supérstite lo protege adecuadamente nuestra Constitución .....	76
GRAFICA Nº 1: Considera usted que al conviviente supérstite lo protege adecuadamente nuestra Constitución .....	77
TABLA Nº 2: Razones por las que considera usted o no que al conviviente supérstite lo protege adecuadamente nuestra Constitución .....	78
GRAFICA Nº 2: Razones por las que considera usted o no que al conviviente supérstite lo protege adecuadamente nuestra Constitución .....	79
TABLA Nº 3: Considera usted que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja .....	80
GRAFICA Nº 3: Considera usted que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja .....	81
TABLA Nº 4: Razones por las que considera usted o no que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja .....	82
GRAFICA Nº 4: Razones por las que considera usted o no que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja .....	83
TABLA Nº 5: Considera usted que se debe resarcir el daño moral al conviviente supérstite en nuestro ordenamiento .....	84
GRAFICA Nº 5: Considera usted que se debe resarcir el daño moral al conviviente supérstite en nuestro ordenamiento .....	85
TABLA Nº 6: Razones por las que considera usted o no que se debe resarcir el daño moral al conviviente supérstite en nuestro ordenamiento .....	86
GRAFICA Nº 6: Razones por las que considera usted o no que se debe resarcir el daño moral al conviviente supérstite en nuestro ordenamiento .....	87
TABLA Nº 7: Considera Usted que las uniones de hecho tienen derechos patrimoniales y personales .....	88
GRAFICA Nº 7: Considera Usted que las uniones de hecho tienen derechos patrimoniales y personales .....	89
TABLA Nº 8: Razones por las que considera Usted o no que las uniones de hecho tienen derechos patrimoniales y personales .....	90

GRAFICA Nº 8: Razones por las que considera Usted o no que las uniones de hecho tienen derechos patrimoniales y personales .....	91
TABLA Nº 9: Considera Usted que se debe regular al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja.....	92
GRAFICA Nº 9: Considera Usted que se debe regular al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja.....	93
TABLA Nº 10: Razones por las que considera Usted o no que se debe regular al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja .....	94
GRAFICA Nº 10: Razones por las que considera Usted o no que se debe regular al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja .....	95
TABLA Nº 11: Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación.....	96
GRAFICA Nº 11: Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación.....	97
TABLA Nº 12: Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino .....	98
GRAFICA Nº 12: Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino .....	99
TABLA Nº 13: Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación.....	100
GRAFICA Nº 13: Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación.....	101
TABLA Nº 14: Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino .....	102
GRAFICA Nº 14: Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino .....	103
TABLA Nº 15: Criterios jurídicos para poder regular en nuestro ordenamiento el resarcimiento por daño moral a favor del conviviente supérstite .....	104
GRAFICA Nº 15: Criterios jurídicos para poder regular en nuestro ordenamiento el resarcimiento por daño moral a favor del conviviente supérstite .....	105

## RESUMEN

La presente tesis titulada “**NECESIDAD DE REGULAR EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A FAVOR DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE PARA GARANTIZAR DERECHOS PATRIMONIALES Y PERSONALES, AREQUIPA 2017**”, desarrolla la importancia de regular en el sistema de reparación de daños y perjuicios, el resarcimiento por daño moral a favor de los convivientes supérstites, los cuales ven afectados sus derechos patrimoniales y personales por la falta de dicha regulación en el ordenamiento jurídico nacional.

Es así que la presente investigación está enfocada en querer indemnizar al conviviente por un probable daño moral, dadas las circunstancias en las que se encuentra el conviviente actualmente, hecho que genera una especie de discriminación hacia los convivientes: pues estos también tiene derecho pese a no estar casados. Actualmente en América Latina la existe una fuerte corriente jurídica que está otorgando al conviviente todos los derechos que le son inherentes, este trabajo de investigación trata de esclarecer la situación jurídica de los convivientes en nuestra País; la falta que les hace este derecho a reclamar un probable daño moral y el desamparo en el que se encuentran y que incluso en muchas veces no son conscientes de ello.

La tesis ha sido desarrollada en tres capítulos. El primer capítulo se centra en el desarrollo normativo de la indemnización de daños y perjuicios en el Perú. El segundo capítulo analiza los derechos patrimoniales y personales de las uniones de hecho reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. El tercer capítulo plantea el análisis doctrinal en el derecho comparado del resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite y finalmente en el capítulo cuarto analizamos los resultados de la investigación.

**PALABRAS CLAVE:** Resarcir, daño moral, indemnizar, derechos, patrimonio, personal, concubinato.

## ABSTRACT

This thesis entitled "**NEED TO REGULATE THE REMEDY OF MORAL DAMAGE IN FAVOR OF THE SURVIVOR TO GUARANTEE PERSONAL AND PERSONAL RIGHTS, AREQUIPA 2017**", develops the importance of regulating in the compensation system of damages, the compensation for moral damages to favor of surviving cohabitants, who suffer their economic and personal rights due to the lack of such regulation in the national legal order.

Thus, the present investigation is focused on wanting to compensate the partner for a probable moral damage, given the circumstances in which the partner is currently living, a fact that generates a kind of discrimination towards the cohabitants: because they also have a right despite not being married. Currently in Latin America there is a strong legal current that is giving the cohabitants all the rights that are inherent to them, this research work tries to clarify the legal situation of the cohabitants in our country; the lack that this right does to them to claim a probable moral damage and the helplessness in which they are and that even in many times they are not aware of it.

The thesis has been developed in three chapters. The first chapter focuses on the normative development of compensation for damages in Peru. The second chapter analyzes the patrimonial and personal rights of de facto unions recognized by our legal system. The third chapter raises the doctrinal analysis in comparative law of the compensation of moral damage in favor of the surviving partner and finally in the fourth chapter we analyze the results of the investigation.

**KEYWORDS:** To compensate, moral damage, indemnify, rights, patrimony, personal, concubinage.

## INTRODUCCIÓN

El resarcimiento del daño moral a favor de los concubinos ante el fallecimiento de su pareja, es un terreno que necesita ser considerado por del derecho, para ello empezaremos primeramente estudiando el reconocimiento del status del concubino para poder reclamar el daño moral sufrido por la muerte de su pareja, daño que debe ser indemnizatorio como provisional.

En segundo lugar, se examinará las razones que sustentan la injusticia que sufre un concubino ante la muerte de una persona con quien ha compartido una buena parte de su vida y a la cual la une lazos afectivos, hechos que le producen un daño moral irreparable y que por lo tanto debe ser indemnizado con los mismos criterios que un matrimonio civil, puesto que se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de progenie.

En tercer lugar, se analizará porque nuestra legislación no considera el pago de una indemnización a favor del conviviente supérstite y muy por el contrario la rechaza, dado que toda conducta que atente contra la integridad de una persona debe ser sancionada, y es poco relevante si dicha persona proviene de una convivencia sin matrimonio, los hechos deben adecuarse en orden al derecho de daños.

En cuarto lugar, se explicará porque el resarcimiento por daño moral a favor de los convivientes supérstites, presenta limitaciones que colisionan con los criterios que imperan en materia de daños como lo es la reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto, como lo es el daño que sufre un concubino ante la muerte de su pareja y que debería ser considerado por nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia para garantizar los derechos personales y patrimoniales de las uniones de hecho.

Finalmente en quinto lugar, se argumentará la finalidad de indemnizar el daño moral a favor del cónyuge superviviente, puesto que la limitación de nuestra normatividad atenta contra la noción de familia, que actualmente se encuentra constituida por una variedad de formas de familia que comprenden entre ellas a las uniones de hecho, y que son también una célula fundamental en la sociedad.



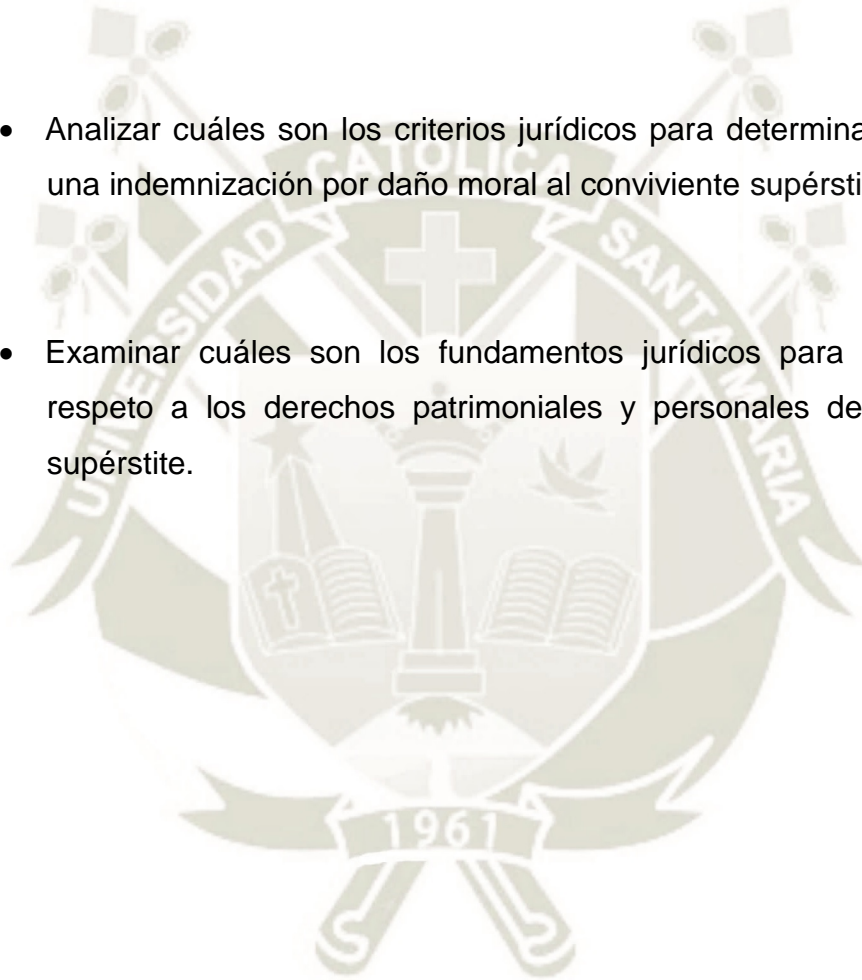
## HIPÓTESIS

**DADO QUE:** El concubinato produce derechos patrimoniales y personales semejantes al matrimonio, dado que viven en posesión de estado matrimonial, pero sin embargo, el Estado y nuestra normatividad vigente no les reconocen muchos derechos patrimoniales y personales que los limitan en muchas esferas de su vida.

**POR LO QUE ES PROBABLE:** Que sea necesario regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente superviviente para garantizar sus derechos patrimoniales y personales, pues la falta de dicha regulación, evidencia una constante afectación de dichos derechos, que urgen de medios normativos y materiales más idóneos.

## OBJETIVOS

- Explicar cuál es la necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite que permita garantizar sus derechos patrimoniales y personales.
- Analizar cuáles son los criterios jurídicos para determinar el pago de una indemnización por daño moral al conviviente supérstite.
- Examinar cuáles son los fundamentos jurídicos para garantizar el respeto a los derechos patrimoniales y personales del conviviente supérstite.



## CAPITULO I

### EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

#### 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

##### 1.1. Código Civil de 1852

El codificador de 1852, basó la determinación de la responsabilidad en el principio de la culpa, la que no se presume y debe ser probada, tanto en los contratos como en las obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos, aunque en algunos supuestos se aprecia una leve introducción a la objetivización de la responsabilidad<sup>1</sup>.

En cuanto al daño extra patrimonial, en forma muy incipiente y solo para el supuesto de injuria se estableció la posibilidad de solicitar indemnización de conformidad con el artículo 2022 del Código del 52.

---

<sup>1</sup> VARGAS MACHUCA R. Resarcimiento del daño moral o inmaterial. Derecho y Cambio Social. Consultado el 26-08-16. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/dano%20>.

Con este numeral, se dio uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana para introducir el daño inmaterial, siendo interesante lo relativo a la graduación de la indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido, lo que le proporciona independencia respecto del daño patrimonial, pudiéndose calificar y cuantificar de manera aislada y autónoma a los daños materiales, en caso coexistir éstos en el caso concreto<sup>2</sup>.

## 1.2. Código Civil de 1936

Este Código, que se mantuvo dentro de la tradición de la culpa, no reguló el daño moral contractual, pero tímidamente reconoció el daño moral extracontractual en su artículo 1148: “al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”<sup>3</sup>.

Por su novedad y forma de inclusión en la norma, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele así un carácter subsidiario<sup>4</sup>, a pesar de que la Exposición de Motivos de este Código, aunque lacónica, las distinguía y no estableció en modo alguno tal subsidiariedad: “No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales. Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales”.

La evolución del tratamiento de este tipo de daño fue iniciada a nivel de doctrina nacional por León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, quienes coincidían en que el criterio a predominar atendía a la

---

<sup>2</sup> *Ibíd*em

<sup>3</sup> *Ibíd*em

<sup>4</sup> REY DE CASTRO A. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima: Pág. 352.

reparación independiente del daño moral, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió ese parecer, aunque no de inmediato<sup>5</sup>.

### 1.3. Código Civil de 1984

El vigente Código civil, que introdujo la responsabilidad objetiva para el caso del riesgo creado (bienes y actividades riesgosas o peligrosas) en la responsabilidad extracontractual, reconoce y regula el daño moral tanto en la esfera obligacional como en la denominada extracontractual:<sup>6</sup>

- Responsabilidad por inejecución de obligaciones: Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
- Responsabilidad extracontractual: Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia y 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.

Si bien no se señala en forma expresa, el daño extra patrimonial por violación de los derechos de la persona puede ser resarcido, tanto si se ha producido dentro de una relación obligacional o fuera de ésta. Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el artículo 17 del Código civil, son el de igualdad entre varón y mujer (no discriminación), a la vida, a la

---

<sup>5</sup> REY DE CASTRO A. Ob. Cit. P. 353.

<sup>6</sup> VARGAS MACHUCA R. Ob. Cit.

integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor.

Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como de los derechos fundamentales en general, además de las acciones – civiles o constitucionales- que puedan ejercerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria, puesto que los supuestos para su ejercicio se dan: antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución<sup>7</sup>.

Cabe mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, en el ámbito extracontractual, que fue el más innovador, establecía que el daño moral solo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o transgresión de la intimidad, excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, por la perturbación que ello supondría en el principio de difusión social del riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos casos a seguros, pero finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inexecución de obligaciones<sup>8</sup>.

## 2. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

El daño comprende además de la lesión del bien protegido, las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien protegido. De una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Se habla de un daño evento (lesión del

---

<sup>7</sup> *Ibidem*

<sup>8</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA F. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial; 1995. Pág. 108.

interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral)<sup>9</sup>.

“El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que por lo general hace estallar la situación en diferentes fragmentos económicamente dañinos: aquel que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costos a rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo”<sup>10</sup>.

Frente a los daños materiales, que afectan el patrimonio de la víctima (lucro cesante, daño emergente, pérdida de chance), se encuentra otra categoría de daños cuyo significado y alcances ha sido y sigue siendo materia de debate doctrinario, problema que incluye su denominación. Así, existen en la creación de diversos juristas, el daño no patrimonial, daño extrapatrimonial, daño moral, daño a la persona, daño a la vida de relación, daño inmaterial, daño al proyecto de vida, daño a la integridad psicosomática, daño psíquico, daño extraeconómico, daño subjetivo, entre otros<sup>11</sup>.

En cuanto a la inacabable discusión acerca de la distinción entre daño moral y daño a la persona, suele decirse que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos o morales, un turbamiento, una inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y,

---

<sup>9</sup> GASTAÑADUI IBAÑEZ L. Indemnización por daño moral. Derecho, Justicia y Sociedad. Consultado el 26-08-16. Disponible en: <http://derechojusticiasociedad.blogspot.pe/2009/07/>

<sup>10</sup> DE TRAZEGNIES F. La Responsabilidad Extracontractual. Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuarta Edición. Lima: Fondo Editorial; 1990. Pág. 35.

<sup>11</sup> VARGAS MACHUCA R. Ob. Cit.

en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación dineraria. Por su parte, se señala que el daño a la persona, que forma parte del denominado daño extrapatrimonial o daño subjetivo<sup>12</sup>, es el daño ocasionado al sujeto de derecho, es un daño que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Para algunos, el daño a la persona es sinónimo de daño moral, para otros lo comprende, para otros más bien es una subespecie de éste y para otros son dos categorías distintas<sup>13</sup>.

Al respecto, Taboada indica que, “por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima” (...) “la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que 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”. “Hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. Nos parece muy

---

<sup>12</sup> ESPINOZA ESPINOZA J. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica; 2003. Pág. 180-182.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO C. Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas. Código Civil, Vol. IV. Lima: Compiladora Delia Revoredo; 1985. Pág. 88.

interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente”<sup>14</sup>. Aquí es conveniente mencionar que, en sus orígenes, el daño moral era el *pretium doloris* (daño-dolor), la lesión a la esfera sentimental del sujeto, la gran pena, el sufrimiento, pero su contenido se ha ido ensanchando por diversos sectores doctrinarios y jurisprudenciales, abarcando la lesión al honor individual y social, y posteriormente como lesión a la vida de relación, al proyecto de vida, a la identidad personal.

El tema sigue siendo materia de cuestionamiento, siendo interesante el razonamiento de León al respecto: “Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. ‘Moral’ no es lo contrario de ‘jurídico’; ‘moral’ es lo contrario de ‘material’”<sup>15</sup>.

Considera ejemplar, el mismo autor, que “la doctrina española no haya tenido problemas para entender, desde hace décadas que ‘el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados’<sup>16</sup>, o que el daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría

---

<sup>14</sup> TABOADA CÓRDOVA L. Elementos de la responsabilidad civil. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley; 2003. Pág. 64-70.

<sup>15</sup> LEÓN LEYSER L. La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas. Lima: Editora Normas Legales; 2004. Pág. 288.

<sup>16</sup> ALVAREZ VIGARAY R. La responsabilidad por daño moral. Anuario de Derecho Civil, T. XIX. Lima: 1966. Pág. 85

de bienes incorporeales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad. (...) La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano<sup>17</sup>.

En lo personal, suscribo la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad), esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo que incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y su proyecto de vida, y que cualquier aspecto que pretenda dotársele de la definición de clase o categoría, o sub especie, no son más que posibilidades dentro del espectro comprendido en el rubro, de la misma manera que, por ejemplo, el daño emergente (especie del daño material) puede consistir en pérdidas patrimoniales de diferentes orígenes (gastos médicos, reparación de vehículo, etc.), cada uno de los cuales debe ser analizado y evaluado detenidamente en su contexto, y luego cuantificado, mas no significa que cada fuente de este daño va a consistir en una sub clasificación o categoría del mismo.

Así, dentro del concepto de daño moral, a modo de explicación, pueden emplearse los términos que mejor lo describan para su evaluación, tomándose las mismas como manifestaciones diversas del mismo<sup>18</sup>, siendo, además, el término daño moral una denominación tradicional que por su larga data e historia resulta comprensible a todos, lo que la jurisprudencia nacional y extranjera ha recogido en su práctica habitual, por lo que el traslado que le corrió al juez, en términos generales, en este punto, ha sido

---

<sup>17</sup> CRISTÓBAL MONTES A. El daño moral contractual. Revista de derecho privado. T. LXXIV. Lima: 1990. Pág. 3

<sup>18</sup> MAYO J A. El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran. Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores; 1999. Pág.181-183.

respondido<sup>19</sup>. Con esto podría dejarse de lado el pleito de etiquetas que, en su afán clasificatorio (lo que en algunas ocasiones lleva a sospechar de propósitos más centrados en la autoría de tales divisiones y clasificaciones que en la finalidad práctica o en la visión orgánica del tipo de daño), desvía la atención del problema de fondo de esta problemática, la que más debe centrarse en la reparabilidad del daño, en las funciones de la responsabilidad civil y, finalmente, en su cuantificación, que constituye el aspecto más conflictivo, una vez sorteado el laberinto conceptual.

Como señala Visintini, “las categorías conceptuales creadas por la jurisprudencia -como el daño a la vida de relación, el daño estético y el daño biológico- representan una tentativa desarrollada para ampliar la resarcibilidad de daños que, solo muy indirectamente, comportan la disminución del patrimonio y que, en realidad, reflejan consecuencias también morales del hecho ilícito”<sup>20</sup>. Igualmente, se ha dicho que la extensión o ensanchamiento de la noción de daño moral a toda lesión a bienes extrapatrimoniales elabora un concepto fecundo, que permite configurarlo en su integridad y a partir de una nota distintiva común a todos los daños morales que no vulneran de modo directo bienes susceptibles de apreciación pecuniaria<sup>21</sup>.

En suma, el daño moral es de índole inmaterial, y su reparación tiene por finalidad un particular resarcimiento (puesto que hay un espectro importante de este tipo de daño, que nada puede borrar, ni restituir al estado anterior lo que, por ejemplo, se ha padecido emocional y físicamente), distinto al del daño patrimonial o material, que es de tipo compensatorio, ya que aquél, como se verá, más bien apunta a una satisfacción<sup>22</sup>, o compensación

---

<sup>19</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA F. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit. P. 109.

<sup>20</sup> VISINTINI G. Tratado de la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea; 1999. Pág. 231.

<sup>21</sup> IRIBARNE H. La cuantificación del daño moral. Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores; 1999. Pág.186.

<sup>22</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA F. La Responsabilidad Extracontractual. Ob. Cit. Pág. 93 y ss.

indirecta, cumpliendo así, para algunos, una suerte de función de pena privada<sup>23</sup>, de sanción civil<sup>24</sup>, o un remedio con finalidad, a veces, de tipo preventivo y punitivo<sup>25</sup>. La distinción de este tipo de daño con el daño patrimonial o material resulta, de esta manera, una distinción de base, esto es, una diferenciación teórico-conceptual, puesto que las funciones del juicio de responsabilidad son diferentes cuando interviene como reacción frente a uno u otro tipo de acontecimiento<sup>26</sup>. En este orden de ideas, la conexión entre el daño y su resarcimiento debe ubicarse a la luz de las funciones de la responsabilidad.

### **3. EL DAÑO A LA PERSONA Y EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**

El Art. 1 del Código Civil de 1984, prescribe lo siguiente: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

Sujeto de derecho es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. La expresión persona se reserva en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías del sujeto de derecho que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término persona al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona

---

<sup>23</sup> ALPA G. Responsabilidad civil y daño. Lima: Gaceta Jurídica; 2001. Pág. 597.

<sup>24</sup> LEÓN LEYSSER L. Ob. Cit. Pág. 269-270.).

<sup>25</sup> SALVI C. El Daño. Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima: ARA Editores; 2001. Pág. 298.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Pág. 297.

como natural y en el segundo ante la persona colectiva conocida como persona Jurídica<sup>27</sup>.

Daño a la persona es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Se trata de un hecho que por su magnitud truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más interna vocación. El daño personal arremete la dignidad misma de la persona humana considerada como un ser libre de decidir su destino dentro de las condiciones inherentes a la vida humana.

El día 3 de Julio de 1984 se obtuvo que la Comisión Revisora del Código Civil incorporara el daño a la persona en el Art. 1985, dentro de la Responsabilidad Civil Extracontractual, pero no se eliminó el concepto de daño moral, entendiéndose éste como una afrenta al sentimiento y que a su vez constituye un aspecto del daño a la persona. En el Art. 1984 se alude a daño moral en vez de daño a la persona. El Art. 1322 del Código Civil también se refiere al daño moral, aunque según la exposición de motivos su autor le otorga los mismos alcances que el daño a la persona.

Mosset Iturraspe reprocha, con acierto y en su momento, que se hubiera incluido en el art. 1985° del Código civil peruano de 1984 la expresión de daño moral simultáneamente y al lado de aquella genérica de daño a la persona, expresa, además, expresó, que observaba con preocupación que en la reforma en marcha de dicho Código, al cumplirse su primer decenio de vigencia, no se advirtiera interés para que se enmendara ese error<sup>28</sup>. La respuesta a la justificada observación de Jorge Mosset Iturraspe la debemos encontrar en lo que se llama la historia interna del Código civil de 1984, es

---

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO C. Derecho de las Personas. Lima: Librería Studium Editores; 1988.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO C. Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral. Revista Foro Jurídico. Lima. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 2003.

decir, aquella que no aparece recogida por ningún historiador, que no está escrita ni ha sido revelada<sup>29</sup>.

La incorporación del daño a la persona cuando el Código se hallaba en vísperas de ser promulgado no permitió, como hubiera sido deseable, que se pudiera otorgar un tratamiento sistemático al daño a la persona dentro del articulado del Código civil. Esta fue la razón por la cual los textos de los artículos 1984° y 1322° no pudieran ser oportunamente enmendados y concordados con el artículo 1985° en referencia. Es por ello que en el artículo 1984° se alude y se desarrolle exclusivamente la materia concerniente al daño moral en vez de centrarse, como debería ser, sobre el genérico daño a la persona. En este mismo sentido, el artículo 1322°, ubicado dentro de la responsabilidad civil contractual, se refiere también y solamente al daño moral, prescindiéndose de la voz daño a la persona. No obstante, el autor y ponente de dicho numeral del Libro de las Obligaciones, tal como se desprende de la correspondiente Exposición de Motivos, le otorga a la voz daño moral los mismos genéricos alcances que el daño a la persona.

En resumen, constituyó un inesperado pero feliz logro incluir la voz daño a la persona en el artículo 1985° del Código civil de 1984 pocos días antes de su promulgación y cuando el trabajo de la Comisión Revisora había prácticamente concluido. Esta incorporación, como lo hemos expresado en precedencia, hubiera corrido serio peligro de no concretarse, dados los antecedentes expuestos, si se hubiera reabierto un nuevo debate en el cual, en mérito a la novedad de la figura, no se habría acordado, muy probablemente, tal inclusión. El costo de dicha incorporación fue el de no insistir en replantear la discusión con la finalidad de obtener, como lo pretendíamos, la eliminación de la voz daño moral tanto del artículo 1985° como de los artículos 1984° y 1322° del mencionado Código civil.

---

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO C. El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942. El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Pág. 254.

La incorporación en el artículo 1985° del Código civil peruano de la obligación de reparar el daño a la persona, sin limitación de ninguna especie, a diferencia de los pocos otros códigos que la incluyen con graves restricciones, constituye una novedad en la codificación civil comparada, tal como se ha puesto de manifiesto por los comentaristas de dicho cuerpo legal<sup>30</sup>.

Como se ha expresado, hubiera sido deseable excluir la voz daño moral no sólo del texto del artículo 1985° del Código sino que también habría sido oportuno sustituir coherente y sistemáticamente dicha expresión por la de daño a la persona en el artículo 1322°, así como reformular el artículo 1984° dedicado a la regulación del daño moral a fin de sustituirlo por el daño a la persona. Ello, como decimos, no fue posible en aquella oportunidad. Esperamos que en un futuro, después de una necesaria sedimentación de las ideas y como una demostración de apertura mental frente a las nuevas realidades, se acceda a corregir los yerros que observa Mosset Iturraspe y que se escuche su razonada y autorizada recomendación en el sentido de no mantener tales errores en la próxima reforma del Código civil peruano.

#### 4. SOLICITUD DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Se tiene ya bastante claro que no es posible utilizar criterios objetivos para determinar la suma de la indemnización por daño moral, debido a que éste supone una afectación a un bien abstracto, solo comprobable por el propietario. El profesor argentino Eduardo Zannoni<sup>31</sup>, señala que “cada juez, en cada caso concreto, condena a la reparación equitativamente teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etc. Es

---

<sup>30</sup> MOSSET ITURRASPE J. El valor de la vida humana. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.; 1991. Pág. 327 y sgts. y El daño fundado en la dimensión del hombre. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 1992. Pág. 22 y sgts.

<sup>31</sup> ZANNONI E. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982. Pág. 289.

decir, procurando que la condena realice la justicia conmutativa. Tal es el significado que debe darse al prudente arbitrio judicial que se reclama en la aplicación de las normas generales”.

Además, se estima que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio. De nada basta sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al tiempo de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa; o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente. Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar<sup>32</sup>.

Al respecto, José A. Martín de Mundo<sup>33</sup> señala que “el cálculo de lo moral es solo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida: son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren”.

Así, Mosset Iturraspe<sup>34</sup> y Ravazzoni<sup>35</sup>, indican que “en la evaluación del daño en sí, cabe dilucidar si priman los criterios objetivos o subjetivos. Los primeros parten, en sede de daño moral, del hombre medio, del interés tipo,

---

<sup>32</sup> OSTERLING PARODI F. y CASTILLO FREYRE M. Tratado de las Obligaciones. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; 2003. Pág. 421.

<sup>33</sup> DE MUNDO J. El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia. Madrid: La Ley 62; 1951. Pág. 163.

<sup>34</sup> OSTERLING PARODI F. y CASTILLO FREYRE M. Ob. Cit. Pág. 422.

<sup>35</sup> RAVAZZONI. La reparación del daño no patrimonial. Milano: 1962. Pág. 92.

del sufrimiento normal. Los segundos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su dolor, a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias. Del mismo modo, se dice que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio”.

Entonces, la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitivo, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima<sup>36</sup>. Simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido.

Para que se pueda resarcir el daño moral se deben cumplir ciertos requisitos. Al tratarse, como ya se ha mencionado, de un daño no patrimonial, no se puede saber a ciencia cierta quiénes son aquellos que han padecido dicho agravio, debido a la naturaleza extrapatrimonial del mismo que dificulta su probanza. Resulta entonces necesario establecer quienes podrían ser titulares del derecho de exigir la reparación monetaria<sup>37</sup>. Así, se debe presentar una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito.

Quien vaya a efectuar la reparación deberá hacerlo por los efectos de sus actos y por nada más. No se puede hacer responsable a una persona por daños que no deriven de sus acciones. En segundo lugar, el daño debe ser cierto. Esto no quiere decir que el daño tenga que probarse; basta

---

<sup>36</sup> OSTERLING PARODI F. y CASTILLO FREYRE M. Ob. Cit. Pág. 424.

<sup>37</sup> OSTERLING PARODI F. Indemnización por Daño Moral. Consultado el 20-08-2016. Disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/IndemnizacionMoral.pdf>.

simplemente que la víctima acredite la acción antijurídica y la titularidad del accionante<sup>38</sup>.

Además, el daño debe ser personal al accionante, es decir, solo quien lo sufre puede reclamarlo; debido a que el daño moral es de carácter personalísimo, nadie puede alegar un sufrimiento que no ha padecido. La reparación no tiene por objeto restablecer un valor económico menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sufrido de manera íntima.

Finalmente, se necesita que quien lo invoque pueda ser considerado como un damnificado en sentido jurídico. De esto se desprende que se debe establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización, puesto que de ser todos aquellos los que sufren el agravio, la multiplicidad de damnificados (familiares, pareja, amigos, etc.) perjudicaría devastadoramente al responsable, desvirtuando el sentido de justicia destinado a la indemnización.

Respecto a esto último, ello representa un peligro para el responsable, ya que la relación de personas que se puedan ver afectadas moralmente por un hecho puede resultar inmensa, perjudicando económicamente de manera exagerada a quien deba efectuar la reparación. Actualmente a nivel de legislación comparada se utiliza como criterio para limitar a los accionantes el vínculo de parentesco en relación con la víctima. En ese sentido, en los casos de homicidio, tanto el Código Suizo de las Obligaciones como el Código Civil de México conceden reparación del perjuicio moral a la familia del fallecido. El Código Venezolano y el Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y Contratos la reconocen a los parientes afines y cónyuges.

---

<sup>38</sup> DE TRAZEGNIES F. La Responsabilidad Extracontractual. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 2003. Pág. 47-48.

A diferencia de Argentina, donde se restringe a ciertos casos el daño moral, en el Perú se otorga una protección en sentido amplio a la reparación del agravio moral. El concepto de daño moral ha sido contemplado en tres secciones de nuestro Código Civil, a saber: Derecho de Familia, Efectos de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual:

*Artículo 351: Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.*

Conforme señala Peralta Andía<sup>39</sup> “se debe entender que se le ha causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente 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 aquél cónyuge. Este precepto deberá interpretarse sistemáticamente con los artículos 1984 y 1985 del código Civil”.

*Artículo 1322: El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.*

Respecto de este artículo, Max Arias-Schreiber sostiene que “si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios patrimoniales”.

---

<sup>39</sup> BUSTAMANTE OYAGUE E. Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica; 2010. Pág. 423.

*Artículo 1984: El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.*

*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.*

De lo expuesto se aprecia que el legislador peruano ha optado por admitir la aplicación de la reparación en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual. Así, en la exposición de motivos del Código Civil de 1984 el maestro José León Barandiarán<sup>40</sup> señala que “compete al juez fijar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado *quantum* pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o trasmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una indemnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable, salvo los casos muy singulares en que cupiese la reparación *in natura*; así, el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia”.

El concepto de daño moral debe ser el más amplio posible, no limitándose al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extrapatrimoniales. Nuestro Código Civil así lo ha decidido, tal como se ha señalado en los artículos comentados en este trabajo, que no admiten restricción alguna. Él se aplica tanto en el caso de las personas naturales como jurídicas.

---

<sup>40</sup> LEÓN BARANDIARAN J. Responsabilidad Contractual. Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Pág. 807.

Aunque el daño moral no debería ser resarcido físicamente, hasta el momento el dinero es el único medio idóneo con el cual realizarlo. Dicho instrumento otorgará a la víctima ciertas satisfacciones que podrán compensar el daño causado, mas nunca eliminará el perjuicio sufrido. Se trata entonces de buscar la manera de balancear la situación del perjudicado, proponiéndole ciertos beneficios a cambio de su malestar.

El daño moral no puede ser estandarizado. Para determinar su valor, el juez deberá tomar todas las consideraciones pertinentes y utilizar las pruebas presentadas por las partes a fin de decidir lo más justo. Se debe tener en cuenta que no se trata de castigar al responsable, sino de apaciguar las heridas causadas a la víctima. Bajo ese pensamiento, se debe considerar además la condición económica del responsable, ya que el derecho no busca convertir a éste en una víctima más. En cuanto a si se trata de un daño resarcible en materia contractual o extracontractual, carece de sentido la interrogante, toda vez que ello depende del bien que se afecte con la acción antijurídica, teniendo en consideración que el ordenamiento legal peruano prevé en ambos casos el resarcimiento.

## 5. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Para Díez-Picazo, “el daño moral no debe ser simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba. Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas”<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN L. Derecho de Daños. Madrid: Civitas; 1999. Pág. 329.

Es también indispensable reproducir la postura apasionada y decidida de los hermanos Henri y León Mazeaud y André Tunc a favor de la satisfacción del daño moral, quienes en célebre frase han dicho que “es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”<sup>42</sup>.

En principio, como se ha mencionado al analizar la función aflitivo-consolatoria de la responsabilidad civil, en caso que los daños inmateriales tengan posibilidad de resarcimiento distinta a la dineraria, deberían ser reparados por esa vía, como por ejemplo, el daño al honor y a la reputación: por vía de una retractación pública. Aquí el problema procesal en que se puede encontrar un juez es que la pretensión de la demanda contenga un petitorio dinerario ya que, formalmente, en la sentencia no puede ir más allá del petitorio. Empero, sí puede procurar este tipo de solución en la etapa procesal correspondiente a la audiencia conciliatoria, donde es su obligación fomentar la conciliación, y puede proponer alguna fórmula conciliatoria más adecuada al daño que se pretende resarcir<sup>43</sup>.

En este acto algunas veces he propuesto desagravios (retractación, aclaración) públicos para reparar el daño al honor, con distintas formas de recepción de la propuesta por los litigantes: en una ocasión, aceptó la parte demandante, pero no la demandada (quien mantuvo su posición de no haber incurrido en responsabilidad); en otra oportunidad, ninguna de las partes

---

<sup>42</sup> MAZEAUD H. y TUNC A. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; 2008. Pág. 441.

<sup>43</sup> VARGAS MACHUCA R. Ob. Cit.

aceptó la fórmula; hubo otra oportunidad en que la parte demandante aceptó, pero con rebaja (no eliminación) de la pretensión dineraria (es decir, no aceptó), rechazando la parte demandada<sup>44</sup>.

Por otra parte, considero que el daño inmaterial debe probarse; aquí no deben caber presunciones más que en sentido muy restringido y en conjunción, al menos con algunos indicios, lo que pueda llevar a una convicción razonable; el afecto, la indiferencia o el desafecto, aunque sea mínimamente, pueden probarse a través de diversas formas, es cuestión de análisis del caso concreto. Así, para probar el afecto que se sentía por alguien que falleció a consecuencia de un atropello, puede presentarse correspondencia, probar convivencia, el hecho de haber solventado los gastos de su educación, vestido y diversión de acuerdo a sus posibilidades (aquí, si se trata de los padres, por ejemplo, puede realizarse una evaluación comparativa entre lo que gastaba en el hijo fallecido y lo que gasta en otro), evaluación psicológica, etc.

Esto es, por cierto, materia de sumo cuidado. En una oportunidad, se presentó ante el juzgado a mi cargo una persona que demandaba indemnización –en una suma bastante elevada- por daño moral contra una quienes en un accidente automovilístico atropellaron a su madre la que, como consecuencia de ello, falleció. Más allá de las circunstancias del accidente, y únicamente en cuanto al análisis del daño sufrido, en la audiencia salió a la luz que el demandante había tenido a su madre, ya muy anciana, en estado de total abandono –tanto personal como económico- y desinterés a lo largo de muchos años, que no había asistido al velorio ni al entierro –estando en la ciudad y sin impedimento-, y que fue otro pariente, conjuntamente con los demandados, quienes se ocuparon de las gestiones funerarias. Asimismo, la demanda se presentó en el límite de la prescripción: casi dos años después del deceso<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> *Ibídem*

<sup>45</sup> *Ibídem*.

### 5.1. El caso de los daños por rebote o repercusión.

En este punto, y tomando el ejemplo anterior, quisiera agregar lo relativo a las víctimas reflejas, o víctima por rebote o repercusión, en caso de daño moral o inmaterial. En estos supuestos existen dos tipos de víctima: la inicial, que en el ejemplo dado sería la madre del demandante, quien falleció como consecuencia del atropello, y el demandante, quien ha sufrido un daño que es consecuencia del que su madre sufrió, pero que es independiente y distinto a éste. Este último es el denominado daño por repercusión o rebote, y la víctima de este daño (víctima refleja) reclama la reparación del menoscabo o sufrimiento propio<sup>46</sup>.

Como señala el profesor chileno Fabián Elorriaga, “existen consecuencias relevantes de esta situación: En primer lugar, debe mencionarse que la víctima refleja, para obtener esta indemnización, no debe acreditar el carácter de heredero de la víctima inicial, puesto que no demanda en este carácter. Le bastará acreditar su calidad de perjudicada, acaso su parentesco en el caso del perjuicio moral y el monto y naturaleza de los daños en el supuesto de los perjuicios patrimoniales. En segundo lugar, habrá que concluir que cualquier indemnización que ellos obtengan por el daño que personalmente han sufrido no integra la masa hereditaria, sino que forma parte del patrimonio personal del afectado. Consecuencia de lo anterior es que los acreedores del difunto no podrán hacer efectivas sus acreencias en esta indemnización, pero sí los acreedores personales de la víctima por rebote. Asimismo, al no formar parte de la herencia, la indemnización no estaría afecta al pago del impuesto a las herencias y asignaciones testamentarias”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> VARGAS MACHUCA R. Ob. Cit.

<sup>47</sup> ELORRIAGA DE BONIS F. El daño por repercusión o rebote. En: Instituciones de Derecho Privado. Libro V: Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Jurídica Grijley; 2006. Pág. 354 y 355.

Pero a efecto de cuantificar el daño por rebote, en casos como el presentado, es necesario tener en cuenta la existencia de concausa en el daño causado a la víctima inicial, que tiene como efecto la reducción proporcional de la indemnización de ésta en caso haya participado en la producción de su propio daño por su conducta negligente o irresponsable (hecho de la víctima). Si la víctima falleció y es el hijo el que reclama reparación por su daño moral, ¿es factible aplicar al daño de él, que como se ha señalado, es autónomo al de ella, la reducción con motivo de la concausa? En un caso similar al que reseñé, se presentó esta circunstancia, y concluí que debía aplicarse la indicada reducción. Parece que ésta es la tendencia mayoritaria a nivel jurisprudencial, por cuanto en este tipo de supuestos la teoría se estrella contra la realidad, como es fácil apreciar<sup>48</sup>.

Al respecto, el profesor chileno Elorriaga ha señalado que “esta cuestión ha dado lugar a arduas y continuas discusiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa, desencuentros que tienen su causa en los absurdos a que podría conducir una aplicación rigurosa y absoluta de la independencia del daño por repercusión. Podría ocurrir que la víctima directa del suceso se viera en una situación desmejorada en relación a las víctimas reflejas. Mientras aquél puede ver su indemnización reducida por haber contribuido con su negligencia al daño, no ocurriría lo mismo con los que fueron indirectamente dañados por el suceso, con lo que el principal perjudicado queda en una situación inferior a las de los menos afectados”<sup>49</sup>.

La Corte de Casación Francesa hasta los años sesenta y setenta, se mostró partidaria de la oponibilidad de la reducción de las víctimas por rebote, con lo que la independencia de este daño respecto de la víctima y el causante del siniestro eran coautores de él, y que ambos debían responder solidariamente ante la víctima por rebote. Sin embargo, la Asamblea Plenaria, el 19 de junio de 1981, estableció decididamente, volviendo al

---

<sup>48</sup> VARGAS MACHUCA R. Ob. Cit.

<sup>49</sup> *Ibídem*.

criterio inicial, que la culpa de la víctima era también oponible a los que lo fueran por repercusión. Otro tanto ha ocurrido en la jurisprudencia española, pues es constante en la práctica que se haga oponible la culpa de la víctima inicial a la víctima por rebote, reduciendo la indemnización de éstas a pesar de que no han tenido culpa alguna en el suceso, solución que la doctrina ha aceptado como menos mala<sup>50</sup>.

Nuestros tribunales y alguna doctrina, en igual sentido, y de manera ampliamente mayoritaria, han venido resolviendo que cuando se solicita la reparación de los daños morales o materiales personales que han sufrido terceros con ocasión del hecho que afectó a la víctima inicial, cabe de todas maneras reducir la indemnización que les corresponda a aquéllos si es que el directamente perjudicado se expuso imprudentemente al daño, considerando que esta culpa le es oponible a los perjudicados por repercusión como si hubiesen sido ellos los que se expusieron imprudentemente al perjuicio<sup>51</sup>.

## **5.2. Parámetros a considerar para la cuantificación del daño inmaterial.**

Para cuantificar el daño moral o inmaterial, debe tomarse en cuenta no solo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función aflictivo-consolatoria y convertirla, como tantas veces se ha dicho, en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto, generalmente, es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente y, por tanto, acrecienta el daño moral.

---

<sup>50</sup> *Ibídem.*

<sup>51</sup> ELORRIAGA DE BONIS F. Ob. Cit. Pág. 356 y 357.

Es decir, la culpa o dolo deben evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral y no para castigar al causante del mismo. Esto significa que debe resarcirse el daño inmaterial tanto en casos de daños causados con culpa o sin ella, extendiéndose por tanto a los casos de responsabilidad objetiva, por cuanto se trata de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, de acuerdo a la función primordial de la responsabilidad civil<sup>52</sup>.

La decisión final no podrá llegar a ser perfecta ni exacta, ni además, logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los elementos, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una reparación que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad), lo que no significa que deba dejarse de lado el criterio de equidad, sino emplearlo conjuntamente con los demás criterios que se han señalado. Con ello, la decisión final se acercará mucho más a cumplir con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil lo que, de ser así, logrará la finalidad preventiva, pues un sistema eficiente incentiva conductas socialmente deseables, que son, sin duda, las de prevención<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> VARGAS MACHUCA R. Ob. Cit.

<sup>53</sup> *Ibídem*.

## CAPITULO II

# LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y PERSONALES DE LA UNIÓN DE HECHO

### 1. REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Pese a que el legislador ordinario de 1984, siguiendo al constituyente de 1978-1979, no ha tenido como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues más bien su ideal fue lograr su paulatina disminución y eventual desaparición (que quedará en simples deseos si se revisan las estadísticas), y no crear un matrimonio de segunda clase<sup>54</sup>, el artículo 326 del Código civil reconoce algunos efectos al concubinato propio o perfecto, es decir, a aquel que satisface las notas referidas en el numeral anterior, que

---

<sup>54</sup> CORNEJO CHÁVEZ H. Derecho familiar peruano. Lima: Gaceta Jurídica editores; 1998. Pág. 66 y 67.

conviene explicar para tener una idea clara de los alcances de su regulación civil<sup>55</sup>.

Para entender la posición restrictiva del legislador ordinario es indispensable entender el marco constitucional que entonces se encontraba vigente. Recordemos que el artículo 5 de la Constitución de 1979 rezaba: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”<sup>56</sup>.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia. El constituyente de aquel año el sustentó la protección de la familia en el matrimonio. El modelo que además se encontraba recogido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derechos civiles y políticos de la época respondía a la tradición y a la tabla de valores que prevaleció en los debates para la redacción la Constitución de aquel entonces<sup>57</sup>.

El favor matrimonio se explica por las notas características que tiene dicha unión: (i) el carácter estable y cierto de la relación por la forma y ceremonia que rodea la celebración desde los actos previos a dicho momento; (ii) la – en principio- indisolubilidad del vínculo; (iii) la mejor y más sencilla determinación de las relaciones que se derivan del matrimonio entre los esposos, los hijos y los familiares de los cónyuges con éstos y su descendencia, que no son otra cosas que el surgimiento inmediato de

---

<sup>55</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET M. ARIAS SCHREIBER MONTERO A. y PLÁCIDO A. Exégesis del Código civil peruano de 1984. Tomo VII, Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. Pág. 263 y 264.

<sup>56</sup> VEGA MERE Y. Consideraciones jurídicas sobre la Unión de Hecho. Consultado 09-09-16. Disponible en: <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17232>.

<sup>57</sup> DIARIO DE DEBATES. Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Lima: Publicación Oficial; Pág. 316 y 317.

efectos legales entre los nombrados; (iv) el ser el espacio legitimador de las relaciones sexuales; (v) el ser soporte de una serie de presunciones de paternidad y maternidad (que la ciencia luego pondría en cuestión); etc. Las uniones no matrimoniales no eran bien consideradas y, en todo caso, eran objeto de objeciones morales<sup>58</sup>.

Por esa razón, podemos comprobar que en la discusión sobre el concubinato durante los debates de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, además de delimitarse la polémica al concubinato propio o perfecto, también se redujo todo intento de recepción del mismo a aspectos puramente patrimoniales. La consigna fue imponer un régimen comunitario a los convivientes para evitar que el varón abandone a la concubina sin dividir o distribuir el patrimonio adquirido con el esfuerzo de ambos<sup>59</sup>.

El Código civil perpetuó los valores y prejuicios del constituyente de 1979. Su "ideal" era lograr su paulatina disminución y eventual desaparición y no crear un matrimonio de segunda clase<sup>60</sup>. No está demás comentar que la Exposición de Motivos del art. 326 es bastante lacónica y sólo enfatiza que la intención fue reconocer únicamente efectos patrimoniales a la unión de hecho. Es más, Cornejo Chávez propuso que el plazo para el surgimiento de la sociedad de bienes fuera de cinco años<sup>61</sup>.

El artículo en cuestión se incardinó dentro de un régimen legal que, como lo hemos sostenido en otra oportunidad<sup>62</sup>, obedeció al concepto cerrado de

---

<sup>58</sup> VEGA MERE Y. Ob. Cit.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> CORNEJO CHÁVEZ. Ob. Cit. P. 66 y ss.

<sup>61</sup> CORNEJO CHÁVEZ H. Exposición de Motivos y comentarios al Libro de Familia del Código civil de 1984, en Código civil, Exposición de Motivos y comentarios, Comisión Encargada del estudio y revisión del Código civil. Lima: 1988. Pág. 473 a 479.

<sup>62</sup> VEGA MERE Y. La familia por venir: entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad (o postmodernidad), en la segunda edición de mi libro Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. La Libertad: 2005. Pág. 39.

familia, al concepto tradicional asentado en el matrimonio; opción que, además, estuvo plagada de prejuicios. En efecto, la visión del grupo familiar asentado sobre el matrimonio respondía al viejo modelo y anhelo de la unión controlada por el Estado y por la moral laica que heredó la misión legitimadora del sexo de la Iglesia Católica y que pretendió erigirse como el único medio autorizado para la descendencia. En cualquier caso, resulta evidente que los prejuicios del Constituyente de 1978-1979 sobre el concubinato como unión de segundo rango (que hacía peligrar el matrimonio) y que asomaba en los sectores económicamente deprimidos, parece haber sido trasladada con esas mismas coloraciones ideológicas al Código civil que, al menos hasta el día de hoy –sin contar con las reformas introducidas luego de 1984- se ha mostrado tercamente opuesto a los cambios que se han dado en la colectividad y en sus convicciones<sup>63</sup>.

Tales prejuicios han quedado a un lado a partir de la Constitución del año 1993 desde que esta protege la familia sin sustentarla en el matrimonio. Así, su art. 4 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”.*

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. La Constitución vigente, se ha dicho, siguiendo la tendencia en los tratados internacionales que protegen a la familia<sup>64</sup> (especialmente aquellos consagrados luego de la Constitución de 1979) que

---

<sup>63</sup> VEGA MERE Y. Ob. Cit.

<sup>64</sup> PLÁCIDO A. Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio, en AAVV, La Constitución comentada. Lima: Gaceta Jurídica; 2005. Pág. 366 y 367; PLÁCIDO A. Familia, matrimonio, convivencia y Constitución, en Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Editorial Grijley; 2008. Pág. 83, 99 a 110.

contemplan el derecho a fundar una familia, no sustenta la tutela que dispensa a partir del matrimonio que es, sin duda, una institución civil de especial trascendencia, como hemos comentado, por la certeza que ofrece a las relaciones que se constituyen a partir de su celebración, lo que –como también ya hemos anotado- lo diferencia de la unión de hecho.

Es más, la propia Constitución, en la norma apenas transcrita, contempla otro principio: el de promoción del matrimonio con dos fines: (i) promover que las uniones de hecho se aproximen a él y (ii) para garantizar el derecho al matrimonio sin limitar la preocupación del Estado a la familia conyugal. Ello, sin duda, nos debería hacer pensar en la forma en que debemos “releer” las normas del Código civil pues un análisis civil ordinario sobre las normas de este cuerpo legal es inadmisibles en la medida que no tenga en cuenta los principios y valores incorporados en la actual Constitución<sup>65</sup>.

## 2. LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Ahora nos toca hablar como ha sido regulada la unión de hecho en la actual Constitución vigente de 1993. Para ello ubicaremos el artículo pertinente al tema, esta se encuentra en el artículo 5º que dice: Artículo 5º. 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.

A rasgos generales diremos a decir de Placido<sup>66</sup> es que “la Constitución de 1993 desvincula familia y matrimonio, ya no opera aquí que familia es a matrimonio, dejando de lado a que la unión de hecho sea considerada como familia. Ahora la Constitución ya no equipara familia con matrimonio. Ahora

---

<sup>65</sup> SERRANO J. La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. España: 2001. Pág. 45 ss.

<sup>66</sup> PLACIDO A. ¿Cuál es el modelo de familia en la Constitución de 1993? Consultado el 20-08-2016. Disponible en el blog: <http://blog.pucp.edu.pe/item/20346>.

la familia que se protege es aquella que nace principalmente de un matrimonio, aunque no es la única fuente”.

Aquí la unión de hecho es una fuente generadora de una familia. la unión de hecho ya deja de ser productora de puros efectos patrimoniales, claro está porque no nacía de ella una familia; en cambio ahora con la Constitución de 1993 la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que ella nace de una familia. Es por ello, que hoy la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho; extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas.

El Dr. Placido<sup>67</sup> para determinar cuál es el modelo de familia en la Constitución de 1993 analiza 2 sentencias del Tribunal Constitucional: STC 03605-2005- AA y la 09708-2006-PA.

“En la primera sentencia el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de amparo por considerar que la pensión de viudez está reconocido solo al cónyuge supérstite y para fundamentar su tesis se apoya en la Constitución, que dice que ordena la promoción del matrimonio y destaca como ideal que toda familia este conformada matrimonialmente, se remite luego a la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 17, y al artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; luego concluye, que hay que entender que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Y lo que la Norma Fundamental quiere es favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional. Es cierto que la Constitución tutela a la familia y sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudiera encontrarse. Tal es el sentido del

---

<sup>67</sup> PLACIDO A. Ob. Cit.

artículo 4 de la Constitución (de 1993). Pero ello no puede trasladarse de manera automática a la figura de las uniones de hecho”<sup>68</sup>.

“En la segunda sentencia el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda por considerar que la pensión de viudez también puede ser reconocida al convivientes supérstite, para sustentar su tesis se basa en el artículo 5º de la Constitución, el artículo 326º del Código Civil, para concluir que la declaración jurisdiccional de reconocimiento de la unión de hecho sustituye a la partida de matrimonio; en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión. Esta segunda sentencia deja en claro que la unión de hecho ya nos productora solamente de efectos patrimoniales, sino también de efectos personales. Concluye el Dr. Placido respondiendo a su pregunta de cuáles son los principios contenidos en la Constitución referidas al matrimonio, sacando las siguientes conclusiones”.<sup>69</sup>

- La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.
- El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.

---

<sup>68</sup> *Ibídem.*

<sup>69</sup> *Ibídem.*

- La unión de hecho por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.

Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho, dentro de las jerarquías de valores constitucionales. A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos que se prevean en la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional. Para que se entienda este punto, propongo el siguiente ejemplo: El derecho sucesorio tiene como uno de sus fundamentos el de la protección de la familia. Pues, si ello es así, debe reconocerse derecho sucesorio entre sí tanto a los cónyuges como a los convivientes. Pero la manera de acceder a este derecho no puede ser el mismo. Así, si hoy contraigo matrimonio y mañana muere mi cónyuge, por el hecho de ser tal y con la simple prueba de la partida de matrimonio tengo mi vocación hereditaria y accedo inmediatamente a ese derecho. En cambio, si hoy inicio una convivencia y mañana muere mi conviviente, no podré acceder al derecho sucesorio porque la Constitución exige que la unión de hecho sea estable; esto supone que por lo menos de haber durado 2 años continuos, además de obtener el reconocimiento judicial de existencia. He ahí la diferencia en los mecanismos previstos en la ley, a los que me refería. Las características de la unión de hecho contenidas en el artículo 5º de la Constitución de 1993, a decir del Tribunal Constitucional y reproducidas por el Dr. Placido<sup>70</sup>, son las siguientes:

- Se trata de una unión monogámica heterosexual, sostenida por quienes no tienen impedimento alguno para casarse, con vocación de habitualidad y permanencia (confirma el plazo de 2 años continuos del artículo 326 del Código Civil), mantenida de manera pública y notoria, que conforma un hogar de hecho y a la que se le reconoce una

---

<sup>70</sup> PLACIDO A. Ob. Cit.

comunidad de bienes que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.

- Respecto a la comunidad de bienes, el Tribunal Constitucional ratifica la tesis de que este régimen patrimonial es único y forzoso para los convivientes por imposición constitucional: Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

Por otro lado – continua el Dr. Placido - “y coincidiendo con lo expuesto sobre que la expresión hogar de hecho basta para entender que la creación de dicho hogar supone el establecimiento de relaciones personales entre los convivientes, el Tribunal Constitucional reitera el criterio según el cual las parejas de hecho llevan su vida tal como si fuesen cónyuges. A partir de la admisión de ese aparente matrimonio, en la que los efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes, se reconoce obligaciones no patrimoniales”<sup>71</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional explica que sería una interpretación bastante constreñida con la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aún, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia (artículo 326 CC). Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

---

<sup>71</sup> *Ibídem.*

Por ello, el Tribunal Constitucional concluye que en definitiva, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión por medio de documentación idónea para ello y cumpla con los requisitos para acceder a la pensión, que "son los mismos requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley 19990. Hemos comentado que la unión de hecho a la luz de la Constitución Política de 1993, es generador de efectos personales y patrimoniales, trataremos en primer lugar cuales son estos efectos personales de la unión de hecho.

El Dr. Placido<sup>72</sup> menciona que "cuando la Constitución usa la expresión de hogar de hecho, basta para entender que la creación de dicho hogar supone el establecimiento de relaciones personales entre los convivientes. Para considerar los efectos personales el Dr. Placido parte de que en una unión de hecho la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio".

El deber de asistencia entre los concubinos tomado desde el ámbito material, es decir, en el matrimonio se comprueba que entre los cónyuges existe una obligación legal de alimentos que puede subsistir excepcionalmente, después de disuelto el vínculo matrimonial. En cambio, en la unión de hecho se presenta una obligación alimentaria similar a la que existe entre los cónyuges, sin embargo, esta no es legal sino natural.

Respecto al deber de cohabitación, los cónyuges deben hacer vida en común en el domicilio conyugal; que de incumplirse unilateral e injustificadamente origina una separación de hecho susceptible de configurar una causal de divorcio.

---

<sup>72</sup> PLACIDO A. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho (efectos personales de la unión de hecho) Consultado el 20-08-2016. Disponible en el blog: <http://blog.pucp.edu.pe/>.

En la unión de hecho existe un deber natural de cohabitación semejante al legal de los cónyuges; no obstante, el incumplimiento unilateral de este deber ocasiona la terminación de la unión de hecho, al desaparecer la convivencia que es el fundamento de su vigencia. Respecto al deber de fidelidad, los cónyuges recíprocamente deben ser fieles, que de incumplirse, en el aspecto material negativo – como menciona el Dr. Placido – se configura el adulterio que es causal para demandar la separación de cuerpos o el divorcio<sup>73</sup>.

En la unión de hecho, por su singularidad, se presenta el deber de fidelidad, que de inobservarse en cuanto a la continencia sexual, no se configuran las causales mencionadas, en todo caso solo provocara la terminación de la unión de hecho por decisión motivada del conviviente ofendido.

Ahora trataremos cuales son los efectos patrimoniales que hace mención la Constitución de 1993 en su artículo 5º. Ella nos habla que la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. De ello se deduce, en primer lugar, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es el de comunidad de bienes; y, por último, que a esa comunidad de bienes se aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente. De ella se deduce que los convivientes no pueden convenir una separación de patrimonios para regular sus relaciones patrimoniales<sup>74</sup>.

La previsión constitucional evidencia lo expuesto cuando señala que la unión de hecho da lugar a una comunidad de bienes. Por ello los convivientes no pueden hacer uso de la separación de bienes, por cuanto al unirse estas formaron una comunidad de bienes, los únicos que pueden separar sus patrimonios son los unidos matrimonialmente. Esta es una de las

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*

<sup>74</sup> PLACIDO A. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho. *Ob. Cit.*

excepciones que por el Código Civil cuando menciona en cuanto le fuera aplicable.

El Dr. Placido menciona que “el artículo 326 del Código Civil, en concordancia con el artículo 5 de la Constitución de 1993, condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, a que ésta haya durado por lo menos dos años continuos. Esto significa que, mientras no se cumpla con este plazo, los convivientes someten sus relaciones patrimoniales a las reglas de la comunidad de bienes y, en su caso, a las de copropiedad, en vista de no existir regulación sobre la primera en el Código Civil”<sup>75</sup>.

En tal sentido, una vez cumplido el plazo señalado, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicarán las reglas de sociedad de gananciales, en cuanto fuese pertinente; lo que no importa una conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales. Esto último es relevante cuando se compruebe la impertinencia de la aplicación de las normas de sociedad de gananciales; en estos casos, las disposiciones de la comunidad de bienes y, en su caso, las de copropiedad serán las pertinentes<sup>76</sup>.

Se debe apreciar que la aplicación extensiva que propone de las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes de los convivientes tiene límites. Ello se comprueba con la frase en cuanto le fuere aplicable. Esto quiere decir que no se trata de una aplicación automática de tales disposiciones, sino sólo de aquellas que resulten pertinentes. Vale decir, que ante un problema patrimonial de los convivientes la solución se debe encontrar, en primer lugar, en las normas del régimen de sociedad de gananciales que resulten pertinentes aplicar; y, en caso

---

<sup>75</sup> *Ibídem*.

<sup>76</sup> *Ibídem*.

comprobar la impertinencia de tal aplicación extensiva, sólo en este caso la respuesta estará en las disposiciones del régimen de copropiedad.

Yuri vega<sup>77</sup> nos dice que “el Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución, publicado en el año 2002, se discutió la conveniencia de conceder derechos alimentarios y sucesorios a los concubinos. Guillermo Lohmann se opuso radicalmente y Juan Espinoza se mostró favorable”.

Para Martín Pérez<sup>78</sup> “la legítima no regula propiamente ningún elemento de la institución matrimonial, sino, a un nivel más general, el cumplimiento de una obligación legal de favorecimiento de los miembros de la familia que mantenían una relación de dependencia o de especial vínculo de afecto con el causante, las cosas cambian”.

### 3. LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CONVIVIENTES

El legislador ordinario, que fue reticente y retrechero con las familias no conyugales, no pudo evitar reconocer que las parejas no casadas se unen para forjar una comunidad de vida, desde el momento mismo en que el artículo 326 del Código civil señala que la unión de hecho se decide para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio<sup>79</sup>.

Por ello, Bigio considera que “el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges. Ello implicará, en línea de principio, fidelidad y asistencia mutuas (artículo 288); especialmente lo primero, dado que es usual perfilar la figura sobre la base de la exclusividad o monogamia”.

---

<sup>77</sup> VEGA MERE Y. Comentando el artículo 5º de la Constitución Política de 1993 en la Constitución Comentada análisis artículo por artículo. Primera edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica; 2005. Págs. 380-381.

<sup>78</sup> *Ibidem*

<sup>79</sup> *Ibidem*

Se ha dicho, siempre con relación al matrimonio, que en el estatuto previsto para éste, la indicación de los deberes principales entre los cónyuges, es decir, la consagración de standards compartidos por la comunidad globalmente considerada, en temas de solidaridad, asistencia, fidelidad, protección, responsabilidad social, etc., tiene un valor simbólico profundo y constructivo. Y que, la objeción derivada de lo que acontece en la práctica, que traiciona el modelo, y por tanto amenaza de ineffectividad las indicaciones del orden jurídico, no es determinante. Aquello que vale en tales órdenes –se asegura– es la potencialidad, la actitud que puede devenir fuerza reguladora de la generalidad y de la normalidad de las relaciones intersubjetivas. Si ello es así en el matrimonio, extender este tipo de deberes a la unión libre complica el panorama por atentar contra la reivindicación de autonomía que se manifiesta en ésta.

Discrepo abiertamente de tal apreciación. Nada obsta, en mi concepto, a que los convivientes esperen e incluso (aun sin mandato legal expreso) se exijan fidelidad, independientemente de que la violación de la misma no sea causa de disolución de la unión dado que no se confiere al concubino ofendido ninguna acción sobre el particular, inclusive si decidiera dar por concluida la cohabitación aun a costa de perder los derechos que la ley reconoce al conviviente que ha sido abandonado. Más allá de esta constatación, me parece saludable que entre quienes comparten una vida sin estar casados sea deseable un comportamiento ceñido a la lealtad, a la exclusividad, a la monogamia. Generalmente se cree que este tipo de conductas sólo son posibles en el matrimonio y no en las familias de hecho bajo el insólito argumento que la libertad para ponerle fin relaja los patrones de conducta que se espera de la pareja.

En esta misma orientación, cabe preguntarse si los concubinos se encuentran obligados a hacer vida en común en el hogar de hecho que han constituido, tal como se exige a los cónyuges por mandato del artículo 289. Detengámonos un momento sobre este tópico. Tengamos en cuenta que la

obligación de vivir bajo un mismo techo no sólo conlleva convivir en la misma casa, sino también cumplir (así se dice) el débito conyugal (sexual)<sup>80</sup>.

Con agudeza, Trazegnies se ha preguntado si “el derecho puede obtener con todos los medios a su alcance que las obligaciones extrapatrimoniales de los cónyuges se cumplan. En referencia a la prestación sexual recíproca, advierte que los conflictos que se suscitan parecen imposibles de dirimir mediante un juicio. Comenta que en los Estados Unidos los jueces han creído inconveniente que el derecho ingrese a ese campo de las relaciones humanas”<sup>81</sup>.

Siempre, con referencia a los cónyuges, el Profesor Arechederra se interroga “si los esposos están obligados a vivir juntos. Según la ley, sí, añade. Sin embargo, anota que para la cultura actual dicha exigencia resulta extraña, pues el matrimonio no implica sometimiento a un imperativo categórico. Por otro lado, anota que los comportamientos familiares son difícilmente reconducibles a las categorías jurídicas usuales. No deja de comentar que el incumplimiento de dicha obligación se estrella contra la sustancia del matrimonio”<sup>82</sup>.

Si trasladásemos, *mutatis mutandi*, estas apreciaciones a la convivencia marital sin nupcias, podríamos pensar, del mismo modo, que ese deber de cohabitación, aun siendo incoercible (nadie se imagina a la esposa o a la conviviente ante un Tribunal pidiendo el cumplimiento del débito sexual del consorte) por encontrarse ligado con la libertad de la persona, tiene un trasfondo irrefutable y fundamental: la *affectio maritalis*, especialmente en su dimensión interna (antes que externa, pero que tampoco es despreciable),

---

<sup>80</sup> ARIAS SCHREIBER M. ARIAS SCHREIBER A. y PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 170.

<sup>81</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA. La Familia en el derecho peruano. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; 1992. Pág. 38.

<sup>82</sup> ARECHEDERRA. El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo) Pág. 451.

es decir, más que la rigurosa observancia de un mandato legal (a todas luces de un alto grado de ineffectividad en su actuación judicial) traduce la decisión de vivir como una familia verdadera, que no sólo comparte afectos e ilusiones sino también la coexistencia diaria, con todo lo que ello implica. Si partimos desde esta óptica, no encuentro ningún inconveniente para hacer extensible el artículo 289 –en su primer enunciado, únicamente- al concubinato.

El artículo 290 presenta menos resistencia en cuanto a su aplicación. Los concubinos tienen el derecho y el deber de participar en el gobierno del hogar de hecho que han conformado, así como decidir el lugar en el que residirán y decidir los temas atinentes a la economía del hogar. Si los cónyuges se encuentran en la posibilidad de elegir entre diversos regímenes patrimoniales (inclusive viviendo bajo un régimen de separación de bienes, administrando cada cual sus bienes) y ello no obsta a que participen en la economía de la casa, no existe ninguna objeción para que los convivientes determinen de modo conjunto lo que más les convenga en este terreno.

El artículo 291 requiere de cierta matización. De acuerdo con su primer párrafo, 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. Dejo a un lado el segundo párrafo que más bien abordaremos al momento de analizar las consecuencias de la terminación de la unión paramatrimonial.

Creo que tanto en las familias matrimoniales como en aquellas parejas no pasadas, ni siquiera cuando existe acuerdo de separación de patrimonios, no se acostumbra a estipularse nada sobre la contribución de cada cual al hogar; mucho menos en lo que respecta al cuidado de los hijos. Sería un trato extraño, al menos para una realidad como la nuestra. Pero esta ausencia de pactos se ve suplida por el comportamiento de los consortes,

pues es claro que si uno de ellos deja el mercado laboral (y deja de producir para dicho mercado), a de fin de dedicarse al trabajo del hogar (y dedicarse a la producción familiar en palabras de Posner), quien percibirá ingresos será aquel que labore fuera de la casa. Es elemental deducir, de ello, que el presupuesto, las necesidades y los gastos tendrán que ser atendidos con tales ingresos. Además, el que la pareja se dedique a las tareas del hogar no constituye un trabajo improductivo. Antes al contrario, quien permanece en la casa aportará su trabajo (aunque no sea remunerado, pero tiene un valor concreto: ya sea el precio que se tendría que pagar a alguien que venga de fuera, el precio de aquello a lo que renuncia a seguir haciendo fuera del hogar quien se ocupa de éste, inclusive dejando a un lado el desarrollo profesional y de mantenerse apto para enfrentar la competencia del mercado laboral pues la labor doméstica lo desengancha y desactualiza).

Creo que el sostenimiento por parte de quien trabaja fuera del hogar responde a la interrogante de si los concubinos se deben alimentos durante la convivencia. Y es que, como bien se ha observado, esta cuestión se plantea normalmente a la extinción de la unión de hecho pues durante la convivencia la asistencia recíproca se producirá de modo espontáneo. Y es que, como dice Martínez Rodríguez, es más conveniente hablar de un deber de sostenimiento entre los convivientes en lugar de un deber de alimentos, siendo, inclusive, el primero, un deber más amplio que el de la obligación alimentaria<sup>83</sup>.

Debido a la pobreza del Código se puede dudar sobre la exigibilidad del deber de asistencia y, más precisamente, del deber alimentario. Creo, inclusive, que el propio Código genera esta duda que podría derivar en una absurda doble contradicción. En efecto, si los concubinos establecen una relación marital estable, no encuentro escollo para entender que la pareja se debe asistencia (como ocurre en Brasil gracias a la Ley N° 9.278, de 10 de

---

<sup>83</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ. ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos? Pág. 348.

mayo de 1996) en la medida que su relación se forja para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, como dice el propio artículo 326. Y el socorro mutuo es uno de dichos deberes. Pero si nos detenemos a analizar el caso concreto y particular del deber alimentario, es probable que lleguemos a la primera de las contradicciones a las cuales me refería, pues dado que no existe norma o mandato especial, la conclusión es que los concubinos no están obligados a prestarse alimentos mientras conviven. Además, tampoco se encuentran comprendidos entre los obligados en el numeral 474 del Código. Si ellos lo han pactado de manera expresa, esos pactos son fuentes válidas de obligaciones sin más límites que los impuestos a la autonomía privada<sup>84</sup>, ya sea durante o después de la cohabitación<sup>85</sup>. La segunda contradicción que advierto, y que abordaré líneas abajo, es que la propia ley reconoce alimentos en caso de conclusión de la unión paramatrimonial cuando termina por la decisión unilateral de uno de los consortes, que abandona al otro.

En una curiosa sentencia de nuestra Corte Suprema del 7 de junio 1993, se señala que el cese de la unión de hecho no sólo consiste en la terminación de la convivencia bajo un mismo techo sino, aun si ésta persiste, cuando uno de los concubinos se sustrae intencional y deliberadamente a las obligaciones emergentes de la unión de hecho. La Corte señala que, de acuerdo al artículo 326 del Código, la decisión unilateral de uno de los convivientes de terminar la unión faculta al juez a conceder, a elección del abandonado, una indemnización o una pensión de alimentos. En el caso resuelto la demandante exigía que el demandado la acudiera con una pensión alimenticia por haber terminado la unión de hecho de más de treinta años ininterrumpidos. El demandado, al salir a juicio, sostuvo que no era verdad que la unión hubiere cesado por cuanto seguía viviendo junto a la actora, en el mismo inmueble.

---

<sup>84</sup> *Ibíd*em Pág. 349.

<sup>85</sup> PÉREZ UREÑA. Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles. Pág. 92.

Frente a tal alegación, la Corte entendió que debía considerarse como cesación de la unión la sustracción de los deberes emergentes de la misma (que no precisa, en nada) por parte de uno de los convivientes al margen que siguieran viviendo juntos y que nada le impedía señalar una pensión fija y permanente (sic) no obstante que el demandado pudiera estar acudiendo con una suma de dinero que resultaba exigua para subvenir las necesidades del otro. La Corte falló que el demandado asistiera a la actora con una pensión alimenticia adelantada del veinte por ciento de su haber líquido.

Esta sentencia contiene una serie de aspectos que vale la pena analizar. En primer lugar, el Supremo Tribunal alude a deberes emergentes de la unión de hecho que no detalla. Si quisiéramos forzar una interpretación no cabría otra que entender que se refiere a la asistencia recíproca que se deben los convivientes, a los cuales hemos considerado aplicable el artículo 288 del Código civil. En segundo lugar, si la Corte hubiera tenido en cuenta que la asistencia constituye un deber de mayor cobertura que la obligación alimentaria, podría haber condenado al conviviente al pago de tal pensión sin incurrir en la ficción de dar por terminada la unión de hecho. El artículo 326 no autoriza a incluir como cese de un concubinato el que uno de los miembros de la pareja se sustraiga a sus deberes.

Simple y llanamente, atendiendo al comportamiento que había observado el demandado por más de treinta años, debió derivar que el deber de asistencia que asumió voluntariamente había sido incumplido a partir de un cierto momento, pero debió deducir de tal comportamiento que su voluntad fue hacerse cargo de la situación económica de la actora y, por ende, obligarlo al cumplimiento del tanto veces mencionado deber de socorro. Pero como su fallo concluye en la fijación de una pensión alimenticia, no pudo escapar al condicionamiento impuesto por el artículo 474 que no sanciona la prestación alimentaria para los convivientes more uxorio. A fin de encontrar una solución, que se amparase en el propio artículo 326, decidió considerar terminada la unión de hecho aun cuando siguiera habiendo

comunidad de techo y no sabemos si de lecho, pero dudamos que existiese a esas alturas.

Estas son las soluciones forzadas a las que obliga las flagrantes limitaciones del régimen legal del concubinato. En mi concepto bastaba sustentar la decisión en el artículo 288 del Código y, si bien no en el caso de esta sentencia que es previa a la actual Constitución, luego de su puesta en vigencia no debe existir ninguna duda que los alimentos son procedentes y exigibles a partir de la consagración del régimen de protección de la familia contemplado en el artículo 4 de la Constitución.

Si el Código civil quiere estar a tono con la Constitución, y debe estarlo, urge una modificación sobre este tema. Ya el Tribunal Constitucional ha sostenido que sería una interpretación muy constreñida de la Constitución el concebir en una unión de hecho que no exista obligaciones de tipo alimentario. A partir del mismo razonamiento no encuentro dificultad para aplicar a la pareja concubinaria los artículos 292, 293 y 294 del Código civil<sup>86</sup>.

#### **4. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CONVIVIENTES**

A partir de la Constitución de 1979, se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los convivientes, que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificación más adecuada según Cornejo<sup>87</sup>).

A raíz de esta disposición, quienes se han ocupado del tema consideran que, cumplidos los requisitos que a ley exige al concubinato, se entiende

---

<sup>86</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Considerando 22 de la sentencia del 6 de noviembre de 2008 (Exp. N° 06572-2006-PA/TC).

<sup>87</sup> CORNEJO CHÁVEZ. Ob. Cit. Pág. 72 y 73. PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 45.

configurada ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes. Además, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Sólo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen<sup>88</sup>. Pero para ello es necesario que transcurran los dos años exigidos por la ley, pues si no serán aplicables las normas sobre la copropiedad.<sup>89</sup> Además, se sostiene que, una vez que surja tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial<sup>90</sup>.

Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte unánime la posición contraria. Para ello, y a diferencia de cuál pueda haber sido la intención del constituyente del año 1978-1979, creo que la Constitución actual obliga a conjugar el principio de protección de la familia (en todos sus aspectos, personales y patrimoniales) con la norma contenida en el art. 5 relativo a la unión de hecho<sup>91</sup>.

El art. 9 de la Constitución de 1979 y el actual art. 326 del Código civil tuvieron como finalidad evitar que el concubino abuse de la concubina adquiriendo, ambos, bienes que luego eran puestos a nombre del varón o que éste se llevaba cuando abandonaba a la concubina. Bajo tales argumentos se pensó que la imposición del régimen obligatorio de la sociedad de bienes se lograría aquella protección. El sistema ideado fracasó pues la falta de publicidad adecuada y la presunta prohibición para celebrar

---

<sup>88</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET M. El derecho de familia y los contratos, en La familia en el derecho peruano. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 1992. Pág. 272; ARIAS SCHREIBER M. ARIAS SCHREIBER A. y PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 264. PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 386.

<sup>89</sup> PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 386.

<sup>90</sup> *Ibidem*

<sup>91</sup> VEGA MERA. Ob. Cit.

pactos entre los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales han contribuido, perversamente, a que se produzca el resultado que quisieron evitar los constituyentes conservadores de 1978-1979 y el ponente del Libro de Familia. Su esquema constitucional-legal fracasó<sup>92</sup>.

A partir del principio de protección de la familia, una forma de permitir que los propios concubinos se protejan es abriéndoles el camino para que ellos puedan organizar sus relaciones patrimoniales (sin esperar que todos sus problemas los resuelva el Estado) dado que, en mi opinión, esos pactos, haciendo recurso a la figura de la propiedad o de la copropiedad evitará los problemas de determinar si un bien es social. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la declaración judicial de reconocimiento del concubinato.

Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan por ello válidos. Si no existieran, como es obvio se aplicará el régimen que señala la Constitución y la ley ordinaria. Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales convenios podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Inclusive, no veo inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aun después de la conclusión de la unión. También pueden estipularse reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> *Ibídem*

<sup>93</sup> *Ibídem*

A estos acuerdos se pueden añadir estipulaciones sobre los bienes que se adquirirán como comunes y que así serán publicitados ante terceros. El problema, en todo caso, es que tal acuerdo tendría que ser incluido en cualquier contrato que se celebre con terceros para que pueda ser eficaz dado que, como es obvio, las convivencias no se inscriben en ningún registro, o bien se podría convenir que si uno transfiere su cuota el otro queda obligado a hacerlo con la propia, siempre que no se derive de ello un abuso. Por lo demás, aun cuando se adquiera de manera conjunta y se publicite así en un registro específico (en la medida que el bien acceda a un registro, claro está), dado que la cohabitación no genera estado civil oponible (e inscrito), es claro que cualquiera de los miembros de la pareja podría vender su cuota, con lo cual se hace inútil predicar que, cumplidos los requisitos del concubinato, se protegerá a los concubinos aplicando el régimen de la sociedad de gananciales y el artículo 315 del Código<sup>94</sup>.

¿Cómo puede saber un tercero que los propietarios son consortes si en su título de adquisición (ni tampoco en la información registral) aparecen como casados? Todo parece indicar una de dos cosas: o bien el artículo 315 no tendrá efectividad y, por ende, el conviviente afectado tendrá que reclamar una indemnización, o bien se hace necesario modificar el sistema legal y registral para dar adecuada publicidad. Hasta la fecha el numeral citado resulta, a todas luces, inoperante, inútil. Es claro que un adquirente de buena fe se verá protegido por el artículo 948 en el caso de bienes muebles o por el numeral 2014 en el caso de inmuebles. ¿De qué sirvió pregonar la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales si nada garantiza a los propios convivientes sus derechos patrimoniales? Por tal razón, mientras no se encuentra acreditada (o publicitada) la convivencia, serán improductivas las acciones que pueda seguir uno de los convivientes cuando un tercero agreda los bienes que figuran sólo a nombre de uno de ellos y el otro pretende ejercer una acción de tercería o de nulidad de disposición de los bienes comunes. Baste ver lo resuelto por la Corte Suprema mediante fallos

---

<sup>94</sup> *Ibídem*

de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999, en los que el Tribunal exigió que los demandantes debieran hacer reconocer en un proceso previo la existencia de la unión para poder ejercer sus reclamos ante terceros. Es notorio que urge una reforma legislativa para eliminar la desprotección que se advierte, inclusive, en la jurisprudencia<sup>95</sup>.

Es claro que los pactos a los cuales aludo (acompañado de una complementaria reforma del sistema de publicidad, cuando ello sea posible si se quieren hacer oponibles a terceros) se presentan como una mejor solución a la aplicación de un régimen legislativo que me parece superado por el art. 4 de la Constitución. Se trataría, sin duda, de contratos atípicos que posiblemente resolverían mejor las controversias patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada. Y que no se diga que no es conveniente ampararse en la doctrina italiana bajo el argumento de que, en Italia, al no existir normas para el concubinato, ha tenido que ser la Corte de Casación la que admita los pactos, mientras que en el Perú sí hay legislación al respecto. También son admitidos por el Supremo Tribunal en España<sup>96</sup>.

En esta misma línea, se considera admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

## 5. EFECTOS ADICIONALES DERIVADOS DE LA DISOLUCIÓN

Hace poco nos referíamos a las inconsistencias derivadas de la pobreza del régimen legal del concubinato en lo que atañe a las obligaciones

---

<sup>95</sup> *Ibíd*em

<sup>96</sup> PÉREZ UREÑA. Ob. Cit. Pág. 72.

alimentarias. Ahora trataremos de explicarlas con referencia al caso de la terminación del matrimonio informal. El artículo 326 del Código dispone que la unión de hecho termine por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso –añade- el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales<sup>97</sup>.

Comencemos por lo menos complejo. Si la unión de hecho termina por muerte (natural, cerebral o presunta), el tema parece no crear mayores problemas, salvo que el conviviente no tendrá derechos sobre la herencia del consorte difunto. Si, en cambio, concluye por decisión acordada, es previsible que los interesados pongan fin al régimen de comunidad de bienes que la ley les impone. Y me pregunto ¿puede ponerse fin a tal comunidad, a la cual se le aplica, en cuanto sea posible, el régimen de la sociedad de gananciales, por acuerdo privado, sin intervención del juez? Evidentemente la respuesta es afirmativa y ello confirma el aserto de la plena admisibilidad de los pactos sobre el régimen económico<sup>98</sup>.

En segundo término, es claro que la disolución que no se encuentra regulada por pactos ad hoc deberá seguir la suerte de la liquidación de la sociedad de gananciales en los aspectos patrimoniales. Es de esperarse que, si no existe acuerdo, las partes interesadas en reclamar alguna participación en los bienes adquiridos durante la convivencia deberán aportar las pruebas (no sólo del concubinato, que veremos después) de su contribución a la adquisición de tales bienes. Tal contribución, por lo demás, no implica siempre y necesariamente acreditar la entrega de dinero (que es la mejor prueba) para tal o cual compra o inversión<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> VEGA MERA Y. Ob. Cit.

<sup>98</sup> *Ibídem*

<sup>99</sup> *Ibídem*

También deben valorarse aspectos como la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar y crianza de los hijos, su renuncia a participar en el mercado laboral y oportunidades de desarrollo profesional y personal como una prueba de la contribución al esfuerzo común, al ahorro o a dejar al consorte en la posibilidad de que se dedique a labores fuera de la casa. La entrega al trabajo doméstico es valiosa por sí misma. No descarto casos en los cuales se acredite que los aportes respondan a proporciones no idénticas, en cuyo caso el juez deberá evaluar las variantes que he comentado, de modo complementario<sup>100</sup>.

Si no existen mayores pautas que den lugar a que el juez establezca cuotas de participación diversa, es claro que los bienes adquiridos a título oneroso (en ausencia de pactos, por cierto) se adjudicarán a cada conviviente en una proporción similar. Así lo ha resuelto la Corte Suprema mediante sentencia del 21 de mayo de 1998, fallo en el cual el Tribunal, en un caso de cese por decisión unilateral de unos de los convivientes, decidió reconocer que a cada concubino correspondía la mitad del inmueble adquirido durante la convivencia. Sin embargo, no se debe olvidar que para ello las Cortes Superiores, mediante acuerdo N° 8 del Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1998, entienden que previamente a la liquidación debe encontrarse acreditada (en previo proceso) la convivencia<sup>101</sup>.

Por otro lado, retomando el artículo 291, en lo que respecta a su segundo párrafo, es evidente que si se pretendiera hacer extensivo a la unión de hecho, se advierte la carencia de justificación, pues si uno de los convivientes abandona sin razón el hogar común concluye la convivencia y se liquidarán los bienes comunes, que es la misma solución que se debe seguir en caso se pretenda aplicar el artículo 324 del Código civil<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> *Ibíd*em

<sup>101</sup> *Ibíd*em

<sup>102</sup> PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 388 y 389.

Mayor dificultad presenta la solución prevista en el numeral 326 cuando la cohabitación cesa por decisión unilateral de uno de los convivientes. En este caso, la ley establece que, sin perjuicio de los derechos que resulten de la aplicación de las normas sobre el régimen de la sociedad de gananciales, el concubino abandonado tiene derecho a una indemnización o a una pensión alimenticia.

Respecto de la indemnización, la escasa doctrina es bastante concisa. Mientras Cornejo no dice nada, Alex Plácido señala que tal reparación se ordena como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de sentimientos, etc.<sup>103</sup> Parece que Alex Plácido encuentra como fundamento de dicha indemnización la mitigación del daño a la persona o del daño moral. Creo que la norma va más allá. En efecto, la disolución por ruptura unilateral –sin perjuicio de la liquidación de la comunidad de bienes– no sólo causa perjuicios personales o morales. Y aquí me quiero servir de la llamada indemnización compensatoria de la legislación española, tanto del Código civil hispano como de la legislación autonómica de Cataluña sobre parejas estables<sup>104</sup>.

La ley catalana de 1998 establece una interesante compensación económica al término de la convivencia a favor de aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, cuyo fin es atender una eventual situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y, además (creo), para poder subvenir los requerimientos de quien carece de una fuente de ingresos. La idea me parece fascinante debido a que no siempre, al momento de liquidar la comunidad de bienes, los jueces considerarán que la dedicación de uno de los cónyuges al hogar le significará una pérdida de oportunidades que podría

---

<sup>103</sup> *Ibídem* Pág. 398 y 399.

<sup>104</sup> VEGA MERE. La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales. Pág. 249 a 253.

tener consecuencias negativas al momento en que el abandonado ya no cuente con los ingresos de quien aportaba al hogar de hecho. Además, encaja, en mi opinión, con el sentido que debe tener la indemnización a la que se refiere el artículo 326 pues, siendo una alternativa a la pensión alimenticia, no se la debe limitar a la simple reparación del daño personal o del daño moral. Pero siempre dentro de la causa del cese de la unión: el abandono, que no es el supuesto de las leyes españolas antes referidas. El problema que suscita, en todo caso, tiene que ver con el quantum. Y ello resulta de especial interés por cuanto debe apuntarse dos criterios que los jueces deberían considerar. En primer lugar, que no puede tratarse de una suma que asfixie al demandado pues ello podría atentar contra su libertad de constituir una nueva familia. En segundo lugar, la indemnización no puede tener como objeto garantizar de por vida la colmación de las necesidades del abandonado<sup>105</sup>.

Con relación a la pensión alimenticia, explica Cornejo que esa no fue la propuesta que formuló como miembro de la Comisión Reformadora del Código civil de 1936, pues la concesión de tal pensión le parece excesiva porque implica una modificación del artículo 474 del Código vigente, va más allá de la Constitución y consolida una forma de vida que para él no es merecedora de estímulo<sup>106</sup>.

La concesión de una pensión de alimentos me parece curiosa y exige que nos detengamos por unos instantes sobre lo que, a mi parecer, deberían ser sus alcances. Creo que si las partes hubieran celebrado algún pacto para regular la prestación alimentaria a cargo de quien decide retirarse del hogar, habrá que estar, de preferencia, a lo acordado por los propios interesados, inclusive cuando determinen el contenido de la obligación, los presupuestos para su nacimiento, el modo y plazo de cumplimiento, las causas de extinción y todas aquellas circunstancias que afecten a la misma. En esa

---

<sup>105</sup> VEGA MERA Y. Ob. Cit.

<sup>106</sup> CORNEJO CHÁVEZ. Ob. Cit. Pág. 72 y 73.

medida, la norma que impone la obligación de indemnizar o de pagar una pensión alimenticia debería ser de aplicación supletoria, en caso de ausencia de pacto entre los convivientes<sup>107</sup>.

Si no media acuerdo alguno entre los consortes, y el juez, a elección del abandonado, decide una pensión alimenticia, es claro que tendrá sustento normativo para fijarla y ordenar su pago. Sin embargo, es aquí donde surgen las paradojas y contradicciones derivadas de la deficiente regulación del concubinato y del apresuramiento de la Comisión Revisora sobre este tema. Empecemos por decir que cuando se termina la unión de hecho que motiva el abandono, los afectos concluyeron pero eso no inhibe ni deja de hacer exigible un mínimo deber de solidaridad de quien deja el hogar. Pero el juez deberá valerse de argumentos concretos, puntuales, sólidos, que superen la dimensión moral del deber de solidaridad, basándose, al efecto, de la comprobación de las reales necesidades del abandonado y de la capacidad económica del concubino que puso fin a la unión<sup>108</sup>.

Pero el tema no queda allí. ¿Cuánto tiempo va a ser exigible esa pensión alimenticia entre convivientes? Recordemos que el primer párrafo del artículo 350 del Código civil establece que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Sin embargo, el segundo párrafo de esta norma prescribe que si el divorcio se declara por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes o de ganancias suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte del culpable.

Este es el criterio que parece haber seguido la Corte Suprema en la sentencia del 7 de junio 1993 que comentamos en precedencia, en lo que

---

<sup>107</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ. ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos? Pág. 352 y 353.

<sup>108</sup> VEGA MERA Y. Ob. Cit.

respecta al monto y a que la convivencia había tenido más de treinta años, pues era claro que la conviviente a la cual no se le daba más la atención y asistencia que tuvo (pese a que los concubinos seguían viviendo juntos) posiblemente no estaba en condiciones de valerse por sí misma<sup>109</sup>.

Y es que, dado que estamos analizando la imposición de una pensión a quien abandona el hogar de hecho, es fácil advertir que seguimos razonando en términos de culpabilidad, pero que no oculta las reales necesidades del abandonado. Por ende, creo que para determinar el monto y la propia duración de la pensión en el tiempo, es útil recurrir al artículo 350 del Código. Si el abandonado no acredita ninguna de las situaciones referidas en el numeral 350, la pensión debería ser simbólica y muy limitada en el tiempo. Si las acredita, pero el obligado demuestra que el beneficiario de la pensión ya no la requiere, se debe ordenar la extinción de la obligación sin la posibilidad de que se active de nuevo. Es conveniente recurrir, en este caso, al primer párrafo del artículo 483 del Código civil. Y ello es así, con mayor razón en la medida que no estamos ante cónyuges sino ex convivientes<sup>110</sup>.

También debe extinguirse la obligación cuando el ex concubino abandonado contrae nupcias o mantiene una nueva relación de hecho, pues será el nuevo consorte quien deberá asumir tal deber.<sup>111</sup> Distinta solución se podrá obtener si quien se casa o forma un nuevo hogar convivencial es quien abandonó a su anterior compañero (a), pues si éste (a) todavía requiere de asistencia la obligación perseguirá al antiguo concubino, pudiendo afectar la sociedad de gananciales que tenga el abandonante con terceros o sus bienes propios si optó por el régimen de separación de patrimonios<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> ESPINOZA ESPINOZA J. La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio. Lima: Ed. Gaceta Jurídica; 2002. Pág. 8.

<sup>110</sup> VEGA MERA Y. Ob. Cit.

<sup>111</sup> PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 399 y 400.

<sup>112</sup> *Ibidem*. Pág. 400.

### CAPITULO III

## EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A FAVOR DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

### 1. LA LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR

Entendemos que la cuestión reside en determinar si el concubino se encuentra legitimado para accionar en reclamo de los daños y perjuicios que le produjo la muerte de su compañero. Para empezar, es necesario recalcar que está legitimado para promover una acción indemnizatoria quien sufre un daño entendiendo por tal la lesión a un interés patrimonial o extra patrimonial<sup>113</sup>. Siguiendo a la doctrina moderna, afirmamos que la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> RIVERA J. Revista de Derecho de Daños, Accidentes de Tránsito III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 1998. Pág. 60

<sup>114</sup> JOSSERAND L. Derecho Civil. Buenos Aires: 1950. Pág. 305.

En definitiva pensamos que la acción de indemnización puede ser intentada iure proprio por el concubino que acredite la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial o extra patrimonial. A partir de casos jurisprudenciales sobre el tema trataremos de desarrollar los posibles argumentos a favor y en contra de la legitimación del supérstite para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa<sup>115</sup>.

## 2. TESIS NEGATIVA

Entre los argumentos que pueden desarrollarse para denegar la legitimación del sobreviviente para reclamar los perjuicios producidos por la muerte de su compañero, pueden encontrarse los siguientes:<sup>116</sup>

### 2.1 Inexistencia del deber alimentario

No existe norma alguna que imponga al conviviente homosexual u heterosexual coactivamente dar alimentos a su pareja, de ello se desprende que si en vida el conviviente no tiene derecho a exigirle judicialmente el pago de alimentos, no puede tampoco hacerlo con quien fue culpable de su muerte<sup>117</sup>.

### 2.2 La unión de hecho no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes

---

<sup>115</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato, Repetición de alimentos, daños derivados de la muerte, daños derivados de la ruptura intempestiva y restitución de gastos de última enfermedad. Consultado el 28-09-16. Disponible en: [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com).

<sup>116</sup> *Ibíd.*

<sup>117</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI A. Falta de legitimación de la concubina y del concubino para reclamar daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero o compañera en un hecho ilícito. 1979.

La unión de hecho no constituye una fuente de derechos legales entre sus integrantes, ellos no pueden reclamarse entre sí deberes personales ni patrimoniales, así no están legalmente obligados a serse fieles, ni a prestarse asistencia, ni a responder por los gastos comunes frente a los acreedores. Si la unión convivencial alternativa al matrimonio no genera obligaciones jurídicamente exigible durante su vigencia no se puede transformar en fuente de derechos a su finalización<sup>118</sup>.

Si bien el Código Civil hablan de la obligación de reparar el perjuicio provocado a otra persona y a toda persona que lo hubiese sufrido aunque sea de manera indirecta, esta amplitud de los textos legales debe ser limitada a quienes experimentan un perjuicio propiamente jurídico. Como bien lo destaca Acuña Anzorena “el daño como elemento integrante de la noción de responsabilidad y presupuesto necesario de la acción resarcitoria, debe incidir indefectiblemente en el desconocimiento o en el quebrantamiento de un derecho, es decir, de un interés legítimo o legalmente protegido. Con ello se descarta la posibilidad de que la lesión de un mero interés o la privación de un simple beneficio basten para comprometer la responsabilidad del lesionado”<sup>119</sup>.

### 2.3 Inmoralidad de la unión de hecho

Para un amplio sector de la opinión la unión concubinaria es una unión inmoral y por lo tanto no susceptible de producir efecto jurídico alguno. Durante años la moral fue concebida como la moral católica<sup>120</sup>, por la influencia que la religión católica tenía en la sociedad. Esta tesis fue elaborada por Ripert<sup>121</sup> y seguida en nuestro derecho por los maestros

---

<sup>118</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

<sup>119</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI A. Falta de legitimación de la concubina. 1979.

<sup>120</sup> DE CASTRO. El Negocio Jurídico. Madrid: 1967. Pág. 246 y siguientes

<sup>121</sup> RIPERT G. La regla moral de las obligaciones civiles. Paris : 1949.

Llambias<sup>122</sup> y Borda<sup>123</sup>. Los sostenedores de esta posición parten de considerar que como la religión católica es la practicada por la mayor parte de la comunidad e incluso tiene un reconocimiento constitucional, toda vez que el estado sostiene el culto católico, la moral debe identificarse con los preceptos de la religión católica.

Quienes admiten esta concepción concluyen afirmando que las uniones extra matrimoniales son inmorales, porque la moral católica solo admite como lícitas las relaciones sexuales habidas en el matrimonio con fines de la procreación. La homosexualidad según los textos del apóstol San Pablo está prohibida. A los solteros se les niega el uso de sus órganos sexuales, considerando solo el matrimonio como la única vía permitida moralmente para desarrollar la capacidad sexual. Se rechaza cualquier otra forma de unión sexual que no sea la realizada tras el acto sobrenatural del matrimonio<sup>124</sup>.

### **3. TESIS POSITIVA**

#### **3.1 Privación de la ayuda que recibía**

Independientemente de la inexistencia del deber legal de prestarse alimentos, si en los hechos uno de los convivientes sostenía al sobreviviente la muerte le ha producido un daño porque le ha privado de ese sostén. Si el sobreviviente demuestra debidamente que vivía del auxilio y los recursos del muerto, debe ser indemnizado. Cuando el código civil establece que el daño se configura con un perjuicio por el mal hecho a la persona, no impone como requisito al daño resarcible que éste debe afectar prerrogativas jurídicas del

---

<sup>122</sup> LLAMBIAS J. Tratado de derecho civil. Parte general. Buenos Aires: Abeledo Perrot ; 1999. Pág. 33.

<sup>123</sup> BORDA G. Manual de Derecho Civil. Parte General. Buenos Aires: Abeledo Perrot ; 1999

<sup>124</sup> ESTRADA ALONSO E. Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español. Madrid: Civitas; 1986. Pág. 78.

damnificado. Ello así si bien es cierto que la unión de hecho no genera obligaciones jurídicas durante su existencia, la legitimación del conviviente para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa, no se origina en la relación de pareja, sino que surge de la certeza del perjuicio el cual se debe acreditar de una manera fehaciente<sup>125</sup>.

La postura que venimos sosteniendo es la que tiene en la actualidad mayor predicamento con relación a la legitimación del concubino heterosexual para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte de su compañero. Esta línea doctrinaria ha sido aceptada al decir que se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen<sup>126</sup>.

### **3.2 No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple**

Insistimos en que en la legitimación del conviviente para efectuar el reclamo no se funda directamente en su carácter de miembro de una pareja convivencial alternativa al matrimonio, sino que se origina en su condición de simple damnificado por el hecho ilícito el cual genera una obligación de reparar. Cabe recordar que en las I Jornadas Bonaerenses se declaró que la acción de indemnización podrá ser intentada iure proprio por todos aquellos que acrediten la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial<sup>127</sup>.

Pizarro y Vallespinos expresan al respecto “nada justifica a reducir la esfera de protección normativa a aquellos intereses que el derecho tutela de manera formal, por ser contenido de un derecho subjetivo o estar dotados de

---

<sup>125</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

<sup>126</sup> MAZEAUD H. y TUNC A. Tratado Teórico práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual. Pág. 140.

<sup>127</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

medios de protección legalmente establecidos para asegurar su eficacia. Tal criterio de valoración, axiológicamente disvalioso, es fruto de una desafortunada transpolación a nuestra doctrina de una polémica gestada en Francia a mediados del presente siglo, que ha sido totalmente superada por la doctrina gala<sup>128</sup>.

Creemos importante señalar que para que el interés simple sea indemnizable debe tratarse de un interés importante y legítimo, esto último con lleva a analizar con profundidad si las uniones de hecho, sobre todo las homosexuales son inmorales, porque si lo son difícilmente podría sostenerse su legitimación para demandar a quien causó la muerte del conviviente<sup>129</sup>.

### **3.3 Las uniones extramatrimoniales libres y adultas no son inmorales**

La mayoría de la doctrina considera en la actualidad que la moral y las buenas costumbres se vincula con la moral media de una comunidad en un momento dado; es decir que los jueces deben tratar de aprehender objetivamente el estado de conciencia colectivo sobre la cuestión que se pondere a la luz de ese standard<sup>130</sup>. Por nuestra parte pensamos que el contenido de las reglas morales va variando en el tiempo, avanzando con las ideologías y mentalidad social, a las que debe ir adaptándose y que la moral está cimentada en un medio social determinado y nace de la idea generalizada de todo un pueblo.

Las modificaciones de las normas morales se producen por efecto de la variación de evolución de las ideas sociales y e ideológicas de los pueblos.

---

<sup>128</sup> PIZARRO R. y VALLESPINOS C. Instituciones de derecho privado. Obligaciones. Buenos Aires: Hammurabi; 1999. Pág. 658

<sup>129</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

<sup>130</sup> RIVERA J. Instituciones de Derecho Civil – Parte General T II. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot; 1995. Pág. 529.

La variación de las ideas morales se efectúa sin que necesariamente ellas sean aprehendidas o captadas por la legislación positiva. Un ejemplo lo tenemos en la evolución del concepto moral del divorcio vincular, en el código civil originario el divorcio vincular era considerado inmoral y la ley de matrimonio civil así lo concibió, a partir de la mitad del siglo la moral social varia y deja de considerar al divorcio vincular como inmoral, no obstante ello es recién a fines de la década del 80 que se modifica la legislación relativa al divorcio vincular<sup>131</sup>.

Para apreciar si un acto o una situación es contraria a la moral el juez debe ponerse en el lugar del hombre medio, y preguntarse si dentro de la opinión común media de la gente de un país determinado en una época determinada, esa situación o este acto es tenido por ilícito. Es en definitiva la opinión de la mayoría la que debe importar, este no es solamente un criterio sociológico, sino también democrático

La cuestión de la inmoralidad del concubinato ha sido planteada en relación con la adopción. BARBERO –un profundo estudioso de la adopción - comienza preguntándose “el significado de cualidades morales que se requiere para ser adoptante y responde que son aquéllas “que posee quien se conduce en su vida pública y privada conforme a la moral, y dado que el concubinato está reprobado por la moral media, dicho autor categóricamente afirma que es inmoral, y por tanto sería, prima-facie, un índice de inconveniencia aunque no insalvable, pues en el caso concreto, a pesar de esa conducta inmoral del solicitante, puede ser conveniente”<sup>132</sup>.

La jurisprudencia criticaba duramente el concubinato, y se manifestaba abiertamente en contra del otorgamiento de la adopción a concubinos. En éste sentido, sostenía: El concubinato no configura un medio adecuado, para que el menor se críe y eduque No obstante la situación ha evolucionado y en la

---

<sup>131</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

<sup>132</sup> *Ibíd.*

actualidad, la unión concubinaría es cada vez más aceptada por la sociedad, y es sobrellevada con mayor naturalidad y prueba de ello es que no se juzga más como un impedimento para ser adoptante.

#### 4. DE LOS DAÑOS MATERIALES QUE SE PUEDEN RECLAMAR

Previo a todo, queremos hacer referencia a la resolución 75-5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la reparación de los daños en caso de lesiones corporales y fallecimiento, adoptada por el Comité de Ministros el 14 de marzo de 1975, en la 234 reunión de Delegados Ministros. Nos parece importante tal referencia porque hace al derecho comunitario, que en definitiva es el derecho aceptado en forma uniforme por países que en la mayoría pertenecen al mismo sistema continental europeo que nosotros<sup>133</sup>.

La resolución consta de una exposición de motivos de una resolución estrictu sensu, de un anexo y unos comentarios a los principios que establece el anexo. En el anexo de la resolución, trata de la reparación en caso de muerte de las uniones extramatrimoniales que deben ser indemnizadas al sobreviviente, y distingue: a) gastos ocasionados por la muerte, en especial, gastos funerarios, b) perjuicios materiales; c) daños morales<sup>134</sup>.

- a) Gastos ocasionados por la muerte: el principio 14 del Anexo, señala cómo los gastos ocasionados por la muerte de la víctima, y en especial los gastos funerarios, deben ser reembolsados. Por tanto es claro que si el conviviente ha sido quien ha satisfecho tales gastos, será quien haya de recibir el reembolso de los mismos.

---

<sup>133</sup> *Ibíd.*

<sup>134</sup> *Ibíd.*

- b) Perjuicios patrimoniales: en este punto la convención contempla especialmente el caso de la unión de hecho reconociendo el derecho del conviviente a indemnización por perjuicios patrimoniales efectivamente sufridos. El principio 15 del Anexo, contempla como premisa que el fallecido hubiese asumido el mantenimiento del sobreviviente y que tal relación fuese estable. La Resolución añade finalmente una idea con respecto a las relaciones adulterinas; sin embargo, puede rechazarse si las relaciones son adúlteras,
- c) Con respecto al daño moral, si bien la resolución no menciona expresamente la situación de convivencia more uxorio, sin embargo al contemplar en su redacción al novio, no encontramos ninguna duda para extender tal indemnización a la unión libre –principio 19-. No es que asimilemos la figura del noviazgo y de la convivencia more uxoria pero qué duda cabe que el fundamento de su consideración en esta materia es el mismo<sup>135</sup>.

A continuación analizaremos los daños patrimoniales que la concubina sobreviviente puede reclamar a quien causara la muerte de su compañero a la luz de la jurisprudencia familiar.

#### **4.1 Supuesto en que el muerto era el único sostén del sobreviviente**

Previo a todo hay que recalcar que está legitimado el concubino o concubina para exigir indemnización por la muerte de su compañero, pero para el reclamo sea viable es condición sine qua non que el reclamante acredite el daño patrimonial causado por la muerte de su pareja.

---

<sup>135</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ I. Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales. Madrid: Ed. Civitas; Pág. 470/471

La necesidad de probar el perjuicio es una cuestión que debe tenerse muy en cuenta por los litigantes, ya que en mucho pleitos el esfuerzo probatorio se dirige a demostrar la existencia de la relación concubinaría olvidando que la demostración del concubinato, es insuficiente para que exista obligación de indemnizar. Así jurisprudencialmente se ha puesto el acento en la necesidad de la demostración que el concubino sostenía a su compañera para hacer lugar a la pretensión indemnizatoria. A saber es menester determinar si el reclamante vivía del auxilio y los recursos que le proporcionaba la muerta, pues en este aspecto no se beneficia con presunción legal de daño<sup>136</sup>.

#### **4.2 Supuesto en que el fallecido contribuía económicamente con el sobreviviente**

En el caso de que el sobreviviente mantuviera con sus ingresos al fallecido, carece de legitimación para reclamar daño patrimonial alguno porque, su muerte no le ha producido perjuicio material ni pérdida de "chance". Por otra parte si el fallecido solo contribuía parcialmente con el sobreviviente o en igualdad de condiciones, el monto de la reparación debe ser fijada teniendo fundamentalmente en cuenta cual es el perjuicio real sufrido, ya que si ambos aportaban por igual, no se puede sostener que hay pérdida de chance de ayuda material, desde el momento que cada cual solventaba sus propios gastos<sup>137</sup>.

#### **4.3 Disminución del nivel de vida**

Cuando ambos aportaban por igual al hogar común, lo único que podría intentar el sobreviviente es reclamar la pérdida de chance de mantener "el nivel de vida" que con el ingreso de ambos lograban. Así por ejemplo si los dos aportaban mensualmente U\$S 10.000, no se puede sostener

---

<sup>136</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

<sup>137</sup> *Ibíd.*

legítimamente que uno sostenía al otro, pero si se puede argumentar que la muerte produce la pérdida de chance mantener un nivel de vida que con el ingreso de uno solo ellos no se obtienen<sup>138</sup>.

#### **4.4 Supuesto en que el sobreviviente mantenía al fallecido y este se ocupaba de las tareas domésticas**

Si el sobreviviente era quien mantenía al fallecido ya hemos dicho que en principio este no puede reclamar perjuicio material alguno por la muerte de su compañero, salvo que alegara que el fallecido realizaba las tareas domésticas del hogar común, que tienen indiscutiblemente un valor económico, valor cuya chance el sobreviviente pierde<sup>139</sup>.

### **5. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO A FAVOR DEL CÓNYUGE**

No cabe duda que hoy en día la institución de la familia en especial la sociedad conyugal, está otorgando mayor protección por parte de la sociedad, lo cual se ve reflejado en su reconocimiento Constitucional de cada Estado, y en los diversos instrumentos normativos internacionales, por ser un instituto natural de la sociedad.

Según la tendencia jurisprudencial extranjera (Francesa, España, Chile, Costarrica, entre otras) existe la posibilidad que tiene uno de los cónyuges de poder accionar en nombre propio vía responsabilidad extracontractual, como consecuencia del daño ocasionado a su cónyuge por acto ilícito de un tercero, por haberse producido indirectamente hacia este un daño económico o moral, a tenor de lo que señala el Artículo 1984 del CC: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

---

<sup>138</sup> *Ibídem*.

<sup>139</sup> *Ibídem*.

Desde hace mucho tiempo se ha venido constatando la importancia creciente que ha adquirido el elemento daño dentro de la responsabilidad civil. Los distintos sistemas jurídicos que existen a este respecto, han procurado extender su cobertura a un importante número de situaciones con el fin preciso de lograr, de la mejor manera posible, que los daños causados a las personas y los bienes sean objeto de una adecuada compensación económica, mediante el pago de la indemnización estimada como suficiente para el caso de que se trata<sup>140</sup>.

El Daño sufrido por las víctimas mediatas del hecho ilícito ha recibido diversas denominaciones, lo que literalmente significa Daños por rebote o carambola, término que si bien no parece suficientemente jurídico, no deja de ser bastante ilustrativo sobre los alcances y contenidos de este tipo de perjuicio<sup>141</sup>.

También se ha hablado de daño reflejo o por repercusión, expresiones que tratan de poner de relieve el elemento verdaderamente configurativo de este tipo de perjuicios. En este orden de ideas puede entenderse el daño por repercusión o rebote como aquel que nace como consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado. Aunque teóricamente el daño por repercusión o rebote se planteara, principalmente en casos e lesiones corporales o muerte de la víctima inicial, dado que junto al obvio perjuicio que sufre el directamente lesionado o fallecido, acontece que su cónyuge, hijos o los otros sujetos que de él dependen o que con él se relacionan., se ven perjudicados patrimonial o extra patrimonialmente<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

<sup>141</sup> *Ibíd.*

<sup>142</sup> VICENTE DOMINGO E. Los daños corporales: topología y valoración. Barcelona: 1994. Pág. 211 y 213

En estos supuestos existen dos tipos de víctima: la inicial, que en el ejemplo dado sería la madre del demandante, quien falleció como consecuencia del atropello, y el demandante, quien ha sufrido un daño que es consecuencia del que su madre sufrió, pero que es independiente y distinto a éste. Este último es el denominado daño por repercusión o rebote, y la víctima de este daño (víctima refleja) reclama la reparación del menoscabo o sufrimiento propio<sup>143</sup>.

Por otra parte, considero que el daño inmaterial debe probarse; aquí no deben caber presunciones más que en sentido muy restringido y en conjunción, al menos con algunos indicios, lo que pueda llevar a una convicción razonable; el afecto, la indiferencia o el desafecto, aunque sea mínimamente, pueden probarse a través de diversas formas, es cuestión de análisis del caso concreto. Así, para probar el afecto que se sentía por alguien que falleció a consecuencia de un atropello, puede presentarse correspondencia, probar convivencia, el hecho de haber solventado los gastos de su educación, vestido y diversión de acuerdo a sus posibilidades. Para que prospere una pretensión se debe acreditar lo siguiente:

### **5.1 Prueba de la relación de concubinato**

Lo primero que hay que demostrar es la relación concubinaria con todos los caracteres que enumeráramos en el punto II, es decir que existe una relación que no es meramente sexual, sino que tiene los caracteres de singularidad, convivencia, publicidad y duración. Aunque reiteramos que no basta acreditar el concubinato si no que hay que probar el daño.

Con respecto a la prueba del concubinato la jurisprudencia ha sostenido, que la ausencia de prueba documental, unida a informes negativos y la tibia declaración de algunos testigos de los más parecen surgir la existencia de una relación íntima que de un aparente matrimonio.

---

<sup>143</sup> MEDINA G. Responsabilidad por disolución del concubinato. Ob. Cit.

## 5.2 Prueba de la estabilidad

El aparente matrimonio y la convivencia tiene que tener estabilidad para que sea considerada un concubinato, la falta de prueba de la estabilidad hace improcedente cualquier pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios. En este orden de ideas se ha sostenido que: Es cierto que la concubina, en cuanto tal, carece de legitimación para reclamar una indemnización por la muerte de su compañero, pero en rigor su derecho no se origina en la relación concubinaria que la unía con la víctima, sino que surge de la certeza del perjuicio que la reclamante tiene la carga de acreditar de una manera cabal y fehaciente. Porque si de la prueba producida surgiera que la pareja se distanciaba con frecuencia, tenía desavenencias, carecía de descendencia, revelando en ello intenciones de no fundar una familia natural de manera permanente o el concubinato fuera tan reciente que pudiera hacer pensar en una relación pasajera, no correspondería conferir ninguna indemnización a favor del superviviente<sup>144</sup>.

Si de la prueba producida surgiera que la pareja se distanciaba con frecuencia, tenía desavenencias, carecía de descendencia, revelando en ello intenciones de no fundar una familia natural de manera permanente o el concubinato fuera tan reciente que pudiera hacer pensar en una relación pasajera, no correspondería conferir ninguna indemnización a favor del superviviente. Si se aplica el principio de carga de la prueba con la estrictez que corresponde en todo caso en que se invoque un perjuicio generado por un hecho ilícito, se deberá admitir o no la indemnización, según que se acredite que la relación concubinaria tenía una solidez tal que permitiera suponer con un buen grado de certeza su proyección futura, con el correspondiente beneficio económico que ello habría reportado al reclamante<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> *Ibíd.*

<sup>145</sup> *Ibíd.*

Para aventar toda posible confusión entre la relación concubinaria y situaciones como la del matrimonio a prueba o ensayo, la experiencia prematrimonial, la unión libre adulterina con o sin separación del matrimonio anterior, la reiteración habitual de trato sexual, unión precaria, noviazgo con cohabitación o principio de vida en común, es necesario fijar una base objetiva referida a la duración de la relación concubinaria<sup>146</sup>.

### **5.3 Prueba del domicilio en común, prueba de la publicidad, prueba de las relaciones internas entre los miembros de la pareja**

En un fallo dictado en marzo de 1999 la Corte Civil de Nueva York enumera cuales son los factores relevantes a tener en cuenta para determinar si existen relaciones familiares entre dos personas, a saber:<sup>147</sup>

- La longevidad de la relación;
- El compartir los gastos hogareños y otras expensas;
- El hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales, o reales o tarjetas de crédito;
- El hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia, y que se muestren públicamente como tal;
- El hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica;
- El hecho de que se ocupen de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad.

---

<sup>146</sup> *Ibídem*.

<sup>147</sup> *Ibídem*.

## CAPITULO IV

### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

#### 1. PRESENTACIÓN

La investigación de campo se realizó mediante la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados especialistas en derecho constitucional-civil, encuesta que fue aplicada a 120 personas quienes opinaron porque es importante regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar sus derechos patrimoniales y personales.

Los datos obtenidos de dicha encuesta fueron analizados y tabulados por parte el investigador, quien a criterio personal determinó si es conveniente o no regular en nuestro ordenamiento el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite, datos que fueron contrastado con nuestra hipótesis y lo cual nos permitió elaborar las tablas y gráficas que exponemos a continuación.

## 2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

TABLA Nº 1

**Considera usted que al conviviente supérstite lo protege  
adecuadamente nuestra Constitución**

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Jueces	18	12	30
Fiscales	17	13	30
Abogados	36	24	60
<b>Subtotal</b>	<b>71</b>	<b>49</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>59%</b>	<b>41%</b>	<b>100%</b>

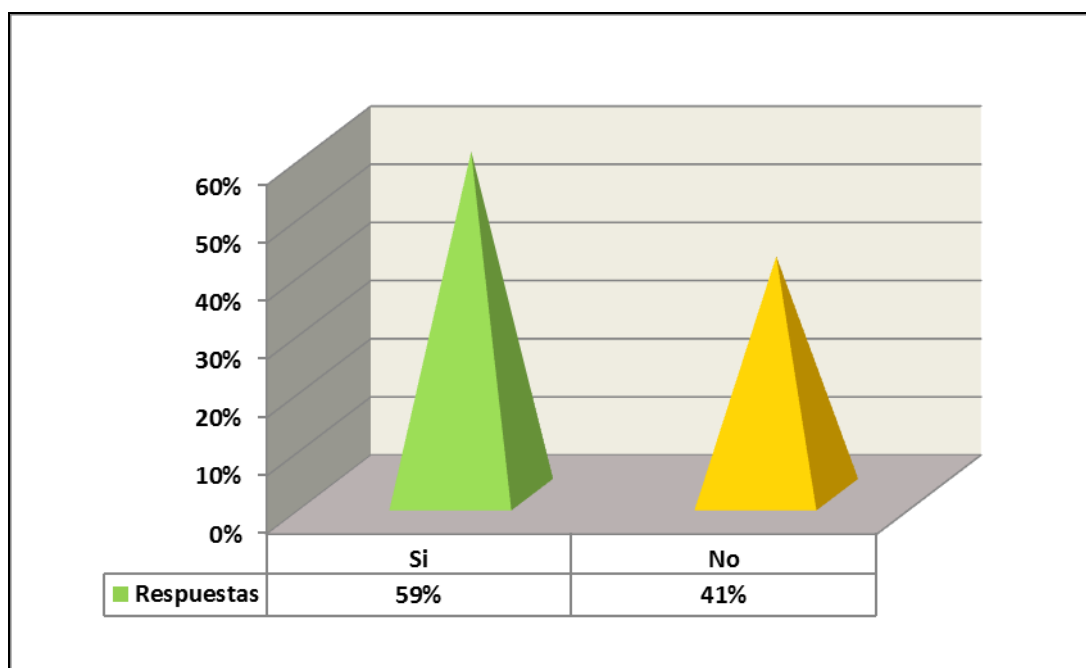
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

### INTERPRETACIÓN.-

En esta primera tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 59% considera que el conviviente supérstite se encuentra protegido por nuestra constitución, mientras que un 41% considera que no se encuentra protegido.

### GRAFICA Nº 1

**Considera usted que al conviviente supérstite lo protege  
adecuadamente nuestra Constitución**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 2**

**Razones por las que considera usted o no que al conviviente supérstite lo protege adecuadamente nuestra Constitución**

Encuestados	Razones		Total
	La Constitución es expresa	No hay Normas especiales	
Jueces	18	12	30
Fiscales	17	13	30
Abogados	36	24	60
<b>Subtotal</b>	<b>71</b>	<b>49</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>59%</b>	<b>41%</b>	<b>100%</b>

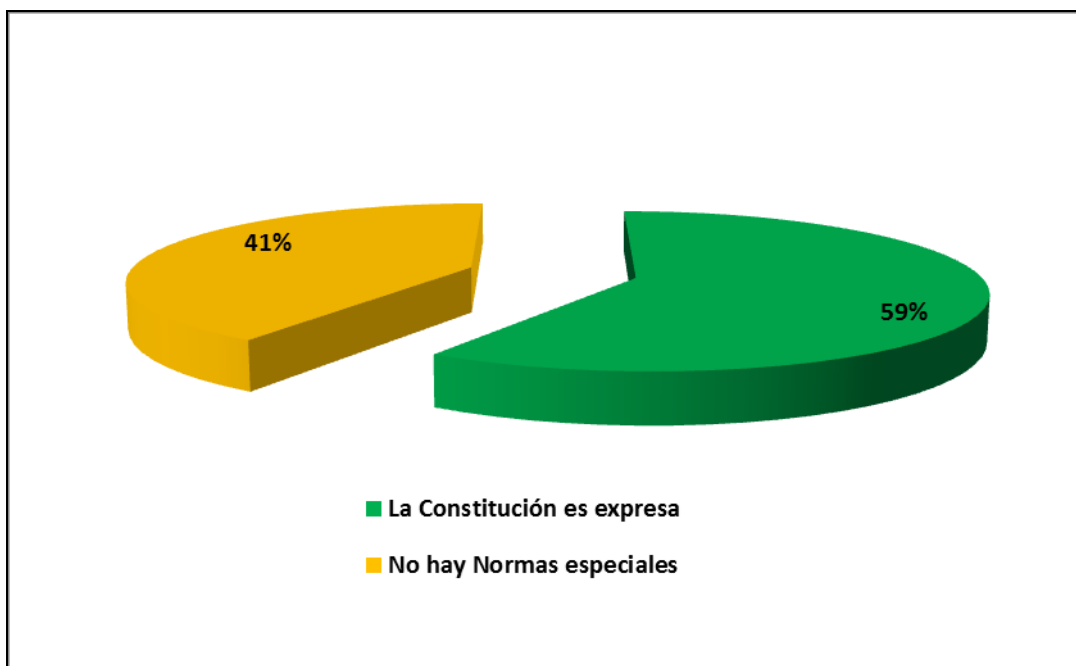
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta segunda tabla tenemos las razones por las que el conviviente supérstite se encuentra protegido o no por nuestra Constitución; siendo que de 120 encuestados, el 59% indica que nuestra constitución es expresa en dicho reconocimiento; mientras que un 41% refiere que no hay normas especiales que protejan al conviviente supérstite. Estos resultados nos evidencian una confusión de los especialistas respecto al reconocimiento de la unión de hecho en nuestro ordenamiento que no alcanza al conviviente supérstite.

## GRAFICA Nº 2

**Razones por las que considera usted o no que al conviviente supérstite lo protege adecuadamente nuestra Constitución**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 3**

**Considera usted que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja**

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Jueces	21	9	30
Fiscales	18	12	30
Abogados	42	18	60
<b>Subtotal</b>	<b>81</b>	<b>39</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>68%</b>	<b>32%</b>	<b>100%</b>

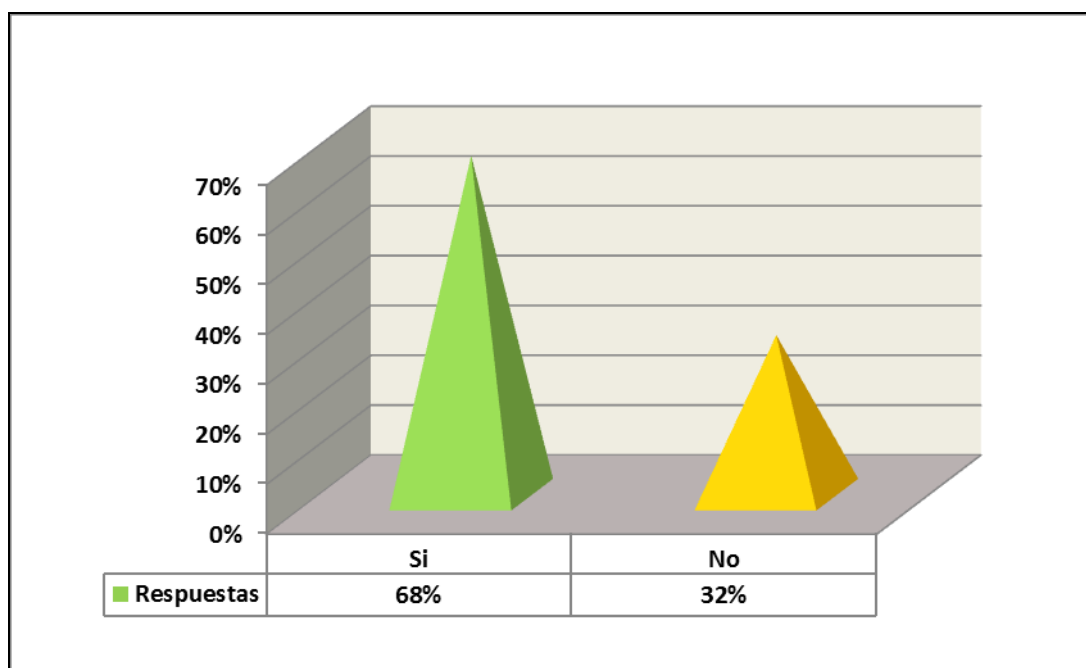
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

#### **INTERPRETACIÓN.-**

En esta tercera tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 68% considera que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja; mientras que un 32% considera que no existe dicho daño moral.

### GRAFICA Nº 3

**Considera usted que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 4**

**Razones por las que considera usted o no que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja**

Encuestados	Razones		Total
	El proyecto de vida se afecta	No se afecta su vida diaria	
Jueces	21	9	30
Fiscales	18	12	30
Abogados	42	18	60
<b>Subtotal</b>	<b>81</b>	<b>39</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>68%</b>	<b>32%</b>	<b>100%</b>

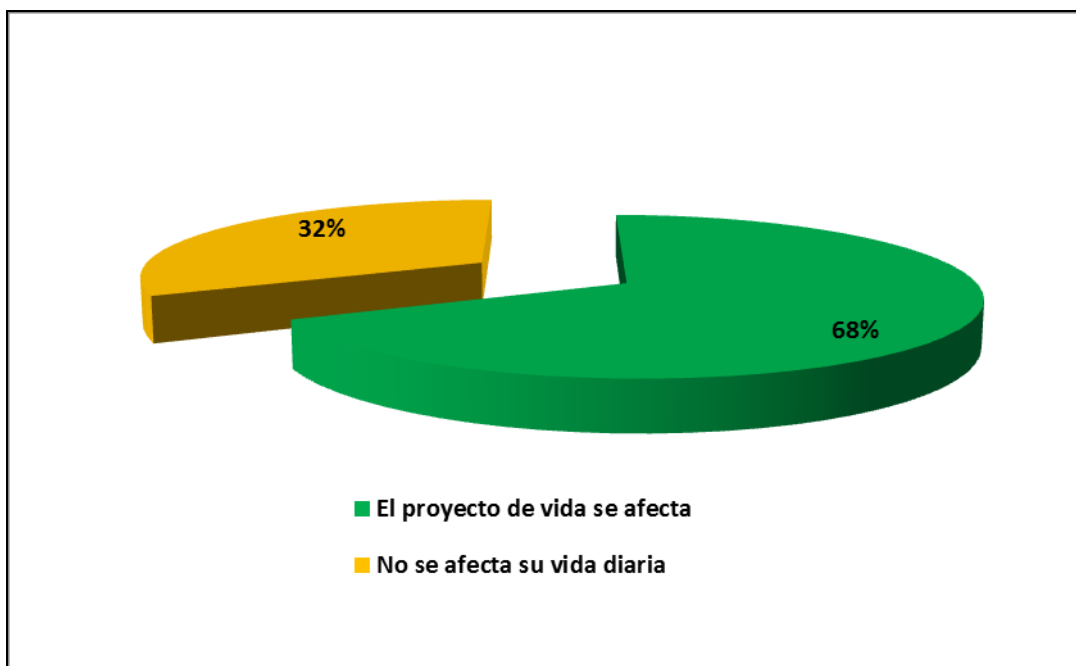
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta cuarta tabla tenemos las razones por las que existe o no daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja; siendo que de 120 encuestados, el 68% dice que existe daño moral porque afecta su proyecto de vida, mientras que un 32% dice que no existe daño moral porque no se ve afectada su vida diaria.

#### GRAFICA Nº 4

**Razones por las que considera usted o no que existe daño moral en el conviviente supérstite por la muerte de su pareja**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 5**

**Considera usted que se debe resarcir el daño moral al conviviente  
supérstite en nuestro ordenamiento**

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Jueces	22	8	30
Fiscales	20	10	30
Abogados	49	11	60
<b>Subtotal</b>	<b>91</b>	<b>29</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>76%</b>	<b>24%</b>	<b>100%</b>

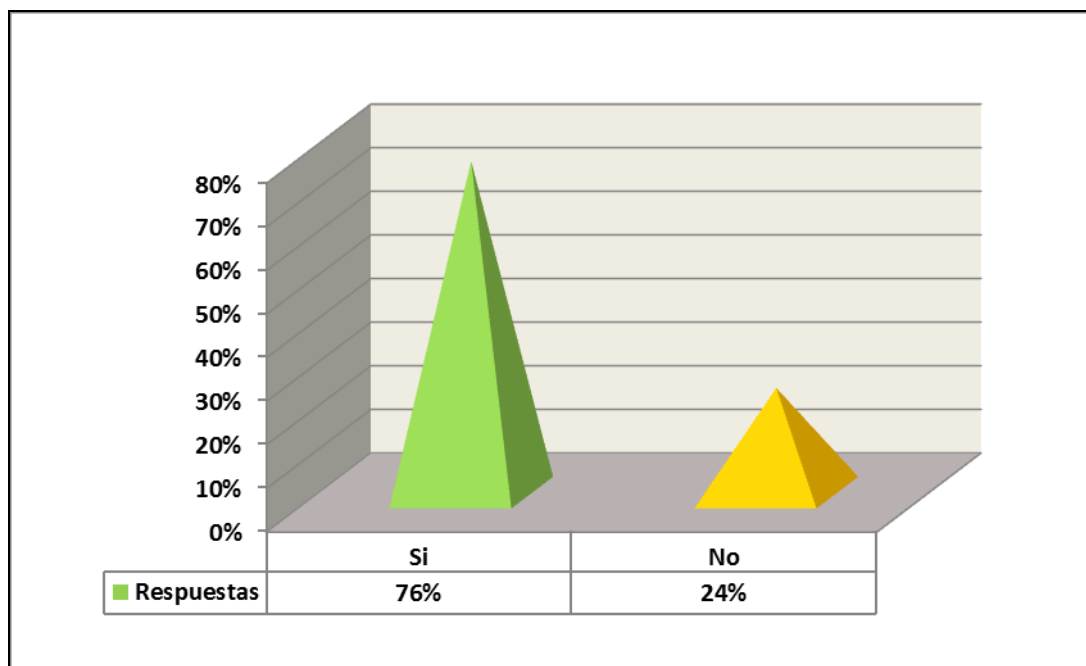
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

#### **INTERPRETACIÓN.-**

En esta quinta tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 76% considera que se debe resarcir el daño moral al conviviente supérstite en nuestro ordenamiento jurídico; mientras que un 24% considera que no se debe resarcir dicho daño moral.

**GRAFICA Nº 5**

**Considera usted que se debe resarcir el daño moral al conviviente  
supérstite en nuestro ordenamiento**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 6**

**Razones por las que considera usted o no que se debe resarcir el daño moral al conviviente supérstite en nuestro ordenamiento**

Encuestados	Razones		Total
	Perjudica la unidad familiar	No perjudica a la familia	
Jueces	22	8	30
Fiscales	20	10	30
Abogados	49	11	60
<b>Subtotal</b>	<b>91</b>	<b>29</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>76%</b>	<b>24%</b>	<b>100%</b>

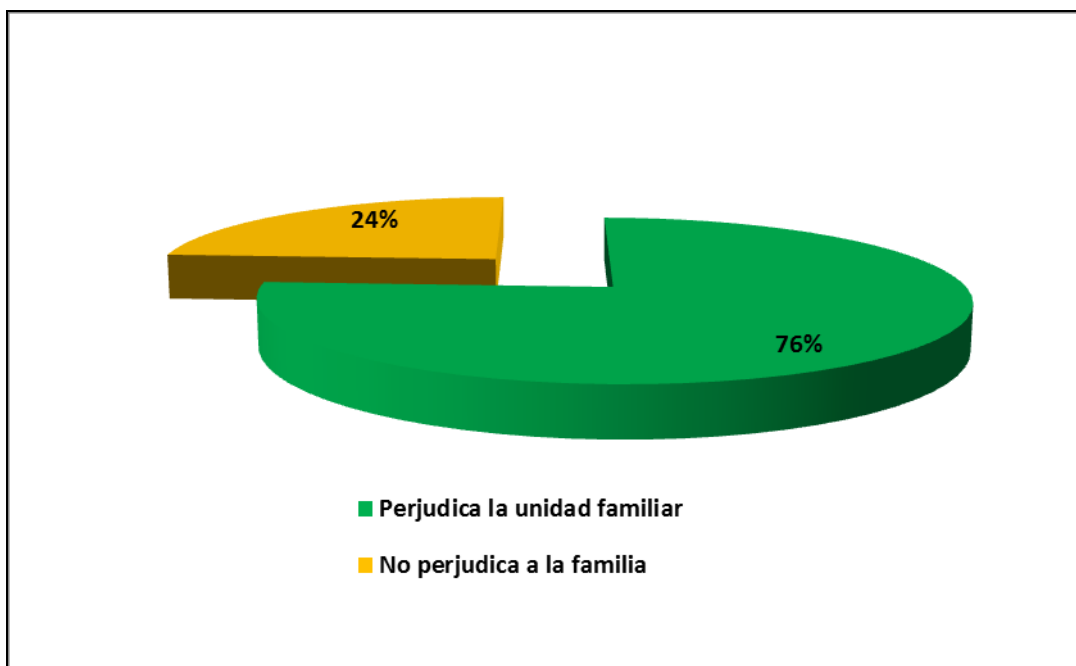
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta sexta tabla tenemos las razones por las que se debe resarcir o no el daño moral al conviviente supérstite; siendo que de 120 encuestados, el 76% opina afirmativamente porque considera que se perjudica la unidad familiar pues dicha pérdida es una tragedia; mientras que un 24% opina que no porque no se perjudica el bienestar familiar.

### GRAFICA Nº 6

**Razones por las que considera usted o no que se debe resarcir el daño moral al conviviente supérstite en nuestro ordenamiento**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 7**

**Considera Usted que las uniones de hecho tienen derechos patrimoniales y personales**

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Jueces	20	10	30
Fiscales	16	14	30
Abogados	33	27	60
<b>Subtotal</b>	<b>69</b>	<b>51</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>57%</b>	<b>43%</b>	<b>100%</b>

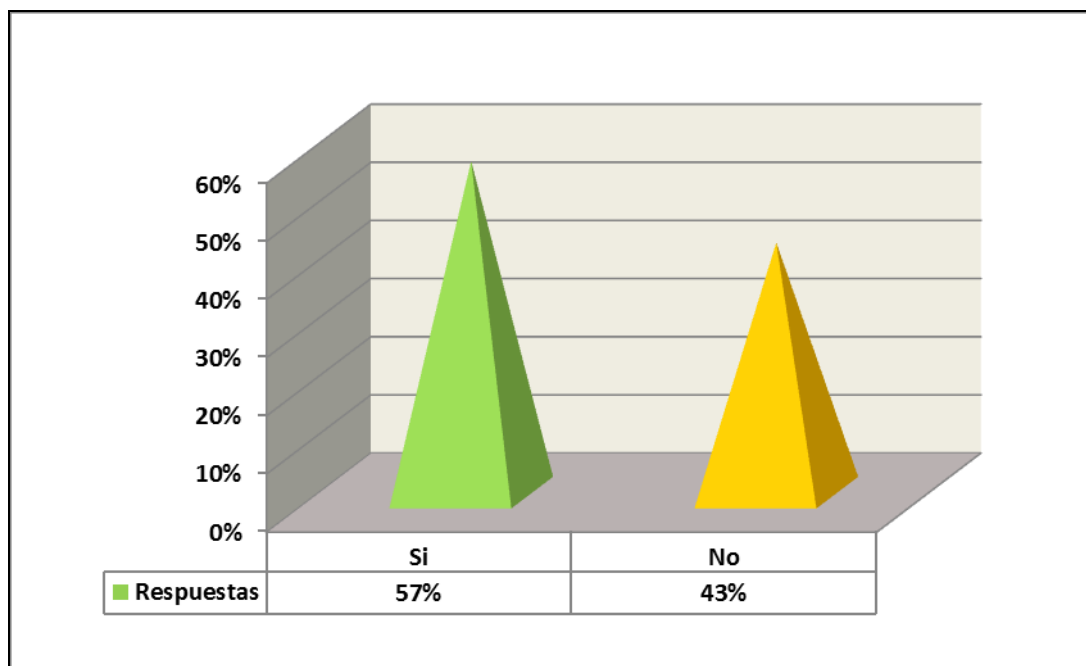
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta séptima tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 57% considera que las uniones de hecho tienen derechos patrimoniales y personales; mientras que un 43% considera que para las uniones de hecho no existen dichos derechos.

### GRAFICA Nº 7

**Considera Usted que las uniones de hecho tienen derechos  
patrimoniales y personales**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 8**

**Razones por las que considera Usted o no que las uniones de hecho tienen derechos patrimoniales y personales**

Encuestados	Razones		Total
	Existe igualdad normativa	No se han regulado aún	
Jueces	20	10	30
Fiscales	16	14	30
Abogados	33	27	60
<b>Subtotal</b>	<b>69</b>	<b>51</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>57%</b>	<b>43%</b>	<b>100%</b>

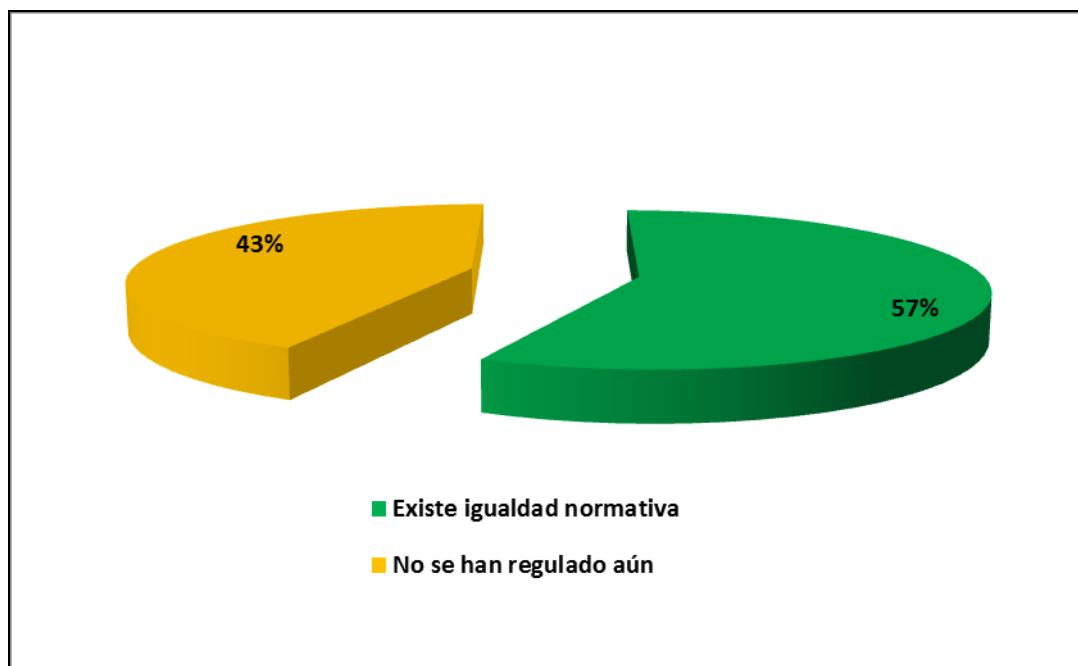
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta octava tabla tenemos las razones por las que las uniones de hecho tienen o no derechos patrimoniales y personales; siendo que de 120 encuestados, el 57% dice que si poseen esos derechos porque existe igualdad normativa, mientras que un 43% afirma que no se han regulado aún normas adecuadas que reconozcan dichos derechos.

### GRAFICA Nº 8

Razones por las que considera Usted o no que las uniones de hecho  
tienen derechos patrimoniales y personales



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 9**

**Considera Usted que se debe regular al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja**

Encuestados	Considera		Total
	Si	No	
Jueces	23	7	30
Fiscales	25	5	30
Abogados	48	12	60
<b>Subtotal</b>	<b>96</b>	<b>24</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>80%</b>	<b>20%</b>	<b>100%</b>

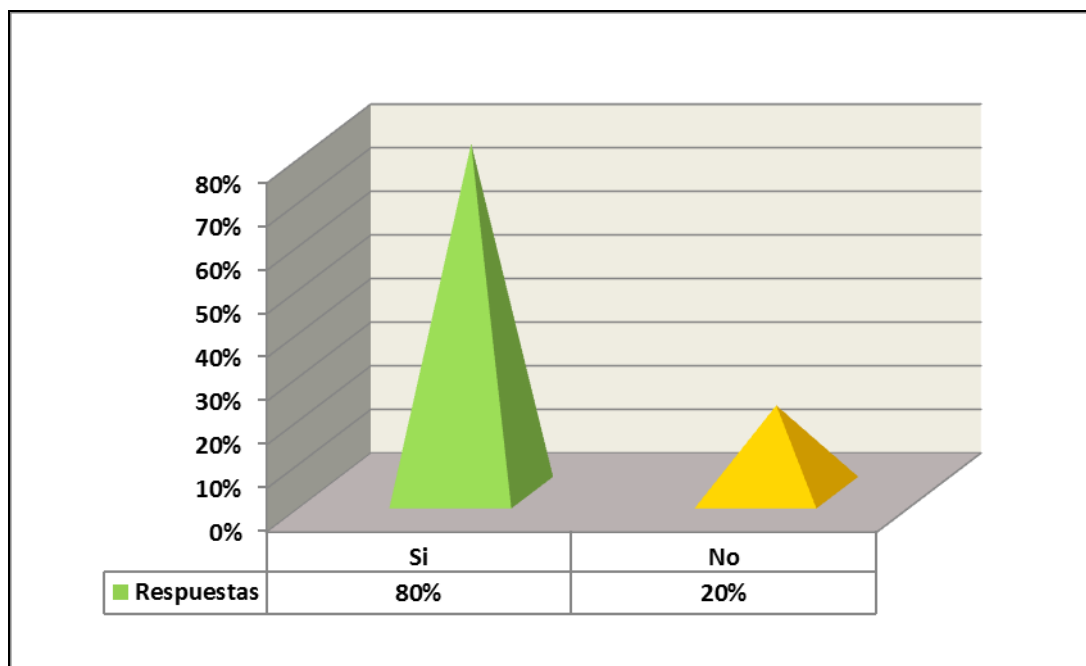
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

#### **INTERPRETACIÓN.-**

En esta novena tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 80% considera que se debe regular a favor del conviviente supérstite el resarcimiento del daño moral por la muerte de la pareja; mientras que un 20% considera que no es posible regular dicho resarcimiento.

**GRAFICA Nº 9**

**Considera Usted que se debe regular al conviviente supérstite el  
resarcir el daño moral por muerte de la pareja**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA N° 10**

**Razones por las que considera Usted o no que se debe regular al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja**

Encuestados	Razones		Total
	Para garantizar sus derechos	Es limitada la realidad jurídica	
Jueces	23	7	30
Fiscales	25	5	30
Abogados	48	12	60
<b>Subtotal</b>	<b>96</b>	<b>24</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>80%</b>	<b>20%</b>	<b>100%</b>

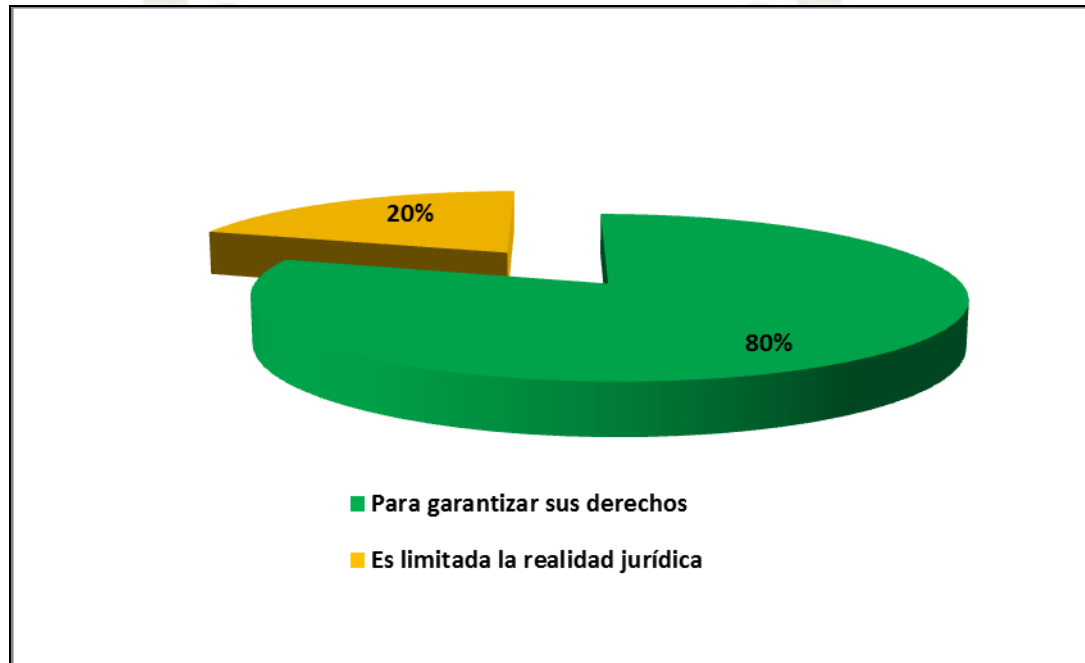
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

#### **INTERPRETACIÓN.-**

En esta décima tabla tenemos las razones por las cuales se debe regular o no al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja; siendo que de 120 encuestados, el 80% dice que si se debe regular para poder garantizar sus derechos patrimoniales y personales; mientras que un 20% dice que no es posible dicha regulación porque nuestra realidad jurídica es limitada.

### GRAFICA Nº 10

**Razones por las que considera Usted o no que se debe regular al conviviente supérstite el resarcir el daño moral por muerte de la pareja**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 11**

**Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación**

Encuestados	Derechos		Total
	A la protección de la vivienda	Al patrimonio familiar	
Jueces	13	17	30
Fiscales	14	16	30
Abogados	23	37	60
<b>Subtotal</b>	<b>50</b>	<b>70</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>42%</b>	<b>58%</b>	<b>100%</b>

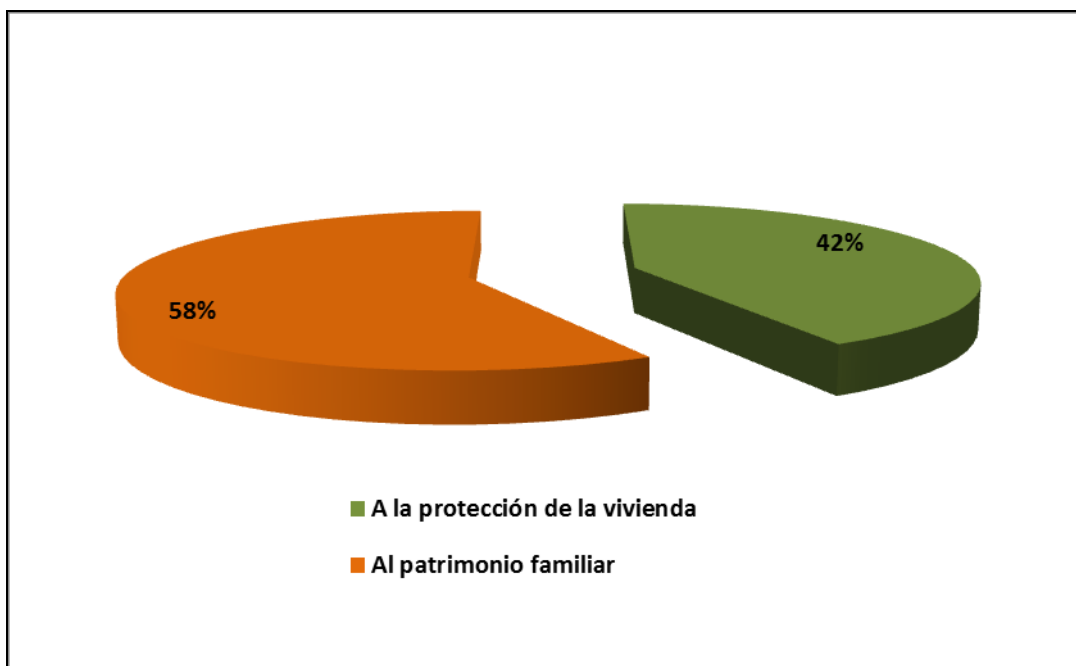
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta décima primera tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 42% considera que uno de los principales derechos patrimoniales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación es la protección a la vivienda; mientras que un 58% considera que el principal derecho patrimonial a considerar por la legislación peruana es el patrimonio familiar.

### GRAFICA Nº 11

**Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA N° 12**

**Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino**

Encuestados	Derechos		Total
	A la protección de la vivienda	Al patrimonio familiar	
Jueces	10	20	30
Fiscales	12	18	30
Abogados	43	17	60
<b>Subtotal</b>	<b>65</b>	<b>55</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>54%</b>	<b>46%</b>	<b>100%</b>

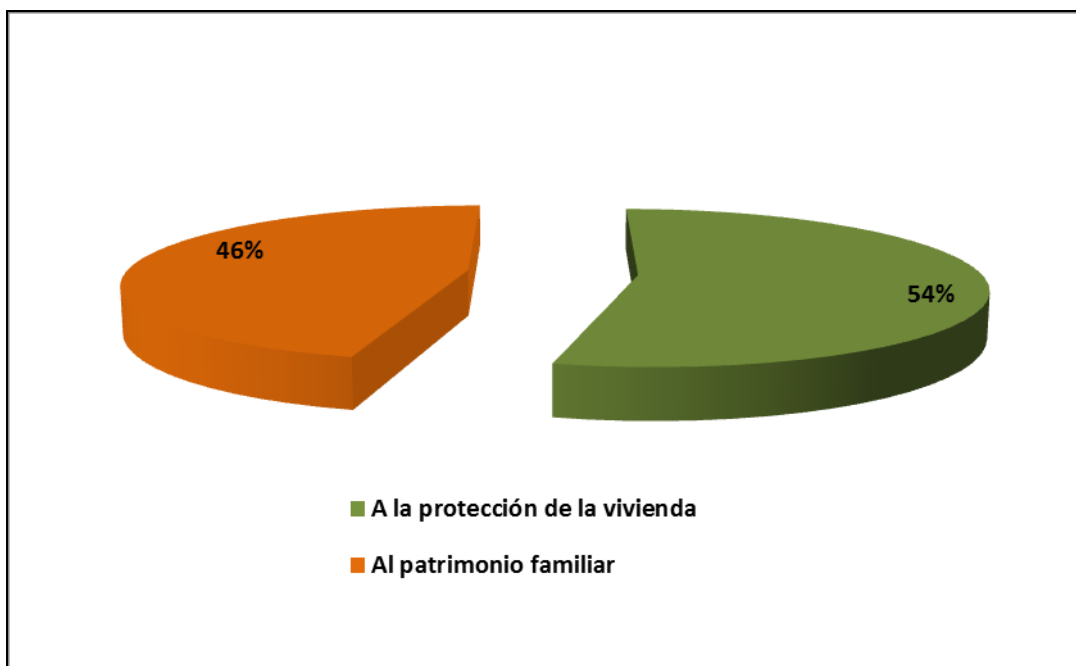
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta décima segunda tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 54% considera que el principal derechos patrimoniales de las uniones de hecho que se debe resarcir ante la muerte del concubino es la protección a la vivienda; mientras que un 46% considera que el principal derecho a resarcir debe ser el patrimonio familiar.

GRAFICA Nº 12

**Derechos patrimoniales principales de las uniones de hecho que deben  
resarcirse ante la muerte del concubino**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA N° 13**

**Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación**

Encuestados	Derechos		Total
	Derecho alimentario	La guarda de los hijos	
Jueces	19	11	30
Fiscales	20	10	30
Abogados	45	15	60
<b>Subtotal</b>	<b>84</b>	<b>36</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>70%</b>	<b>30%</b>	<b>100%</b>

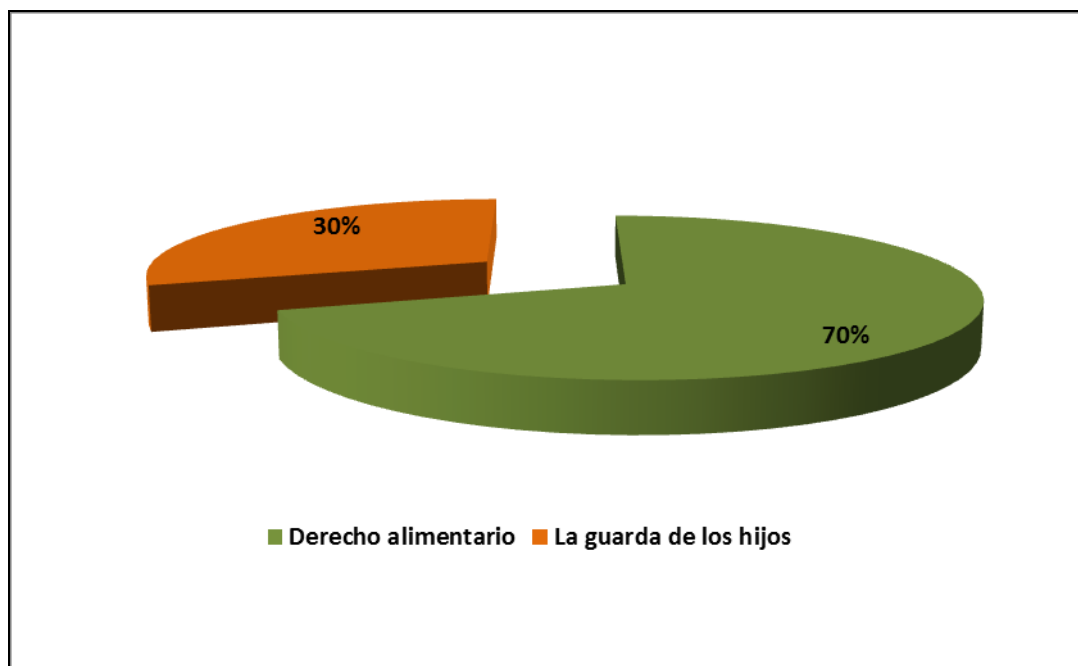
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta décima tercera tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 70% considera que los derechos personales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación es el derecho alimentario; mientras que un 30% el principal derecho a considerar debe ser la guarda de los hijos.

### GRAFICA Nº 13

**Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA N° 14**

**Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino**

Encuestados	Derechos		Total
	Derecho alimentario	La guarda de los hijos	
Jueces	24	6	30
Fiscales	23	7	30
Abogados	40	20	60
<b>Subtotal</b>	<b>87</b>	<b>33</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>73%</b>	<b>27%</b>	<b>100%</b>

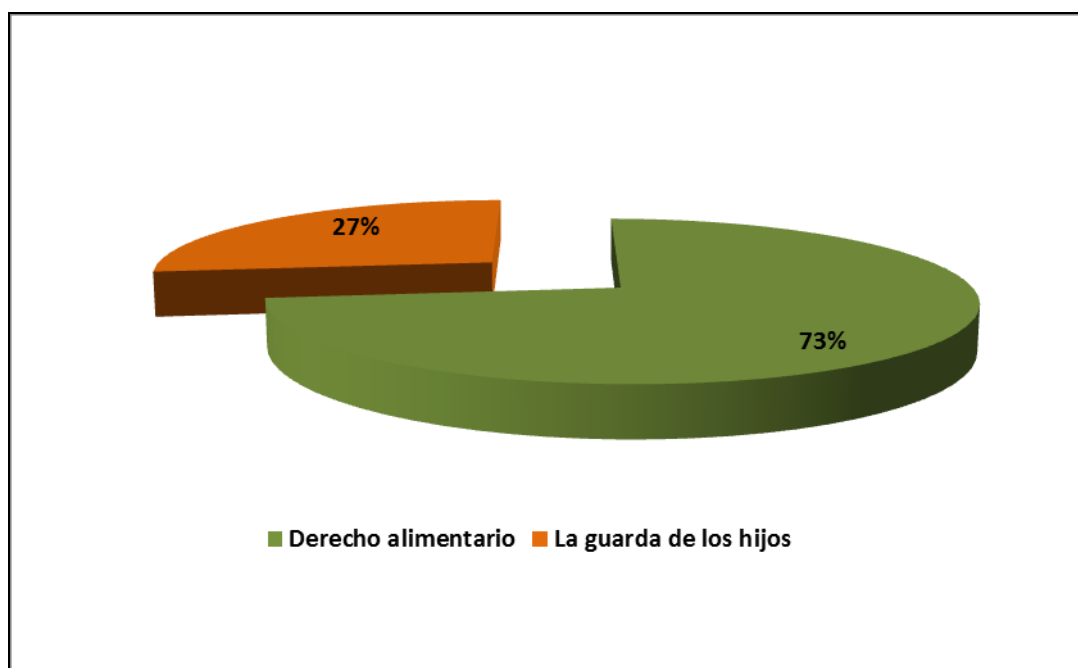
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta décima cuarta tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 73% considera que los derechos personales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino es el derecho alimentario; mientras que un 27% considera que dicho derecho principal a resarcirse es la guarda de los hijos.

### GRAFICA Nº 14

#### Derechos personales principales de las uniones de hecho que deben resarcirse ante la muerte del concubino



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**TABLA Nº 15**

**Criterios jurídicos para poder regular en nuestro ordenamiento el resarcimiento por daño moral a favor del conviviente supérstite**

Encuestados	Criterios		Total
	Daños a ser indemnizados	Monto de daños a indemnizar	
Jueces	25	5	30
Fiscales	23	7	30
Abogados	47	13	60
<b>Subtotal</b>	<b>95</b>	<b>25</b>	<b>120</b>
<b>%</b>	<b>79%</b>	<b>21%</b>	<b>100%</b>

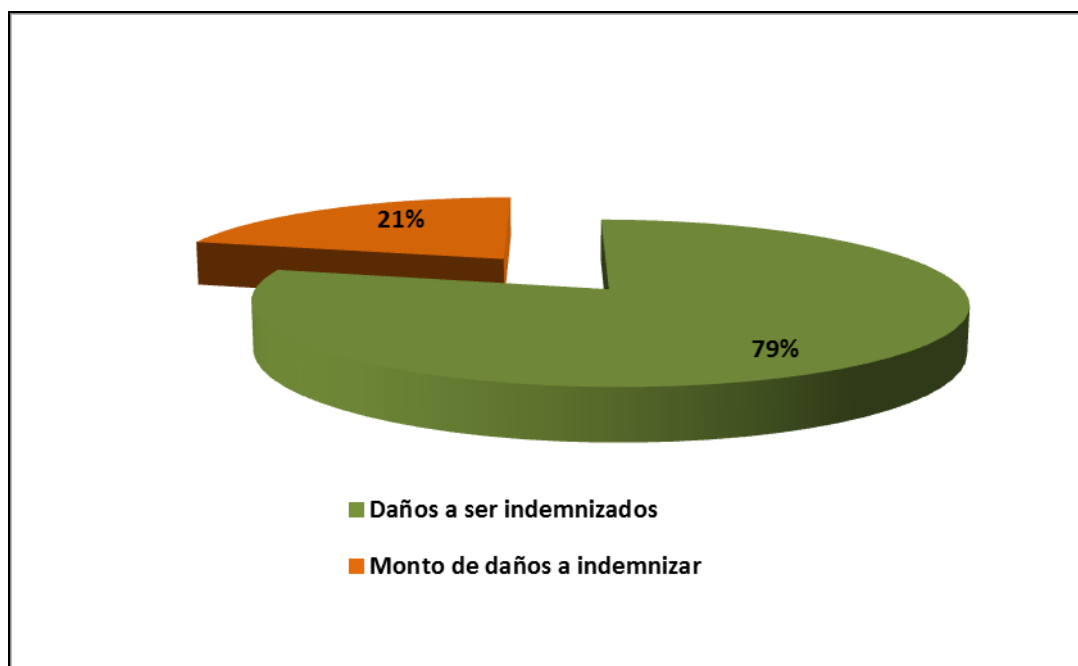
**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

**INTERPRETACIÓN.-**

En esta décima quinta tabla tenemos que de las 120 encuestas aplicadas a los Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017, el 79% considera que los criterios jurídicos para poder regular en nuestro ordenamiento el resarcimiento por daño moral a favor del conviviente supérstite, el principal criterio en un 79% es poder delimitar que daños pueden ser indemnizados; mientras que un 21% dicho criterio debe basarse en el monto de los daños que se va a indemnizar.

### GRAFICA Nº 15

**Criterios jurídicos para poder regular en nuestro ordenamiento el resarcimiento por daño moral a favor del conviviente supérstite**



**FUENTE:** Datos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

### 3. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

La unión de hecho conlleva una serie de relaciones en su interior, al igual que sucede en la familia originada en el matrimonio, desde las más naturales como el afecto de los hijos, las relaciones de pareja, las obligaciones naturales para la conservación de dicha unión hasta las que tienen que ver con terceros ajenos a dicha relación. Como familia, la Unión de Hecho también se proyecta a la sociedad donde se encuentra inmersa porque conlleva relaciones y situaciones con relevancia jurídica que el derecho no puede estar al margen, de ahí que se hace necesario una regulación adecuada que precise en cuanto a los efectos personales y patrimoniales que se derivan de la indicada institución.

De esta relación concubinaría se puede precisar que derivan los efectos personales y los efectos patrimoniales, de ámbito constitucional, que serán abordados y precisados brevemente, previamente hemos de hacer mención a algunos temas peculiares en esta materia.

- a) Nuestra legislación constitucional no hace distingo en cuanto a la protección que se confiere a la familia, sea la originada en el matrimonio o en una Unión de Hecho; por tanto, la familia que se protege es una sola con independencia de su fuente.
- b) Nuestra Legislación constitucional y civil ampara la Unión de Hecho Propia, que es la que pretende alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; sin embargo, no confiere facultades legales a los concubinos para exigir el cumplimiento de los deberes que se derivan del matrimonio, como son los de asistencia (alimentos), fidelidad y cohabitación (vivienda), deberes que en la convivencia son obligaciones naturales que subyacen de la misma relación concubinaría.

- c) Nuestra legislación, en la actualidad, otorga derecho sucesorio a los concubinos luego de fallecido uno de ellos; sin embargo, no es expreso en nuestra Carta Magna.
- d) No existe posibilidad, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en la Unión de Hecho los concubinos puedan sustituir su régimen patrimonial por el de separación de bienes puesto que el régimen patrimonial de la unión de hecho es único.
- e) No existe un tratamiento equiparable del matrimonio y la Unión de Hecho, al haber acogido nuestro Código Civil el Sistema de Regulación Parcial de la unión de hecho, pero con cierta tendencia al Sistema de la Regulación Integral producto de su exigencia social.
- f) No existe facultad legal (civil o constitucional) a favor de los concubinos a pedir indemnización en caso de muerte de uno de ellos ocasionada por un tercero, aun cuando el Código Civil faculta accionar a quien tiene legítimo interés económico o moral, siendo éste último que autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley (artículo V del Título Preliminar del Código Civil) lo que vulnera el derecho constitucional de la igualdad ante la ley.

Respecto a la responsabilidad civil extracontractual por daños en casos de muerte en el Código Civil peruano, desde nuestro punto de vista, la cuestión de los daños, se plantea de la siguiente manera:

- a) Como acabamos de verlo, de acuerdo a las normas sobre responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Código Civil

peruano, deben indemnizarse extracontractualmente los daños patrimoniales, bien se trate del lucro cesante y/o del daño emergente, y los daños extrapatrimoniales, tanto el daño moral como el daño a la persona. Esto significa que en el sistema jurídico peruano, al igual que en todos los derivados del Código Civil francés, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual son indemnizables los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales. Como es evidente, para que pueda ser exigible legalmente una indemnización por daños extracontractuales en la legislación peruana, al igual que en los otros sistemas jurídicos antes mencionados, es necesario que se acrediten los daños causados, la conducta del autor y la relación de causalidad entre dicha conducta y los daños producidos. Ahora bien, como también acabamos de mencionar líneas arriba, a diferencia del ámbito de la responsabilidad civil contractual, o derivada del incumplimiento de una obligación pactada, en el campo extracontractual el Código Civil peruano ha establecido con precisión el denominado "criterio de reparación integral" en el artículo 1985, según el cual en el ámbito extracontractual deben indemnizarse todos los daños causados a la víctima, sea presentes o futuros, previsibles o imprevisibles, bien se trate de daños patrimoniales o extrapatrimoniales, siempre y cuando se acrediten los mismos y se compruebe la relación de causalidad. Como es evidente, se entiende en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por lucro cesante la ganancia o utilidad que dejará de percibir la víctima. En el ámbito extrapatrimonial, se entiende en nuestra doctrina por daño moral la lesión a los sentimientos o el dolor de afección que sufre la víctima y por daño a la persona la frustración al proyecto de vida de la víctima o el daño a su integridad física.

- b) Con relación al concepto del daño moral, el Código Civil peruano establece en su artículo 1984, según hemos visto anteriormente, un

criterio de medición del mismo en base a las circunstancias de cada caso en particular. De esta manera, queda claramente establecido, que tanto a nivel del Código Civil peruano, como en nuestra doctrina y jurisprudencia, se reconocen las categorías del daño patrimonial y extrapatrimonial, dentro del criterio de reparación integral en el caso de la responsabilidad civil extracontractual.

- c) Ahora bien, con relación a la prueba de los daños nuestro Código Civil refiere en su artículo 1331 señala que los mismos deben ser probados por la víctima y en el artículo 1332 prescribe que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa. Como se podrá observar, las reglas legales antes mencionadas son muy claras en el sentido de señalar que los daños deben ser probados por la víctima y que en caso no se pudieran probar, en su monto exacto y preciso, deberán ser fijarlos por el juez con valoración equitativa; es decir, en base a las reglas de la equidad e igualdad.
- d) Con relación a las personas que pueden demandar o reclamar judicialmente indemnización por daños por muerte de una persona, nuestro Código Civil entiende y señala categóricamente que sólo son los miembros de la familia del fallecido, pues el artículo VI del Título Preliminar del mismo Código dispone que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral y que el interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia. Esto significa, en consecuencia, que en el caso de daños por muerte de una persona sólo los familiares pueden reclamar daños patrimoniales y daño moral. De esta forma, resulta claro que solo el cónyuge sobreviviente; es decir, se excluye a los convivientes, y los hijos de la víctima pueden solicitar indemnización por daño patrimonial y extrapatrimonial, lo que vulnera el derecho constitucional de igualdad ante la ley.

- e) Nuestra jurisprudencia es uniforme en señalar que para poder reclamar daños (incoar demanda) por la muerte del cónyuge o de alguno de los padres por causa de tercero (accidente); es decir, para reclamar indemnización por daños en caso de muerte de alguno de las personas antes indicadas solo basta acreditar el vínculo matrimonial o parentesco; esto es, basta con presentar la partida de matrimonio, en el caso del cónyuge, o las partidas de nacimiento, en el caso de los hijos, no siendo necesario acreditar la calidad de herederos de los mismos, bien sea a través de un testamento o de una declaración judicial en el caso de sucesión intestada, pues el dolor causado por la pérdida de un ser querido y por el cual se solicita la indemnización por daño moral no puede ser igual en todos los miembros de la familia.
- f) Nuestra jurisprudencia, en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil, es también uniforme en el sentido que los herederos pueden reclamar daños patrimoniales y daño moral en el caso de la muerte de una persona. El daño moral se entiende que es procedente por el dolor que causa a los familiares la pérdida del ser querido y el daño patrimonial por los gastos en que hubieran incurrido para el sepelio y en los casos que el fallecido hubiera sido el único sustento de la familia, bien sea del cónyuge, o de los hijos, o de ambos a la vez.
- g) En lo concerniente a la prueba de la existencia y la valoración de los daños, nuestra jurisprudencia se basa exclusivamente en el criterio de valoración equitativa, pues no exige la prueba absoluta y plena de la existencia y los montos de los daños ocasionados, sino que al amparo del artículo 1332 establece los montos indemnizatorios en base al criterio de equidad y a nivel constitucional se aplica el criterio de igualdad (no discriminación) ante la ley.

- h) Por regla general para en el caso de muerte nuestra jurisprudencia le resulta suficiente la presentación de la partida de defunción, no siendo necesario presentar testamento o declaratoria de herederos, en caso de sucesión intestada, y las pruebas que acrediten el evento que ha causado el daño. Así, por ejemplo, si se trata de muerte por un accidente de tránsito, será necesario presentar el atestado policial correspondiente que acredite el accidente. Pero en modo alguno se solicita que se acrediten los daños morales en caso de muerte de un familiar pues se sobreentiende o se presume, justamente en base al criterio de valoración equitativa y a nivel constitucional se aplica el criterio de igualdad (no discriminación), que la muerte ha causado un profundo daño moral a los familiares del fallecido. Del mismo modo, respecto del daño patrimonial sólo se solicita la presentación de los documentos que acrediten los gastos del sepelio del fallecido y en todo caso acreditar que el fallecido era el único sustento de la familia, pero en modo alguno se exige acreditar los daños causados.
- i) Como se podrá advertir nuestra jurisprudencia no exige la prueba plena de los daños sino que los valora equitativamente en la medida que se hubiera acreditado el evento que los ha causado. Con mayor razón en el caso del daño moral pues, en dicho supuesto, el daño prácticamente se presume en la medida que se acredite la relación familiar (sea conviviente, cónyuge, descendiente, etc.), es por ello justamente que no se toman en cuenta factores de ingreso, ni se utilizan fórmulas de cálculo, pues todo cálculo se hace en base a un criterio equitativo y el de igualdad (no discriminación) ante la ley. En el caso que los daños sean indemnizados judicialmente, por cuanto también es posible la indemnización voluntaria, en cuyo caso los daños son reparados de acuerdo al pacto entre las partes.
- j) Ahora bien, corresponde examinar el tema de la indemnización de daños por muerte en el caso de los que conforman un hogar o una

unión de hecho, es decir, en el caso de muerte de uno de los convivientes. De acuerdo al Código Civil peruano, específicamente a su artículo 326, la unión de hecho, voluntariamente concertada por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. Este artículo del Código Civil peruano de 1984 ha sido ratificado por la Constitución Política del Perú, norma jurídica fundamental del Estado peruano, en su artículo 5 cuando señala expresamente, siguiendo la misma línea y sentido del Código Civil, que: "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".

- k) Como es evidente ambas normas del sistema jurídico nacional (Civil y Constitucional) indican, con toda claridad, que la Unión de Hecho, o el hogar de hecho, sólo se reconoce para efectos de carácter patrimonial, constituyendo una comunidad o una sociedad de bienes, pero de ninguna manera da lugar a la existencia de una relación jurídico-familiar con deberes y obligaciones semejantes a los del matrimonio (cónyuges) y es en este ámbito que a través de esta tesis se pretende hacer ver la necesidad de regular los derechos patrimoniales y personales (desde el punto de vista constitucional) a favor del conviviente supérstite. Respecto de los hijos concebidos por los convivientes, como es también evidente, no existe duda alguna sobre su filiación y sobre los deberes y derechos de los padres para con ellos, pues el Código Civil reconoce la filiación extramatrimonial, con el mismo status jurídico que la filiación matrimonial, a tal punto que tanto los hijos sean matrimoniales o no tienen los mismos derechos hereditarios; sin embargo, en relación a los convivientes, la

relación jurídica que se genera entre ellos no es igual a la del matrimonio, sino únicamente una de carácter patrimonial, razón por la cual se dice con toda claridad en ambas normas que el hogar o la unión de hecho sólo da lugar a una sociedad o comunidad de bienes. En consecuencia, la relación entre los convivientes en la legislación peruana no es una de carácter familiar sino una reconocida sólo para efectos patrimoniales.

- l) Es evidente que el conviviente en caso que su compañero o compañera fallezca por el hecho de un tercero, no se encuentra legitimado para reclamar daños morales por muerte, a pesar del enorme dolor que le origine la pérdida del conviviente fallecido lo que vulnera el derecho constitucional de igualdad (no discriminación) y familia. No debe olvidarse que con relación al concepto del daño moral, el Código Civil peruano establece en su artículo 1984 que el mismo es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia. El artículo en mención es bastante claro en el sentido de afirmar que sólo la víctima o su familia se encuentran legitimadas para reclamar indemnización por daño moral y como ya lo hemos expuesto no existe ninguna relación familiar entre convivientes. Trátese de una solución injusta o no, ambas normas jurídicas son muy claras y sólo legitiman por daño moral a la propia víctima y a su familia, bien se trate del cónyuge o de los hijos excluyendo a la pareja convivencial.
- m) Debe señalarse que de acuerdo al tercer párrafo del mismo artículo 326 del Código Civil, la Unión de Hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral y es en este último caso que el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Esto significa, en consecuencia,

que en caso de muerte de uno de los convivientes, el artículo 326, señala que al conviviente sobreviviente no le corresponde ninguna suma por concepto de indemnización, sino únicamente sus gananciales conforme al régimen de disolución de la sociedad de gananciales, pues ello sólo es posible en caso de abandono por decisión unilateral de uno de los convivientes. Esto se ha establecido de este modo justamente porque el Código Civil considera que la indemnización podrá pagarla el conviviente que ha hecho abandono del hogar de hecho y no en el caso de muerte por hecho de un tercero pues ello supondría legitimar al conviviente a demandar a dicho tercero y este supuesto es negado por el propio artículo lo que a todas luces vulnera el derecho constitucional de igualdad (no discriminación). En otras palabras, sólo es posible una demanda contra uno de los convivientes, pero no de uno de los convivientes frente a un tercero por daño moral. En relación al daño patrimonial, la solución es exactamente igual, según se desprende de la tercera parte del mismo artículo 326 y teniendo en cuenta además que en caso de muerte le corresponderá al sobreviviente sus gananciales por ser de aplicación el régimen de sociedad de gananciales.

- n) De lo expuesto precedentemente, se colige que no se puede negar la existencia del daño moral, en el conviviente supérstite, producto de la muerte de su pareja a causa de un tercero (accidente) puesto que no solamente el conviviente ve afectado su proyecto de vida sino que también se perjudica la unidad familiar (como pareja) puesto que las Uniones de Hecho tienen derechos patrimoniales y personales al existir igualdad normativa por tanto debe ser regulado el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite sin olvidar que los derechos patrimoniales y personales principales de las uniones de hecho que deben ser considerados por nuestra legislación es la protección a la vivienda y el derecho alimentario.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se hace necesario la regulación del resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite, tanto a nivel Constitucional y Civil, para poder garantizar sus derechos patrimoniales y personales, puesto que la concubina en nuestro derecho nacional no tiene la facultad para reclamar el resarcimiento de este daño sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, situación legal que debe ser incorporada en nuestra legislación.

**SEGUNDA.-** Los criterios jurídicos para determinar el pago de una indemnización por daño moral al conviviente supérstite, se basan en el principio Constitucional de la igualdad (no discriminación ante la ley) que debe primar tanto para las parejas que las vincula un matrimonio civil como para aquellas que se vinculan por una Unión de Hecho, pues resulta sumamente injusto que el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quienes no media la institución matrimonial; es decir, a los concubinos, por tanto debe ser incorporada en nuestra legislación Civil y Constitucional.

**TERCERA.-** Los fundamentos jurídicos para garantizar el respeto a los derechos patrimoniales y personales del conviviente supérstite, se fundan en no limitar al conviviente supérstite el resarcimiento por daño moral por la muerte de su concubino, dado que el criterio imperante en materia de daños lo constituye la reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto, presente en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia y al no existir norma legal que disponga el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite se está vulnerando el derecho constitucional de igualdad y de no discriminación; por tanto, como ya se ha dicho precedentemente es necesario incorporar este derecho en nuestra legislación Civil y Constitucional.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA.-** Resulta razonable la regulación Civil y Constitucional del resarcimiento a favor del conviviente supérstite que permita reclamar el daño moral por la muerte de su pareja por parte de un tercero, para reconocer y tutelar, por razones objetivas, la legítima aflicción que produce la pérdida súbita de la persona unida al accionante por vínculos sentimentales continuos y estables, puesto que dicha regulación es susceptible de configurarse y regularse en nuestro ordenamiento jurídico antes indicado.

**SEGUNDA.-** Desconocer la legitimación a favor del conviviente supérstite para reclamar una reparación por daño moral por fallecimiento de su pareja, por hecho de tercera persona, resulta no solo ser una discriminación inaceptable, porque se vulnera el derecho constitucional de igualdad, sino también porque importa una alteración indebida del derecho de acceder a la justicia para obtener de ella remedios eficaces contra la afectación de prerrogativas legítimamente ejercidas en el campo de autonomía individual, pues si bien en principio el llamado daño psicológico o moral carece de autonomía, no por ello desaparece del mundo resarcitorio, por tanto debe regularse esta legitimación (derecho a reclamar daño moral a favor del conviviente) en nuestro derecho Civil y Constitucional.

**TERCERA.-** Lo que se trata de indemnizar a favor del conviviente supérstite, en el rubro valor vida, es la pérdida de la contribución económica que el concubino fallecido hacía para el sostén de su pareja y de sus hijos, porque la vida humana no tiene un valor económico en sí misma; para ello lo que debe evaluarse son los concretos elementos de juicio obrantes en el expediente para llegar a su cuantificación, ya sea como un daño patrimonial indirecto, al afectar la aptitud productora de bienes del individuo; o como un daño no patrimonial directo, al internarse en el territorio del daño moral por tanto debe estar regulado el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente tanto a nivel Civil y Constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

1. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, La Constitución de 1993 Análisis Comprado, ICS Editores, Tercera Edición, Lima 1997.
2. BREBBIA, Roberto H.: La persona jurídica como sujeto pasivo del agravio moral, en ALTERINI et al.: Temas de Responsabilidad Civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello. Librería Editora Platense. La Plata (Argentina), 1981.
3. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: Teoría General de la Responsabilidad Civil. 3ª. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980.
4. CORNEJO Chávez Héctor, Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica editores, Lima 1998.
5. CORNEJO Chávez Héctor, La Familia en la ley y en la realidad del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1985.
6. DE TRAZEGNIES Granda, La Familia en el derecho peruano, libro homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú Lima 1992.
7. DE TRAZEGNIES, FERNANDO. La responsabilidad extracontractual, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol IV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1995.
8. DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Civitas; 1996.
9. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Estudio de Derecho de las Personas, Editorial Huallaga, Segunda Edición, Lima 1996.
10. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Capacidad y responsabilidad civil de la persona jurídica. Diálogo con la Jurisprudencia. En Gaceta Jurídica. Abril, 1200.
11. HINOSTROZA M. ALBERTO. Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima 1999.

12. LEON BARANDIARAN, José: Responsabilidad Extracontractual. Exposición de Motivos y Comentarios, en Delia Revoredo de Debakey (ed): Código Civil. Vol. Vi. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936. Lima, 1985.
13. MALLQUI R. MAX Y MOHME THANO Z. ELOY. Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima 1201.
14. PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Editorial Idemsa, Tercera Edición, Lima 1202.
15. PLÁCIDO V., Alex, Manual del Derecho de Familia, Editorial, Gaceta Jurídica, Lima, 1202.
16. PLACIDO V., Alex. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho según el Tribunal Constitucional.
17. PLACIDO V. Alex. ¿Cuál es el modelo de familia en la Constitución de 1993? Artículo de 12 de marzo
18. PLACIDO V. Alex. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho (efectos personales de la unión de hecho) Artículo de 09 de abril.
19. PLACIDO V. Alex. El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho (efectos patrimoniales de la unión de hecho) Artículo de 10 de abril.
20. PRIETO SANCHÍS, Luis. Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho. Lima: Editorial Palestra, 1205.
21. RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo II, primera edición, Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú, 1999.
22. RUBIO CORREA, Marcial 1999 Estudio de la Constitución de 1993. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
23. SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria Amparo. A Propósito de la adquisición de bienes por las uniones de hecho. En Dialogo con la Jurisprudencia. Numero 86. año 11, noviembre 1205.
24. SUAREZ Franco Roberto, Derecho de Familia, Temis s.a. Editorial, Bogota 1201.

25. TABOADA CORDOVA, Lizardo). Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley; 2000.
26. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Código Civil Comentado, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, Tercera Edición, Lima 1996.
27. VALVERDE Emilio, El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano, Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima 1942.
28. VEGA MERE, Yuri. Sobre el derecho de los convivientes a ordenar su patrimonio mediante acuerdos de separación de bienes y la urgencia de definir la llamada “sociedad de bienes” del concubinato y sobre la necesidad de modificar la jurisprudencia de la Corte Suprema. En DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. Gaceta Jurídica. N° 60, septiembre 1203.
29. VEGA MERE, Yuri. Código Civil Comentado. Tomo II Derecho de Familia primera parte. Segunda edición, Gaceta jurídica, 1207.
30. VEGA MERE, Yuri. Comentando el artículo 5º de la Constitución Política de 1993 en la Constitución Comentada análisis artículo por artículo. Tomo I, primera edición, Editorial Gaceta Jurídica, 1205.

## ANEXOS

**Universidad Católica de Santa María**  
**Escuela de Postgrado**  
**Maestría en Derecho Constitucional**



**NECESIDAD DE REGULAR EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A  
FAVOR DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE PARA GARANTIZAR  
DERECHOS PATRIMONIALES Y PERSONALES,  
AREQUIPA 2017**

Proyecto de Tesis presentado por el bachiller:

**William Javier Vera Bedregal**

Para optar por el Grado Académico de:

**Magister en Derecho Constitucional**

**AREQUIPA - Perú**

**2017**

## PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

### PLANTEAMIENTO TEÓRICO

#### 1. Problema De Investigación

##### 1.1 Enunciado del problema

Necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar derechos patrimoniales y personales, Arequipa 2017

##### 1.2 Descripción del problema

###### 1.2.1 Campo, área y línea de investigación

- Campo : Ciencias Jurídicas
- Área : Derecho Constitucional
- Línea : El daño moral y los derechos patrimoniales y personales

###### 1.2.2 Operacionalización de variables

VARIABLES	INDICADORES
<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>  <b>Necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ámbito del resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite</li> <li>• Daño al proyecto de vida del conviviente supérstite.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuantificación y resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite</li> <li>• Criterios para calcular el daño moral a favor del conviviente supérstite</li> <li>• Importancia del resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite</li> </ul>
<p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b> <b>Protección de los derechos patrimoniales y personales del concubinato</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Situación actual de los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> <li>• Alcances de los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> <li>• Importancia de los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> <li>• Afectación de sus derechos patrimoniales y personales</li> <li>• Tratamiento normativo para los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> </ul>

### 1.2.3 Interrogantes de la investigación

- ¿Cuál es la necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite que permita garantizar sus derechos patrimoniales y personales?

- ¿Cuáles son los criterios jurídicos para determinar el pago de una indemnización por daño moral al conviviente supérstite?
- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para garantizar el respeto a los derechos patrimoniales y personales del conviviente supérstite?

#### 1.2.4 Tipo y nivel de investigación

- **Tipo:**
  - Por el objetivo: Aplicada
  - Por el enfoque: Especializada
  - Por la perspectiva temporal: Coyuntural
  - Por las fuentes de información: Documental y de campo
- **Nivel de investigación:**
  - Explicativa y descriptiva

#### 1.3 Justificación del problema

##### **La presente investigación es viable y humana:**

Porque está enfocado en querer indemnizar al conviviente por un probable daño moral, dadas las circunstancias en las que se encuentra el conviviente actualmente, hecho que genera una especie de discriminación hacia los convivientes: pues estos también tiene derecho pese a no estar casados. Actualmente en América Latina la existe una fuerte corriente jurídica que está otorgando al conviviente todos los derechos que le son inherentes, este trabajo de investigación trata de esclarecer la situación jurídica de los convivientes en nuestra País; la falta que les hace este derecho a reclamar un probable daño moral y el desamparo en el que se encuentran y que incluso en muchas veces no son conscientes de ello.

**La presente investigación es útil y científica:**

Porque este trabajo de investigación, no presenta desnaturalización de la institución del matrimonio; sino pretende hacer saber que los convivientes están expuestas a no poder demandar indemnización por daño moral en el caso de querer hacerlo. Entendemos por ello que la cuestión de este trabajo reside en determinar si el concubino se encuentra legitimado para accionar en reclamo de los daños y perjuicios que le produjo la muerte de su compañero.

**La presente investigación posee relevancia jurídica y contemporánea:**

Porque es necesario recalcar que está legitimado para promover una acción indemnizatoria quien sufre un daño entendiendo por tal la lesión a un interés patrimonial o extra patrimonial, por lo que afirmamos que la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo. En definitiva pensamos que la acción de indemnización puede ser intentada "iure proprio" por el concubino que acredite la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial o extra patrimonial. A partir de casos jurisprudenciales sobre el tema trataremos de desarrollar los posibles argumentos a favor y en contra de la legitimación del supérstite para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa.

**2. Marco Conceptual****2.1 Responsabilidad civil**

La responsabilidad civil es una institución que presenta variados aspectos que deben ser analizados para una comprensión cabal de la misma. Así pues, seguidamente haremos referencia a algunos de dichos tópicos a fin de preparar adecuadamente el contexto teórico en el cual desarrollaremos la aplicación del sistema de responsabilidad civil al ámbito de las relaciones

interpersonales en la unión de hecho, con especial énfasis en los perjuicios causados por la ruptura unilateral de la convivencia.

Etimológicamente, el término responsabilidad se remonta al vocablo latino “responder”, que significa responder, por eso se afirma que la responsabilidad es la actitud de dar respuesta. Por otro lado, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la responsabilidad como una deuda u obligación de reparar y satisfacer por si o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Partiendo del principio romano de no causar daño a otro, la responsabilidad se presenta como el correlato de la misma en tanto obligación que surge del incumplimiento de tal principio y que consiste en la reparación del perjudicado con el perjuicio. En ese sentido, el tema de la responsabilidad civil no debe ser desarrollado de manera ajena a la relación jurídico-obligatoria, dado que se desenvuelve dentro de la dinámica del derecho de las obligaciones.

La responsabilidad civil que nació de una misma fuente, el alterum non laedere, ha sido dividida en dos campos: la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. La responsabilidad civil extracontractual como sistema gira en torno a la tutela de un interés amparado por el principio del alterum non laedere en su concepción más global; es decir, en su función de deber jurídico general de no causar daño a otro, regla de conducta que el ordenamiento jurídico impone a todos los particulares.

De conformidad a lo expuesto, la responsabilidad civil se define como “un conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea en forma voluntaria o por efectos de la ley”.

## 2.2 Responsabilidad extracontractual

Los antecedentes sobre la responsabilidad civil extracontractual en nuestro ordenamiento se remontan al Código Civil de 1852, el cual adopta el principio de la culpa como fundamento de imputación. El Código Civil de 1936 mantuvo igualmente la teoría de la culpa, pero dejando alguna discrecionalidad para el elemento objetivo, mientras que nuestro actual Código Civil de 1984 ha regulado la responsabilidad civil acogiendo el sistema de imputación objetiva y subjetiva al mismo tiempo.

Al respecto hay que precisar que el Código Civil de 1852, que se inspiró en el Código Napoleón al igual que todos los cuerpos legislativos de su época, baso su sistema de responsabilidad en la idea de culpa. Así pues, coloco el tratamiento de esta materia bajo el título de “Obligaciones que nacen de los delitos o de cuasidelitos”. En principio la culpa debe ser demostrada por el demandante que la alega; sin embargo, en algunas situaciones se contempla la posibilidad de liberarse de la responsabilidad si los imputados prueban que el daño se produjo sin mediar negligencia por parte de ellos. Es el caso de los que tenían bajo su guarda a un incapaz (Artículo 2194), y los que asumían los daños causados por sus animales (Artículo 2192).

Por otro lado, si bien el Código de 1936 continua bajo el imperio del principio de la culpa, al momento de regular los aspectos relativos a la responsabilidad civil extracontractual (Artículo 1136) también posibilita la presencia de algunos atisbos de objetivación, sobre todo en la realización de actividades riesgosas, tanto en la aplicación de la ley, como al momento de su interpretación<sup>148</sup>.

La responsabilidad está referida pues, al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares, bien se trate de danos producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria o contractual, o bien se trate de daños que sean

---

<sup>148</sup> LEÓN BARANDIARAN J. Curso Del Acto Jurídico, con referencia al proyecto del Código Civil Peruano. Lima: 1993. Pág. 76.

producto de una conducta que no deriva de ningún vínculo de orden contractual entre los sujetos<sup>149</sup>. Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o aun 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; entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual. En consecuencia, es posible afirmar que la responsabilidad civil descansa sobre un deber jurídico general de no hacer daño a nadie.

Ahora bien, los criterios de imputación en materia de responsabilidad civil extracontractual se fundamentan en dos pilares:

- La Responsabilidad Subjetiva, contemplada en el Artículo 1969 del Código Civil, siendo sus elementos la determinación de la culpa por acción u omisión del agente y la determinación del dolo del ofensor.
- La Responsabilidad Objetiva, que se aplica en el empleo de cosas o actividades riesgosas y peligrosas (Artículo 1970 del Código Civil de 1984), no requiriéndose que medie una conducta dolosa o culposa, sino la existencia de un nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa y el daño causado.

### **2.3 Elementos de la responsabilidad**

La responsabilidad civil extracontractual está conformada por los siguientes elementos:

- La antijuridicidad.
- El daño.

---

<sup>149</sup> TABOADA CÓRDOVA L. Elementos De La Responsabilidad Civil. Segunda Edición. Grijley; 2003. Pág. 29.

- El nexa causal.
  - Los factores de atribución.
- a) Antijuricidad: Se refiere a todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, ya sea por contravenir una norma, la moral o las buenas costumbres.
- b) El daño: Es la lesión de un interés jurídicamente protegido. 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.
- c) Nexa causal: Podemos definirlo como la relación existente entre el hecho y el daño propiamente dicho que es una relación de causa-efecto.
- d) Los factores de atribución: Podemos resumir los factores de atribución en la pregunta: a título de que se es responsable? Viene a ser el fundamento del deber de indemnizar. Existen dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentado en distintos criterios denominados factores de atribución.

#### **2.4 Sistema subjetivo**

En este sistema se hace referencia al dolo y a la culpa del agente:

- Dolo. En derecho tiene diversas acepciones. En sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño; por ello entendemos al dolo como la voluntad o el ánimo deliberado de la persona de causar el daño. Se presenta desempeñando una triple función: i) Dolo como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídica, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones

diferentes; en este caso puede ser el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio; ii) En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de un hecho; y iii) En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. Es un concepto que ha tomado la responsabilidad civil, y que normalmente se había confinado al campo penal. Adicionalmente, el dolo puede ser dolo directo, si el sujeto actúa para provocar el daño; y dolo eventual, en el cual no se actúa para dañar, pues la persona representa la posibilidad de un resultado dañoso que no descarta, asumiendo el riesgo de que su conducta pueda causar un daño. Por ejemplo: Mario conduce un vehículo a excesiva velocidad, asumiendo que con esa conducta puede ocasionar un accidente.

- Culpa. La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil (fluye claramente del Artículo 1969 del Código Civil) y, ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligada a demostrar la existencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil, presume la culpa del autor en el daño causado. Por otro lado, la culpa puede presentarse de dos maneras: i) Culpa objetiva o culpa in abstracto, que viene a ser la culpa por violación de las leyes; el ordenamiento determina el parámetro de comportamiento y si la persona no cumple es responsable; ii) Culpa subjetiva o culpa in concreto que se basa en las características personales del agente. Este tipo de culpa comprende la conducta imprudente y negligente<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> ORGAZ A El Daño Resarcible. Actos Ilícitos. Buenos Aires: Depalma; 1967. Pág. 47.

## 2.5 Sistema objetivo

El sistema de responsabilidad objetiva se basa en la noción del riesgo creado. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “riesgo” es una contingencia o proximidad de un daño, mientras que “peligroso” es todo “aquello que tiene riesgo o puede ocasionar daño”. Para la doctrina, el riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario, tal como el que se genera mediante el empleo de automotores, artefactos eléctricos, cocinas a gas, ascensores, armas de fuego, insecticidas, medicamentos, actividades industriales, etc.

En este tipo de daños no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el perjuicio, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al normal, por lo que merece la calificación de “riesgoso”. Haya sido el autor culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa. Se observa entonces que la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil adquiriendo, por el contrario, importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal.

El sistema objetivo de responsabilidad civil no pretende que en los daños que se hayan causado a través de bienes o actividades riesgosas no exista la culpa del autor; lo que se persigue es la abstracción de dicho concepto, de tal modo que la existencia de culpa sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil, debiendo acreditarse únicamente el daño, la relación causal, y la calidad del bien o de la actividad realizada.

Cabe agregar que la calificación de un bien o actividad como riesgosa y peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerada riesgosa. Esta calificación

depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso suponga un riesgo adicional al común y ordinario, como sucede con las armas de fuego o con los vehículos.

## **2.6 Unión de hecho**

La unión de hecho puede ser definida como un ayuntamiento libre, público y permanente o estable de dos personas de distinto sexo, con independencia de su orientación sexual, siempre que guarden entre sí una relación de afectividad análoga con el matrimonio<sup>151</sup>.

## **2.7 Elementos de la unión de hecho**

Nuestra Constitución Política, en su artículo 5 señala: “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 sociedad de gananciales”.

Significa que la unión de hecho en el caso de sus integrantes hayan adquirido bienes susceptibles de partición, estos quedan sometidos al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable; es decir garantiza el derecho patrimonial de la pareja o de cada uno de ellos.

Paralelamente, el artículo 326 del Código Civil, dispone; “La unión de hecho, voluntariamente realizada por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada

---

<sup>151</sup> MONTOYA CALLE M. Matrimonio y Separación De Hecho. Lima: Editorial San Marcos; 2006. Pág. 83.

puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez podrá conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo el interesado tiene expedita, en su caso la acción de enriquecimiento indebido”.

Es decir, pues, la pareja que se encuentra viviendo como una unión de hecho, estable y permanente que reúna los requisitos exigidos por la ley, genera una sociedad de gananciales respecto del patrimonio que hubiere generado dicha unión de hecho.

Los elementos de unión de hecho exigidos por el artículo 326 del Código Civil, son: cohabitación consensual; singularidad de la pareja; ausencia de impedimento matrimonial; permanencia o estabilidad; y estado aparente de familia.

No obstante, según los estudiosos que tratan y conocen sobre la materia, los elementos del concubinato o de la unión de hecho son: cohabitación consensual, notoriedad pública, singularidad de la pareja, estabilidad continua, ausencia de impedimento matrimonial y estado aparente de familia.

## **2.8 La unión de hecho es un sujeto de derecho**

Nuestro ordenamiento civil solo reconoce, en forma expresa, cuatro sujetos de derecho: a) La Persona Natural; b) La Persona Jurídica; c) El Concebido; y d) La Persona Jurídica No Inscrita, conforme a la normativa contenida en los Artículos 1, 76, 124, 127, y 130 del Código Civil.

El jurista nacional Carlos Fernández Sessarego señala que “Sujeto de Derecho” es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial- este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas<sup>152</sup>. En ese sentido, el hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo, y en uno u otro caso, el concepto de persona permanece inherente al ser humano.

El Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. En consecuencia, aplicando el argumento a contrario, podemos concluir que la ley se puede aplicar por analogía cuando favorece derechos. Con relación a la analogía, en el derecho se han trabajado cuatro argumentos que ayudan a la interpretación, entre los que puede destacarse el argumento a pari: “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”, y el argumento a fortiori que funciona en base al criterio de “con mayor razón”.

Fernández Sessarego explica magistralmente que la regulación de las personas jurídicas en el Código Civil de 1984 responde a una concepción tridimensional del Derecho. La aplicación de esta peculiar y comprensiva visión del fenómeno jurídico permite distinguir en la persona jurídica la presencia necesaria, simultánea y en recíproca exigencia de tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato normativo, por las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que las caracterizan y le otorgan sentido<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO C. Derecho De Las Personas. Octava Edición. Lima: Editora Grijley; 2001. Pág. 36.

<sup>153</sup> *Ibíd*em Pág. 181.

El citado autor también señala que son sujetos de derecho aquellas organizaciones de personas que no son formalmente “personas jurídicas” no obstante actuar como tales en la realidad social; es decir, cumplen fines valiosos (contribuyen al desarrollo económico y social), y solo les falta la inscripción para ser personas jurídicas, acto formal que puede ocurrir en cualquier momento, al igual que los convivientes que en cualquier momento pueden contraer nupcias.

Nosotros postulamos que el concubinato o unión de hecho cumple las tres dimensiones del derecho (hecho, valor y norma), como fenómeno jurídico digno de tutela especial, a través de su reconocimiento como sujeto de derecho:

- El aspecto normativo. El ordenamiento jurídico le confiere al concubinato derechos y deberes que son distintos a los de las personas naturales que la integran (comunidad de bienes).
- El aspecto factico, que se materializa en las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de la sociedad conyugal, con relaciones individuales internas (organización y economía familiar), y su exteriorización como patrimonio autónomo en sus relaciones externas.
- El aspecto axiológico, que se evidencia en los fines valiosos de la unión estable de los concubinos, en base a su función sistémica como soporte de la familia; es decir, consolida el desarrollo de la sociedad y preserva el Estado democrático.

Si las razones que expone el profesor Fernandez Sessarego justifican la regulación de las personas jurídicas y las organizaciones sociales no inscritas, como sujetos de derecho, con mayor razón o cuando menos por la misma razón, debe considerarse a la unión de hecho como sujeto de derecho, aplicando el argumento a pari.

Para sustentar nuestra tesis también podemos recurrir al método sistemático por comparación con otras normas, como procedimiento de interpretación consistente en esclarecer que quiere decir la norma, atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella<sup>154</sup>.

El Artículo 65 del Código Procesal Civil, norma adjetiva o formal, al regular la representación procesal del patrimonio autónomo, en apariencia, ha invadido funciones propias de los códigos sustantivos, al definir nuevos derechos que no estaban expresamente reconocidos en el Código Civil y que algunos autores han denominado entes no personificados; así, se ha establecido que: “Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica” (el subrayado es nuestro).

En párrafo seguido se establece que la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso el Artículo 93 del Código Adjetivo que se refiere al litisconsorcio necesario. Tal regulación habría conferido a la unión estable de varón y mujer, que forman una comunidad de bienes, un estatus de sujeto de derecho como ente susceptible de imputación de deberes y derechos subjetivos.

## **2.9 La familia y la unión de hecho en el ordenamiento constitucional y en el sistema internacional de derechos humanos**

El profesor italiano Giancarlo Rolla resalta la influencia de la normativa y la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales, generándose un verdadero bloque de constitucionalidad que permite al

---

<sup>154</sup> RUBIO CORREA M. El Sistema Jurídico – Introducción Al Derecho. Octava Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP; 1999. Pág.267.

derecho nacional especificar e implementar sus principios y establecer sus propios estándares de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal en particular<sup>13</sup>; es decir, el ordenamiento supranacional en materia de derechos humanos puede otorgar un plus de protección, aunque no esté positivizado en el ordenamiento interno.

El Artículo 1 de la Constitución Peruana de 1993 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 su vez la persona humana tiene que propiciar relaciones de coexistencia pacífica y contribuir al fortalecimiento del Estado democrático; para tales fines, el ordenamiento jurídico crea nuevas figuras o instituciones jurídicas con la finalidad de garantizar la subsistencia de la familia, la sociedad y el Estado.

Recordemos el Tercer Párrafo del preámbulo de la Constitución de 1979 que a la letra señalaba que “la familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura”. En similar sentido el Artículo 4 de la vigente Carta Magna establece la protección a la familia: “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. Si bien el matrimonio es una institución fundamental de la sociedad y del Estado pues como unión de derecho garantiza con mayor estabilidad la constitución de una familia, es decir, una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino; no es menos cierto que el concubinato, como unión de hecho, también cumple similares fines a los del matrimonio.

El Artículo 5 de la Constitución Política del Perú, que reconoce al concubinato como la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que al formar un hogar de hecho dan lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Asimismo, asumiendo dicha protección constitucional, el Código Civil en su Artículo 326 contempla que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

En consonancia con las normas constitucionales antes referidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Ya en 1948 se estableció en la Declaración que la familia se constituía en el momento en que un hombre y una mujer decidieron libremente unirse y que se ampliaba con la procreación de los hijos como fruto natural de la unión. En el mismo sentido, el Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida.

## **2.10 Derechos patrimoniales y personales de los concubinos<sup>155</sup>**

### **a. Incidencia en relación al vínculo matrimonial**

El hecho de vivir en concubinato, quien mantiene un vínculo matrimonial con otra persona, determina consecuencias tanto en el plano de las relaciones personales como en el de las patrimoniales derivadas del matrimonio.

---

<sup>155</sup> PÉREZ UREÑA A. Uniones de hecho, estudio práctico de sus efectos civiles. Madrid: Edisofer; 2000

### **b. Cesación del derecho alimentario**

Declarada la separación personal o el divorcio vincular, tanto los alimentos previstos para el cónyuge inocente como los de extrema necesidad, cesan si el alimentario vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el alimentante o, en caso de divorcio vincular, si contrae nuevo matrimonio.

Resulta razonable que quien ya ha formado un nuevo hogar, conviviendo con otra persona, compartiendo la vida en sus diversos aspectos, no requiera alimentos de quien fue su cónyuge, pues debe hallar en el ámbito del nuevo hogar la satisfacción de sus necesidades. Además, el cónyuge que obtuvo separación personal puede convertir ésta en divorcio vincular y, tras ello, volver a casarse, con lo que perdería su derecho a alimentos del anterior cónyuge. Si en lugar de adoptar este camino que la ley le ofrece, se une en concubinato absteniéndose de disolver el vínculo matrimonial anterior, esta actitud puede implicar una circunventio legis que la ley previene disponiendo la cesación de los alimentos en caso de concubinato.

### **c. Protección de la vivienda**

Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyo la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si ésta se declara y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo

En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer a favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación. También podrá declararse le

cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar. En el primero de dichos supuestos, se trata de proteger al cónyuge inocente de la separación o divorcio o al cónyuge enfermo. En el segundo caso, se trata de proteger la vivienda de esos cónyuge, pero por tratarse de un bien propio del otro, se le fija un canon que deberá abonar a éste.

Ambas situaciones cesaran si las circunstancias han variado y no se justifica mantener tales soluciones que implican, respectivamente, postergar la partición de la sociedad conyugal y no permitir al propietario del inmueble su libre disponibilidad. Pero también cesaran en los casos en que no subsista el derecho alimentario entre ellos, o sea cuando el cónyuge beneficiario vive en concubinato entre otros supuestos. Obviamente, los concubinos instalarían su hogar en la misma vivienda, cuyo uso se atribuyo al cónyuge, ya que de otro modo, la desocupación de ésta determinaría que el juez dispusiera la cesación del beneficio, sin necesidad de que se invoque o pruebe el concubinato.

#### **d. Adjudicación de la guarda de los hijos**

Prevalece el criterio razonable de que, aun cuando uno de los progenitores viva en concubinato, el otorgamiento de la guarda se resolverá conforme al conjunto de circunstancias que señalan cual es la conveniencia del menor: la situación imperante, ya que no conviene cambiar innecesariamente al menor del hogar en que habita, y donde tiene contruidos sus hábitos; el sexo, ya que tratándose de una niña parece más razonable que viva con su madre; el ámbito que en el hogar del progenitor tiene para desarrollar su propio hábitat; la compañía con la que efectivamente cuenta en el hogar de uno u otro de sus padres, ya que será conveniente otorgar la guarda a quien pasara la mayor parte de su tiempo con el niño.

Y entre los elementos fácticos, la relación concubinaria debe ser juzgada en cada caso particular, evaluando su estabilidad, el decoro de la relación, la falta de perturbación de las imágenes paterna y materna del niño, lo que depende del trato que existe entre éste y la nueva pareja de su padre o madre, y el respeto que en el hogar concubinario se manifiesta hacia el otro progenitor.

En resumen, el interés del niño debe ser analizado según las peculiaridades que presenta cada caso, y no basándose en una mera fórmula como es la descalificación general del progenitor que vive en concubinato. Cuando ambos progenitores viven en concubinato, la jurisprudencia ha evaluado las restantes circunstancias fácticas para la adjudicación de la guarda, entre ellas la situación imperante, manteniendo así al niño en el hogar en que ya habita.

#### **e. Régimen de visitas**

El hecho de vivir en concubinato el progenitor que no tiene la guarda de los hijos, también puede incidir en el régimen de visitas que en relación a él se fije judicialmente. Con anterioridad se ha negado el derecho del hijo que vive, por ejemplo, con su madre, a pernoctar en el domicilio del padre que ejerce el derecho de visitas, por el solo hecho de que éste ha formado una nueva pareja y vive en concubinato. Tal criterio se ha fundado en sostener la inmoralidad del concubinato.

Criticamos esa tendencia jurisprudencial. No debe olvidarse que el interés del menor, su conveniencia, debe prevalecer en las decisiones que, acerca de su guarda y visitas, se adopten; y esta prevalencia debe imponerse a preconceptos y prejuicios. El nuevo hogar que ha formado el padre, y que puede tener ya muchos años de regular y normal asentamiento, no puede, incluso, constituirse en un elemento capaz de deformar la conciencia moral

del hijo; afirmar esto es desconocer no solo la realidad, sino también elementales enseñanzas que integran la formación del niño.

De manera que, si los elementos de prueba demuestran que el niño no sufre perjuicio por visitar o pernoctar en el nuevo hogar del padre, ya que obtiene de él un trato afectuoso, por ser regular la relación de aquel con su compañera, por no atacarse, en ese hogar, la imagen materna, ni pretender tampoco reemplazarla por la de la actual mujer del padre, si se trata de un hogar establecido desde tiempo atrás, que tiene por tanto características de estabilidad, nos parece contrario a los objetivos que debe perseguir una resolución sobre régimen de visita, negar la posibilidad de que el niño pernocte en el hogar del padre por la sola circunstancia de que en él también se encuentre su actual compañera.

Actualmente prevalece el criterio de considerar el concubinato de quien ejerce el derecho de visita solo como uno de los elementos fácticos que se tienen en cuenta para el análisis de la conveniencia del menor, admitiéndose que éste concurra al domicilio de su padre y pernocte en él, cuando se advierte que no se pretende sustituir, a través de la concubina del progenitor, la imagen materna, sosteniéndose la relación concubinaria con el decora natural de una pareja que convive de manera estable.

### **3. Antecedentes Del Problema**

No se han ubicado trabajos de investigación al respecto, en la provincia de Arequipa. En cuanto a libros después de haber revisado el catálogo de libros de la Biblioteca Nacional, por la que se tiene que no existen libros referentes al tema de investigación. También se realizó la búsqueda en el catálogo de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores, y no se ha encontrado ningún trabajo similar al propuesto.

#### 4. Objetivos

- Explicar cuál es la necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite que permita garantizar sus derechos patrimoniales y personales.
- Analizar cuáles son los criterios jurídicos para determinar el pago de una indemnización por daño moral al conviviente supérstite.
- Examinar cuáles son los fundamentos jurídicos para garantizar el respeto a los derechos patrimoniales y personales del conviviente supérstite.

#### 5. Hipótesis

**DADO QUE:** El concubinato produce derechos patrimoniales y personales semejantes al matrimonio, dado que viven en posesión de estado matrimonial, pero sin embargo, el Estado y nuestra normatividad vigente no les reconocen muchos derechos patrimoniales y personales que los limitan en muchas esferas de su vida.

**POR LO QUE ES PROBABLE:** Que sea necesario regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar sus derechos patrimoniales y personales, pues la falta de dicha regulación, evidencia una constante afectación de dichos derechos, que urgen de medios normativos y materiales más idóneos.

## PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

### 1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN

Para ambas variables, se empleará las siguientes técnicas e instrumentos descritos en el tabla adjunto.

#### CUADRO DE COHERENCIAS

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE INDEPENDIENTE	Necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ámbito del resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite</li> <li>• Daño al proyecto de vida del conviviente supérstite</li> <li>• Cuantificación y resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite</li> <li>• Criterios para calcular el daño moral a favor del conviviente supérstite</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Observación directa</li> <li>• Observación documental</li> <li>• Encuesta</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ficha bibliográfica</li> <li>• Ficha documental</li> <li>• Cédula de preguntas</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Importancia del resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite</li> </ul>		
VARIABLE DEPENDIENTE	Protección de los derechos patrimoniales y personales del concubinato	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Situación actual de los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> <li>• Alcances de los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> <li>• Importancia de los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> <li>• Afectación de sus derechos patrimoniales y personales</li> <li>• Tratamiento normativo para los derechos patrimoniales y personales del concubinato</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Observación directa</li> <li>• Observación documental</li> <li>• Encuesta</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ficha bibliográfica</li> <li>• Ficha documental</li> <li>• Cédula de preguntas</li> </ul>

## 2. PROTOTIPO DE INSTRUMENTOS

### 3.1.1. FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

Código:

### 3.1.2. FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO o CITA:

LOCALIZACIÓN:

### 3.1.3. CEDULA DE PREGUNTAS

Responda a las siguientes preguntas en forma breve:

Fiscales ( )

Jueces ( )

Abogados ( )

1.- ¿Considera usted que el conviviente supérstite se encuentra protegido por nuestro ordenamiento jurídico?

Si ( ) No ( )

¿Porqué? \_\_\_\_\_

2.- ¿Considera usted que el conviviente supérstite sufre daño moral por la muerte de su concubino en el Perú?

Si ( ) No ( )

¿Porqué? \_\_\_\_\_

3.- ¿Considera usted que el conviviente supérstite puede recibir resarcimiento por daño moral en nuestro ordenamiento jurídico?

Si ( ) No ( )

¿Porqué? \_\_\_\_\_

4.- ¿Considera Usted que los derechos patrimoniales y personales de las uniones de hecho se garantizan en el Perú?

Si ( ) No ( )

¿Porqué? \_\_\_\_\_

**5.- ¿Considera Usted posible regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite en nuestro ordenamiento jurídico?**

Si ( )

No ( )

¿Porqué?\_\_\_\_\_

**6.- ¿Cuales son los derechos patrimoniales con los que cuenta las uniones de hecho en nuestro ordenamiento jurídico?**

¿Cuáles?\_\_\_\_\_

**7.- ¿Cuales son los derechos patrimoniales de los concubinos que se garantizaran con la regulación de dicho resarcimiento?**

¿Cuáles?\_\_\_\_\_

**8.- ¿Cuales son los derechos personales con los que cuenta las uniones de hecho en nuestro ordenamiento jurídico?**

¿Cuáles?\_\_\_\_\_

**9.- ¿Cuales son los derechos personales de los concubinos que se garantizaran con la regulación de dicho resarcimiento?**

¿Cuáles?\_\_\_\_\_

**10.- ¿Cuales son los criterios jurídicos que se deben tomar en cuenta para dicha regulación en nuestro ordenamiento jurídico?**

¿Cuáles?\_\_\_\_\_

### **3. CAMPO DE VERIFICACIÓN**

#### **3.1 UBICACIÓN ESPACIAL**

Jueces, Fiscales y Abogados especialistas en derecho constitucional-civil, quienes opinaran sobre la necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar sus derechos patrimoniales y personales.

#### **3.2 UBICACIÓN TEMPORAL**

La presente investigación abarca desde el mes de enero a diciembre del año 2017.

### **4. UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA**

Para la investigación documental las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia constitucional y civil que contemplan el daño moral, el concubinato y los derechos patrimoniales y personales de las uniones de hecho como son: La Constitución Política, el Código Civil, el Código Procesal Civil y doctrina en general.

Para la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio los Jueces, Fiscales y Abogados especialistas en derecho constitucional-civil, quienes opinaran sobre la necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar sus derechos patrimoniales y personales, durante los meses de enero a diciembre del año 2017, los mismos que fueron seleccionados mediante el muestreo no probabilístico discrecional, es decir en base al conocimiento y juicio del investigador, que suman un total de 60 personas y en vista que el universo no es muy numeroso, se tomará todo el universo en su conjunto; los cuales se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

UNIDADES DE ESTUDIO	MUESTREO
Fiscales	30
Jueces	30
Abogados	60
<b>TOTAL</b>	<b>60</b>

Se ha determinado un número de 60 personas que serán seleccionadas de la siguiente manera:

- Entre las edades de 25 a 50 años
- Del sexo masculino y femenino indistintamente
- Con trabajo eventual o permanente
- En ejercicio de la profesión

## 5. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por el propio investigador y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho, en cuanto a lo parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas así como la que se obtenga vía internet que serán consignadas en fichas bibliográficas y documentales.

La información de campo de los Jueces, Fiscales y Abogados especialistas en derecho constitucional-civil, quienes opinaran sobre la necesidad de regular el resarcimiento del daño moral a favor del conviviente supérstite para garantizar sus derechos patrimoniales y personales, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y como instrumento de campo la encuesta realizada a dichos procesos donde se

consignarán los datos, para posteriormente trasladar los datos a la matriz del registro correspondiente.

Después de efectuar el trabajo de campo, se realiza la encuesta dirigida a los Jueces, Fiscales y Abogados especialistas en derecho constitucional-civil, posteriormente se seleccionará las respuestas de acuerdo y en concordancia a las variables formuladas y si es necesario se realizará las codificaciones respectivas, siguiendo la secuencia de Prueba piloto para validar instrumentos: Aplicación de Instrumentos, Revisión, Depuración, Extracción de respuestas viciadas o incongruentes, Ordenación, Clasificación, Tabulación, y Graficación de datos. Una vez que se ha seleccionado, recopilado y ordenado por variables y representado por el investigador se almacenará toda esta información de los datos recolectados en una matriz de datos, obtenidos de la encuesta adquirida de acuerdo a la muestra representativa, considerado las unidades de análisis, las variables y el determinado valor que cada unidad asume para cada variable.

Toda la información clasificada y almacenada en la matriz de datos, se trasladará a un procesador de sistema computarizado que permita realizar las técnicas estadísticas apropiadas, para lo cual se debe tener en cuenta a utilizar en la contrastación de las hipótesis. Para elaborar el sistema de Códigos, Clasificación de datos según codificación, escala, nivel de medición de variables; si es posible la aplicación del Programa Estadístico SPSS y la presentación de los datos en tablas y gráficos.