

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



**“CUANDO LA SUBJETIVIDAD JUEGA EN CONTRA: ANÁLISIS DE LOS
CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN USADOS POR LOS JUECES Y LA
DEBIDA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS EN PROCESOS DE
INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
POR DAÑO MORAL TRAMITADOS EN EL MÓDULO DE JUSTICIA DE
PAUCARPATA- AREQUIPA, 2010-2016”**

Tesis presentada por el Bachiller:

OSCAR ENRIQUE GAMERO GONZALES

Para optar el grado Académico de:

**MAESTRO EN DERECHO PROCESAL Y
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Asesor: Dr. LUIS VARGAS FERNÁNDEZ

AREQUIPA – PERÚ

2017



A mis padres, por su apoyo incondicional, su constante exigencia, por el gran ejemplo y educación que me brindaron; a mi Papá Oscar, que me cuida siempre desde el cielo; a *ella; sí a ella*, por su apoyo incondicional en todo momento, esperando que regrese nuevamente; a mis verdaderos amigos, por la amistad brindada y las sonrisas arrancadas; y a la vida, por haberme rodeado de buenas personas, y haberme reservado siempre lo mejor.

ÍNDICE

Resumen de la Investigación	Pág. 5
Abstract	Pág. 7
Introducción	Pág. 9
Capítulo I: Indemnización Por Daños y Perjuicios y Responsabilidad Civil Extracontractual	Pág. 11
1.1.- Indemnización por Daños y Perjuicios	Pág. 12
1.2.- La Responsabilidad Civil Extracontractual	Pág. 14
a) Definición	Pág. 14
b) Teorías sobre la responsabilidad extracontractual	Pág. 14
La responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa	Pág. 14
La responsabilidad objetiva	Pág. 15
c) Elementos Constitutivos	Pág. 16
c.1) Antijuricidad.....	Pág. 16
c.2) Daño Causado	Pág. 19
c.3) Relación de Causalidad o Nexo Causal.....	Pág. 22
c.4) Factor de Atribución	Pág. 24
Capítulo II: El Daño Moral, La Sentencia Judicial y La Debida Motivación.....	Pág. 29
El Daño Moral	Pág. 30
2.1.- Definición del Daño Moral	Pág. 30
2.2.- Daño Moral en el Tiempo	Pág. 31
2.3.- Regulación en el Código Civil Peruano	Pág. 32
2.4.- Legislación Comparada.....	Pág. 33
2.5.- El Fundamento de la Indemnización del Daño Moral.....	Pág. 36
2.6.- Principales inconvenientes respecto del daño moral.....	Pág. 37

2.7.- Criterios para otorgar resarcimientos/compensaciones por daño moral.....	Pág. 39
2.8.- Doctrinas en torno a la valoración del daño moral	Pág. 41
2.9.- Tarifación o regulación indicativa de la indemnización de daño moral.....	Pág. 46
2.10.- Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño moral.....	Pág. 53
La Sentencia Judicial.....	Pág. 56
2.11.- Definición.....	Pág. 56
2.12.- Tratamiento Legal.....	Pág. 56
2.13.- Clasificación de las sentencias.....	Pág. 58
La Motivación De Las Resoluciones Judiciales.....	Pág. 60
2.14.- Concepto.....	Pág. 62
2.15.- Funciones de la motivación.....	Pág. 62
2.16.- Contenido de la motivación y exigencias	Pág. 63
2.17.- Exigencias del contenido de la motivación.....	Pág. 64
2.18.- Motivación como justificación de la sentencia.....	Pág. 66
2.19.- Supuestos de vulneración del derecho.....	Pág. 67
2.20.- Algunos Pronunciamientos Jurisprudenciales Sobre la Motivación	Pág. 68
Capítulo III: Análisis Estadístico y Discusión de Resultados.....	Pág. 71
Conclusiones y Sugerencias	Pág. 92
Bibliografía.....	Pág. 96
Anexos.....	Pág. 99
Proyecto de Tesis	
Ficha de Recolección de Datos	

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

El daño moral debe entenderse como la afectación que sufre una persona en sus afectos, en sus sentimientos o creencias. Partiendo de esta idea, inferimos que por su propia naturaleza, el daño moral no podría ser acreditado fehacientemente con un documento y cuantificarlo en base a éste; por lo que corresponde al Juez analizar el problema, y al no contar con elementos objetivos para su valoración, corresponde efectuar un análisis con subjetividad, y así asignar un monto para reparar el daño moral ocasionado a la víctima.

Los jueces tienen el deber de pronunciarse al respecto y al hacerlo, están obligados a fundar lógicamente y legalmente su decisión, por lo que la motivación variará indefectiblemente dependiendo del caso en concreto y de la apreciación personal del Juez, teniendo en cuenta las circunstancias propias del daño producido, jugando la subjetividad, en muchos casos, un rol fundamental.

Con la presente investigación, se ha evidenciado que los Magistrados del 1°, 2° y 3° Juzgado Mixto de Paucarpata convertidos luego en ese orden en el 1° y 2° Juzgado Civil, y 1° Juzgado de Familia respectivamente, usan criterios subjetivos y muchas veces arbitrarios y carentes de motivación al momento de otorgar una indemnización por daño moral, y que el monto dispuesto como reparación por este daño ocasionado, en la mayoría de los casos, está muy por debajo del monto peticionado en la demanda.

Asimismo se ha evidenciado que, parte de la motivación aparente, comprende la invocación de artículos del Código Civil peruano sin realizar un mayor análisis de las implicancias y alcances de tales supuestos normativos; como pretendiendo que los mismos se expliquen por sí mismos y que éstos sean suficientes para sustentar su decisión.

Tanto la deficiencia normativa, la falta de doctrina uniforme en torno a la valoración y cuantificación de la indemnización por daño moral, así como la falta de jurisprudencia uniforme, conllevan indefectiblemente a que sea el Juez que con su propio criterio fije una indemnización que difiere mucho de la solicitada, lo cual, a todas luces genera incertidumbre jurídica a los justiciables.

PALABRAS CLAVE

Indemnización, Daño Moral; Motivación, Criterios Subjetivos.

ABSTRACT

Moral damage is to be understood as the effect that a person suffers in their affections, feelings or beliefs. Based on this idea, we infer that by its very nature, the moral damage could be uncredited convincingly with a document and quantify it based on this; so it corresponds to the Judge to analyze the problem, and by not having objective elements for their evaluation, corresponds to analyze it with subjectivity, and so to allocate an amount to repair the moral damage caused to the victim.

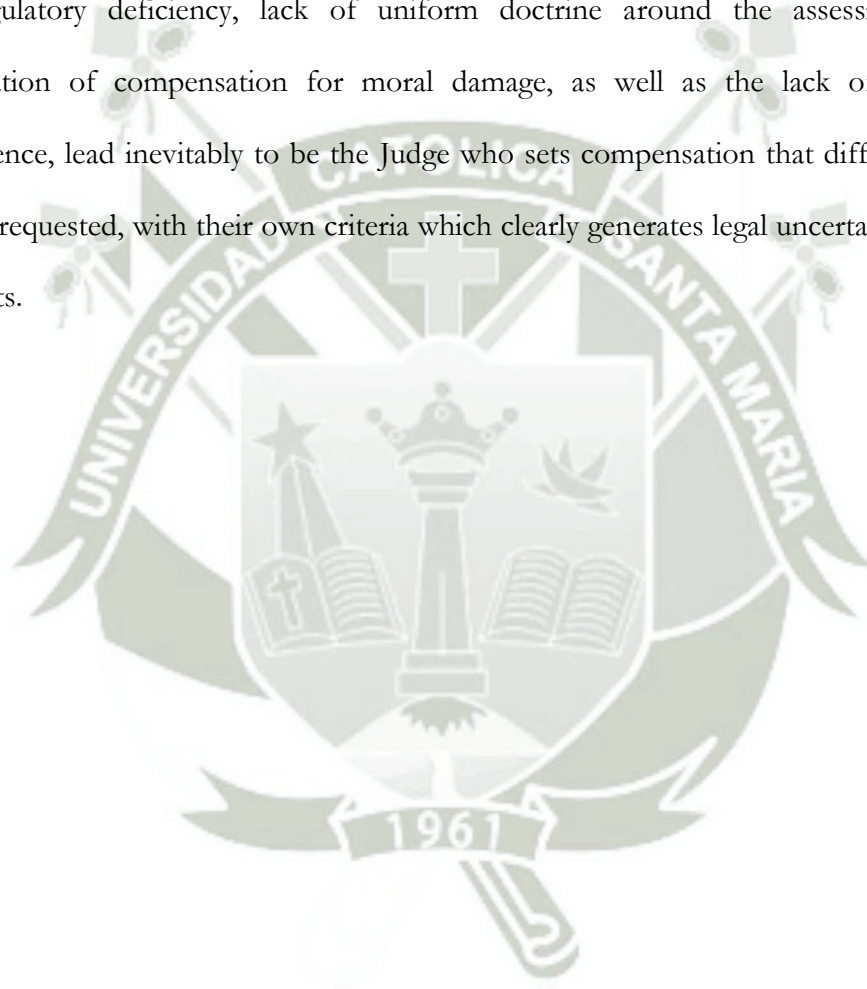
All Judges have the duty to speak out on the matter and in doing so, they are required to establish logical and legally its decision, so motivation will inevitably vary depending on the case in particular and the personal appreciation of the Judge, considering the circumstances of the damage caused, playing the subjectivity, in many cases, a critical role.

With the present investigation, it has been shown that the Judges of the 1°, 2° and 3° Mixed Court of Paucarpata, then converted in that order, in the 1° and 2 ° Civil Court and the 1° Family Court respectively, used subjective and often arbitrary criteria and lacking in motivation at the time of granting compensation for moral harm, and that the

amount arranged as reparation for the damage caused, in the majority of cases, is well below the amount requested in the application.

It has also shown that, part of apparent motivation, includes the invocation of the Peruvian Civil Code articles without making a further analysis of the implications and scope of such normative assumptions; as pretending that they explain themselves and that these are sufficient to sustain their decision.

Both regulatory deficiency, lack of uniform doctrine around the assessment and quantification of compensation for moral damage, as well as the lack of uniform jurisprudence, lead inevitably to be the Judge who sets compensation that differs greatly from the requested, with their own criteria which clearly generates legal uncertainty to the defendants.



INTRODUCCION

El trabajo de investigación titulado: “CUANDO LA SUBJETIVIDAD JUEGA EN CONTRA: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN USADOS POR LOS JUECES Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS EN PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO MORAL TRAMITADOS EN EL MÓDULO DE JUSTICIA DE PAUCARPATA, PAUCARPATA, 2010-2016”, tiene como principal objetivo dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las características del criterio que los Jueces emplean al fijar el quantum indemnizatorio por daño moral? ¿Cómo motivan los Jueces la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral en las sentencias? ¿Existen criterios de cuantificación de daño moral establecidos en jurisprudencia? ¿La magnitud y el menoscabo ocasionado a la víctima están relacionados a una valoración subjetiva por parte del Juez en los procesos de indemnización por daño moral?; y sobre la base de estas interrogantes determinar las dificultades por las que atraviesan los Magistrados de los Juzgados Civiles y de Familia (antes Juzgados Mixtos) del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata al momento de resolver casos donde se haya demandado el pago de una indemnización por daño moral, y cómo es que motivan sus sentencias y explican sus razonamientos para otorgar una suma diferente a la peticionada por los demandantes.

Los instrumentos utilizados fueron Fichas de Registros de Datos, ello a fin de recoger y clasificar la información recogida de la revisión de los expedientes judiciales tramitados ante los Juzgados Civiles y de Familia (antes Juzgados Mixtos) del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata; procediendo a consignar el petitorio de la demanda, para luego hacer un breve resumen de los hechos expuestos en el escrito de demanda y contestación, asimismo se consignaron cuáles fueron los medios probatorios ofrecidos por las partes procesales, y por último se recoge el criterio que ha usado el Magistrado para analizar la pretensión de indemnización de daño moral, la motivación esgrimida para tal fin y el fallo de la sentencia.


En el primer capítulo, se desarrolla el marco teórico en torno a la indemnización por daños y perjuicios, analizando además el tema de la responsabilidad extracontractual,

haciendo un análisis extenso de los elementos constitutivos del mismo y otras ideas generales para situarnos en el tema materia de investigación.

En el segundo capítulo, se desarrolla de manera pormenorizada el tema del daño moral que es materia de la presente investigación. Se toca su regulación en el Código Civil peruano, sus principales aspectos así como algunos criterios desarrollados por la doctrina para resarcir el daño moral, desarrollando además algunas doctrinas en torno a su valoración, para luego comparar tales aspectos con la doctrina italiana y las tablas de valoración elaboradas por los órganos jurisdiccionales de tal país. Asimismo se desarrollan conceptos básicos en torno a la sentencia judicial y a su debida motivación con aspectos puntuales que deben observar los Magistrados, así como las exigencias en cuanto a su contenido, los supuestos de vulneración, y resumiendo algunos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

En el tercer capítulo, se desarrolla estadísticamente la información recabada mediante las Fichas de Registros de Datos, haciendo además un análisis detallado de la información recogida explicando así cada uno de los gráficos; asimismo se presentan cuadros comparando los montos demandando y los montos otorgados por los Magistrados para notar la diferencia entre los mismos, para luego efectuar la discusión de resultados, analizando los criterios usados por los Magistrados para otorgar la indemnización por daño moral demandada, así también para analizar si los mismos están desarrollados, motivados y corroborados con los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Por último, y en cuanto a los resultados, éstos arrojan que efectivamente los criterios usados por los Magistrados son puramente subjetivos y carentes de motivación, sin un respaldo doctrinario o jurisprudencial, otorgando una indemnización en la mayoría de los casos muy por debajo del monto peticionado y generando inseguridad jurídica en los justiciables. Por otro lado, se presentan algunas sugerencias que bien podrían ser tomadas por los Magistrados para emitir pronunciamientos y criterios objetivos uniformes al momento de otorgar una indemnización por daño moral.



CAPÍTULO I:
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS y
RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL

1.1.- Indemnización por Daños y Perjuicios.-

Se denomina indemnización a la evaluación en dinero de la totalidad del daño resarcible, que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado. Con esa indemnización queda remediado el desequilibrio de orden jurídico provocado por el incumplimiento de la obligación, y restablecido el acreedor a la situación patrimonial que debió tener de no haber acaecido el hecho imputado al responsable. Con la determinación de los daños y perjuicios se persigue la finalidad de colocar al acreedor en una situación patrimonial equivalente a la que tendría si la obligación se hubiera cumplido. De este modo, se trata de remediar la inejecución del deudor, para que la conducta indebida de éste no se traduzca en desmedro de los bienes del acreedor. En suma, la indemnización de daños y perjuicios desempeña una función de equilibrio o nivelación. El acreedor fundaba en la satisfacción de la prestación debida, la legítima expectativa de obtener un determinado estado patrimonial. El incumplimiento del deudor ha frustrado esa expectativa. Lógico es que el derecho la restablezca poniendo a cargo del deudor las compensaciones pecunarias que sean suficientes para devolver al acreedor la situación patrimonial justamente esperada.¹

La indemnización de daños y perjuicios tiene los siguientes caracteres:

- a) En primer término es subsidiaria, en cuanto entre en reemplazo del cumplimiento específico, o en natura de la obligación. Suponer el incumplimiento del deudor y procura su remedio por la vía indirecta del sucedáneo².
- b) En segundo lugar, la indemnización es pecuniaria, en cuando se concede en dinero. La reparación de un daño puede efectuarse de modos distintos: en especie o en dinero. La reparación se hace en especie, mediante la reposición del estado material de las cosas a la situación precedente a la realización del hecho dañoso. Por ejemplo, si se produce un choque de automóviles, el culpable debe subsanar los desperfectos del vehículo dañado: el hecho perjudicial origina una obligación de hacer. La reparación, en cambio, se hace en dinero, cuando el damnificado recibe una suma pecuniaria equivalente al valor del daño sufrido: el hecho perjudicial origina una obligación de valor que se mide con una suma de dinero³.

¹ CUEVA SEVILLANO, Alfonso, "Gran Diccionario Jurídico", Tomo II, A.F.A. Editores Importadores S.A., Lima, 2009, p.692.

² Ídem.

³ Ídem.

- c) En tercer lugar, la indemnización tiene un carácter resarcitorio y no punitivo. No se trata de castigar al responsable, sino de enjugar el detrimento soportado por el damnificado⁴.

La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.⁵

Al hablar de daños y perjuicios, tenemos que tocar indefectiblemente el tema de Responsabilidad Civil, distinguiéndose en ésta, dos formas. La primera, conocida como Responsabilidad Civil Contractual, es aquella en la que el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, derivada de la inexecución de obligaciones (incumplimiento total, cumplimiento parcial, cumplimiento tardío, o cumplimiento defectuoso). La segunda, llamada Responsabilidad Civil Extracontractual, en cambio, es aquella en la que el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro.

Durante muchísimo tiempo se debatió arduamente en la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños. Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro. Y esta es justamente la posición actual del Código Civil peruano, que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil. Por el contrario, la doctrina moderna, y desde hace mucho tiempo, es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y extracontractual.⁶

⁴ Ídem.

⁵ TABOADA CORDOVA, Lizardo, "Elementos de la Responsabilidad Civil", Editorial Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2001, p. 25.

⁶ Idem, p. 26.

1.2.- La Responsabilidad Civil Extracontractual.-

La vida moderna es indudablemente riesgosa, y todos estamos expuestos a daños que no podemos evitar porque no dependen de cada uno de nosotros sino de los demás. Por eso se hace indispensable afirmar los mecanismos jurídicos que permitan tratar socialmente tales daños, notando que en última instancia todo el sistema de responsabilidad extracontractual no es sino un mecanismo que persigue asignar individualmente y eventualmente redistribuir cierto tipo de pérdidas económicas, de acuerdo con criterios que la sociedad considera justos. El daño directo lo sufre siempre la víctima, con independencia de lo que se prevea jurídicamente sobre la responsabilidad extracontractual: es ella la que tiene su automóvil destrozado o la que sufre las heridas o eventualmente muere.⁷

a) **Definición:** La responsabilidad civil extracontractual es la que surge de una relación entre dos sujetos, que están vinculados por imperio de la Ley y como consecuencia de un hecho determinado. Lo que se viola no es un deber propio, sino un deber genérico que es impuesto por la Ley. Es la que consiste en indemnizar los daños causados con la violación del deber general de no dañar a otro, sin que preexista una obligación concreta que se incumple⁸.

b) Teorías sobre la responsabilidad extracontractual:

- **La responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa:** Coloca el peso económico en quien considera “culpable” del daño. Esto significa que, para esa teoría, todo daño tiene un agente provocador, una mano escondida que arrojó la piedra; siempre hay un “asesino” oculto detrás de la cortina de los hechos. El juez tiene, en entonces, que desenmascararlo, tiene que establecer la paternidad del daño. Por consiguiente, si el culpable es la propia víctima, esta queda sin reparación: lo que equivale a decir que el peso económico del daño lo asume ella misma. Si el culpable es el causante,

⁷ Idem, p. 30.

⁸ TORRES VASQUEZ, Anibal, “Código Civil”, Tomo II, Séptima Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 907.

el peso económico se traslada a dicho causante por la vía de la obligación de pagar una reparación⁹.

Esta teoría de la culpa no pudo soportar la inflación de riesgos que es propia del mundo moderno. Ante tal cantidad de víctimas que demandaban una reparación, la teoría de la culpa resultó un expediente engorroso para resolver el problema de la asignación del peso económico del daño. ¿Cómo pedirle a cada accidentado que probara la culpa del causante para tener derecho a reparación? ¿Cómo exigir, por ejemplo, que los parientes de las víctimas de un accidente de aviación prueben la culpa del piloto? ¿O que la persona que se intoxicó con un determinado producto vendido en el mercado pruebe que hubo culpa no mera relación de causalidad, sino culpa del fabricante?¹⁰

Todo ello lleva a una objetivación de la responsabilidad por dos caminos. Uno más tímido, más tradicional; el otro más osado pero también más espinoso. El primero consistió en mantener la teoría de la culpa, pero invirtiendo la carga de la prueba; el segundo consistió en formular una nueva teoría que se denominó de responsabilidad objetiva.¹¹

- **La responsabilidad objetiva:** De acuerdo con esta teoría, el juez podía olvidar la búsqueda de la paternidad del daño; todo lo que tenía que establecer para asignar una indemnización era el nexo causal. Y en esta forma, un gran número de víctimas pudo obtener una reparación sin tener que recurrir a proezas judiciales casi imposibles como la probanza de la culpa del agente ni tampoco verse envuelta en farragosos y largos juicios en los que el causante pretendía descargarse a responsabilidad probando su falta de culpa, como en la teoría de la inversión de la carga de la prueba. Pero esta teoría no explicaba la razón por la que una persona sin haberse probado su culpa debía ser de alguna manera castigada con el peso económico del daño; frente a la víctima real del daño se creaba una víctima económica, aparentemente en forma tan irracional como el azar que produce el daño directo. La teoría objetiva pretensión encontrar una justificación en el

⁹ RUBIO CORREA, Marcial; VIDAL RAMIREZ, Fernando; CORNEJO CHAVEZ, Hector; AVENDAÑO V., Jorge; CARDENAS QUIROZ, Carlos; OSTERLING PARODI, Felipe; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; BIGIO CHREM, Jack; DE TRAZÉGNIES GRANDA, Fernando; "Para Leer El Código Civil", Tomo I, Décima Edición, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima, 1997, p. 205.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

principio del riesgo creado: se dijo que quien crea un riesgo y se beneficia con él debe soportar su consecuencia. Pero ante cada situación precisa es muy difícil establecer la persona que crea el riesgo; de un accidente de automóvil lo crean los dos choferes que chocan entre sí o incluso el peatón que sale a caminar por las calles y que resulta atropellado¹².

Características:

- ↳ En las partes involucradas no existe trato previo. No se han vinculado voluntariamente.
- ↳ La vinculación existente entre las partes obedece a un mandato legal y no a un acuerdo convencional.
- ↳ Las consecuencias son más amplias, porque la víctima puede reclamar una indemnización que comprenda, además del daño mismo, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. (Artículo 1985 C.C.)
- ↳ El agraviado solo tiene que probar el daño y se presume el dolo o la culpa. El descargo de falta de dolo corresponde a su autor. (Artículo 1969 C.C.)
- ↳ El plazo de prescripción es más breve, el cual es de dos años (Artículo 2001, inciso 4 C.C.)

c) Elementos Constitutivos

c.1) Antijuricidad.-

La mayor parte de los autores, consideran que la antijuricidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, por cuanto se entiende que sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, norma imperativa, reglas de orden público o reglas de convivencia social (buenas costumbres). La antijuricidad es, pues, el elemento caracterizador de los hechos jurídicos voluntarios ilícitos que originan u supuesto de responsabilidad civil, así como respecto de los hechos jurídicos voluntarios con declaración de voluntad que constituyen los denominados actos jurídicos. La doctrina es unánime

¹² *Ibíd*em, p. 205-206.

en señalar que uno de los aspectos fundamentales que los caracterizan es justamente por el contrario a la licitud¹³.

Debe entenderse que sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando: Se causa daño a otro mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, o cuando se contraviene una norma imperativa, los principios que conforman el Orden Público, o las reglas de convivencia social que constituyen las Buenas Costumbres; por ende, no habrá responsabilidad si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo permitido por el Derecho, es decir no existirá responsabilidad civil en los casos de daños causados en el ejercicio regular de un derecho, tal como lo establece el artículo 1971 del Código Civil, el cual proscribe que:

“Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

- 1. En el ejercicio regular de un derecho.*
- 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
- 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.*

Cabe señalar que se puede hablar de dos clases de antijuricidad:

- **Típica:** Aquella que está específicamente prevista por la norma jurídica, ya sea expresa o tácitamente. Por estar prevista en la norma jurídica, no sólo es el resultado de una conducta tipificada legalmente como un delito penal, sino también puede resultar de una conducta que no esté permitida, sin que la misma llegue a constituir un delito, por tratarse simplemente de una conducta no permitida por el Derecho Privado. Esta aclaración resulta de fundamental importancia, por cuanto en nuestro medio existe el prejuicio infundada y generalizado de que solo es posible hablar de antijuricidad típica en los casos de conductas delictivas, como si las únicas conductas que estuvieran prohibidas por el ordenamiento jurídico, fueran aquellas tipificadas como delitos, olvidándose que existen muchas otras conductas prohibidas expresa o tácitamente por normas de derecho privado, sin ninguna implicancia de orden penal y que son en esencia,

¹³ TABOADA CORDOVA, Lizardo, Op. Cit., p. 36.

y al igual que las otras, conductas perfectamente antijurídicas¹⁴. Es evidente que en el caso de la Responsabilidad Civil Contractual la antijuricidad siempre será típica (artículo 1321 del Código Civil), puesto que deriva de la inexecución de obligaciones, siendo que éstas estarían plasmadas expresamente en un contrato.

- **Atípica o General:** La antijuricidad atípica o genérica no sólo es un concepto que se impone por la misma lógica del sistema, que no exige un vínculo obligacional previo entre los sujetos, sino por la misma necesidad de reparar o indemnizar daños que sean consecuencia de cualquier conducta, aun cuando la misma no se encuentre prohibida expresa o tácitamente por norma jurídica. La antijuricidad atípica o genérica es justamente lo que caracteriza la responsabilidad civil, y que permite diferenciarla nítidamente de la responsabilidad penal. La única manera de establecer cuando una conducta está prohibida genéricamente, es acudiendo al artículo V del Título Preliminar del Código Civil (Nulidad Virtual), y adicionalmente al criterio de valoración social en una determinada sociedad y en un momento histórico determinado. La razón de ser de la nulidad, genérica por cierto, es el que se trata de actos jurídicos cuyo contenido o finalidad es ilícita, por no estar en concordancia con los principios fundamentales que conforman el orden público, o las reglas de convivencia social aceptadas por todos los miembros de una comunidad en un momento histórico determinado que conforman lo que legalmente se denominan “buenas costumbres”. Si bien es cierto que una conducta ilícita no podrá nunca producir efectos jurídicos queridos o deseados por los sujetos, con mayor razón se puede afirmar, sin dudas de ninguna clase, que cuando se cause daño por intermedio de una conducta que atente contra el orden público o las buenas costumbres, existirá o nacerá en el mundo del Derecho la obligación legal de indemnizar a cargo del autor de esta conducta, sin que se necesario precisar si la conducta se encuentra o no específicamente prohibida o sancionada por una norma jurídica determinada. En otros términos, mediante una norma dirigida a sancionar con nulidad los actos jurídicos con contenido ilícito, el ordenamiento jurídico peruano de manera indirecta está consagrando un concepto genérico de antijuricidad o ilicitud, aplicable por cierto a la responsabilidad civil extracontractual¹⁵.

¹⁴ Idem, p. 40.

¹⁵ Idem, p. 47-49.

En suma, se podría decir que la antijuricidad atípica, es aquella prevista genéricamente por el ordenamiento jurídico. En el caso de la Responsabilidad Civil Extracontractual, a diferencia del anterior, las conductas que dan lugar no se encuentran expresamente previstas por el ordenamiento jurídico, siendo que los artículos 1969 y 1970 del Código Civil hacen referencia únicamente a la producción del daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiere podido ocasionar o causar, entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño, siempre que sea antijurídica, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

“Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

“Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

c.2) Daño Causado.-

Debe tenerse presente que en el campo de la responsabilidad civil lo que se busca es indemnizar los daños causados a fin de resarcir a las víctimas, por lo que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar, por lo que muchos autores la denominan “Derecho de Daños”¹⁶. El concepto de daño puede ser comprendido con dos significados de distinta extensión: 1) En sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; 2) En sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera – en determinadas circunstancias – una sanción patrimonial¹⁷.

En este sentido, un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil sin lugar a dudas es el aspecto subjetivo del daño causado, ‘pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, ya que en caso contrario no existiría ningún sustento para el nacimiento de dicha obligación legal de

¹⁶ NAVARRO ALBIÑA, René, “Contratos y Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Copiapó, Chile, 2007, p. 263.

¹⁷ CUEVA SEVILLANO, Alfonso, Op. Cit, p.336.

indemnizar. Como es evidente, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, siendo el aspecto fundamental el que se haya causado un daño, que deberá ser indemnizado. El objetivo de los sistemas de responsabilidad civil no es el sancionar las conductas antijurídicas, sino el que se indemnicen los daños causados; a diferencia del objetivo de la responsabilidad penal, que es, pues, la represión de los hechos jurídicos ilícitos tipificados legalmente como delitos, sancionando a sus autores. En tal sentido, puede haber delito sin daño, mientras que no puede haber hecho jurídico ilícito que origina responsabilidad civil sin daño¹⁸.

Categorías del daño:

En el entendido de que daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal, distinguiéndose dos categorías de daño:

- **Daño Patrimonial.**- Es el que consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada¹⁹. Este tipo de daño afecta la integridad del patrimonio como extensión externa de un derecho de la personalidad, verbigracia, derecho de la propiedad y la herencia; y cualquier otro de carácter patrimonial. se trata aquí de la afectación de una entidad diversa al sujeto de derecho “in se”²⁰. El daño patrimonial, a su vez se divide en dos categorías:
 - **Daño Emergente:** Que es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida. Es el empobrecimiento to que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa y súbita del daño. El evento dañoso sustrae aquí una utilidad que ya poseía el damnificado en su patrimonio antes de la verificación del daño evento. Se trata entonces de una sustracción de una utilidad

¹⁸ TABOADA CORDOVA, Lizardo, Op. Cit., p. 53-55.

¹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derechos de la Responsabilidad Civil”, Sexta Edición, Editorial Rhodas, Lima, 2011, p. 247.

²⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Análisis Sistemático del Código Civil: A Tres Décadas de su Promulgación”, Primera Edición, Instituto pacífico S.A.C., Lima, 2015, p. 511.

económica ya existente en el patrimonio del sujeto al momento de verificarse el daño²¹.

- **Lucro Cesante:** Que es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir. Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es la “ganancia patrimonial dejada de percibir” por el dañado²². Viene a estar representada por la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el evento dañoso. El lucro cesante, entonces, afecta a una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño evento; pero que bajo un juicio de probabilidad se habría obtenido de no haber tenido lugar el evento dañoso²³. Cabe mencionar que esta ganancia dejada de percibir debe ser de orden material y valorable económicamente; puesto que si el daño o lesión no se relacionan con lo productivo, corresponde a la órbita del daño moral.

En el caso de las Responsabilidad Extracontractual, el artículo 1985 establece que:

*“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.”*

Es evidente que cuando el artículo antes referido se refiere a las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, está aludiendo directamente a la pérdida patrimonial efectivamente sufrida por la conducta antijurídica, es decir, a la noción de Daño Emergente, siendo que el Lucro Cesante se encuentra expresamente previsto; por lo que en nuestro ordenamiento jurídico nacional, el daño patrimonial comprende las dos categorías ya indicadas.

²¹ Idem, pag. 511.

²² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 247.

²³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 512.

- **Daño Extrapatrimonial.**- Es el que tiene como objeto de protección los derechos de la personalidad, señalándose como presupuesto mínimo la infracción del “derecho general de la personalidad”. No existe un concepto claro, precisamente porque el objeto afectado es de lo más heterogéneo, además de existir problema de la reparación²⁴; sin embargo se puede decir que el daño extramatrimonial se divide en dos categorías:
 - **Daño Moral:** Denominado también agravio moral²⁵, que se entiende como la lesión a los sentimientos de la víctima que produce un gran dolor o aflicción, sin embargo no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de uno considerado socialmente digno y legítimo; por ejemplo la muerte de una persona causaría grave sufrimiento en su cónyuge y en sus hijos; no siendo así en el caso de una mujer casada que comete adulterio y convive con un hombre casado y éste fallece. Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, el tema del daño moral será analizado más a profundidad en el capítulo siguiente.
 - **Daño a la Persona:** El daño a la persona (denominado también daño subjetivo, no patrimonial, biológico, a la salud, extraeconómico, a la vida de relación, inmaterial, a la integridad psicosomática, no material) que es el agravio implicado con la violación de algunos derechos personalísimos (la vida, la integridad física, atentados al honor, la libertad, etc.); y afecta al ser de la persona, único ente que goza de libertad que le permite trazar su proyecto de vida de acuerdo a cierta escala de valores²⁶. Es decir, que se entiende como la lesión a la integridad física de la persona, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida. En el campo de la Responsabilidad Civil Extracontractual, el monto indemnizatorio depende únicamente de la existencia de una relación de causalidad adecuada, lo que significa que se indemnizan todos los daños y no interesa la calificación de previsibles o imprevisibles.

²⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Responsabilidad Civil II: Hacia una unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Maeria Civil, Penal y Laboral”, Editorial Rhodas, Lima, 2006, p. 186.

²⁵ DANIEL PIZARRO, Ramón, “Daño Moral”, 2° Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 58.

²⁶ TORRES VASQUEZ, Anibal, Op. Cit., p. 959.

c.3) Relación de Causalidad o Nexa Causal.-

Usualmente se suele entender que el nexa causal se define sobre la base de una relación de causa natural (relación causa-efecto), a la que la doctrina denomina causa sine qua non. Bajo tal concepción un daño es consecuencia de una acción, si se puede establecer como relación lógica que “de no haberse desarrollado la acción, esta consecuencia no habría ocurrido”.²⁷ Así por ejemplo, afirmaciones como: “si el vehículo no hubiera estado circulando, el peatón no hubiera sido atropellado” o “si no hubiera lanzado la piedra la cabeza no se hubiera roto”; reflejan esta idea. Con ello, la circulación del vehículo sería la causa del accidente y el lanzamiento de la piedra la causa de la lesión; pero resulta evidente que este simple criterio es insuficiente, pues muchas causas naturales de una consecuencia no parecen relevantes como para hacer responsable a una persona.²⁸

Que se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa – efecto, es decir un antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría Responsabilidad Civil Extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar; siendo que en este campo, la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la Causa Adecuada.

- **Causa Adecuada:** Para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos, un factor in concreto y un factor in abstracto; siendo la teoría de la causalidad adecuada la que mejor permite identificar de todas las posibles causas de un accidente las que son realmente relevantes.

1) Factor In Concreto.- Debe entenderse como una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor.

²⁷ BARBOZA BERAUN, Eduardo; BARCHI VELAUCHAGA, Luciano; BULLARD GONZALES, Alfredo; ESPINOZA ESPINOZA, Juan; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; OSTERING PARODI, Felipe; y otros, Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Tomo II, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 296.

²⁸ Ídem.

2) Factor In Abstracto.- Entendiéndose que la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá relación causal, aun cuando se hubiera cumplido el Factor in Concreto, pues es necesaria la concurrencia de ambos factores.

A manera de ejemplo: Si una persona de 25 años de edad, sin ningún problema cardíaco, fallece en forma inmediata como consecuencia de un susto producto de una broma, no existirá relación de causalidad adecuada, aun cuando los hechos de la muerte hayan sido consecuencia del susto por la broma, por cuanto de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana un susto por una broma no es capaz de producir la muerte de una persona joven de esa edad. Por el contrario, si se tratara de un susto por una broma a una persona de 75 años de edad, no habría duda alguna que se trataría de una causa adecuada, en tanto y en cuanto el susto a una persona de edad avanzada es causa adecuada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, para producir la muerte.

Es por ello, que la causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño; es decir, con la capacidad del autor de identificar, al momento de llevar a cabo su conducta, cuáles pueden ser las posibles consecuencias. De no ser así, y uno respondiera incluso por las consecuencias que no se pueden prever, se desincentivaría incluso el desarrollo de muchas actividades deseables para la sociedad. La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementan las posibilidades de un tipo de accidente²⁹.

c.4) Factor de Atribución.-

Es la razón suficiente para atribuir a un sujeto la obligación de reparar un daño. El factor de atribución puede ser subjetivo (la culpa) u objetivo (el riesgo, abuso del derecho, etc.). el sistema de la culpa no es el único factor de atribución de

²⁹ Idem, p. 298.

responsabilidad civil. No interesa tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño, sino que puede ser imputado por otras razones, como el ejercicio de actividades ilícitas creadoras de riesgos o el uso de bienes riesgosos y peligrosos, la relación de propiedad con el bien productor del daño, la relación de subordinación de la persona causante del daño respecto de la persona declarada responsable, etc., o sea, el sistema de la responsabilidad objetiva es el otro factor de atribución³⁰.

En este punto se debe tener presente que el Código Civil peruano distingue dos sistemas de Responsabilidad Civil Extracontractual:

- **Sistema Subjetivo**: En materia de responsabilidad civil no derivada de acto jurídico, el Código Civil adopta como principio rector el de la responsabilidad subjetiva (por acto ilícito), esto es, el sujeto está obligado a indemnizar únicamente los daños causados por sus actos dolosos (llevados a cabo con intención consciente y deliberada de causar el daño) o culposos (producidos por negligencia: descuido, imprudencia o impericia). La responsabilidad civil subjetiva es siempre el resultado de un acto humano voluntario ilícito, por lo que si el dolo o la culpa no han influido en la producción del daño, no queda comprometida la responsabilidad civil del autor del daño material³¹.

En nuestro ordenamiento jurídico, este sistema de responsabilidad está consagrado en el artículo 1969 del Código Civil, el cual se constituye sobre la culpa del autor, siendo que la culpa en sentido amplio comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima. Ante la dificultad de probar en muchos casos la culpa del autor, es decir conocer el aspecto subjetivo del autor, es que el Código Civil ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba³², por lo que corresponderá al autor del daño demostrar la ausencia de culpa; el cual fluye claramente del artículo 1969 del Código Civil cuando establece que: “...*el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”.

³⁰ TORRES VASQUEZ, Anibal, Op. Cit., p. 901.

³¹ Idem, p. 926

³² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Responsabilidad Extracontractual”, Tomo I, 7° Edición, Fondo Editorial, Lima, 2001, p. 164.

La ley invierte el onus probandi al resumir, *iuris tantum*, que el causante del daño ha actuado dolosa o culposamente, pudiendo hacer el descargo por falta de dolo o culpa, demostrando que el daño es producto del caso fortuito o fuerza mayor, del hecho determinante de un tercero, o del hecho de la víctima. Es relativamente fácil la prueba del daño y su cuantía, pero no acontece lo mismo con la demostración del dolo o la culpa del responsable. Si se tuviera que obligar a la víctima del daño la prueba de la culpa del responsable, rara vez tendría éxito en su pretensión de resarcimiento. Incumbe al demandante, la víctima, la prueba del daño, del monto a que asciende el daño (el monto de la indemnización), de la relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado (el autor de daño) y el perjuicio. Pero en cuanto al dolo o la culpa del causante del daño, la ley acude en ayuda de la víctima estableciendo que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Esta presunción legal de dolo o culpa que, como todas las presunciones legales, se reduce a dispensar a la víctima de la prueba del actuar doloso o culposo del autor del daño.³³

- **El Dolo:** La noción de dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar el daño. En materia penal, se diferencia:
 - **Dolo Directo.-** Salvi (1998) citado por Espinoza (2011), sugiere que en este tipo de dolo, el sujeto actúa para provocar el daño. El dolo, relevante a los efectos de la responsabilidad extracontractual, se identifica con la noción penal del dolo genérico, que prescinde de elementos específicos de intencionalidad o fraude, resolviéndose en la voluntad de ocasionar daño.³⁴
 - **Dolo Eventual.-** Alteneri (1987) citado por Espinoza (2011), sugiere que en este tipo de dolo, no se actúa para dañar, sino que el sujeto obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta, como cuando para ganar una carrera automovilística continúa su marcha a pesar de hallar en su camino a una persona que puede herir con su vehículo y afronta el riesgo de hacerlo. No hay dolo directo, toda vez que el sujeto

³³ TORRES VASQUEZ, Anibal, Op. Cit., p. 928-929.

³⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 166.

no se representa el daño y actúa para producirlo, sino que en la alternativa que le plantea continuar su acción con la eventualidad de producir el daño, y desistir de ella para descartarlo, continúa el acto.³⁵

- **La Culpa:** Se entiende por culpa la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de éste: cuando más grandes son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado.
- **Sistema Objetivo:** Consagrado en el artículo 1970 del Código Civil, se constituye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo. Esta noción significa que todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades existentes suponen un riesgo ordinario y común para las personas. Sin embargo, existen también bienes y actividades que significan un **riesgo adicional al ordinario o común** para las personas, tales como vehículos automotores, artefactos eléctricos, cocinas a gas, armas de fuego, escaleras mecánicas, insecticidas, etc. Este sistema de responsabilidad no pretende que en los casos de daños causados por bienes o actividades riesgosas no exista culpa del autor, lo único que pretende es hacer total abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor, de modo que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de Responsabilidad Civil Extracontractual.

El fundamento de la responsabilidad objetiva se puede basar, entre otros, en los siguientes supuestos:

- ✓ **Situaciones de riesgo**, que se podrían traducir en la siguiente fórmula: si se genera una situación riesgosa, se responderá por los daños ocasionados, independientemente del parámetro de conducta

³⁵ *Ibíd*em, p. 166.

del agente dañante o de que haya obtenido un beneficio (art. 1970 C.C.)³⁶

- ✓ **Situaciones de ventaja**, vale decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación. Típicos ejemplos serían el de responsabilidad civil por el hecho del dependiente (art. 1981 C.C.) o del tercero del cual se vale el deudor (art. 1325 C.C.), el ser propietario de un animal (art. 1979 C.C.) o el propietario de un edificio (art. 1980 C.C.)³⁷
- ✓ **Situaciones legales individualizadas por el ordenamiento jurídico**, como la de ser representante legal (art. 1975 y 1976 C.C.)³⁸

El riesgo se vincula con la trascendencia jurídica de los procesos productivos y de locomoción que son los que generan la mayor cantidad de daños a terceros. La sociedad tolera el uso de esos bienes o el ejercicio de esas actividades que pueden causar daños, porque los beneficios son mayores que los perjuicios, pero es justo que como contrapartida se esté obligado a reparar el daño producido a consecuencia del riesgo o peligro creado, ya sea en consideración al beneficio que obtienen los que explotan esos bienes o actividades, porque quien obtiene una ventaja a causa de su obrar es justo que cargue con las consecuencias, o la posibilidad que tienen de poder difundir el riesgo y sus costos, reubicándolos socialmente (cargando el importe de los probables daños en los precios o contratando seguros), o ya simplemente por un deber de solidaridad social, esto es, hay la obligación de reparar aun cuando la actividad o bien riesgoso no trae ningún beneficio para su titular (actividad riesgosa de beneficencia). Esto se justifica porque la indemnización debe evaluarse preferentemente en consideración a la persona que sufrió el daño (fundamentalmente por razones humanas) y no en base a la culpa de la persona que lo causó. El daño indemnizable es causado por un acto ilícito, sin los requisitos de culpabilidad y antijuricidad como presupuestos de la

³⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit. P. 171

³⁷ Ídem

³⁸ Ídem

responsabilidad civil; por lo que la responsabilidad objetiva se fundamenta en el peligro o riesgo creado³⁹.



CAPÍTULO II:
EL DAÑO MORAL, LA SENTENCIA JUDICIAL y
LA DEBIDA MOTIVACIÓN

³⁹ TORRES VASQUEZ, Anibal, Op. Cit. P. 930-931

EL DAÑO MORAL

2.1.- Definición del Daño Moral:

Distintas líneas doctrinarias han intentado definir el daño moral aportando elementos que la diferencien de otras definiciones clásicas. Tenemos por ejemplo una primera línea de pensamiento, minoritaria por cierto, que sostiene que por daño moral debe inferirse por exclusión: daño moral es todo detrimento que no pueda ser considerado como daño patrimonial. Quienes se adhieren a esta idea, utilizan la expresión “daño extrapatrimonial” en lugar de “daño moral” a la que asignan un alcance más amplio. En tal sentido, se ha dicho que los daños morales son los que no entrañan por sí mismos una pérdida económica o una disminución de patrimonio ya sea directa o indirecta, lo que importaría negar la existencia de daño moral cuando el detrimento repercute de forma indirecta sobre el patrimonio de la persona. Para otra posición, el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial; en contraposición, el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales; en este sentido, así como la lesión de un derecho patrimonial debería generar un daño de esa naturaleza, la lesión a los derechos extrapatrimoniales tendría que producir un daño moral; sin embargo, la realidad demuestra que, por lo general, un menoscabo de naturaleza patrimonial, puede generar, además el daño moral.

Podemos decir que el daño moral debe ser entendido como un sub tipo especial de un concepto mayor que lo comprende (daño a la persona) pero con contornos especialmente definidos que a su vez diferencian y determinan alcances especiales en cuanto a su tratamiento: será aquel que afecta la psiquis y sentimientos de la persona humana, y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con tres características fundamentales que lo singularizan y, por ende, lo diferencian de otros daños no patrimoniales: **i)** afecta la faz interior del sujeto; **ii)** tiene siempre naturaleza temporal; y **iii)** tiene siempre causalidad atributiva o jurídica en sus consecuencias patrimoniales. Bajo este esquema, estas características son esenciales y propias del daño moral resaltado por la doctrina comparada. Si el daño moral es un sufrimiento que afecta a la psiquis de un individuo, dado que la naturaleza humana está hecha para superar padecimientos psíquicos (bajo el instinto de supervivencia, el ser humano está hecho para dominar el dolor), dicho daño tiene que ser temporal. Es muy raro y casi imposible que alguien “muera de amor” o “por amos o dolor”; o, mejor aún, pensemos en el más grande dolor de un ser humano que podría estar representado en la pérdida de un ser querido: La naturaleza humana nos

permite vencer dicho sufrimiento, y ello es parte del instinto de conservación de la especie humana. Entonces, la característica esencial del daño moral es que el mismo afecta la faz interna del sujeto, siendo de naturaleza temporal⁴⁰.

Lesiona el estado anímico de la persona creando una sensación de sufrimiento, de dolor psico-físico o psicosomático; afecta los sentimientos, la tranquilidad la paz espiritual que constituye el soporte necesario para que la persona pueda realizar sus fines. La pérdida de un ser querido, la lesión deformante del rostro, el ataque al honor, a la dignidad, la promesa de matrimonio no cumplida, en fin cualquier lesión a los derechos subjetivos que pueda tener proyecciones morales, de sufrimiento, de dolor, causan daño moral a la persona.

2.2.- El daño moral en el tiempo.⁴¹

En el Derecho Romano: Si bien la noción de daño era asimilada a la de daño material, la recepción del daño moral tuvo una amplia aceptación en derecho romano a merced a la evolución de distintos institutos jurídicos de carácter civil y penal. En la Ley de las XII tablas ya existían normas específicas que sancionaban, por ejemplo, la injuria, con una suerte de composición legal tarifada; y en casos excepcionales se establecía la ley del talión, salvo que mediare composición voluntaria. Luego con la evolución de las normas, el talión quedaba sin cabida, y tampoco tenía razón de ser la imposición de penas pecuniarias fijas, por lo que se permitía que el magistrado impusiera la pena y que la gradúe en términos de equidad, ello en atención a las lesiones sufridas y a las circunstancias del caso, otorgando de esta manera una amplia protección a los derechos no patrimoniales, cuya minoración podía afectar espiritualmente a la persona; quedando comprendidas tanto las injurias inmediatas (causadas directamente al damnificado), así como las mediadas (aquellas que repercutían sobre personas ligadas afectivamente al perjudicado, como son su hija, esposa, etc.).

Tabla VIII.- "...poenam subito si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt..."

→ *La (acción injuriarum) legítima de las XII Tablas impone una pena de 25 sextercios por injuria (lesión) a otro.*

⁴⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 514-515.

⁴¹ DANIEL PIZARRO, Ramón, Op. Cit., p. 54.

En el antiguo Derecho Francés: Recibió parcialmente la influencia de los textos romanos, admitiendo la indemnización del daño moral solo en materia delictual. En cambio, en el ámbito contractual, los autores rechazaron enfáticamente tal reparación.

En el antiguo Derecho Alemán: El antiguo derecho germánico incluía una indemnización por daños inmateriales (Schmerzensgeld: precio del dolor), ello durante el siglo XVI, sin embargo, la jurisprudencia no llegó a reconocer una obligación general de indemnizar los daños causados en la esfera de la personalidad. Sin embargo, durante el siglo XIX, el derecho alemán progresó sensiblemente en los aspectos relativos a la protección de los derechos de la personalidad, aunque admitiendo la reparación del daño moral solamente en los casos de delitos.

2.3.- Regulación en el Código Civil Peruano:

En el caso de la Responsabilidad Civil Extracontractual, se debe tener presente que el artículo 1984 establece que:

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

Con la obligación de reparar el daño moral y, en general, el daño a la persona se protege al ser humano en su total naturalidad y dignidad y no solamente se garantiza su patrimonio. Se pasa de un Derecho Patrimonialista e Individualista en el cual las personas valen por lo que tienen, a un Derecho Humanista en base a que el ser humano es el centro del escenario jurídico, el bien supremo, siendo su patrimonio un instrumento necesario para su plena realización. Por consiguiente los intereses económicos no pueden prevalecer sobre la persona, sino está sobre aquellos. El ser humano es el único ser con moral y dignidad que tiene una misión que cumplir. Con el daño moral se agrede a la dignidad del ser humano, dignidad que es el principio supremo orientador del Derecho, se trunca su proyecto de vida, se paraliza su futuro. Con el daño moral queda cerrado el círculo de protección del ser humano en su integridad psicofísica, en toda su riqueza natural,

espiritual, social, cultural y estética, en todas sus potencialidades, posibilidades y virtualidades, en su máximo despliegue⁴².

El juzgador evaluará el daño moral considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, teniendo en cuenta algunas pautas o bases como son apreciar debidamente en cada caso la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto agresor y el de la víctima, la entidad del padecimiento o de la afectación de la persona, las circunstancias que rodean al caso (edad, sexo, profesión, estado civil, etc.), la situación económica de las partes. No es lo mismo que se haya quitado la vida a un padre de familia que con su trabajo mantenía esposa e hijos que el haber matado a una persona que se ganaba la vida robando a los demás y que no deja en orfandad a nadie; no es lo mismo la cicatriz causada a un hombre que la ocasionada a una mujer; no es lo mismo que la cicatriz causada a una artista de cine se encuentre en la cara, en la pierna, en la espalda o en otra parte del cuerpo; no es lo mismo que el agresor haya causado el daño a título de dolo o simplemente negligencia, descuido o impericia. El monto de la reparación debe ser, pues, señalado teniendo en cuenta las especiales características de cada caso en concreto (criterio subjetivo) y no en base a valores pre-existentes (criterio objetivo), los mismos que, de existir, deben adecuarse a las circunstancias de cada caso⁴³.

El monto de la reparación debe servir para cumplir tanto una función de satisfacción de la víctima como una sanción para el agresor y de prevención para los miembros de la comunidad que debe quedar advertidos de las consecuencias que les espera en caso de que causen tales daños. Pero, en ningún caso puede constituir un medio de enriquecimiento indebido de la víctima o que deje en orfandad al agresor, privándole de lo esencial para vivir.

2.4.- Legislación Comparada.-

▪ Venezuela.- Artículo 1.196 del Código Civil.-

“La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a

⁴² TORRES VASQUEZ, Aníbal, O. Cit. P. 956-957.

⁴³ Ídem, p. 957-958.

su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima”.

▪ **México.- Artículo 1.196 del Código Civil.-**

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos: I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo”.

▪ **Portugal.- Artículo 496 del Código Civil.-**

“La fijación de la indemnización de los daños no patrimoniales debe ser analizada tomando en cuenta aquellos que su gravedad, merezcan tutela del ordenamiento jurídico. En casos de muerte, el derecho a la reparación del daño moral se reconoce, en conjunto, al cónyuge no separado judicialmente de persona y bienes, a los hijos o a otros descendientes; a falta de éstos a los padres o a otros ascendientes y por último a los hermanos y sobrinos que los representen. El monto de la indemnización es fijado equitativamente por el tribunal”.

▪ **Grecia.- Artículo 932 del Código Civil.-**

“Independientemente de la indemnización del perjuicio patrimonial causado por el acto ilícito, el tribunal puede disponer una reparación pecuniaria razonable, según su apreciación, para el perjuicio moral. La norma es aplicable en los casos de daño a la salud, al honor o a la libertad. En caso de muerte, la reparación puede ser otorgada a la familia de la víctima a título de pretium doloris”.

▪ **Suiza.- Artículo 47 del Código Civil.-**

“El Juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, conceder a la víctima de lesiones corporales, o en caso de muerte a la familia, una indemnización equitativa, a título de reparación moral”.

▪ **Argentina.- Artículo 1078 del Código Civil.-**

“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

2.5.- El fundamento de la indemnización del daño moral:

Al respecto han surgido tanto doctrinas que niegan y otras que aceptan la reparación del daño moral:

Doctrinas que niegan la indemnización del daño moral:⁴⁴

- **La tesis negativa clásica.-** Según esta doctrina, el daño moral no resultaría indemnizable por cuando ello importaría vulnerar principios jurídicos y éticos. Desde el *punto de vista jurídico*, se sostiene que la reparación del daño moral atentaría contra elementales principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente, y al hacerlo sobre parámetros totalmente arbitrarios; por lo que la reparación para los seguidores de esta doctrina, solo resultaría admisible en casos de daños patrimoniales, ámbito en el cual siempre es factible el pleno restablecimiento del equilibrio alterado, función que quedaría totalmente desnaturalizada si se autorizase el pago de una indemnización pese a no existir daño material, existiendo, por tanto, un enriquecimiento indebido de la pretendida víctima. Por otro lado, desde el *punto de vista ético*, se ha sostenido que es inmoral y escandaloso poner precio al dolor o discutir el valor de los afectos; importaría degradar los más importantes

⁴⁴ DANIEL PIZARRO, Ramón, Op. Cit., p. 94.

sentimientos humanos si los dolores espirituales pudiesen ser remediados o aplacados por los sucedáneos placeres que el dinero puede comprar, por lo que se caería en un grosero materialismo.

- **La tesis negativa moderna.-** Es fruto de una cosmovisión diferente del derecho y de la vida, percibiendo la reparación del daño moral como una exteriorización del espíritu burgués, que todo lo reduce a dinero y lo encuadra dentro de los límites de una compraventa.

Doctrinas que aceptan la indemnización del daño moral:⁴⁵

- **La doctrina de la pena o sanción ejemplar.-** para esta doctrina, la indemnización del daño moral no constituiría un resarcimiento, sino una verdadera pena civil, mediante la cual se reprobaba de manera ejemplar la falta cometida por el ofensor. Tendría de tal modo, u claro sentido punitivo, y al mismo tiempo aflictivo para el responsable por su comportamiento: una pena privada de corte resarcitorio.
- **Doctrina del resarcimiento del daño moral.-** La tendencia dominante en el derecho moderno, admite el carácter plenamente resarcitorio que asume la indemnización del daño moral. Propone una solución justa y equitativa, porque pondera con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo experimentado; en otras palabras, edifica el sistema en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado, que debe ser reparado con sentido resarcitorio, provenga de conductas antijurídicas dolosas, culposas o riesgosas.
- **La posición funcional o del doble carácter resarcitorio y sancionatorio de la indemnización.-** Entienden que la indemnización del daño moral no tiene un perfil unitario, sino que asumiría al mismo tiempo un doble carácter resarcitorio y punitivo, es decir, una reparación con tonalidad punitiva.

2.6.- Principales inconvenientes respecto del daño moral:

Evidentemente, la categoría de Daño Moral presenta dos problemas:

⁴⁵ Ídem, p. 101.

- 1) La Forma de acreditación, y
- 2) La Manera de cuantificar y traducir económicamente el daño moral, resultando lógico que no existe suma alguna que pueda reparar el dolor por la pérdida de un ser querido; por lo que el monto indemnizatorio deberá estar de acuerdo con el grado de sufrimiento producido en la víctima y la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general, el cual tiene que ser resuelto con un criterio de conciencia y equidad en cada caso en particular, pues no existe una fórmula matemática y exacta para cada supuesto.

El daño moral, como el daño a la persona, no tiene una traducción directa en dinero como lo tiene el daño patrimonial; no puede ser resarcido como éste, sino solamente reparado indirectamente con dinero. El sufrimiento, el dolor, la afectación de la persona no tienen un equivalente en dinero, no se negocian en el mercado, no tienen una cotización en bolsa, no hay cambio de dolor por dinero. Pero como no hay otra forma de reparar sino asignando una cantidad de dinero que pueda satisfacer a la víctima atenuando en algo su dolor y que constituirá, además, una sanción para el agresor, nos encontramos frente a la necesidad de evaluar algo que no tiene naturaleza económica, que carece de valor de cambio o de sustitución. Como se aprecia, la prestación del deudor causante del daño consiste siempre en un comportamiento patrimonialmente valorizable, aunque con la finalidad de satisfacer un interés no patrimonial del acreedor (la víctima del daño).

La existencia del “precio del dolor”, (*pretium doloris*) nos lleva a la necesidad de decantarnos por alguna opción: o resarcimos el daño moral o no lo hacemos. Al margen de lo que nos parezca más conveniente, debemos tener en cuenta que la opción del Código Civil peruano es que sí se resarce el *pretium doloris*, por ende el daño moral sí es resarcible. Precisamente en relación a la imposibilidad de valuación del daño moral, puede no gustar que los jueces asignen arbitrariamente consecuencias patrimoniales a algo que no es valuable, estimando con cierto margen de arbitrariedad los alcances económicos del daño, generando impredecibilidad jurídica. Este tema será siempre debatible, siendo una alternativa la utilización de baremos, o cualquier método tabular para que las decisiones de los jueces no sean impredecibles, pero creemos que no puede ser cuestionable que el sufrimiento se pueda traducir en algo digno de ser mitigado en dinero o a través de cualquier valor de cambio, porque es cierto que el dinero no hace la felicidad, pero sí

ayuda. En este contexto, debe tenerse muy en cuenta que la atribución de efectos económicos al daño moral se debe a una disposición normativa, dado que es la ley la que señala en última instancia que el daño moral se resarce. Pero dado que los sufrimientos no pueden ser valuados, deben ser estimados a efectos de que puedan traducirse en un monto dinerario⁴⁶.

2.7.- Criterios para otorgar resarcimientos/compensaciones por daño moral:

En el supuesto del daño moral, generalmente no se puede acudir a la reintegración en forma específica, quedando solo el equivalente en dinero. En ese sentido, se recurre al denominado juicio de equidad (criterio equitativo). Sin embargo, el criterio equitativo no implica que sea un criterio arbitrario, sino que supone investigar sobre los elementos a los que se deberá atender el juez de mérito en esta no fácil tarea, en los que se recurrirán a parámetros racionales para arribar a una cuantificación adecuada como son⁴⁷ :

- ↳ **Intensidad del dolo o culpa.-** En este criterio se deberá evaluar si el causante actuó con negligencia, imprudencia o impericia, o si actuó con la intención de causar daño (dolo). En el primer supuesto, el monto de la reparación será menor que con respecto al segundo supuesto.
- ↳ **Condición económica del causante.-** Si bien, todos somos iguales ante la ley (igualdad formal) y no sería justo que quien causare un daño a otros sea una persona que cuente con recursos económicos y por ello se le exija un mayor monto económico, también es cierto que en supuestos en que se combinan con el siguiente criterio (reiteración de la actividad generadora de daño), se le deberá exigir un mayor monto económico atendiendo a la función disuasiva y preventiva de la responsabilidad civil.
- ↳ **Reiteración de la actividad generadora de daño.-** Cuando hay una actividad repetitiva similar a la que causó el daño respecto a un evento anterior o distinta a ella, ello demuestra un mayor desprecio a la esfera jurídico – patrimonial de los demás, siendo razonable aumentar el monto de la reparación civil.

⁴⁶ ESPINZOA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p.515.

⁴⁷ IBARRA DELGADO, David, (2014), Los Criterios para Otorgar Resarcimientos en la Responsabilidad Civil Extracontractual, *Actualidad Civil y Registral, Volumen 252*, p.43-48.

↪ **Otros criterios en la doctrina.-** En doctrina comparada, se usa el criterio de la “relación de parentesco”, del cónyuge, de convivencia con la víctima, pues en supuestos donde la relación de parentesco es más estrecha, de los padres respecto del único hijo fallecido, la muerte de uno de los convivientes, etc., así como el grado de sensibilidad de la persona ofendida, atendiendo a su mayor o menor sensibilidad frente al daño.

Otros autores consideran que: Es difícil fijar un criterio único, aplicable a todos los casos. En el daño moral existen, dos variantes como son, de un lado, la magnitud de sus consecuencias y el menoscabo producido en la víctima y, del otro, la personalidad del dañado, el grado de su sensibilidad, la profundidad o superficialidad del sentimiento, su frialdad o su aguda sensibilidad. Por lo general, los jueces no toman en consideración este último factor. Prefieren pensar, en este caso, en un “hombre promedio” en cuanto al grado de su sensibilidad emocional. Por ello se inclinan por apreciar la magnitud de las consecuencias del daño moral y el menoscabo ocasionado.⁴⁸

Otro criterio, que es en la actualidad el dominante en nuestro país, es el de delegar en el juez, frente a cada caso en concreto, el fijar equitativamente el monto de la reparación en dinero de las consecuencias del daño moral, teniendo en cuenta la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima y su familia. El mencionado criterio es fijado por el propio artículo 1984 del Código Civil. El juez, ante el caso que se somete a su conocimiento debe, por lo tanto, atender a dos factores como son, de un lado, la magnitud de las consecuencias del daño, y del otro, el menoscabo producido a la víctima o su familia. El primer factor es primordialmente objetivo, como es la magnitud del daño, y el segundo, que tiene aspectos de orden subjetivo como de carácter objetivo, atiende al menoscabo de todo orden producido a la víctima o su familia. En el primero se tiene en cuenta el daño, considerado en sí mismo, en cuanto a su magnitud, intensidad mayor o menor. En teoría, todas las víctimas deberían sufrir el mismo menoscabo frente a un determinado daño, sin embargo, el juez deberá atender esta situación caso por caso, situándose en la realidad del acontecer⁴⁹.

En un primer momento, ha de reinar una anarquía jurisprudencial. Cada juez asumirá la fijación de la reparación según su criterio personal, el que muchas veces está influenciado

⁴⁸ BARBOZA BERAUN, Eduardo; y otros, Op. Cit., p. 289.

⁴⁹ Ídem, p. 290

por su sensibilidad personal; por lo que el resultado que se augura alcanzar, como es obvio, se logrará solo a través del paso de un tiempo indeterminado. Asimismo es evidente que los tribunales de alzada deben contribuir a la fijación del monto de la reparación tratando de uniformizar, hasta donde ello es posible y recomendable, las sumas comunes a pagar como indemnización en casos similares, sin que ello sea obligatorio sino solo referencial para los jueces de primera instancia.⁵⁰

2.8.- Doctrinas en torno a la valoración del daño moral

Como se ha indicado en los capítulos precedentes, tanto la valoración del daño moral y su cuantificación en términos dinerarios constituyen motivos de preocupación para jueces y abogados, en vista que la jurisprudencia exhibe criterios distintos, algunos marcados con subjetivismo, que muchas veces sale del ámbito de la discrecionalidad para entrar en el de la arbitrariedad.

Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, es decir esclarecer su contenido y las posibles oscilaciones de agravación o disminución; en el caso del daño moral corresponde indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones del damnificado que deriva de dicha minoración. Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, para lo que se deberá proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización; es decir, determinar cuánto debe pagarse en concepto de indemnización para alcanzar una justa y equilibrada reparación del menoscabo.

En este sentido, se han formulado en doctrina y jurisprudencia distintos criterios para valorar judicialmente el daño moral, como son:

1) Doctrina que valora el daño moral por su relación con el daño patrimonial.-

para una posición, el daño moral debe determinarse en función de la cuantía del daño patrimonial. El Juez obrando prudentemente, y tomando en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, debería fijar un monto en concepto de daño moral, que guarde relación de porcentualidad con el daño material que condene a indemnizar. Esta tesis, hija del facilismo, ha resulta inaceptable y ha sido rechazada con fundados argumentos. No se advierte lógica ni jurídicamente razón alguna que pueda justificar

⁵⁰ Ídem, p. 291.

una respuesta semejante que choca con la propia experiencia de la vida. Existen actos ilícitos que solamente generan daño patrimonial, sin reproducir detrimento moral alguno; inversamente, en otros casos, el daño patrimonial puede resultar ínfimo o inexistente y, sin embargo, el agravio moral asume verdadera relevancia a los fines indemnizatorios. Aceptar un criterio como este importaría una notoria injusticia por cuanto la indemnización resultaría en algunos supuestos exorbitantes y en otras exiguas.⁵¹

2) Doctrina que valora el daño moral en base a criterios puramente subjetivos del

juzgador.- Otros fallos, han acudido a un sistema de valoración no menos simplista. Es al Juez a quien le corresponde computar las circunstancias del caso concreto para determinar si existe o no daño moral y, en su caso, el monto indemnizatorio, todo dentro de un marco de absoluta discrecionalidad. La sensibilidad personal del magistrado y su particular sentido de justicia, en función de las circunstancias del caso concreto, resultarían, de tal modo, suficiente para determinar la procedencia del daño moral y su forma de reparación.⁵² Esta idea tampoco es aceptada, en vista que si bien al Juez se le ha depositado un voto de confianza, la cuestión no puede quedar librada a su pura subjetividad. La prudencia judicial debe desarrollarse dentro del marco referencial que le brinda la ley, sin perder de vista las realidades objetivas que el caso concreto presenta. El Juez no puede, basado en cuestiones de orden puramente subjetivas, mandar a pagar un daño moral inexistente, o que no guarde relación causal con el hecho que lo generó; como tampoco le está permitido negar el derecho a ser indemnizado por daño moral cuando el mismo aparece claramente peticionado y probado en sede judicial, o fijar un parámetro indemnizatorio dissociado de la entidad real del menoscabo. Muchas veces, la reparación del daño moral formuladas sobre pautas puramente subjetivas del magistrado, permite englobar indebidamente aspectos que son ajenos a dicha materia; y en otros casos, el exceso de subjetivismo puede llevar a que se prescinda de la real entidad del daño moral causado a las víctimas, y sin fundamentos suficientes, fijar un monto inferior al que correspondería.⁵³

3) Doctrina que valora el daño moral en función de la gravedad de la falta cometida por el responsable.- En esta tercera posición, la procedencia del daño

⁵¹ DANIEL PIZARRO, Ramón, Op. Cit., p. 423.

⁵² *Ibíd*em, p. 425

⁵³ *Ídem*.

moral y su cuantificación deben determinarse en función de la gravedad de la falta cometida por el responsable. Quienes propician estas ideas son partidarios de la doctrina de la sanción ejemplar. La suma que el juez manda a pagar no tendría virtualidad resarcitoria o reparadora del daño, sino de carácter de sanción ejemplar, de una pena impuesta al ofensor, de un castigo. Cuando más grave sea el reproche que pueda formularse al autor del daño, mayor será el monto de la pena que se mande a pagar. Sin embargo, esta doctrina choca con la propia naturaleza de la institución. No se trata de sancionar o de castigar al dañador sino de reparar el perjuicio causado a la víctima mediante una satisfacción económica.⁵⁴

4) Doctrina que valora la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado.-

Sostiene que para valorar la entidad del daño moral se debe atender a la gravedad objetiva del daño causado. La ponderación debe efectuarse con criterio equitativo (y no arbitrario), para lo cual es preciso que el razonamiento del juzgador se asiente sobre unos parámetros básicos de apreciación, de suerte que su decisión sea suficiente y correctamente motivada e inmune a la presencia de vicios lógicos. Deben pues, individualizarse los criterios de mérito ponderables para la valoración y cuantificación del daño moral, a la luz de la doctrina y jurisprudencia dominantes.⁵⁵

- **Pautas para su determinación cualitativa:** El daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, son sólo elementos que permiten aquilatar en la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto.⁵⁶
- **Los parámetros computables:** No basta con la mera invocación genérica de la existencia del daño moral. Es menester que se especifique en qué consiste el mismo, cuáles son las circunstancias del caso, cómo incidió sobre la persona del

⁵⁴ *Ibíd*em, p. 426.

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 427-428.

⁵⁶ *Ídem*.

damnificado. Estas circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el damnificado, y al mismo tiempo, para facilitar la concreción de una solución equitativa. Deberán computarse, entre otros aspectos, la personalidad del damnificado, edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad, si el damnificado es directo o indirecto, en este último caso el vínculo existente con la víctima, la índole de las lesiones sufridas, la pluralidad de intereses lesionados, la intensidad que conforme al curso natural y ordinario de las cosas, y específicamente en el caso concreto, puede tener el hecho en la subjetividad del damnificado, la posible influencia en el tiempo, como factor coadyuvante para agravar o mitigar el daño mora,; y también la personalidad de quien lo produjo, la mayor o menor divulgación del hecho, especialmente en materia de atentados contra el honor o contra la intimidad de una persona, la gravedad del padecimiento espiritual, las circunstancias cruentas en que pudo haberse causado el daño, la realidad económica del país al tiempo de dictarse sentencia, entre otros.⁵⁷

- **Una indemnización simbólica puede representar una burla para el damnificado:** De nada sirve formular la construcción doctrinaria más perfecta si, a la hora de su aplicación práctica, por temor, desconocimiento o por preconceptos, el quantum indemnizatorio se traduce en una suma inapta para repararlo, insistimos en que una indemnización simbólica es una burla para el damnificado y un motivo de enriquecimiento indebido para el responsable que el Derecho no puede concebir.⁵⁸
- **Daño moral y daño patrimonial no probado:** El responsable tiene el deber de reparar en forma plena el daño causado a un tercero. No puede pretender pagar menos, perero tampoco puede ser obligado a reparar daños morales inexistentes, o que no guardan relación causal adecuada con el hecho generador, o lo que es más frecuente, cuando se encubre bajo el ropaje de daño moral a daños patrimoniales que no han sido probados en juicio.⁵⁹
- **El valor del precedente judicial:** El valor de los precedentes judiciales debe ser ponderado siempre con prudencia, sin perder de vista el momento histórico en que se formularon y las particularidades del caso concreto. El precedente

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 428-430.

⁵⁸ *Ibíd*em, p. 431.

⁵⁹ *Ibíd*em, p. 432.

tendrá siempre valor relativo; de ahí que no pueda tomarse una suma dineraria como prototipo para tales o cuales situaciones como el monto exacto de la compensación. La publicación de los principales decisorios, con especial referencia de sus montos indemnizatorios, puede constituir un elemento de suma importancia, de carácter indicativo, para el abogado y el juez; y facilitar bases relativamente objetivas, ponderadas en función del caso concreto para transacciones judiciales o extrajudiciales.⁶⁰

- **Daño moral y placeres compensatorios. El llamado “precio del consuelo”:** Se ha sostenido que la suma dineraria que se atribuye al damnificado tiene por finalidad realizar la función de contribuir a la adquisición de sensaciones placenteras o de otros bienes morales, aunque no necesariamente con la exigencia de que estos sean aptos para anular o hacer desaparecer las consecuencias dolorosas que el acto ilícito ha ocasionado y que sustancian el daño moral. Y aunque el vacío del bien perdido posiblemente no sea llenado nunca, no cabe duda de que pueden ingresar otros bienes morales que sin ocupar aquel hueco aumenten cuantitativa y cualitativamente el patrimonio moral. La compensación operaría por el hecho de ingresar esa satisfacción, como una suerte de contrapeso de la sensación negativa producida en la subjetividad del damnificado. Se trataría en otras palabras, del precio del consuelo; sin embargo, pretender compensar el daño moral con placeres materiales, cualquiera su índole, importa una idea equivocada del daño moral y del sentido que tiene su reparación.⁶¹
- **La incidencia del dolo del responsable:** El quantum indemnizatorio se mide siempre por el daño en sí mismo y tomando en cuenta parámetros objetivos. El dolo en la conducta del agente puede tener importancia, sin embargo, para determinar una mayor extensión del resarcimiento, tanto en materia aquiliana como obligacional, haciendo resarcible un daño moral que en otras circunstancias no lo hubiera sido. Por eso se ha dicho con razón que la gravedad de la falta, dentro de una concepción reparadora de daño moral no tendrá incidencia en la graduación del quantum, aunque sí tendrá valor para ponderar la extensión de la reparación.⁶²

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Ibídem, p. 433-434.

⁶² Ibídem, p. 435.

5) **Doctrina que pondera la gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño.**- Se toma, además de la entidad objetiva del daño, la gravedad de la falta cometida por el dañador. El quantum indemnizatorio, en consecuencia, podría elevarse más allá del menoscabo realmente causado, cuando por mediar dolo o culpa grave en la conducta del dañador, el magistrado considere que debe ser sancionado; estaríamos, en tal caso, frente a una reparación con tonalidad punitiva. O, inversamente, disminuirse, cuando el daño hubiese sido causado por culpa leve.⁶³

2.9.- **Tarifación o regulación indicativa de la indemnización de daño moral.**

El mosaico de soluciones jurisprudenciales a la hora de fijar pautas de valoración del daño moral y la falta de certeza que ello genera conspira, indubitablemente contra el valor de la seguridad. La necesidad de acceder a un sistema de reparación más seguro – que no implica que sea más equitativo y justo – y de superar la anarquía reinante, puede llevar a pensar en la conveniencia de una pauta tarifada, rígida o meramente indicativa, judicial o normativa, para regular cuantitativamente la indemnización del daño moral de manera más uniforme. Estos cartabones deberían constituir meras pautas indicativas y flexibles para el juzgador, a la hora de cuantificar el daño, quien podría apartarse fundadamente de las mismas, en más o en menos, en función de las particularidades del caso concreto.

Ello permitiría afianzar el valor procesal de la predictibilidad, como objetivo deseable y conveniente, especialmente en un ámbito en el que reina la más absoluta anarquía, permitiendo de tal como que los litigantes y sus defensores puedan, por lo menos con cierto grado de aproximación, determinar cuál va a ser el sentido y contenido de la futura sentencia dirimente, para así estar en condiciones de calibrar la conveniencia de demandar, de allanarse o la de concertar algún acuerdo transaccional.

En el caso de la experiencia jurisprudencial italiana, varios tribunales han elaborado sus propias tablas resarcitorias, dentro de las cuales se tienen:

⁶³ Ídem.

Tribunal de Torino: Criterios de liquidación del daño moral.-⁶⁴

Por lesiones sufridas directamente	Desde un cuarto hasta la mitad de lo que haya sido liquidado por invalidez temporal (considerando particularmente el periodo de recuperación en el hospital) y por invalidez permanente.
Por lesiones sufridas por un pariente	En vía equitativa, según las condiciones específicas y sólo en los casos en los cuales se considere resarcible tal voz de daño.
A favor de los parientes por la muerte de:	
Padres convivientes	94,100 euros
Padres no convivientes	58,465 euros
Otros ascendientes	Desde 17,261 hasta 33,965 euros
Hermanos convivientes	29,511 euros
Hermanos no convivientes	17,818 euros
Cónyuge conviviente	84,100 euros
Cónyuge separado	A evaluarse caso por caso
Hijos convivientes menores de 18 años	100,225 euros
Hijos convivientes mayores de 18 años	94,100 euros
Hijos no convivientes	No menos de 77,954 euros

Tribunal de Venecia: Criterios de liquidación del daño moral (Carácter indicativo).⁶⁵

Vínculo Familiar	Liquidación
Pareja de padres (aunque sean divorciados)	Desde 40,000 hasta 98,000 euros a cada uno
Padre único	Desde 60,000 hasta 146,000 euros
Hijos	Desde 29,000 hasta 115,000 euros (considerando: edad, convivencia, elemento afectivo, situación de la familia, sobrevivencia del otro padre)
Cónyuge conviviente o conviviente de hecho estable	Desde 46,000 hasta 155,000 euros
Cónyuge separado	Valorización caso por caso, teniendo en cuenta la presencia de hijos, duración del matrimonio, calidad de la relación posterior a la separación, ausencia de nuevas nupcias

⁶⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 327.

⁶⁵ Ibídem, p. 328.

Hermano	Desde 12,000 hasta 31,000 euros (teniendo en cuenta la edad, número de hermanos, convivencia, calidad de la relación)
---------	---

Tribunal de Boloña: Daño moral por homicidio culposo.-⁶⁶

Familiares	Mínimo	Máximo
Muerte de un hijo (para cada padre)	89,616.74	143,929.93
Muerte de cónyuge conviviente	78,210.98	114,600.93
Muerte del padre con hijo de edad inferior a los 30 años (para cada hijo)	56,485.70	143,929.93
Muerte del padre con hijo de edad superior a los 30 años (para cada hijo)	33,674.16	63,546.42
Muerte de un hermano conviviente (para cada hermano)	19,552.74	31,501.64
Muerte de un hermano no conviviente (para cada hermano)	14,121.41	25,527.19

Tribunal de Firenze: Daño moral por muerte o invalidez gravísima de un pariente.⁶⁷

Familiares	Mínimo (Euros)	Máximo (Euros)
Al cónyuge por muerte o invalidez gravísima	82,600	210,000
A cada uno de los padres por muerte o invalidez gravísima de un hijo		
Único, soltero, conviviente	99,000	198,000
Único, soltero, no conviviente	82,600	198,000
Único, casado, conviviente	82,600	165,000
Único, casado, no conviviente	66,000	165,000
Soltero, conviviente	82,600	198,000
Soltero, no conviviente	66,000	165,000
Casado, conviviente	75,000	165,000
A cada uno de los hijos por muerte o invalidez gravísima de un padre		
Padre conviviente con hijo menor de edad	82,600	198,000
Padre conviviente con hijo mayor de edad	55,150	132,300
Padre no conviviente	44,100	82,600
A cada uno de los hermanos o hermanas por muerte o invalidez gravísima		
Conviviente	49,600	82,600
No conviviente	41,350	57,500

⁶⁶ *Ibíd*em, p. 329.

⁶⁷ *Ibíd*em, p. 329-330.

Tribunal de Roma: Daño moral por muerte.-⁶⁸

Titulares del resarcimiento	Resarcimiento base (Euros)	No convivencia con el difunto	Presencia de otros parientes convivientes	Ausencia de otros parientes convivientes
Cónyuge	155,100	No varía; reducción hasta el 50% en caso de separación	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hijo menor de edad	186,000	Reducción hasta el 30%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hijo mayor de edad	124,200	Reducción hasta el 30%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Padre	155,100	Reducción hasta el 20%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
hermano	60,700	Reducción hasta el 50%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%

Tribunal de Cagliari: Daño moral por muerte de un familiar.-⁶⁹

A cada padre por la muerte de un hijo	Desde 100,000 hasta 200,000 euros
A cada hijo por la muerte de un padre	Desde 50,000 hasta 200,000 euros
Por la muerte del cónyuge o del conviviente	Desde 50,000 hasta 200,000 euros
Por la muerte de un hermano	Desde 25,000 hasta 100,000 euros

Por otro lado, y viendo la parte negativa de la tabulación, bajo el rótulo de tarifa o tope legal, o de pautas meramente indicativas, suelen esconderse indemnizaciones que son inaptas para reparar integralmente el perjuicio causado, con inevitable secuela de anarquía e injusticia. Ello conspira contra el damnificado y genera, en la mayoría de los casos, un beneficio indebido al dañador que puede liberarse pagando menos de lo que corresponde.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 330.

⁶⁹ *Ídem.*

Tampoco parece aceptable la idea de una regulación legal meramente indicativa para el juzgador, ello por varias razones:

- a) La determinación de parámetros cuantitativos predeterminados y abstractos, para cada tipo de daño moral que pueda producirse, resultará, en los hechos, tan o más discrecional, que la que se genere en cada caso concreto cuando se prescinde de la real entidad cualitativa del menoscabo. La única diferencia estribará en la génesis del acto discrecional, que se desplazará del juez al legislador.⁷⁰
- b) La regulación indicativa uniforme del daño moral llevaría a otro problema mucho más delicado, cual es precisar en base a que parámetros se determinará. ¿Cómo se establecerá el quantum legal rígido o indicativo para cada caso? ¿Qué intereses se ponderarán a la hora de su fijación?⁷¹
- c) Aun siendo indicativa la regulación, en los hechos, se corre el riesgo de que los jueces sólo se aparten de ella en casos excepcionales, con lo que se alcanzarían efectos casi similares a los de un sistema tarifado rígido, con todo lo malo que ello importa.⁷²
- d) El exceso de abstracción que importaría agrupar los diferentes supuestos de daño moral concebibles, objetivamente considerados, a los fines de una tarifación rígida o indicativa, importa la negación de la esencia misma del daño moral y de su reparación: la de ser un daño que proyecta sus efectos sobre el espíritu de la persona, con ribetes propios, particularidades, que hacen que no haya dos daños morales idénticos.⁷³

Sin embargo, una alternativa aceptable, es la de publicitar ampliamente – aprovechando los beneficios de la informática y de las publicaciones especializadas – los distintos montos indemnizatorios que se mandan a pagar en concepto de indemnización de daño moral. El conocimiento de estos aspectos, fruto de su divulgación amplia, permitiría fijar pautas flexibles, con cierto grado de uniformidad, que – en hechos – alcanzarían los objetivos deseados (seguridad, predictibilidad, tratamiento equitativo para casos similares), con razonable equidad y sin desmedro del valor seguridad.

⁷⁰ DANIEL PIZARRO, Ramón, Op. Cit., p. 444.

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

⁷³ Ibídem, p. 445.

Por su parte, el baremo⁷⁴ es el empleo de matrices indemnizatorias en donde la cuantía correspondiente se obtiene en función de las variables que determinan el daño indemnizable, a diferencia de lo que ocurren en los sistemas tabulares donde existen máximos a pagar por tablas indemnizatorias. Estos baremos pueden ser rígidos o permitir cierta discrecionalidad, de modo que existe cierto margen para que el juez otorgue, según las circunstancias un monto mayor. La matriz que se consigna, tiene como ejes la edad y la gravedad de la lesión que padece la víctima:

Matriz para Indemnizar el Daño Moral.-⁷⁵

Gravedad de la Lesión	0-10 años	10-17 años	17-35 años	35-50 años	50-65 años	Más de 65 años
1,2	2	4	5	3	6	2
3	4	9	10	7	12	5
4	5	9	11	7	13	5
5	7	14	16	11	20	8
6	30	61	68	48	88	35
7,8	199	401	448	317	574	228
9	87	176	196	139	252	100

Los niveles de gravedad de la lesión son:

- 1) Solo emocional o anímico;
- 2) Temporal e insignificante (pequeños golpes o heridas menores);
- 3) Temporal menor (infecciones, estancia hospitalaria, fracturas, etc.);
- 4) Temporal mayor (quemaduras, cirugía, daño cerebral);
- 5) Permanente menor (pérdida de miembros menores como los dedos u órganos no invalidantes);
- 6) Permanente considerable (sordera, pérdida de un miembro, ojo, riñón o pulmón);
- 7) Permanente mayor (paraplejía, ceguera, pérdida de dos miembros, daños cerebrales no graves);
- 8) Permanente grave (tetraplejía, daño cerebral grave, necesidad de asistencia de por vida);
- 9) Muerte.

Los baremos tienen efectos en la compensación porque corresponde a pautas correctas, que permiten a las personas organizar de mejor manera la vida en sociedad, puesto que no estarán expuestas a pagar una indemnización que conocen *ex ante*, salvo que sea subcompensatoria. Del mismo modo, mejor los mecanismos de la prevención, puesto que establece un efecto ejemplificador sobre la conducta de los demás potenciales causantes

⁷⁴ BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo, "De la Responsabilidad a la Cuantificación de los Daños", Gaceta Civil y Procesal Civil N° 12, Gaceta Jurídica, 2014, p. 177.

⁷⁵ Ídem.

de los daños. Por último, disminuye la actividad judicial, disminuyendo los costos de la administración de justicia, puesto que los jueces ya saben qué es lo que tienen que hacer, provocando un mecanismo reiterativo para cada caso concreto⁷⁶.

2.10- Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño moral.-

Como ya se ha indicado, la falta de criterios uniformes genera incertidumbre en los justiciables, y una gran dificultad para los Jueces al momento de sentenciar procesos donde se demanden indemnizaciones por daño moral; es por ello que resulta necesario que se establezcan, o intenten establecer criterios apropiados para poder sentenciar este tipo de procesos sin que se caiga en arbitrariedad.

En el Perú, en el año 1997 se ha llevado a cabo el **Pleno Jurisdiccional Civil**, cuyo Tema 5 fue “La prueba del daño en la responsabilidad civil extracontractual”; habiéndose acordado por unanimidad al respecto que⁷⁷:

- Que el daño es una deuda de valor y no una deuda de dinero, y que por lo tanto, en concordancia con la función esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización, debe buscarse la actualización del monto de la indemnización al momento en que ésta es pagada, de modo tal que el perjudicado vea verdaderamente satisfecha su pretensión indemnizatoria, recibiendo un importe que efectivamente lo restituya o lo aproxime lo más posible a la situación en que se encontraba antes del hecho dañoso.
- Que para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño.
- Que la prueba de los daños es posible a través de los medios probatorios típicos, atípicos y los sucedáneos de los medios probatorios. Que para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones.
- Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas.

En este sentido, si bien se hace mención a las “cualidades personales”⁷⁸, tanto de la víctima como del agente productor, revela ya un factor a tomar en consideración al

⁷⁶ *Ibíd*em, p. 178.

⁷⁷ Pleno Jurisdiccional Civil de 1997, p. 10-11.

⁷⁸ LINAREZ AVILEZ, Daniel, “El Laberinto de la Cuantificación del Daño moral con una Mirada desde la Óptica Procesal”, Gaceta Civil y Procesal Civil N° 32, Gaceta Jurídica, 2016, p. 37-39.

momento de cuantificar el daño moral, de poco sirve si no se precisa a qué clase de “cualidades personales” se quiere referir o lo que parecería más peligroso, entender que solo este sería el criterio para valorar el daño moral, lo cual, al generar desde ya una primera problemática, se evidencia una segunda, cual es la mera constatación de ausencia de criterios jurisprudenciales al momento de valorar el daño moral y es la denominada “falta de motivación adecuada de las resoluciones judiciales”, convirtiendo en arbitrariedad el ámbito discrecional del juez dada la nula fundamentación objetiva, todo lo cual genera un tercer problema del cual todos los abogados litigantes son conscientes, y es que ante la falta de criterios claros en la determinación del daño moral, se genera un incentivo perverso en algunos abogados de formular pretensiones con cuantías excesivamente elevadas con el solo objetivo de especular una suma que se sabe será menor si se atendiese a parámetros preestablecidos. El último problema que se genera, y ya desde una óptica procesal, es si un juez fija una determinada cantidad por concepto de indemnización, y luego el superior jerárquico la revoca y otorga un monto muy por debajo, lo único que va a poder alegar la parte afectada con cada uno de los fallos es si le parece mucho o poco en razón del sufrimiento padecido; sin embargo, no va a tener parámetros de comparación u elementos objetivos que le permitan fijar ratios dentro de los cuales ha debido establecer la sentencia la cuantía de la indemnización, más aún cuando no existen precedentes judiciales que permita prever esta situación.

Por otro lado, en la praxis judicial italiana, se afirma que el criterio equitativo es el único capaz de traducir en término monetarios el daño moral. Los elementos que se tienen en cuenta a efecto de la reparación del daño moral, son los siguientes⁷⁹:

- a) La gravedad del delito, que es más intensa cuando mayor es la participación del responsable en la comisión del acto ilícito.
- b) La intensidad del sufrimiento en el ánimo, para ello, ocurre tener presente la duración del dolor, la edad y el sexo del lesionado.
- c) La sensibilidad de la persona ofendida, teniéndose en cuenta el nivel intelectual y moral de la víctima.
- d) Las condiciones económicas y sociales de las partes deben ser superadas porque contrastan con el sentimiento humano y con el principio de igualdad.

⁷⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., p. 307.

- e) El vínculo de parentesco; y
- f) El estado de convivencia.

Actualmente en la jurisprudencia italiana se emplea el método tabular, en la cual se confía al médico legal la tarea de constatar⁸⁰:

- a) El tipo de lesiones sufridas;
- b) La duración de la invalidez temporal (cual imposibilidad de cumplir con las ordinarias ocupaciones);
- c) La entidad de la invalidez permanente, vale decir, de aquellas disminuciones que hayan determinado un efectivo daño funcional, una reducción de la eficiencia psicofísica;
- d) Si la invalidez ha influido, o puede influir, sobre la actividad laboral desenvuelta por el dañado y ello a fin de poder resarcir, cuando sea debidamente probada, la efectiva falta de ganancia sufrida a consecuencia de la lesión.

El criterio tabular ya está de cierta forma regulado en nuestro ordenamiento jurídico nacional, al menos en materia de accidentes de tránsito, sin embargo, éstas tablas no son indemnizatorias, sino que fijan límites de la cobertura de un seguro obligatorio; los cuales podrían ser utilizados como referencia por parte de los operadores jurídicos, al menos como criterio mínimo para determinar las proporciones del quantum indemnizatorio en este tipo de casos, sobre el cual podrán hacer un incremento, de acuerdo a su criterio equitativo, en atención a las particularidades de cada caso en concreto.

Al respecto, y en el caso de nuestro país, tenemos un sistema que se asemeja al sistema de baremos limitado únicamente a las indemnizaciones que deben pagar las aseguradoras, ello contenido en el **Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito**, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, cuyo artículo 29, modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 021-2005-MTC, publicado el 19 Agosto 2005, establece en su parte pertinente que:

Artículo 29.- El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubrirá, como mínimo, los siguientes riesgos por cada persona, ocupante o tercero no ocupante de un vehículo automotor asegurado:⁸¹

⁸⁰ *Ibíd*em, p. 308.

⁸¹ http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_2797.pdf

Muerte c/u	Cuatro (4) UIT
Invalidez permanente c/u hasta	Cuatro (4) UIT
Incapacidad temporal c/u hasta	Una (1) UIT
Gastos médicos c/u hasta	Cinco (5) UIT
Gastos de sepelio c/u hasta	Una (1) UIT

Si bien estos valores representan el monto establecido que necesariamente va a recibir la víctima del daño, éstos también podrían servir como parámetros base realmente objetivos a efectos de establecer la cuantía del daño moral; precisando que en nuestro sistema, el pago que efectúe el seguro no constituye cancelación de la indemnización a la que se considera acreedora la víctima, pues la norma se cuida de dejar establecido que en todo caso, debe ser tomada como un pago a cuenta.



LA SENTENCIA JUDICIAL

Resulta evidente la existencia de conflictos entre los miembros de una sociedad y a veces la imposibilidad de que ellos mismos puedan resolverlos, por eso, ante el insatisfacción de intereses, se obliga al Estado, a manifestar su poder estatal, para que otorgue estabilidad a la vida social, porque de otra manera, habría contiendas interminables; por lo tanto, el poder jurisdiccional del Estado emana para resolver los conflictos intersubjetivos, que necesariamente deben llegar a una decisión definitiva que vendría a ser la sentencia⁸².

2.11.- Definición.- La sentencia es, pues, la resolución que emite el Juzgado sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente pone término al proceso.⁸³ La terminación normal del proceso conduce al juzgado a pronunciar sentencia sobre el litigio sometido a proceso. Una vez que las partes han formulado sus pretensiones y, en su caso las negaciones, que han suministrado los medios que consideraron pertinentes para verificar (en fase probatoria) los hechos sobre los cuales trataron de fundar sus respectivas actitudes y que formularon sus conclusiones, corresponde ahora al juzgador expresar en la sentencia su decisión sobre el conflicto.⁸⁴

La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y el derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondeo del demandado. Es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un mandato, pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga.⁸⁵

2.12.- Tratamiento Legal.- Al respecto del Código Procesal Civil, en su artículo 121 señala que mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en conclusión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación

⁸² MONROY GALVEZ, Juan, "Diccionario Procesal Civil", Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 337.

⁸³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, "Derecho Procesal Civil – Sujetos del Proceso", Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 133.

⁸⁴ Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas (APIJ), "Teoría General del Proceso", Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL, Lima, 2010, p. 100.

⁸⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoría General del Proceso", Tomo II, Frigerio Artes Gráficas S.A.C., Buenos Aires, 1985, p. 515.

procesal⁸⁶. De esta forma, el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción para resolver el conflicto sobre las pretensiones de las partes procesales o revelar la incertidumbre jurídica, respetando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

Dentro de los actos procesales del Juez, la sentencia es la que tiene mayor importancia y está regulada en los artículos 121 y 122 del Código Procesal Civil. En su redacción, la sentencia debe estar separada en tres partes: expositiva, considerativa y resolutive⁸⁷:

- a) **Parte introductiva o expositiva.-** En esta parte, el Juez hace un resumen de las pretensiones, la exposición de los hechos y fundamentación jurídica que contiene la demanda, la resolución de admisión a trámite, el emplazamiento, contestación de la demanda, la pretensión, su exposición de hechos y fundamentación jurídica, la reconvención y su absolución, si fuera el caso, las cuestiones probatorias planteadas y resueltas, las defensas previas y las excepciones y la forma como se han resuelto, la declaración de la relación jurídico – procesal válida y el saneamiento del proceso, la audiencia de pruebas y otros.
- b) **Parte considerativa o motivación de resolución.-** La sentencia ha de ser motivada, ya que como garantía de la administración de justicia ha sido elevado a norma constitucional (artículo 139, inciso 5 de la Constitución Política del Estado). En la parte considerativa, el Juez hace una valoración de la prueba, a la luz de su sana crítica, a fin de determinar si se demostraron los hechos contenidos en la demanda, siguiendo el principio de comunidad de la prueba, realizando una apreciación en su conjunto y no aisladamente. Una vez encontrada la norma jurídica sustantiva y procesal aplicable al caso materia de la Litis, debe analizar si los supuestos de hecho probados dentro del proceso están subsumidos dentro de los supuestos jurídicos de dicha norma, para poder otorgar la consecuencia jurídica allí prevista.
- c) **Parte resolutive.-** Es la parte de la resolución judicial donde se ordena lo que decide el órgano jurisdiccional. Es la conclusión del silogismo, cuya premisa mayor es la norma, la premisa menor está constituida por los hechos probados que son objeto del proceso.

⁸⁶ CASTILLO QUISPE, Máximo, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 190.

⁸⁷ Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas (APIJ), “Derecho Procesal Civil”, Tomo 1, Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL, Lima, 2010, p. 287.

2.13.- Clasificación de las sentencias.-

La clasificación que mayor arraigo ha alcanzado en la doctrina es aquella que atendiendo al contenido específico de las sentencias, es decir a la naturaleza de la pretensión que configura el objeto del proceso, en el cual se dictan, la clasifican en declarativas, de condena y constitutivas:

- 1) **Sentencias declarativas.-** Son aquellas que comprueban la existencia, inexistencia, eficacia y alcance de un derecho, de una situación jurídica o de una relación jurídica que se originó con anterioridad a la decisión judicial, con miras a erradicar la crisis de certeza. En estos casos, la declaración judicial pone fin a un estado de incertidumbre jurídica, pues el derecho que en un momento determinado se presentaba incierto, adquiere certidumbre mediante la sentencia, y la norma abstracta se convierte así en disposición concreta. Si el derecho existe: el Juez se limita a declarar su existencia. Con esta declaración no se impone a un tercero ninguna clase de prestación, ni se condena a nadie. El interés de quien ejercita la pretensión que originará la sentencia se agota con la afirmación hecha por el funcionario de esa existencia o inexistencia o comprobación del derecho o relación jurídica, que es su objeto esencial. No tiene por causa tal declaración el interés de hacer cesar una violación del derecho, porque entonces se perseguiría su restablecimiento o realización a través de una sentencia de condena. Por eso el interés del actor se ve satisfecho con la sola declaración, sin que medie ejecución posterior ni cumplimiento forzado. En este tipo de sentencias, la declaración no está destinada a preparar los medios de coacción, o a abrir camino a la ejecución. Resultando así incompatible con cualquier tipo de ejecución: basta su tránsito en cosa juzgada para que se imponga el precepto declarativo proveniente del mandato respectivo. El demandado debe tener apenas una posición pasiva (respetar el precepto). Entre las decisiones jurisdiccionales que tienen efectos meramente declarativos tenemos a las que recaen en las siguientes pretensiones: reconocimiento de filiación, prescripción adquisitiva de propiedad, reconocimiento de escritura, falsedad de un documento, nulidad de acto jurídico.

88

⁸⁸ MONROY GALVEZ, Juan, Op. Cit., p. 341.

- 2) **Sentencias constitutivas.-** Son aquellas que sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican, o extinguen una situación jurídica, ya sea modificando un estado de cosas anterior, decretando su abolición o cambiándolo por otro. Se pretenden con ellas, que se produzca un estado jurídico que antes no existía, modificando así la esfera de derechos y obligaciones de las partes. A diferencia de las declarativas, rige hacia el futuro, con ella nace una nueva situación jurídica que determina, por consiguiente, la aplicación de nuevas normas de derecho. En este tipo de sentencias impera el principio de seguridad, por esta razón es que la modificación: a) Solo pueda ser realzada de forma judicial, si no hubiera acuerdo entre las partes, o; b) Siempre en forma judicial, incluso habiendo acuerdo entre las partes, y en obediencia a la previa regulación establecida en las normas vigentes. Se asemeja a la declarativa en que el interés del actor se agota con su sola emisión y que no necesita una ejecución posterior, pero se diferencia, en que esta declaración afecta directamente a terceros, los obliga y sujeta a ella, de manera que no se busca la declaración por sí misma, sino por sus efectos respecto a terceros. Entre las decisiones que tienen efectos constitutivos tenemos a las que recaen las siguientes pretensiones: la interdicción, la rescisión de contrato, la adopción, el divorcio, porque rompe la situación jurídica que origina el matrimonio, permitiendo a las partes repartirse los bienes gananciales y contraer, si lo desean de nuevo matrimonio con otra persona.⁸⁹
- 3) **Sentencias de condena.-** Son aquellas que orientan no solo a declarar la certeza de una determinada situación jurídica, son que además ordenan al vencido el cumplimiento de un dar, hacer o no hacer, es decir, se expresa a través de una orden. En este tipo de sentencias, el órgano jurisdiccional, al amparar la demanda interpuesta, obliga al demandado a realizar una determinada prestación, en otras palabras, se condena u ordena judicialmente. Ahora bien, de no cumplirse lo ordenado, el órgano jurisdiccional apertura una nueva fase de tutela que complementa a la de condena y que está basada en una labor de carácter sustitutivo, cual es la ejecución forzada. Es de esta manera que la sentencia de condena se encuentra prevista de eficacia ejecutiva, porque se configura la posibilidad de solo a pedido de parte, iniciar una fase de ejecución forzosa, de lo que no se cumplió espontánea y voluntariamente por la parte vencida. Este tipo

⁸⁹ *Ibíd*em, p. 339.

de sentencias surgen de numerosas circunstancias del comercio jurídico: unas veces naden a raíz de una lesión del derecho ajeno, como en los casos de responsabilidad civil, de pérdida de propiedad, de privación de herencia, y otras como consecuencia del incumplimiento de una obligación mediante omisión del deudor, como en las situaciones insatisfechas de los derechos de pago, etc. Otras como consecuencias de accione por parte de aquellos que se han comprometido a abstenerse, como por ejemplo de no realizar determinada propaganda, de no instalar un comercio en determinada radio, etc. Entre las decisiones jurisdiccionales que tienen efectos de condena tenemos a las que recaen en pretensiones como obligación de dar suma de dinero, desalojo, etc.⁹⁰

LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La motivación de las resoluciones judiciales ha sido reconocida y analizada desde diversas perspectivas; es así que desde el punto de vista de la Carta magna esta importe un derecho constitucionalmente reconocido (art. 139, incisos 3 y 5), desde la perspectiva de que todo aquel que tiene potestad de dirimir una controversia jurídica (juez, árbitro, tribunal administrativo) es un deber, y finalmente, desde el punto de vista del justiciable se materializa como una garantía de obtener una resolución sustentada en Derecho y de manera correlativa un mecanismo de tutela contra la arbitrariedad.⁹¹

Conforme lo señala el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparta justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas. De esta manera, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas, es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a

⁹⁰ *Ibídem*, p. 340.

⁹¹ *Ibídem*, p. 228.

cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.⁹²

Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental⁹³ (principios y derechos de la función jurisdiccional), garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, es decir, expresen como han efectuado la construcción del razonamiento judicial. Tal como ha establecido la **Casación N° 2159-2009**⁹⁴, la misma en la que se destacó el rol de la motivación de las resoluciones judiciales en la determinación de la cuantía del daño moral, se indicó: “(...) el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta prima facie siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no se limita a la sola mención de las normas aplicables al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que significa la manifestación de los argumentos que expresarían la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

La motivación judicial no puede ser independiente de la fundamentación legal: el juez al dar los motivos de su decisión, no podrá apoyarse pura y exclusivamente o en los hechos o en las normas, pues si hiciera o primero, prescindiendo de las normas, se estaría

⁹² RIOJA BERMUNEZ, Alexander, “Constitución Política Comentada y su Aplicación Jurisprudencial”, Jurista Editores, Lima, 2016, p. 593.

⁹³ Constitución Política del Perú, art. 139, Inc. 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

⁹⁴ Casación N° 2159-2009, p. 4.

transformando en legislador, y si se apoyara e aquellas prescindiendo de los hechos se convertiría la sentencia en una obra de investigación o de doctrina.⁹⁵

2.14.- Concepto.- La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el Juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia que ha sido reconocida a nivel constitucional. Por la motivación, además, se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o su impugnación.⁹⁶

En efecto, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se ha sostenido que la motivación de las resoluciones judiciales permite ejercer un control de legitimidad respecto de la actuación del Juez, ya que con base en esta se puede verificar su razonabilidad, imparcialidad e independencia. Por otro lado, la motivación exige que la estructura de la argumentación judicial que contenga un razonamiento jurídico válido. No necesariamente exige que la sentencia exponga una abundante, extensa, agotadora argumentación, solo basta que se expresen las principales razones por las cuales se adoptó una determinada decisión, ello en concordancia con la regla contenida en el artículo 197 del Código Procesal Civil. Ahora bien, estas razones deben ser proporcionadas y guardar correspondencia con el problema a resolverse (establecido en los puntos controvertidos), ello para poder salvaguardar el derecho de defensa de las partes a través de los respectivos medios impugnatorios en caso de que no encuentran arreglada a derecho la sentencia y a la par posibilita el control de legalidad del órgano revisor (de apelación o casación según sea el caso).⁹⁷

Constituye una garantía que permite al justiciable poder ejercer su derecho de defensa, ya que el juez debe expresar en su decisión de manera expresa respecto de todos y cada uno de los aspectos controvertidos o alegados en el proceso judicial, es decir precisar las razones por las cuales arriba a esa conclusión. Es aquel razonamiento que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que justifican lo resuelto por el juez, de forma tal que los destinatarios podrán conocer las razones por las

⁹⁵ DIVISIÓN DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA, "El Código Procesal Civil Explicado en su Doctrina y Jurisprudencia", Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 515.

⁹⁶ Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas (APIJ), Op. Cit., p. 344.

⁹⁷ MONROY GALVEZ, Juan, Op. Cit., p. 229.

cuales se ha resuelto en tal sentido a fin de poder efectuar la defensa que consideren pertinente a través de los medios impugnatorios.⁹⁸

2.15.- Funciones de la motivación.- Tal como indica Eugenia Ariano Deho, son muchas las funciones que se le asigna a la motivación. Ello depende del punto de vista con el que se la mire. Un dato a tomar en cuenta es que la motivación es una parte de la resolución (las partes son la expositiva y la resolutive o sea el fallo en estricto), y que la resolución (en todas sus partes) debe resultar por escrito, incluso cuando ésta sea expedida en una audiencia, en cuyo caso debe documentarse en el acta; por lo que se podría decir que la motivación cumple las siguientes funciones:

- 1) Desde el punto de vista del juez: una función *preventiva* de los errores, en cuanto debiendo aquél dar cuenta por escrito de las razones por lo que ha llegado a su fallo, al momento de “redactar” u resolución podría bien darse cuenta de aquellos errores que podría haber cometido en su “operación intelectual” previa y “autoenmendarse”.⁹⁹
- 2) Desde el punto de vista de las partes: una función *endoprocesal* o de *garantía de defensa* en cuanto les permite conocer la *ratio decidendi* de la resolución (o la ausencia o sus yerros) a los efectos de poder utilizar las impugnaciones enderezadas a revertir la situación desfavorable a quien impugna.¹⁰⁰
- 3) Desde el punto de vista de la colectividad: una función *extraprocesal* o *democrática* de garantía de publicidad (y como tal de exclusión o de detección de arbitrariedad) en el ejercicio del poder por parte del juez.¹⁰¹

A estas tres funciones, habría que agregar otra: la de servir para la ubicación del “precedente”, o sea la “regula iuris” de la solución del caso concreto, pero sea cual fuere la función de la motivación que se quiera privilegiar, lo cierto es que ella es unánimemente concebida como una garantía, es más, se ha dicho que es una “garantía de cierre del sistema” en cuanto ella “puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna como de la externa o democrática de la función judicial”.

⁹⁸ RIOJA BERMUNEZ, Alexander, Op. Cit., p. 593.

⁹⁹ ARIANO DEHO, Eugenia, “Resoluciones Judiciales, Impugnaciones y la Cosa Juzgada – Ensayos”, Pacífico Editores S.A.C., 2016, p. 213.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 214.

¹⁰¹ *Ídem*.

2.16.- Contenido de la motivación y exigencias.- Los tribunales deben suministrar las razones que justifican su decisión, motivándola, ya que la motivación es parte de la estructura formal de la sentencia. La sentencia carece también de motivación cuando solo la tiene en apariencia, por existir una expresión de razones insuficientes para justificar la decisión, así ocurre por ejemplo cuando se violentan las leyes de la lógica, o los argumentos se apoyan en pruebas ilegítimas, o se prescinde de pruebas esenciales; o si la motivación no es completa, por no existir sobre una cuestión o sobre una premisa de la construcción lógica, lo que invalida las conclusiones sucesivas.¹⁰²

La sentencia es inválida cuando adolece de un vicio esencial de motivación. Si existe un defecto y no obstante tiene apoyo en otros elementos válidos, conservará eficacia pese al vicio no esencial que pueda contener. Para apreciar la esencialidad del vicio se ha sugerido, recogiendo enseñanzas de la jurisprudencia, el método de la supresión o inclusión mental hipotética: una prueba, un argumento, un punto, será decisivo cuando, si mentalmente se lo suprime o incluye, la conclusión hubiera sido necesariamente distinta.

2.17.- Exigencias del contenido de la motivación.- El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final que constituye el dispositivo, en el cual se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino el juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones) emitiendo sobre cada uno de estos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Por ello el deber de resolver todas las cuestiones se presenta como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada, debiendo reunir ciertos caracteres:¹⁰³

- 1) **Debe ser expresa.-** El juez tiene el deber de consignar las razones de lo que se decide, expresando sus propios argumentos con relación al caso juzgado. No puede suplírsela por la comisión a otros actos del mismo proceso, o a otra sentencia (por ejemplo los fundamentos del fallo de primera instancia).
- 2) **Debe ser clara.-** De modo que el pensamiento del juzgador sea aprehensible, susceptible de comprensión y examen, y no deje lugar a dudas sobre las ideas que

¹⁰² Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas (APIJ), Op. Cit., p. 347.

¹⁰³ Idem, p. 348.

se expresan. Los jueces deben expedirse en lenguaje llano que permita la clara expresión de su pensamiento para que éste pueda ser aquilatado y comprendido. Será inválida la sentencia cuando, por la oscuridad de los conceptos empleados, no sea posible inferir el pensamiento del juzgador.

- 3) **Debe ser completa.-** Para ello debe abarcar los hechos y el derecho. Respecto a los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello debe emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica, y no un resumen descriptivo sin explicar el valor que les atribuye, el criterio selectivo empleado y las conclusiones que extrae. El juez debe consignar las conclusiones de hecho a que arriba, y esta exigencia atañe ya a la fundamentación de aplicación de la norma jurídica; la descripción fáctica es el presupuesto de la aplicación de la ley y por ende un requisito de la motivación en derecho de la sentencia. Para motivar en derecho la sentencia, el tribunal debe, además, justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica. La exigencia se cumple suficientemente cuando se mencionan los artículos de la ley, individualizando la norma jurídica que se aplica a los hechos comprobados y que justifican la decisión.
- 4) **Debe ser legítima.-** Esto significa que debe basarse en pruebas legales y válidas. Una prueba es ilegal cuando el acto que la contiene es nulo o inadmisibles. Si el fallo se apoya esencialmente en una prueba viciada, estará defectuosamente motivado. También es ilegítima la motivación cuando se sirve de pruebas que no han sido incorporadas al proceso, como cuando el juez invoca su conocimiento personal ajeno a lo aprobado por las partes. Por último hay ilegitimidad cuando el juzgador omite la consideración de prueba esencial incorporada al proceso (una perca que de haber sido valorada podían llevar a una conclusión distinta); y la hay también cuando teniendo poder para ello y pudiendo haberlo, omite producir o incorporar elementos probatorios decisivos a su alcance.
- 5) **Debe ser lógica.-** El juez debe observar en las sentencia las reglas del recto entendimiento humano, que presiden la elaboración racional de los pensamientos. Las leyes acuerdan al juez libertad para apreciar y valorar las pruebas, pero a condición que lo haga empleando la sana crítica racional. El juez tiene amplitud para decidir con criterio selectivo sobre la eficacia de la prueba y puede optar por una en lugar de otra, o preferir una prueba sobre la otra, mientras no incurra en

arbitrariedad. Pero en su apreciación, su valoración y su razonamiento, está constreñido por las reglas de la sana crítica que le imponen los límites marcados por el recto entendimiento humano. Es decir tiene libertad en las conclusiones, pero no en los medios. El control sobre estos, sirve para controlar la validez de aquellos. De este modo se complementan los sistemas conocidos como “libre convicción y sana crítica racional”. En este sentido, para que sea lógica debe ser coherente, debiendo tener las siguientes características: a) Ser congruente, en cuanto a las afirmaciones deducciones y conclusiones deben guardar adecuada correlación y concordancia entre ellas; No se contradictoria, en el sentido que no se empleen en el razonamiento juicios contrastantes entre sí que al oponerse se anulen recíprocamente; c) Ser inequívoca, de modo que los elementos del raciocinio no dejen lugar a dudas sobre su alcance y significado y sobre las conclusiones que determinan; y d) Concordante, es decir que a cada conclusión afirmada o negada debe corresponder convenientemente un elemento de convicción del cual pueda inferirse aquella.

- 6) **Debe ser suficiente.**- Para ello debe estar constituida por elementos aptos para producir razonablemente el convencimiento sobre el hecho, por su entidad y calidad.

2.18.- Motivación como justificación de la sentencia.- La motivación de las resoluciones judiciales, y especialmente de la sentencia, constituye una garantía constitucional, y en el fondo es la racionalización de la justicia, donde el interesado encuentra la justificación del faño o la decisión que adopta el Juez en el proceso¹⁰⁴:

- **Como justificación lógica de la sentencia:** Cumple una función pedagógica. Las partes y el tercero legitimado tienen el derecho de saber el porqué de la decisión en uno u otro sentido. La sentencia siempre debe merecer la adhesión y para ello requiere entenderla.
- **El modo de instruir a las partes.**- La motivación debe permitir a las partes, con sentido práctico, instruirles la bondad de la resolución, especialmente para que el agraviado pueda decidir si interpone o no los recursos impugnatorios permitidos

¹⁰⁴ Idem, p. 289.

por ley. Además de esta parte de la sentencia, se desprende los errores de apreciación de las pruebas e interpretación de los dispositivos en que se ampara.

- **La motivación como sustento de la parte resolutive.-** Se puede afirmar que la misma ley, como norma constitucional y reproducido en la ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil, al exigir que en el sustento definitivo de la sentencia los puntos resolutive estén precedidos por la motivación, quiere hacer aparecer la estructura silogística de la sentencia y persuadir a los justiciables de que en la concatenación de vértices lógicas, ningún camino se ha dejado a la arbitrariedad. Por ello la motivación de la sentencia es el razonamiento lógico – jurídico que hace el Juez de las pretensiones del demandante, demandado, los hechos probados o no, el derecho aplicable al caso concreto, para luego decidir el conflicto de intereses.

2.19.- Supuestos de vulneración del derecho.- En su interpretación sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el **Expediente N° 03943-2006-PA/TC**, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:¹⁰⁵

- a) ***Inexistencia de motivación o motivación aparente.*** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b) ***Falta de motivación interna del razonamiento,*** que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos

¹⁰⁵ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.html>

utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

- c) **Deficiencias en la motivación externa**; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.
- d) **La motivación insuficiente**, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) **La motivación sustancialmente incongruente**. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

En este sentido, la motivación resulta ser esencial en las decisiones judiciales, ya que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, ya que a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia, evitándose con ello arbitrariedades, y además permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico, las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto, los errores que puede haber cometido el Juzgador.

2.20.- Algunos Pronunciamientos Jurisprudenciales Sobre la Motivación.¹⁰⁶

STCN° 2004-2010-PHC/TC.- El artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad que tiene un doble significado: *a)* en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, *b)* en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo [Cfr. STC 0090-2004-AA/TC, fundamento 12]. A lo dicho debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44°, de la Constitución). (FJ. 3)

STCN° 728-2008-PHC/TC.- Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.° 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una

¹⁰⁶ TABOADA PILCO, Giammpol, “Constitución Política del Perú de 1993: Tribunal Constitucional peruano, Jurisprudencia Actualizada y Precedentes Vinculantes, 1000 Resoluciones Tituladas, resumidas, Ordenadas y Concordadas”, Editorial Grijley, 2014, p. 751-760.

determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (FJ. 6)

STCN° 5601-2006-PA/TC.- Ha precisado que “el derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional. Si bien el dictado de una sentencia condenatoria *per se* no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para sus adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del *decisionismo* que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional. (FJ. 8)

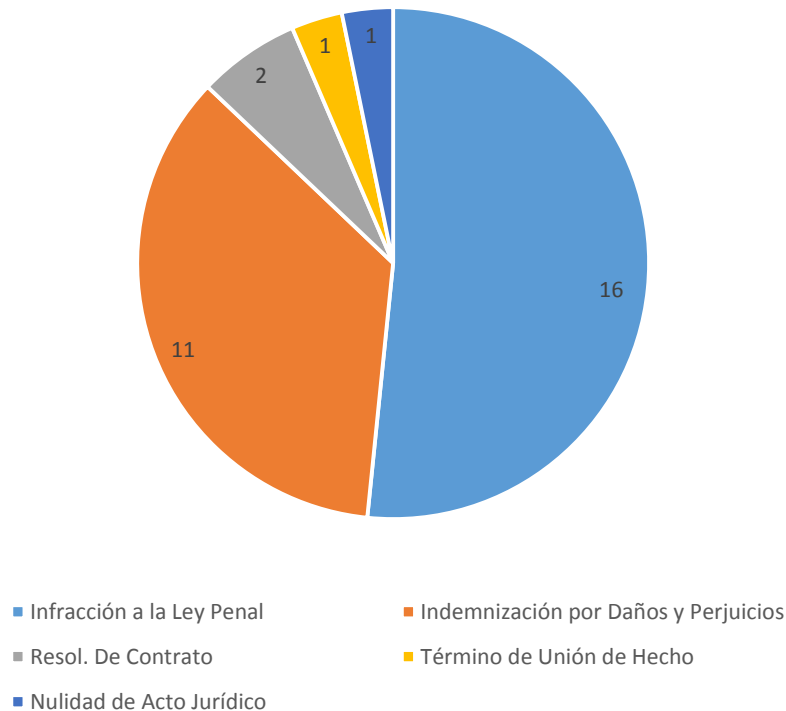
STCN° 966-2007-AA/TC.- La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido se respeta siempre que exista una fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente

justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de pronunciamiento expreso y detallado (...) En suma, garantiza que el razonamiento guarde relación y sea proporcionado con el problema que al Juez (...) corresponde resolver.



CAPÍTULO III:
ANÁLISIS ESTADÍSTICO y DISCUSIÓN DE
RESULTADOS

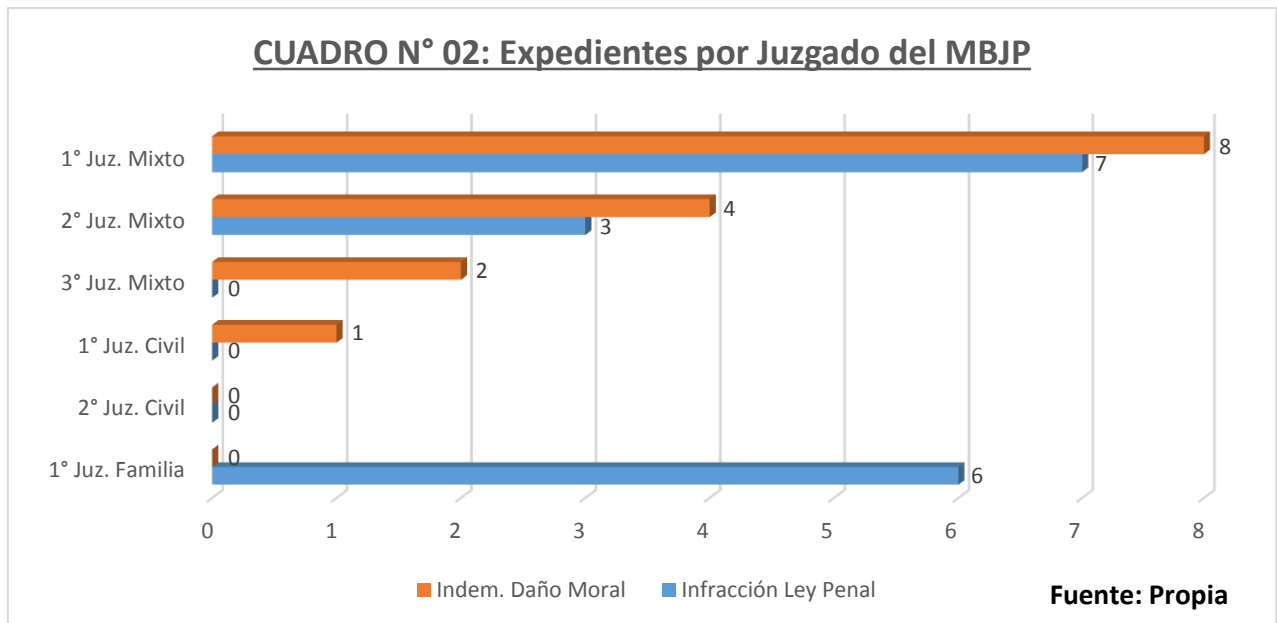
**CUADRO N° 01: Expedientes en los que se Otorgó
Indemnización por Daño Moral**



Se procedió a la revisión física de un universo de **57 expedientes judiciales** que contuvieran una pretensión de indemnización por responsabilidad extracontractual, ya sea como pretensión principal o como pretensión accesoria; sin embargo, del total de los expedientes revisados, **únicamente en 31 de ellos se otorgó un monto por indemnización por daño moral**, mientras que el resto fueron declarados infundados o improcedentes mediante sentencia.

En el cuadro precedente, se muestra la distribución por materias de los expedientes en los que se ha otorgado un monto por indemnización por daño moral, siendo éstos:

- Infacción a la Ley Penal e Indemnización por Daño Moral: 16
- Resolución de Contrato e Indemnización por Daño Moral: 02
- Nulidad de Acto Jurídico e Indemnización por Daño Moral: 01
- Indemnización por Daños y Perjuicios incluyendo Indem. por Daño Moral: 11
- Término de Unión de Hecho e Indemnización por Daño Moral: 01



Conforme se aprecia del cuadro precedente, se procedió a la revisión de un total de 31 expedientes judiciales:

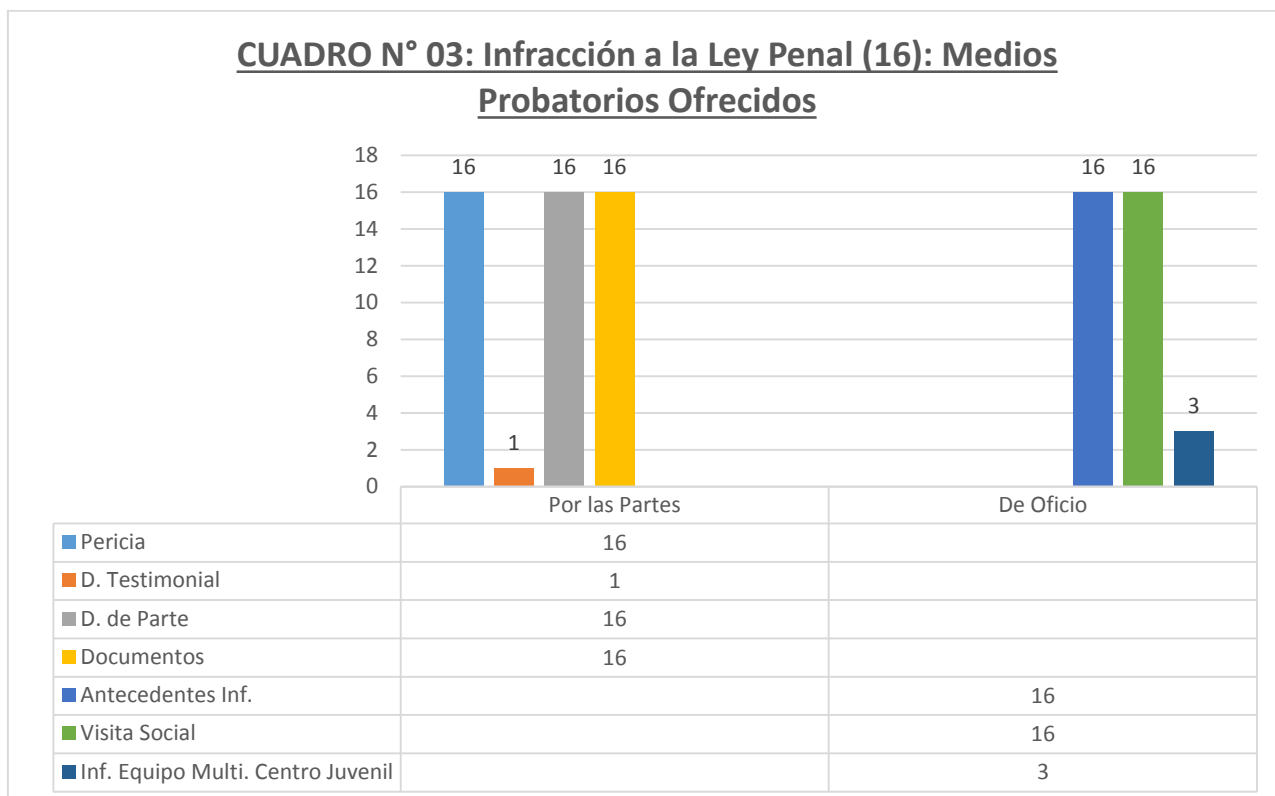
1° Juzgado Mixto: 15 Expedientes
2° Juzgado Mixto: 7 Expedientes
3° Juzgado Mixto: 02 Expedientes

1° Juzgado Civil: 01 Expedientes
2° Juzgado Civil: 00 Expedientes
1° Juzgado de Familia: 06 Expedientes

Mediante Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se creó el 3° Juzgado Mixto de Paucarpata, el mismo que entraría en funcionamiento a partir del 01 de julio del 2015, Juzgado que recibió carga en trámite de los otros dos Juzgados Mixtos, sin embargo, al momento de la revisión de los expedientes y de la respectiva recopilación de datos, éste Juzgado (3° Juzgado Mixto) únicamente había expedido sentencia en 02 procesos que eran relevantes para la presente investigación.

Por otro lado, mediante otra Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el 1°, 2° y 3° Juzgado Mixto de Paucarpata fueron especializados, y se convirtieron, en ese orden, en el 1° y 2° Juzgado Civil, y 1° Juzgado de Familia respectivamente, Juzgados que entrarían en funcionamiento bajo tales denominaciones a partir del 01 de noviembre del 2015; sin embargo, al momento de la revisión de los expedientes y de la respectiva recopilación de datos existía solo un (01) expediente sentenciado por el 1° Juzgado de Civil, 00 expedientes sentenciados por el 2° Juzgado Civil; y 06 expedientes en materia de infracciones a la ley penal sentenciados por el 1° Juzgado de Familia. Cabe resaltar que **pese a la especialización de los Juzgados, los Magistrados siguieron**

siendo los mismos; por lo que los criterios al sentenciar sus procesos siguió siendo el mismo.



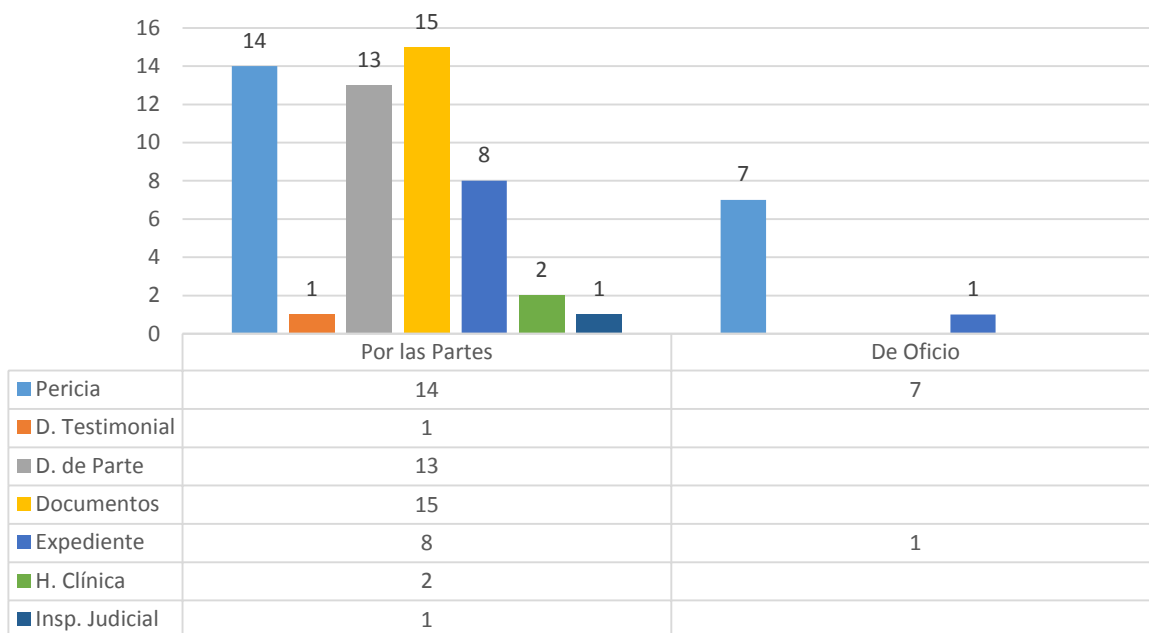
Fuente: Propia

En la totalidad de procesos de **Infracción a la Ley Penal (16 casos de la Especialidad Familia - Penal)**, el Ministerio Público como parte denunciante, ofreció como medios probatorios **Protocolos de Pericia Psicológica** practicados a las partes agraviadas para acreditar la afectación emocional causada en ellos por el acto infractor denunciado (**daño moral**), siendo este medio probatorio fundamental para sustentar la pretensión de indemnización por daño moral; asimismo se ofrecieron pruebas documentales (informes policiales, actas de intervención, acta de recojo de evidencia, certificados médicos legales, actas conteniendo declaraciones, etc.), y se ofreció la declaración de parte (declaración referencial) del presunto infractor; y solamente en un (01) caso se ofreció la declaración testimonial de una persona que observó los hechos que se denuncian.

Por su parte, los Juzgados en la totalidad de procesos analizados (16 casos), admitieron como **medios probatorios de oficio** los Antecedentes que pudieran registrar los presuntos infractores para determinar si eran reincidentes o si eran primarios en la comisión de infracciones a la ley penal, así como la realización de una Visita Social en el domicilio de los

presuntos infractores para analizar el entorno sociocultural, familiar y educativo en el que éstos se desenvuelven; y únicamente en 03 casos se solicitó además un Informe al Equipo Multidisciplinario del Centro Juvenil Alfonso Ugarte al haberse dispuesto el Internamiento Preventivo de los investigados.

**CUADRO N° 04: Otros Procesos donde se Otorgó
Indemnización por Daño Moral (15): Medios Probatorios
Ofrecidos**



Fuente: Propia

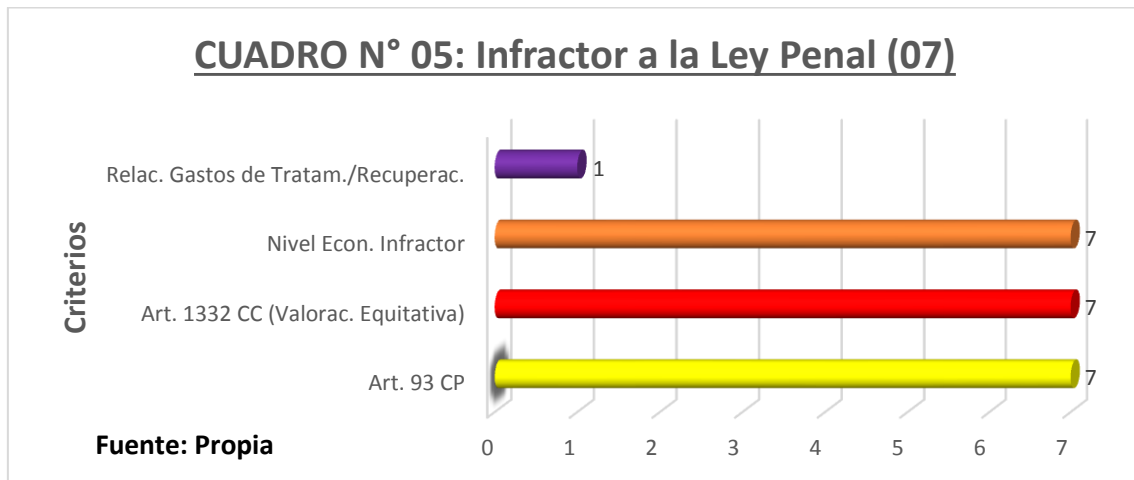
En el resto de procesos analizados que corresponden a las Especialidades de Civil y de Familia - Civil (**15 casos**), se apreció que en 14 de ellos obran pericias para sustentar la pretensión de indemnización por responsabilidad extracontractual, sin embargo únicamente en 05 de estos casos, se trataba de una **pericia psicológica** para sustentar su pretensión de **daño moral**, pretendiendo acreditar la afectación que habría ocasionado el demandado con su accionar; asimismo en 13 casos se pidió la declaración de parte de la parte demandada para dar sustento a los fundamentos de hecho de la demanda, y en 02 de estos casos se ofrecieron copias certificadas de **historias clínicas** para acreditar las atenciones y daños físicos ocasionados a la parte demandante, y de esta manera tratar de acreditar el daño moral ocasionado por el actuar del demandado.

Por su parte, en 07 de estos casos, el Juzgado admitió como medio probatorio de oficio una pericia actualizada de los daños materiales ocasionados, y en 01 caso las copias

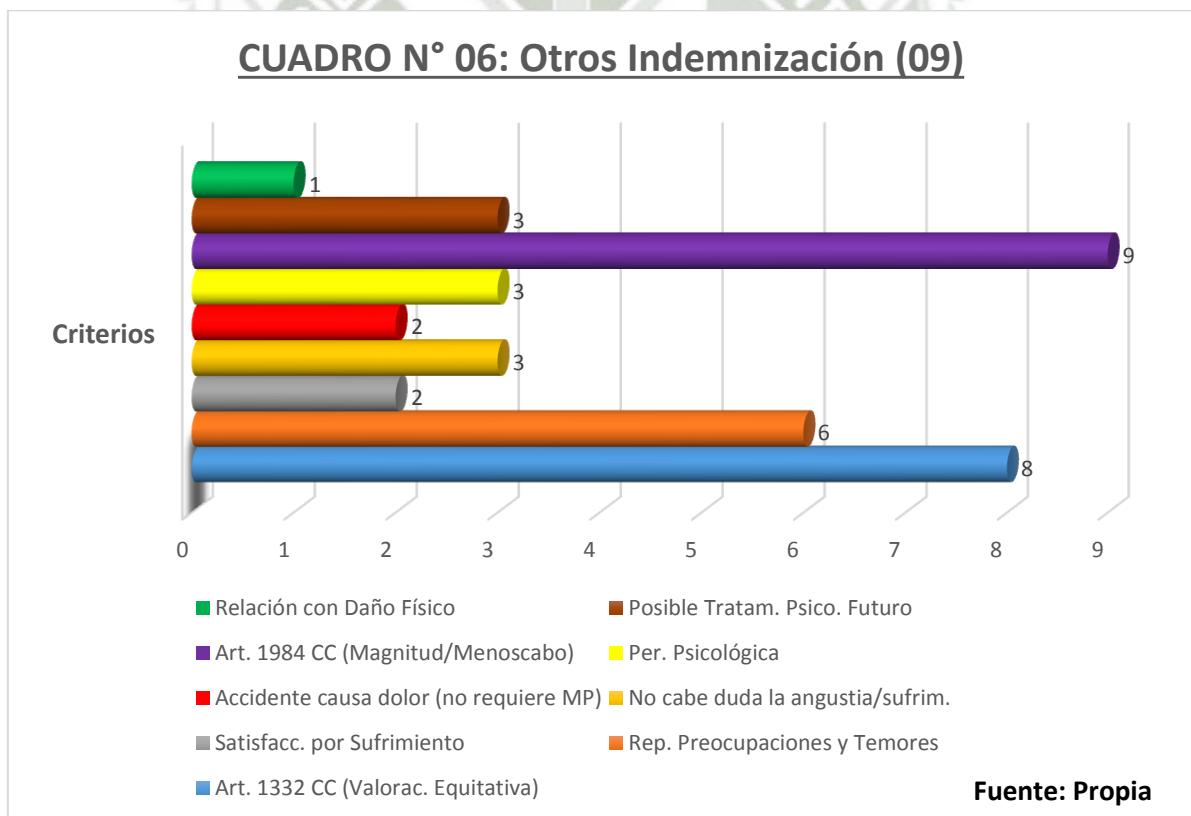
certificadas de un proceso penal; sin embargo, estos medios probatorios admitidos de oficio estarían en todo caso destinados a acreditar el daño emergente y lucro cesante, mas no para el tema del daño moral, ya que las pericias dispuestas no consisten en ningún caso evaluaciones psicológicas actualizadas.



**CRITERIOS USADOS POR EL MAGISTRADO DEL 1º JUZGADO MIXTO /
1º JUZGADO CIVIL**



***Artículo 93 CP.-** “La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”.



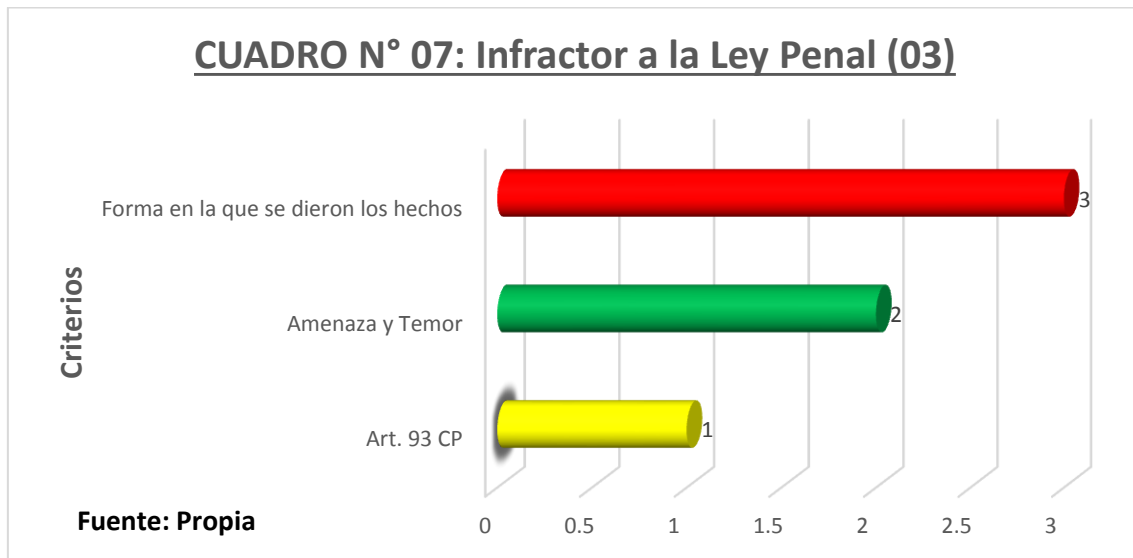
***Artículo 1332 CC.-** “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

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

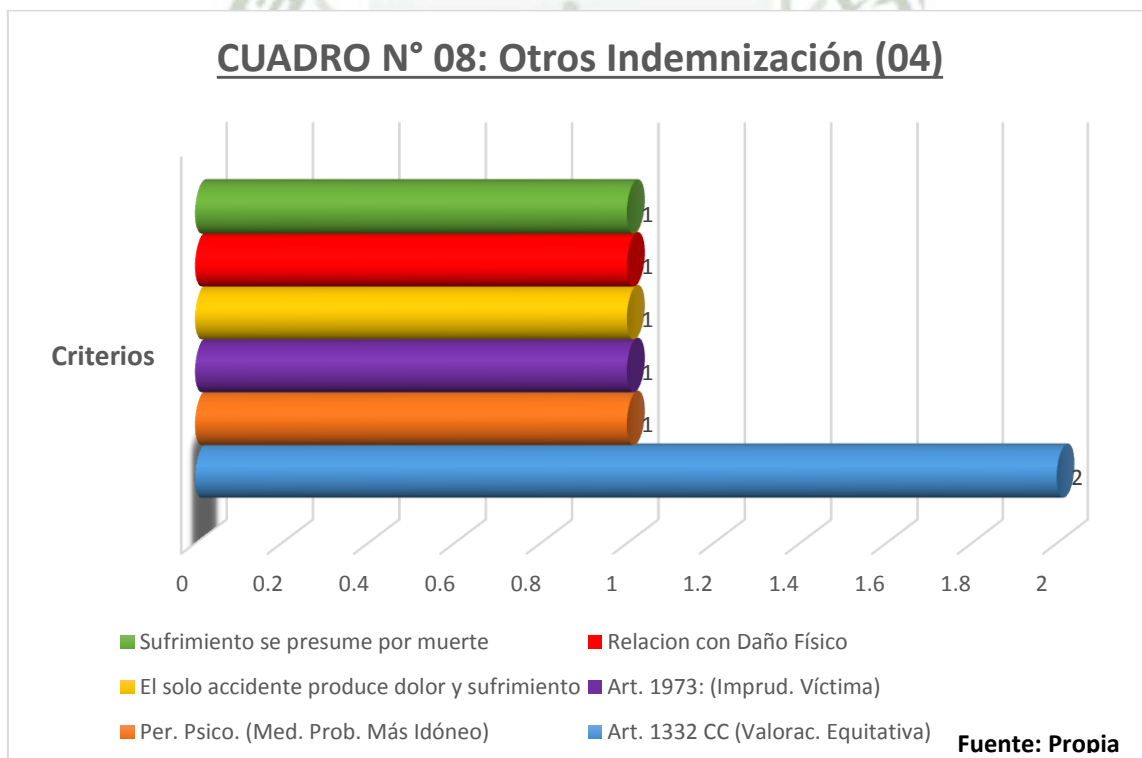
En el caso de los procesos tramitados por ***Infracción a la Ley Penal***, en el 100% de los casos el Magistrado partió de la base de lo establecido por el **artículo 1332 del Código Civil**, el que establece que “*Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*”; y lo dispuesto en el **artículo 93 del Código Penal** que establece que “*La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Dado que estos artículos pueden conllevar a la aplicación de diversas interpretaciones (sobretudo subjetivas al no existir otro parámetro más que el normativo antes indicado), el Magistrado tomó como criterio fundamental (para complementar la norma) para fijar la indemnización por daño moral a pagarse el nivel económico del menor infractor luego de analizado el Informe Social/Multidisciplinario del mismo, y en 01 solo caso (14.29%) se basó también en los gastos de tratamiento y recuperación de la víctima (que si bien podrían sustentar la afectación psicológica por los daños ocasionados, éstos corresponderían a otra esfera de indemnización que sería la ocasionada en la esfera física de la víctima).

En el caso de los otros procesos civiles, el magistrado parte de dos supuestos normativos que son: 1) El **artículo 1332 del Código Civil**, el que establece que “*Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*”; y 2) El **artículo 1984 del Código Civil**, el que establece que “*El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*”. En los casos analizados, el hecho de invocar tales artículos del Código Civil, pareciera que por sí solos expresaran (para el Magistrado) justificación suficiente para otorgar un monto por indemnización de daño moral; sin embargo, los parámetros contenidos en tales normas resultan ser muy amplios, dejando a criterio abierto (y subjetivo en muchos casos) del Magistrado para fijar una indemnización. Como se aprecia del Cuadro N° 06, únicamente en 03 casos (37.5%) los fundamentos se basaron en las pericias psicológicas obrantes en los expedientes como prueba fundamental para acreditar el daño moral demandado; mientras que los otros criterios son netamente subjetivos, como por ejemplo que ante un accidente, una nulidad de acto jurídico, o ante otro hecho que sustente la demanda como el daño físico sufrido, se haya ocasionado un daño moral; o que el dolor o sufrimiento derivados de ellos no requiera un medio probatorio para su acreditación (50%) pese a que en otros casos sí se les da un valor probatorio fundamental; o en la realización de un posible tratamiento para superar la afectación demandada (37.5%).

**CRITERIOS USADOS POR EL MAGISTRADO DEL 2º JUZGADO MIXTO /
2º JUZGADO CIVIL**



***Artículo 93 CP.-** “La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”.



***Artículo 1332 CC.-** “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

***Artículo 1973 CC.-** “Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias”.

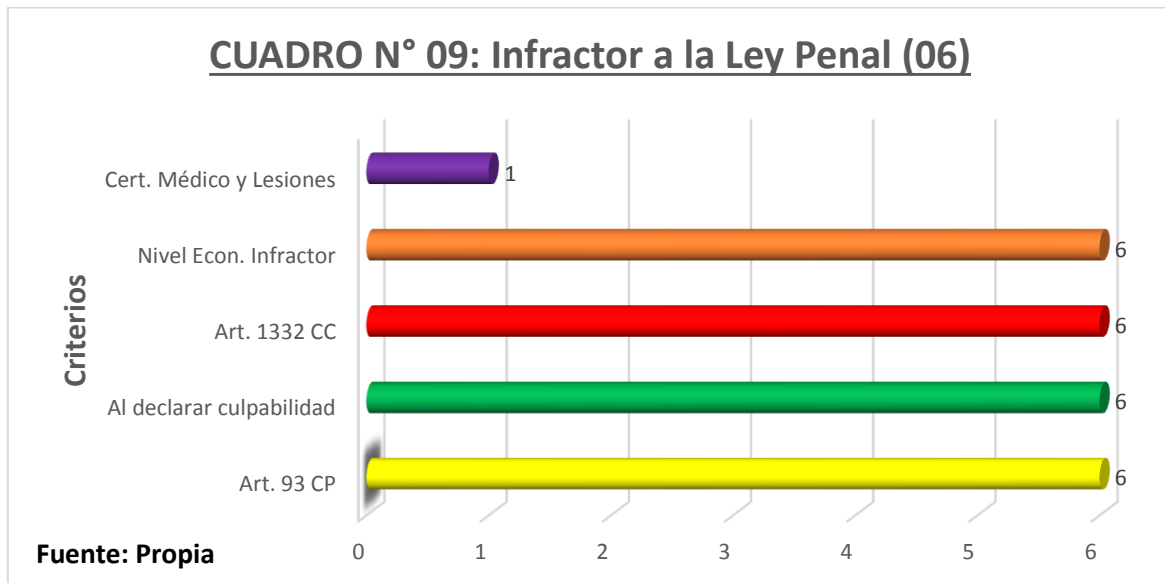
En el caso de los procesos tramitados por ***Infracción a la Ley Penal***, en el 100% de los casos el Magistrado partió de la base de la forma en la que se dieron los hechos, y en la tipificación del delito en cuanto a la gravedad de éstos se refiere; y únicamente en 01 caso (33.33%) el sustento partió de lo establecido en el **artículo 93 del Código Penal** que establece que “*La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios*”. Se puede apreciar que el Magistrado usa el criterio de que algunos hechos que configurarían la infracción denunciada son más graves que otros; sin embargo tal criterio por sí solo no sería suficiente para una debida motivación, por cuanto la gravedad de los hechos denunciados serviría en todo caso para la determinación de la pena a aplicarse. Por otro lado, en 02 casos (66.67%) el criterio es un poco más acorde, ya que se analiza el temor y la amenaza ocasionada a la víctima (agraviado) de la infracción, sin embargo no se dan más detalles del análisis efectuado, o si éste ha sido compulsado con los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público.

En el caso de los otros procesos civiles, el Magistrado parte en 02 casos (50%) del supuesto normativo contenido en el **artículo 1332 del Código Civil**, el que establece que “*Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*”. Sin embargo, únicamente en 01 caso (25%), el análisis versa además sobre los resultados de una pericia psicológica practicado a la parte demandante para demostrar el grado de afectación sufrido, indicando el Magistrado además que tal medio probatorio resulta el más idóneo para acreditar el daño moral causado al estar en él detallados las afectaciones emocionales ocasionadas; mientras que en el resto de casos respectivamente, el Magistrado maneja el criterio de que el sufrimiento ocasionado al demandante se presume por la muerte de un familiar, la relación con el daño físico sufrido, y que además un accidente siempre produce dolor y sufrimiento en la persona que lo padece, pero estos criterios no se ven apoyados por medio probatorio alguno que resulte idóneo como en el otro caso indicado.

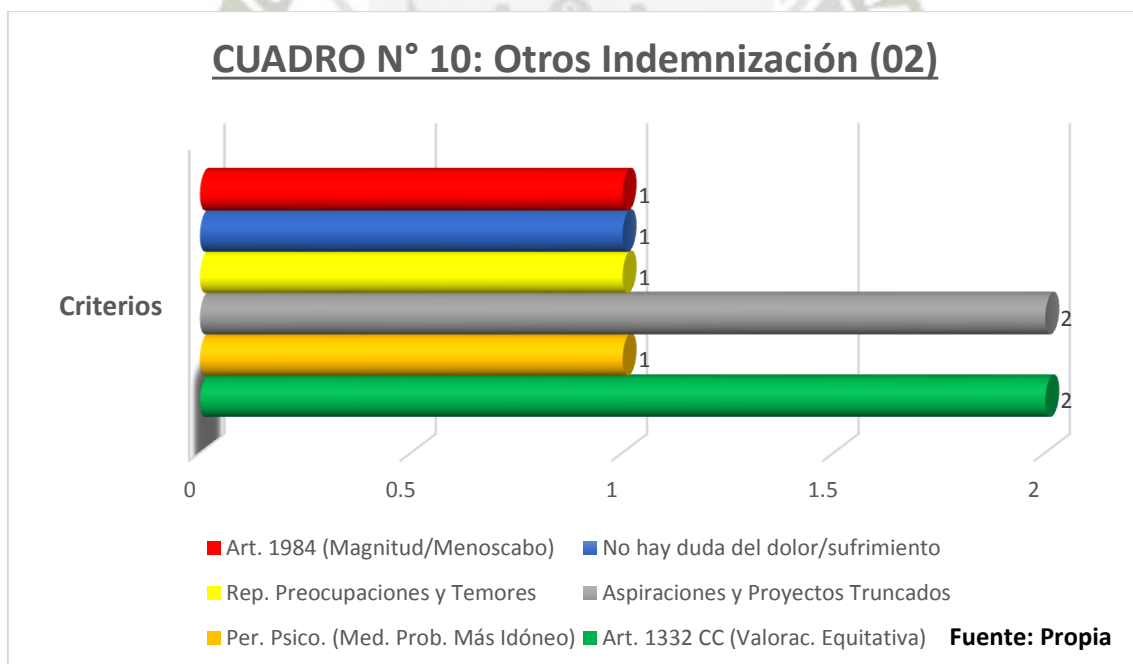
Por otro lado, si bien los criterios indicados en el párrafo precedente sirven de base para que el Magistrado pueda analizar el daño moral producido, el Magistrado además se ampara en 01 caso (25%) en el supuesto normativo contenido en el **artículo 1973 del Código Civil**, el que establece que “*Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias*”; ello para sustentar el monto indemnizatorio fijado considerando que fue el demandante quien ocasionó el accidente de tránsito al hacer una maniobra temeraria.



**CRITERIOS USADOS POR EL MAGISTRADO DEL 3° JUZGADO MIXTO /
1° JUZGADO DE FAMILIA**



***Artículo 93 CP.-** “La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”.



***Artículo 1332 CC.-** “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

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

En el caso de los procesos tramitados por ***Infracción a la Ley Penal***, en el 100% de los casos el Magistrado partió de la base de lo establecido por el **artículo 1332 del Código Civil**, el que establece que *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”*; y lo dispuesto en el **artículo 93 del Código Penal** que establece que *“La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”*. Al igual que el Juez del Primer Juzgado Mixto de Paucarpata, el Juez del Tercer Juzgado Mixto tomó como criterio fundamental (para complementar la norma) para fijar la indemnización por daño moral a pagarse el nivel económico del menor infractor luego de analizados los Informes Sociales/Multidisciplinarios del mismo, y en 01 solo caso (16.67%) se basó también en el certificado médico de la parte agraviada y en las lesiones descritas en el mismo (que si bien podrían sustentar la afectación psicológica por los daños físicos ocasionados, éstos corresponderían a otra esfera de indemnización que sería la ocasionada en la esfera física de la víctima).

En el caso de los otros procesos civiles, el magistrado parte en 02 casos (100%) de dos supuestos normativos que son: 1) El **artículo 1332 del Código Civil**, el que establece que *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”*; y 2) El **artículo 1984 del Código Civil**, el que establece que *“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”*; y solamente en 01 caso (50%) se invocó la última norma indicada. En los casos analizados, el hecho de invocar tales artículos del Código Civil, pareciera que por sí solos expresaran (para el Magistrado) justificación suficiente para otorgar un monto por indemnización de daño moral; sin embargo, los parámetros contenidos en tales normas resultan ser muy amplios, dejando a criterio abierto (y subjetivo en muchos casos) del Magistrado para fijar una indemnización. Como se aprecia del Cuadro N° 10, únicamente en 01 caso los fundamentos se basaron en la pericia psicológica obrante en el expediente como prueba fundamental para acreditar el daño moral demandado; mientras que los otros criterios son netamente subjetivos, como por ejemplo que las supuestas y futuras aspiraciones y proyectos truncados, además de la indicación que no cabe duda que existe dolor y sufrimiento ante determinadas situaciones que no requieren ser probados exhaustivamente.

MONTO DE INDEMNIZACIÓN: 1º JUZGADO MIXTO / 1º JUZGADO CIVIL

CUADRO N° 11: Infracción a la Ley Penal		
Monto Demandado	Monto Otorgado	Diferencia
La que se estime conveniente	S/ 500.00 (Lesiones Leves)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 300.00 (Apropiación Ilícita)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 700.00 (Robo Agravado)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 500.00 (Lesiones Leves)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 50.00 (Faltas Persona)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 500.00 (Actos Cont. Pudor)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 700.00 (Robo Agravado)	Sin monto para comparar

Fuente: Propia

En todas las denuncias presentadas por Infracción a la Ley Penal, la Fiscalía Civil y Familia de Paucarpata pidió que se otorgue una indemnización por daño moral, pero no indicó el monto al que debería ascender ésta; por ello no es posible determinar una diferencia entre lo petitionado y lo concedido.

CUADRO N° 12: Otros de Indemnización por Daño Moral		
Monto Demandado	Monto Otorgado	Diferencia
S/ 120.000	S/ 25,000	S/ 95,000 (79.17%)
S/ 10.000	S/ 10,000	S/ 0.00 (0.00%)
S/ 20.000	S/ 2,000	S/ 18,000 (90%)
S/ 15.000	S/ 3,000	S/ 12,000 (80%)
S/ 56.815	S/ 5,000	S/ 51,815 (91.20%)
S/ 100.000	S/ 10,000	S/ 90,000 (90%)
S/ 20.000	S/ 3,500	S/ 16,500 (82.5%)
S/ 20.000	S/ 6,500	S/ 13,500 (67.5%)
S/ 2.000	S/ 800	S/ 1,200 (60%)

Fuente: Propia

De la totalidad de procesos revisados, únicamente en uno de ellos el magistrado concedió la totalidad del monto demandado por concepto de indemnización por daño moral; mientras que en el resto de procesos, la indemnización otorgada por el Magistrado fue muy por el debajo.

MONTO DE INDEMNIZACIÓN: 2º JUZGADO MIXTO / 2º JUZGADO CIVIL

CUADRO N° 13: Infracción a la Ley Penal

<u>Monto Demandado</u>	<u>Monto Otorgado</u>	<u>Diferencia</u>
La que se estime conveniente	S/ 1500.00 (Robo Agravado)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 200.00 (Robo Agravado)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 10000.00 (Homic. Culposo)	Sin monto para comparar

Fuente: Propia

En todas las denuncias presentadas por Infracción a la Ley Penal, la Fiscalía Civil y Familia de Paucarpata pidió que se otorgue una indemnización por daño moral, pero no indicó el monto al que debería ascender ésta; por ello no es posible determinar una diferencia entre lo petitionado y lo concedido.

CUADRO N° 14: Otros de Indemnización por Daño Moral

<u>Monto Demandado</u>	<u>Monto Otorgado</u>	<u>Diferencia</u>
S/ 11,000	S/ 5,000	S/ 6,000 (54.55%)
S/ 25,000	S/ 3,500	S/ 21,500 (86%)
S/ 13,600	S/ 500	S/ 13,100 (96.32%)
S/ 600,000	S/ 40,000	S/ 560,000 (93.33%)

Fuente: Propia

De la totalidad de procesos revisados, la indemnización otorgada por el magistrado fue muy por debajo de lo demandado.

MONTO DE INDEMNIZACIÓN: 3º JUZGADO MIXTO / 1º JUZGADO FAMILIA

CUADRO N° 15: Infracción a la Ley Penal

<u>Monto Demandado</u>	<u>Monto Otorgado</u>	<u>Diferencia</u>
La que se estime conveniente	S/ 2,000 (Les. Culp. Graves)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 1,000 (Robo Agravado)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 2,000 (Robo Agravado)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 5,000 (Violación)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 200 (Robo Agravado)	Sin monto para comparar
La que se estime conveniente	S/ 2,000 (Violación)	Sin monto para comparar

Fuente: Propia

En todas las denuncias presentadas por Infracción a la Ley Penal, la Fiscalía Civil y Familia de Paucarpata pidió que se otorgue una indemnización por daño moral, pero no indicó el monto al que debería ascender ésta; por ello no es posible determinar una diferencia entre lo petitionado y lo concedido.

CUADRO N° 16: Otros de Indemnización por Daño Moral

<u>Monto Demandado</u>	<u>Monto Otorgado</u>	<u>Diferencia</u>
S/ 50,000	S/ 30,000	S/ 20,000 (40%)
S/ 40,000	S/ 2,500	S/ 37,500 (97.35%)

Fuente: Propia

De la totalidad de procesos revisados, la indemnización otorgada por el Magistrado fue muy por debajo de lo demandado.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En cuanto a los procesos de Infracción a la Ley Penal:

De los resultados obtenidos, se evidencia que en el 87.5% de los casos analizados, los tres Magistrados parten de la premisa legal contenida en el artículo 93 del Código Penal para centrar los parámetros en los que está comprendida la reparación solicitada, sin embargo en sus sentencias no se hace un análisis exhaustivo de tal premisa legal (ni a nivel doctrinario ni a nivel jurisprudencial), de su contenido, alcances, o de cómo es que se efectuará el análisis para otorgar un determinado monto por indemnización por daño moral; mientras que en el 12.5% de casos restantes, no se hace referencia a alguna premisa legal. Sin perjuicio de ello, en todos los casos, además, se toman en cuenta otros criterios netamente subjetivos y sin mayor desarrollo, como pretendiendo que sean los justiciables (o cualquier persona que tenga acceso a la sentencia) quienes deban hacer una interpretación propia de estos criterios subjetivos.

En esta línea de ideas, el criterio más recurrido (81.25%) por los Magistrados es el basado en el nivel económico del menor infractor a la ley penal; sin embargo en estas cosas solamente se hace mención a tal criterio, más no se efectúa un desarrollo más profundo, pese a que son los propios Magistrados quienes optan porque se realice una visita social o un informe del equipo multidisciplinario donde, entre otros aspectos, se analiza el nivel económico de la familia de la que proviene el menor infractor, o en todo caso si éste ya realiza alguna actividad económica que importe ingresos adicionales a los que generan sus padres o representantes (pudiendo estos medios probatorios servir de sustento para motivar por qué se utiliza el criterio del nivel económico del menor infractor); bastando la invocación de tal criterio para que por sí misma se explique y se presuma que el nivel económico es bajo (o no) para otorgar una determinada cantidad por concepto de indemnización por daño moral.

El segundo criterio más utilizado (37.5%) es el que se refiere a que la indemnización debe otorgarse al declarar la culpabilidad de una persona en la medida que cause un daño resarcible; pero al igual que lo que sucede con el caso del criterio más recurrido, tampoco existe mayor análisis ni desarrollo; no se analiza cuál es precisamente ese “daño resarcible”, cuál es el daño que se ha ocasionado, si éste ha repercutido emocionalmente en la persona

u otra circunstancia que lo pueda relacionar con el daño moral denunciado y que igualmente aporte a la motivación de la sentencia.

Por otro lado, en ninguno de los casos analizados, los Magistrados han desarrollado los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual para motivar la sentencia, pese a que éste análisis debería ser fundamental para motivar la decisión en cuanto a la indemnización, teniendo en cuenta que tales elementos deben ser concurrentes; no pudiendo presumir en una sentencia que éstos requisitos existen en el caso concreto si es que no se ha efectuado un análisis de los mismos; además se debe tener presente que los magistrados no han indicado los motivos del por qué se otorga una determinada cantidad por concepto de daño moral; lo que aunado a lo indicado precedentemente hace ver que todas las sentencias expedidas tienen una motivación aparente.

En cuanto a los demás procesos civiles:

De los resultados obtenidos, se evidencia que en el 66.67% de los casos analizados los Magistrados parten de la premisa legal contenida en el artículo 1984 del Código Civil; mientras que en el 80% de los casos los Magistrados parten de la premisa legal contenida en el artículo 1332 del Código Civil para centrar los parámetros en los que está comprendida la indemnización por daño moral demandada y así hacer una “valoración equitativa”, sin embargo, al igual que lo que sucede en los procesos por infracción a la ley penal, en las sentencias no se hace un análisis exhaustivo de tales premisas legales (ni a nivel doctrinario ni a nivel jurisprudencial), de su contenido, alcances, o de cómo es que se efectuará el análisis de la referida “valoración equitativa”, para otorgar un determinado monto por indemnización por daño moral diferente al demandado; ello pese a que tales artículos hacen referencia a la consideración que deben tener los Magistrados de la magnitud y menoscabo que se ha producido a la víctima, y que si el resarcimiento no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarse con valoración equitativa; pudiendo en todo caso haberse analizado estos parámetros para sentar un punto de partida sobre el cual se efectúe la motivación de la sentencia y la valoración de los demás medios probatorios. En esta línea de ideas, el criterio más recurrido (46.67%) por los Magistrados es el basado en que lo que se busca (con el petitorio) es la reparación de las preocupaciones y temores ocasionadas a la parte demandante; sin embargo este parámetro subjetivo es demasiado amplio, y requiere de mayor análisis, valoración y compulsación con otros medios probatorios para centrar el análisis y poder sustentar tal criterio de manera más clara, concisa y precisa.

En el caso del Magistrado del **1º Juzgado Mixto/Civil de Paucarpata**, en el 33.33% de sus procesos sentenciados (03 casos), utiliza otro criterio netamente subjetivo al indicar que no cabe duda alguna de la existencia del sufrimiento o angustia ocasionada a la parte demandante, como dando por cierto que los fundamentos de hecho de la demanda (por sí solos) fueran suficientes para acreditar el daño moral demandado; asimismo en el 22.22% de casos (02 casos), se indica que un accidente de tránsito causa un dolor que no requiere medio probatorio alguno para ser acreditado; sin embargo no se efectúa un análisis más a profundidad para demostrar efectivamente la magnitud del daño ocasionado, su repercusión en el estado anímico del demandante y si efectivamente existe o no una afectación que deba indemnizarse (ello pese a que en tres casos se ofrecieron pericias psicológicas), pudiendo en todo caso el Magistrado ejercer la facultad conferida en el artículo 194 del Código Procesal Civil y admitir como medio probatorio de oficio pericias psicológicas para sustentar tales criterios, considerando que tales pericias resultarían ser los medios probatorios más idóneos para acreditar una afectación psicológica; y así poder contar con un medio probatorio fundamental para motivar la sentencia de una manera adecuada. Asimismo se aprecia que en ninguno de los casos analizados, el Magistrado ha desarrollado los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual para motivar la sentencia, pese a que éste análisis debería ser fundamental para motivar la decisión en cuanto a la indemnización, teniendo en cuenta que tales elementos deben ser concurrentes; no pudiendo presumir en una sentencia que éstos requisitos existen en el caso concreto si es que no se ha efectuado un análisis de los mismos; además se debe tener presente que el Magistrado no ha indicado los motivos del por qué se otorga una cantidad por concepto de daño moral diferente (y muy por debajo de lo demandado) a la parte demandante; lo que aunado a lo indicado precedentemente hace ver que todas las sentencias expedidas tienen una motivación aparente.

En el caso del Magistrado del **2º Juzgado Mixto/Civil de Paucarpata**, utiliza un criterio subjetivo distinto uno de otro en 03 procesos sentenciados (75%), al indicar respectivamente que: 1) El sufrimiento se presume por la muerte de una persona; 2) Que el solo accidente produce dolor y sufrimiento; y 3) Que el daño moral se relaciona con el daño físico sufrido. Si bien estos criterios son subjetivos, sin embargo únicamente en 01 caso analizado, como medio probatorio obraba una pericia psicológica practicado a la parte demandante, y que analizando sus conclusiones se llegaría a acreditar efectivamente la afectación emocional sufrida; dando por cierto en el resto de casos que los fundamentos de

hecho de la demanda (por sí solos) fueran suficientes para acreditar el daño moral demandado; pudiendo en todo caso el Magistrado ejercer la facultad conferida en el artículo 194 del Código Procesal Civil y admitir como medio probatorio de oficio pericias psicológicas para sustentar tales criterios, considerando que tales pericias resultarían ser los medios probatorios más idóneos para acreditar una afectación psicológica; y así poder contar con un medio probatorio fundamental para motivar la sentencia de una manera adecuada; asimismo éstas pericias podrían servir para demostrar efectivamente la magnitud del daño ocasionado conforme al supuesto legal invocado por el Magistrado, su repercusión en el estado anímico del demandante y si efectivamente existe o no una afectación que deba indemnizarse. Asimismo se aprecia que en ninguno de los casos analizados, el Magistrado ha desarrollado los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual para motivar la sentencia, pese a que éste análisis debería ser fundamental para motivar la decisión en cuanto a la indemnización, teniendo en cuenta que tales elementos deben ser concurrentes; no pudiendo presumir en una sentencia que éstos requisitos existen en el caso concreto si es que no se ha efectuado un análisis de los mismos; además se debe tener presente que el Magistrado no ha indicado los motivos del por qué se otorga una cantidad por concepto de daño moral diferente (y muy por debajo de lo demandado) a la parte demandante; lo que aunado a lo indicado precedentemente hace ver que todas las sentencias expedidas tienen una motivación aparente.

Por último, en el caso del Magistrado del **3° Juzgado Mixto/1° Juzgado de Familia de Paucarpata**, en 01 de los casos analizados (50%), utiliza otros criterios netamente subjetivos al indicar que no cabe duda alguna de la existencia del dolor sufrimiento ocasionada a la parte demandante, y que existen proyectos y aspiraciones truncadas, como dando por cierto que los fundamentos de hecho de la demanda (por sí solos) fueran suficientes para acreditar el daño moral demandado, sin embargo no se efectúa un análisis más a profundidad para demostrar efectivamente la magnitud del daño ocasionado, su repercusión en el estado anímico del demandante y si efectivamente existe o no una afectación que deba indemnizarse (ello pese a que en tres casos se ofrecieron pericias psicológicas), pudiendo en todo caso el Magistrado ejercer la facultad conferida en el artículo 194 del Código Procesal Civil y admitir como medio probatorio de oficio pericias psicológicas para sustentar tales criterios, considerando que tales pericias resultarían ser los medios probatorios más idóneos para acreditar una afectación psicológica; y así poder contar con un medio probatorio fundamental para motivar la sentencia de una manera

adecuada, tal como indica el referido Magistrado en el otro proceso analizado. Por otro lado; en el otro proceso analizado (50%), se indica que existen proyectos y aspiraciones truncadas; pero esta vez sí se analizan las conclusiones a las que se arriban en la pericia psicológica practicada al demandante; notando en este caso en específico una divergencia de criterios con el proceso al que se ha hecho referencial precedentemente, ello al considerar que en un caso la pericia psicológica es necesaria y por ende idónea, mientras que en el otro proceso se da por cierto los hechos invocados por el demandante. Asimismo se aprecia que en ninguno de los casos analizados, el Magistrado ha desarrollado los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual para motivar la sentencia, pese a que éste análisis debería ser fundamental para motivar la decisión en cuanto a la indemnización, teniendo en cuenta que tales elementos deben ser concurrentes; no pudiendo presumir en una sentencia que éstos requisitos existen en el caso concreto si es que no se ha efectuado un análisis de los mismos; además se debe tener presente que el Magistrado no ha indicado los motivos del por qué se otorga una cantidad por concepto de daño moral diferente (y muy por debajo de lo demandado) a la parte demandante; lo que aunado a lo indicado precedentemente hace ver que todas las sentencias expedidas tienen una motivación aparente.

En cuanto a las indemnizaciones otorgadas en los proceso de Infracción a la Ley Penal:

Respecto de las indemnizaciones otorgadas por concepto de daño moral por el Magistrado del **1º Juzgado Mixto/Civil de Paucarpata**; se aprecia que éstos no sobrepasan los S/ 700.00 Soles (Robo Agravado), siendo éstos montos concedidos de acuerdo a la gravedad de la infracción denunciada, apreciándose que para la infracción de Lesiones Leves se fijó la cantidad de S/ 500.00; sin embargo no es posible determinar si el monto concedido está muy por debajo de lo que debería otorgarse, en vista a que el Ministerio Público solamente solicitó que se indemnice el daño moral ocasionado, ello sin indicar un monto específico.

Respecto de las indemnizaciones otorgadas por concepto de daño moral por el Magistrado del **2º Juzgado Mixto/Civil de Paucarpata**; se aprecia que éstos van desde los S/ 200.00 Soles hasta los S/ 10,000.00 Soles de acuerdo a la gravedad de la infracción denunciada; apreciándose que para una misma infracción (Robo Agravado) en un caso se otorgó S/ 200.00 Soles, mientras que en el otro caso se otorgó S/ 1500.00 Soles; montos que además

difieren de lo otorgado por el Magistrado del 1° Juzgado Mixto/Civil de Paucarpata, lo que denota que entre ambos Magistrados no existen criterios uniformes al momento de valorar los hechos denunciados, concediendo indemnizaciones por daño moral que distan unas de otras. Al igual que en el caso anterior, no es posible determinar si el monto concedido está muy por debajo de lo que debería otorgarse, en vista a que el Ministerio Público solamente solicitó que se indemnice el daño moral ocasionado, ello sin indicar un monto específico.

Por último, respecto de las indemnizaciones otorgadas por concepto de daño moral por el Magistrado del **3° Juzgado Mixto/1° Juzgado de Familia de Paucarpata**; se aprecia que éstos van desde los S/ 200.00 Soles hasta los S/ 5,000.00 Soles de acuerdo a la gravedad de la infracción denunciada; apreciándose que para una misma infracción (Robo Agravado) en un caso se otorgó S/ 200.00 Soles, en otro caso S/ 1000.00 Soles, y en otro caso se otorgó S/ 2000.00 Soles; asimismo en el caso de las infracciones por Violación, los montos otorgados fueron de S/ 2000.00 Soles y S/ 5000.00 Soles; montos que además de diferir entre ellos para una misma infracción, difieren de lo otorgado por los otros Magistrados para las mismas infracciones denunciadas, lo que denota que entre los Magistrados del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata no existen criterios uniformes al momento de valorar los hechos denunciados, concediendo indemnizaciones por daño moral que distan unas de otras. Al igual que lo sucedido en los casos anteriores, no es posible determinar si el monto concedido está muy por debajo de lo que debería otorgarse, en vista a que el Ministerio Público solamente solicitó que se indemnice el daño moral ocasionado, ello sin indicar un monto específico

En cuanto a las indemnizaciones otorgadas en los demás procesos civiles:

Respecto de las indemnizaciones otorgadas por concepto de daño moral por el Magistrado del **1° Juzgado Mixto/Civil de Paucarpata**; se aprecia que únicamente en 01 caso (11.11%) el Magistrado otorgó la totalidad del monto demandado (S/ 10,000.00 Soles), mientras que en los otros 08 casos (88.89%), los montos concedidos fueron muy por debajo de lo peticionado, existiendo una diferencia que va desde el 60% hasta 91.20%; lo que evidencia que la tendencia en general de este Magistrado es otorgar indemnizaciones muy por debajo de lo solicitado; y aunado al uso de diversos criterios subjetivos para analizar los hechos denunciados, y en general a la falta de motivación de sus sentencias, se crea inseguridad jurídica hacia los justiciables.

Respecto de las indemnizaciones otorgadas por concepto de daño moral por el Magistrado del **2º Juzgado Mixto/Civil de Paucarpata**; se aprecia que en la totalidad de casos (100%) el Magistrado otorgó montos por concepto de indemnización muy por debajo de lo peticionado, existiendo una diferencia que va desde el 54.55% hasta 96.32%; lo que evidencia que, también la tendencia en general de este Magistrado es otorgar indemnizaciones muy por debajo de lo solicitado; y aunado al uso de diversos criterios subjetivos para analizar los hechos denunciados, y en general a la falta de motivación de sus sentencias, se crea inseguridad jurídica hacia los justiciables.

Respecto de las indemnizaciones otorgadas por concepto de daño moral por el Magistrado del **3º Juzgado Mixto/1º Juzgado de Familia de Paucarpata**; se aprecia que en la totalidad de casos (100%) el Magistrado otorgó montos por concepto de indemnización muy por debajo de lo peticionado, existiendo una diferencia de 40% y 97.35%; lo que evidencia que, al igual que los otros Jueces, la tendencia en general de este Magistrado es otorgar indemnizaciones muy por debajo de lo solicitado; y aunado al uso de diversos criterios subjetivos para analizar los hechos denunciados, y en general a la falta de motivación de sus sentencias, se crea inseguridad jurídica hacia los justiciables.

CONCLUSIONES

- 1) Del estudio realizado, se aprecia que los Magistrados invocan como supuesto normativo el contenido en el artículo 1984 del Código Civil, el mismo que se limita únicamente a establecer que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima; sin embargo estos “ítems” no se miden en dinero, sino que están vinculados a elementos de naturaleza extrapatrimonial, tales como la frustración o el sufrimiento de la persona que lo padece; y en sentimientos que el Juez debe valorizar; pero como se ha apreciado, en ninguno de los casos existe un adecuado análisis al respecto. La norma antes indicada, es imprecisa, y como se ha visto, dota al Juez de un poder discrecional basado en aspectos netamente subjetivos y carentes de motivación; siendo importante tener parámetros objetivos que puedan permitir establecer en casos generales una proyección de lo que se pueda esperar como compensación por el daño moral sufrido. De igual manera, los Magistrados hacen uso de lo dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil para proceder a efectuar una “valoración equitativa”, sin embargo en las sentencias analizadas solo se hace mención a tal aspecto, sin que se haya efectuado un análisis al respecto para fijar el quantum indemnizatorio por daño moral.
- 2) Los Magistrados han usado criterios subjetivos, sin motivar ni sustentar tales razonamientos, así tampoco compulsan los hechos denunciados, las pruebas ofrecidas y el monto que finalmente se otorga por indemnización de daño moral, sino que se limitan a citar artículos tratando de que por sí mismos se expliquen, lo que implica una ausencia de motivación; aunado al hecho de que no se ha efectuado, en ninguno de los casos, un análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual para motivar la sentencia, pese a que éste análisis debería ser fundamental para motivar la decisión en cuanto a la indemnización, teniendo en cuenta que tales elementos deben ser concurrentes; además se debe tener presente que los Magistrados no ha indicado los motivos del por qué se otorga una cantidad por concepto de daño moral diferente (y muy por debajo de lo demandado) a la parte demandante.
- 3) Tanto nuestra doctrina como jurisprudencia mantienen en abstracción los conceptos de magnitud y menoscabo, pues del análisis efectuado se aprecia que citando el artículo 1984 del Código Civil los Jueces tratan de utilizarlo por sí mismo como fundamento, sin explicarlos ni justificarlos para otorgar un determinado monto por concepto de

indemnización por daño moral. empero no existen parámetros ni pautas ya fijadas para tal fin, ya sea en la doctrina o en la jurisprudencia; por lo que los Jueces son los llamados a efectuar un análisis en este sentido en su sentencia. Sin embargo, ninguno de los Magistrados han hecho mención si quiera de parámetros que hayan estado contenidos en la jurisprudencia como para poder reforzar los criterios que han utilizado para fijar el quantum indemnizatorio por daño moral, por lo que los Magistrados consideran que no existen criterios de cuantificación de daño moral contenido en la jurisprudencia nacional, de lo contrario hubieran hecho alguna mención, al menos, de tales pronunciamientos.

- 4) Los criterios de valoración subjetiva que han usado los Magistrados para fijar el quantum indemnizatorio están íntimamente relacionados con el parámetro de “magnitud y menoscabo”; en vista que el artículo 1984 del Código Civil en su redacción no contribuye a solucionar el problema de la cuantificación del daño moral; sino que deja a libre arbitrio (siendo de libre apreciación) de los Magistrados el análisis en torno a tales parámetros, tarea que si bien es difícil de realizar, no por ello se puede dejar de hacer, ni mucho menos indicar en la sentencias únicamente el contenido literal del referido artículo sin analizar su contenido motivarlo debidamente.

SUGERENCIAS

- 1) Teniendo en cuenta la naturaleza inmaterial del daño moral, bien podrían recurrirse a parámetros como la gravedad del hecho, la intensidad del dolo o la culpa, las condiciones económicas de las partes involucradas (sobre todo de la parte productora del daño); o de la intensidad del padecimiento psicológico, donde se pueden evaluar la sensibilidad de la víctima, la duración del dolor, el parentesco en el caso de muerte de una persona, la edad o el sexo de la víctima; pero en todos estos casos relacionando tales criterios con medios probatorios idóneos como son pericias psicológicas.
- 2) Podrían establecerse tablas o baremos para tratar de unificar los criterios empleados por los Magistrados al momento de otorgar un determinado monto de indemnización por daño moral, para que esta no sea ni muy elevada ni muy por debajo de lo petitionado, partiendo de la base de criterios objetivos como por ejemplo el daño físico o corporal ocasionado a la víctima (lo cual sería perfectamente aplicable en los casos de accidentes

de tránsito y en otros donde se ponga afecte la integridad corporal de la víctima); ello conllevaría a que exista más seguridad jurídica por parte de los justiciables, y tengan una proyección de cuánto es lo que se les podría conceder por concepto de indemnización por daño moral.

- 3) Los demandantes deberían exponer de manera precisa y concreta en los fundamentos de hecho de la demanda, los motivos que conllevan a que solicite un determinado monto por concepto de indemnización por daño moral, ofreciendo medios probatorios idóneos y que éstos sean relacionados con cada uno de los fundamentos de hecho, y no solamente solicitar un monto elevado para “ver lo que se consigue”, como si ya estuvieran resignados a obtener un monto por debajo de lo que se solicita; por su parte, los Magistrados debería motivar bien sus sentencias, analizando los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual, indicar los fundamentos por los cuales se otorga la totalidad de la indemnización por daño moral demandada o en su caso el por qué se otorga un monto distinto, ello en base a las precisiones que debieran hacer los demandantes conforme se ha indicado.
- 4) Podrían ampliarse, en un trabajo futuro, la presente investigación, a efecto de determinar si los Magistrados de otros Juzgados Civiles o Mixtos de Arequipa también manejan criterios similares (y subjetivos) a los de los Magistrados del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata, y analizar a partir de ello si los Magistrados de las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Arequipa comparten estos criterios, o si por el contrario manejan parámetros objetivos para confirmar o revocar las decisiones de los órganos de primera instancia.
- 5) Los Magistrados Civiles, Mixtos y de Familia de Arequipa, vía Salas Plenas, podrían reunirse para debatir los criterios que se manejan para resolver este tipo de casos, y de esta forma llegar a acuerdos para manejar criterios objetivos y uniformes, sobre todo analizando el alcance y contenido de los artículos 1332 y 1984 del Código Civil, lo que podría facilitar incluso la motivación de las sentencias al existir parámetros preestablecidos, lo que además crearía seguridad jurídica y predictibilidad en las sentencias; facilitando además a los abogados las redacciones de las demandas para hacer especial énfasis en tales criterios y así lograr obtener un monto que se acerque al que verdaderamente corresponde por el daño moral sufrido por sus patrocinados.
- 6) Teniendo en cuenta que el daño moral está íntimamente relacionado con la afectación psicológica de la víctima, los Magistrados deberían hacer uso de la facultad conferida en el artículo 194 del Código Procesal Civil para admitir como medio probatorio de oficio

pericias psicológicas que debieran practicarse a los demandantes, ello partiendo de la idea que éstos serían los medios probatorios más idóneos para acreditar el daño moral ocasionado; pudiendo incluso el Legislados efectuar las modificaciones correspondientes en el Código Civil y/o Procesal Civil para que sea la presentación de este medio probatorio un requisito de admisibilidad al momento de presentar una demanda afín.



BIBLIOGRAFÍA

1.- Libros

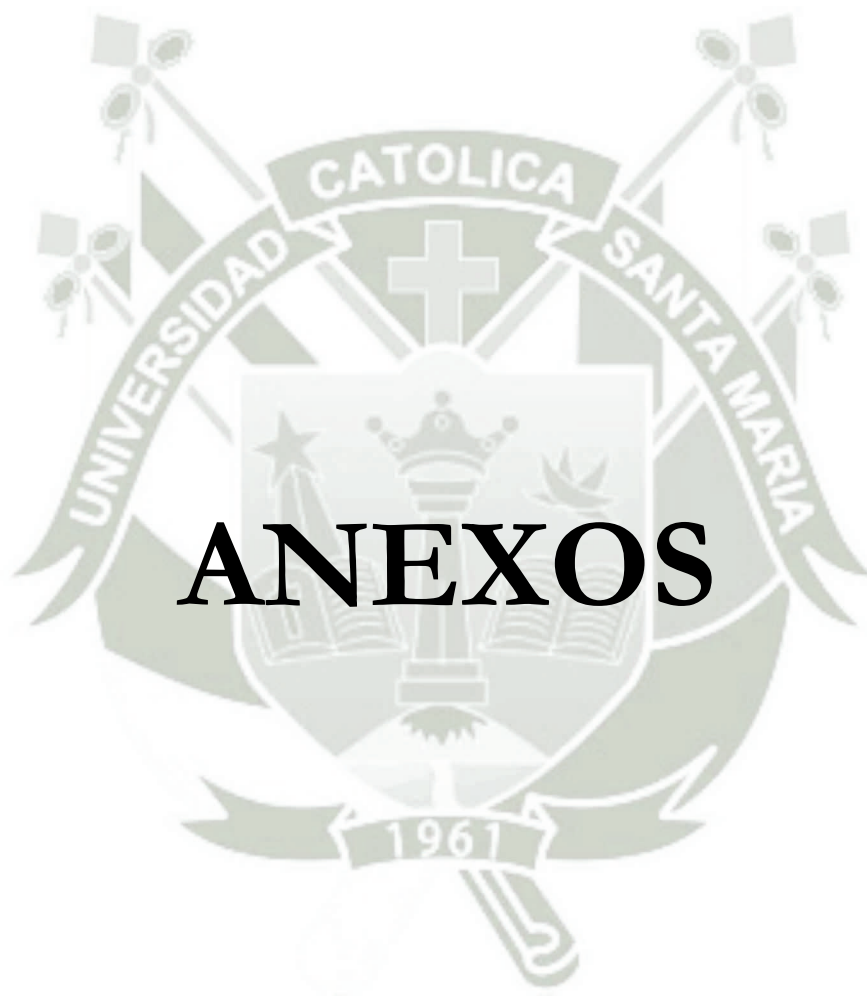
- ARIANO DEHO, Eugenia (2016), “Resoluciones Judiciales, Impugnaciones y la Cosa Juzgada – Ensayos”, Pacífico Editores S.A.C.
- Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas (APIJ) (2010), “Teoría General del Proceso”, Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL, Lima.
- Asociación Peruana de Investigación de Ciencias Jurídicas (APIJ) (2010), “Derecho Procesal Civil”, Tomo 1, Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL, Lima.
- BARBOZA BERAUN, Eduardo; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano; BULLARD GONZALES, Alfredo; ESPINOZA ESPINOZA, Juan; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; OSTERING PARODI, Felipe; y otros (2015), “Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual”, Volumen II, Instituto Pacífico S.A.C.; Lima.
- CASTILLO QUISPE, Máximo (2010), “Manual de Derecho Procesal Civil”, Jurista Editores, Lima.
- Constitución Política del Perú.
- CUEVA SEVILLANO, Alfonso, (2009), “Gran Diccionario Jurídico”, Tomo II, A.F.A. Editores Importadores S.A., Lima.
- DANIEL PIZARRO, Ramón (2004), “Daño Moral”, 2º Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, (2001) “La Responsabilidad Extracontractual”, Tomo I, 7º Edición, Fondo Editorial, Lima.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1985), “Teoría General del Proceso”, Tomo II, Frigerio Artes Gráficas S.A.C., Buenos Aires.
- DIVISIÓN DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014), “El Código Procesal Civil Explicado en su Doctrina y Jurisprudencia”, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006), “Responsabilidad Civil II: Hacia una unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral”, Editorial Rhodas, Lima.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011), “Derechos de la Responsabilidad Civil”, Sexta Edición, Editorial Rhodas, Lima.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2015), “Análisis Sistemático del Código Civil: A Tres Décadas de su Promulgación”, Primera Edición, Instituto pacífico S.A.C., Lima.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (2005) “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Tercera Edición, Editorial Rhodas, Lima.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2012), “Derecho Procesal Civil – Sujetos del Proceso”, Tomo I, Jurista Editores, Lima.
- IBARRA DELGADO, David, (2014), Los Criterios para Otorgar Resarcimientos en la Responsabilidad Civil Extracontractual, *Actualidad Civil y Registral, Volumen 252*.
- LINAREZ AVILEZ, Daniel (2016), “El Laberinto de la Cuantificación del Daño moral con una Mirada desde la Óptica Procesal”, Gaceta Civil y Procesal Civil N° 32, Gaceta Jurídica.
- MONROY GALVEZ, Juan (2013), “Diccionario Procesal Civil”, Gaceta Jurídica, Lima.
- NAVARRO ALBIÑA, René (2007), “Contratos y Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Copiapó, Chile.
- RIOJA BERMUNEZ, Alexander (2016), “Constitución Política Comentada y su Aplicación Jurisprudencial”, Jurista Editores, Lima.
- RUBIO CORREA, Marcial; VIDAL RAMIREZ, Fernando; CORNEJO CHAVEZ, Hector; AVENDAÑO V., Jorge; CARDENAS QUIROZ, Carlos; OSTERLING PARODI, Felipe; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; BIGIO CHREM, Jack; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; (2005), “Para Leer El Código Civil”, Tomo I, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima.
- TABOADA CORDOVA, Lizardo (2001), “Elementos de la Responsabilidad Civil”, Editorial Jurídica Grijley, Lima, Perú.
- TABOADA PILCO, Giammpol (2014), “Constitución Política del Perú de 1993: Tribunal Constitucional peruano, Jurisprudencia Actualizada y Precedentes Vinculantes, 1000 Resoluciones Tituladas, resumidas, Ordenadas y Concordadas”, Editorial Grijley.
- TORRES VASQUEZ, Anibal (2011), “Código Civil”, Tomo II, Séptima Edición, Editorial IDEMSA, Lima.

2.- Artículos de Internet

- <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1c36fb8040630261a777ff95cb2bb342/Cas+2159-2009.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1c36fb8040630261a777ff95cb2bb342>
- http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/8PLENOCIV97_060607.pdf
- http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_2797.pdf
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.html>





ANEXOS



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



**“CUANDO LA SUBJETIVIDAD JUEGA EN CONTRA: ANÁLISIS DE LOS
CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN USADOS POR LOS JUECES Y LA
DEBIDA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS EN PROCESOS DE
INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR
DAÑO MORAL TRAMITADOS EN EL MÓDULO DE JUSTICIA DE
PAUCARPATA, PAUCARPATA, 2010-2016”**

Proyecto de Tesis presentado por el Abogado:
OSCAR ENRIQUE GAMERO GONZALES

Para optar el grado Académico de:
**MAGISTER EN DERECHO PROCESAL Y
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

AREQUIPA – PERÚ

2016

I. PREÁMBULO

Dentro de la cuantificación y la indemnización por daños y perjuicios se encuentran dos grandes grupos: los patrimoniales y los extra patrimoniales. En los primeros no existe mayor problema, ya que es muy fácil de probar, por ejemplo, el daño causado por el choque de un vehículo que es usado como herramienta de trabajo, o el daño ocasionado por un atropello; pero en el segundo grupo sí surge un verdadero problema: cuantificar el daño moral.

El daño moral debe entenderse como la afectación que sufre una persona en sus afectos, sentimientos o creencias. Partiendo de esta idea, inferimos que por su propia naturaleza, el daño moral no podría ser acreditado fehacientemente con un documento y cuantificarlo en base a éste, porque la percepción de daño varía de persona en persona, por lo que corresponde al Juez analizar el problema, y con subjetividad asignar un monto para reparar el daño a la víctima. Es precisamente en esta subjetividad del Juez, en lo que radica el problema. Puede que una persona estime que el daño sufrido equivale a S/. 5,000.00 Nuevos Soles, pero el Juez le asigna una cantidad muy por debajo, se apela la sentencia y el Superior en grado rebaja aún más la cantidad. No existen criterios uniformes al momento de expedir una sentencia en un proceso de este tipo, por lo que el criterio es arbitrario, y muchas veces relacionado con corrupción del magistrado que resuelve; lo que desde el punto de vista del Derecho es un gran problema que en vez de generar seguridad, genera incertidumbre desde el momento mismo de la presentación de la demanda por daño moral. Debido a esto, es que diversos jueces pueden fallar de diversas maneras frente a casos similares, esto debido a que no existe en nuestra legislación un criterio uniforme aplicable al momento de cuantificar el daño y expresarlo en una sentencia

La cuantificación del daño moral es una cuestión de difícil pronunciamiento, no obstante ello, los jueces tienen el deber de pronunciarse al respecto y al hacerlo, están obligados a fundar lógicamente y legalmente su decisión. La motivación variará indefectiblemente dependiendo del caso en concreto y de la apreciación personal del Juez, teniendo en cuenta las circunstancias propias del daño producido, jugando la subjetividad, en muchos casos, un rol fundamental.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

a) Enunciado.-

Problema: El problema a investigar gira en torno a la determinación de cuáles son las características de los criterios de los Jueces para la fijación del quantum indemnizatorio en los procesos por daño moral tramitados en el Módulo de Justicia de Paucarpata, teniendo en cuenta que no existe norma que los establezca, o jurisprudencia uniforme en este sentido.

b) Descripción.-

La valoración del daño extra patrimonial, y en especial del daño moral como afectación a un derecho subjetivo, y sobretodo su cuantificación, constituyen motivos de auténtica preocupación tanto para jueces como para abogados, y una prueba de ello se encuentra en variadas jurisprudencias que exhiben criterios judiciales en extremo disímiles, impregnados de marcado subjetivismo por parte de los jueces, que muchas veces sale del ámbito de la discrecionalidad y proporcionalidad para incursionar peligrosamente en el ámbito de la arbitrariedad.

Al ser este campo muy difícil, es menester tener presente que una deficiente valoración del daño moral puede ir en contra de la finalidad que la ley persigue, convirtiéndola en letra muerta; por lo que de nada serviría que se elaboren criterios doctrinarios entorno al concepto de daño moral, su régimen legal o la naturaleza de su indemnización, si a la hora de su valorización y cuantificación se brindan soluciones inadecuadas, plasmadas en fallos que ordenan pagar sumas simbólicas, carentes de reparar plenamente el perjuicio causado. Ello sumado a la falta de criterios uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño moral, suele convertirse en un grave problema para el abogado a la hora de asesorar a su cliente, y también para el Juez al momento de dictar sentencia. Sería ilógico que el abogado trate de hacer entender a su cliente que la valoración y determinación de la cuantía del daño moral en su “caso concreto” puede variar según el Juzgado que conozca la demanda, sin embargo, ello acrecienta aún más la incertidumbre que se genera en los justiciables y que debería resolver el proceso judicial.

Conviene indicar que con esta investigación se pretende analizar los diversos criterios (y corrientes doctrinarias de los Jueces) al momento de conocer un caso de indemnización por daño moral, así como establecer la posibilidad de llegar a uniformizar los dichos criterios en base a métodos más objetivos, a partir de los cuales recién los Jueces puedan aplicar su subjetividad, no dejando en desamparo a los justiciables, eliminando la incertidumbre que se genera en este tipo de procesos judiciales, evaluando el daño de manera correcta y estableciendo una indemnización para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento ocasionado.

c) **Campo, Área y Línea de Acción.-**

- a. Campo : Ciencias Jurídicas
- b. Área : Derecho de Procesal
- c. Línea : Cuantificación de Daño Moral y Motivación de Sentencias

d) **Operacionalización de Variables.-**

VARIABLES	INDICADORES
Criterios de Cuantificación	Criterios objetivos Criterios subjetivos Criterios normativos
Motivación de Sentencias	El debido proceso Funciones de la motivación Falta de motivación
Responsabilidad Extracontractual – Daño Moral	Características Elementos constitutivos Quantum Indemnizatorio

e) **Interrogantes.-**

1. ¿Cuáles son las características del criterio que los Jueces emplean al fijar el quantum indemnizatorio por daño moral?
2. ¿Cómo motivan los Jueces la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral en las sentencias?
3. ¿Existen criterios de cuantificación de daño moral establecidos en jurisprudencia?
4. ¿La magnitud y el menoscabo ocasionado a la víctima están relacionados a una valoración subjetiva por parte del Juez en los procesos de indemnización por daño moral?

f) **Tipo y Nivel del Problema**

La investigación será:

- Por su finalidad : Aplicada.
- Por el tiempo : Seccional.
- Por el nivel de profundización : Explicativa.
- Por el ámbito : Documental y de Campo.

g) **Método de Investigación:** Método Inductivo

h) **Justificación.-**

Partiendo de la idea de que el daño moral se relaciona con una grave afectación a los sentimientos de las personas que resulten agraviadas, éste es de difícil probanza y más aún de difícil cuantificación, por lo que, los Jueces que tienen que sentenciar uno de estos procesos, deben adoptar criterios justificados y motivados al momento de otorgar una suma determinada correspondiente al quantum indemnizatorio (que generalmente difiere por mucho de la suma solicitada al momento de interponer la demanda). Es precisamente por ello que me interesa investigar el presente tema, para así poder determinar cuáles son estos criterios y sus características. Puesto que la mayoría de los antecedentes investigativos se refieren a daños contractuales, hacer un estudio fuera de este ámbito sería innovador, partiendo del estudio de casos reales en la ciudad de Arequipa, pudiendo limitar más el ámbito de estudio en el distrito de Paucarpata, analizando el criterio de diversos Jueces que

ejercen competencia en esta jurisdicción y que se han plasmado en las sentencias que serán materia de estudio.

En cuanto a la viabilidad para conseguir información, ésta es amplia. Se tienen a la mano expedientes en trámite y otros ya sentenciados, en lo que se puede apreciar que el Juez asigna cantidades distintas a las demandadas en el proceso, muchas veces relacionando el daño moral con otro tipo de daño patrimonial (cuantificable). En consulta con el especialista, se recomendó este problema, puesto que los anteriores análisis (la mayoría) versan sobre daños patrimoniales más no extrapatrimoniales. De igual manera, en una conversación con un Juez, se pudo obtener algunos de los criterios que se usan para sentenciar, como por ejemplo, considerar la capacidad económica del demandado, revisar antecedentes del demandado, relacionar del daño moral demandado con otro tipo de daño sufrido, etc. Por otro lado, los antecedentes encontrados en internet, versan más que todo en daños morales ocasionados por el incumplimiento de contratos, o por una mala intervención quirúrgica, o el despido injustificado del centro laboral, es decir dentro del ámbito contractual, pero no hay mucho relacionado al daño dentro del ámbito extracontractual, que es donde surge el problema, y con mayor frecuencia.

En lo personal, considero que es un problema que no es de fácil solución, y que el criterio de cuantificación variará dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto, pero que sí se podrían dar algunos alcances para tratar de uniformizar los criterios de los Jueces, y así eliminar la incertidumbre en los agraviados.

2.- MARCO CONCEPTUAL

2.1.- Indemnización por Daños y Perjuicios

Al hablar de daños y perjuicios, tenemos que tocar indefectiblemente el tema de Responsabilidad Civil, distinguiéndose en ésta, dos formas. La primera, conocida como Responsabilidad Civil Contractual, es aquella en la que el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, derivada de la inejecución de obligaciones (incumplimiento total, cumplimiento parcial, cumplimiento tardío, o cumplimiento defectuoso). La segunda, llamada Responsabilidad Civil Extracontractual, en cambio, es

aquella en la que el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro.

2.2.- Responsabilidad Civil Extracontractual.-

- **Definición:** Es la que surge de una relación entre dos sujetos, que están vinculados por imperio de la Ley y como consecuencia de un hecho determinado. Lo que se viola no es un deber propio, sino un deber genérico que es impuesto por la Ley.
- **Características:**
 - ↪ En las partes involucradas no existe trato previo. No se han vinculado voluntariamente.
 - ↪ La vinculación existente entre las partes obedece a un mandato legal y no a un acuerdo convencional.
 - ↪ Las consecuencias son más amplias, porque la víctima puede reclamar una indemnización que comprenda, además del daño mismo, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. (Artículo 1985 C.C.)
 - ↪ El agraviado solo tiene que probar el daño y se presume el dolo o la culpa. El descargo de falta de dolo corresponde a su autor. (Artículo 1969 C.C.)
 - ↪ El plazo de prescripción es más breve, el cual es de dos años (Artículo 2001, inciso 4 C.C.)

➤ **Elementos Constitutivos**

a) **Antijuricidad.-**

Debe entenderse que sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando: Se causa daño a otro mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, o cuando se contraviene una norma imperativa, los principios que conforman el Orden Público, o las reglas de convivencia social que constituyen las Buenas Costumbres; por ende, no habrá responsabilidad si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo permitido por el Derecho, es decir no existirá responsabilidad civil en los casos de daños causados en el ejercicio regular de un derecho, tal como lo establece el artículo 1971 del Código Civil, el cual proscribe que:

“Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

- 1. En el ejercicio regular de un derecho.*
- 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
- 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.*

Cabe señalar que se puede hablar de dos clases de antijuricidad:

- **Típica:** Aquella que está específicamente prevista por la norma jurídica, ya sea expresa o tácitamente. Es evidente que en el caso de la Responsabilidad Civil Contractual la antijuricidad siempre será típica (artículo 1321 del Código Civil), puesto que deriva de la inejecución de obligaciones, siendo que éstas estarían plasmadas expresamente en un contrato.
- **Atípica:** Aquella prevista genéricamente por el ordenamiento jurídico. En el caso de la Responsabilidad Civil Extracontractual, a diferencia del anterior, las conductas que dan lugar no se encuentran expresamente previstas por el ordenamiento jurídico, siendo que los artículos 1969 y 1970 del Código Civil hacen referencia únicamente a la producción del daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiere podido ocasionar o causar, entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño, siempre que sea antijurídica, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

“Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

“Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

b) Daño Causado.-

Debe tenerse presente que en el campo de la responsabilidad civil lo que se busca es indemnizar los daños causados a fin de resarcir a las víctimas, por lo que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar, por lo que muchos autores la

denominan “Derecho de Daños”¹⁰⁷. En este sentido, el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal, distinguiéndose dos categorías de daño:

- **Daño Patrimonial.-** Que a su vez se divide en dos categorías:
 - **Daño Emergente:** Que es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y
 - **Lucro Cesante:** Que es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir.

En el caso de las Responsabilidad Extracontractual, el artículo 1985 establece que:

*“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.”*

Es evidente que cuando el artículo antes referido se refiere a las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, está aludiendo directamente a la pérdida patrimonial efectivamente sufrida por la conducta antijurídica, es decir, a la noción de Daño Emergente, siendo que el Lucro Cesante se encuentra expresamente previsto.

- **Daño Extrapatrimonial.-** Que a su vez se divide en dos categorías:
 - **Daño Moral:** Denominado también agravio moral¹⁰⁸, que se entiende como la lesión a los sentimientos de la víctima que produce un gran dolor o aflicción, sin embargo no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de uno considerado socialmente digno y legítimo; por ejemplo la muerte de una persona causaría grave sufrimiento en su cónyuge y en sus hijos; no siendo así en el caso de una mujer casada que comete adulterio y convive con un hombre casado y éste fallece. En el caso de la

¹⁰⁷ NAVARRO ALBIÑA, René, “Contratos y Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Copiapó, Chile, 2007, p. 263.

¹⁰⁸ DANIEL PIZARRO, Ramón, “Daño Moral”, 2° Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 58.

Responsabilidad Civil Extracontractual, se debe tener presente que el artículo 1984 establece que:

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

Evidentemente, la categoría de Daño Moral presenta dos problemas:

3) La Forma de acreditación, y

4) La Manera de cuantificar y traducir económicamente el daño moral, resultando lógico que no existe suma alguna que pueda reparar el dolor por la pérdida de un ser querido; por lo que el monto indemnizatorio deberá estar de acuerdo con el grado de sufrimiento producido en la víctima y la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general, el cual tiene que ser resuelto con un criterio de conciencia y equidad en cada caso en particular, pues no existe una fórmula matemática y exacta para cada supuesto.

- **Daño a la Persona:** Que se entiende como la lesión a la integridad física de la persona, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida. En el campo de la Responsabilidad Civil Extracontractual, el monto indemnizatorio depende únicamente de la existencia de una relación de causalidad adecuada, lo que significa que se indemnizan todos los daños y no interesa la calificación de previsibles o imprevisibles, lo cual fluye del artículo 1984 del Código Civil al que se hizo referencia en el punto anterior.

c) **Relación de Causalidad.-**

Que se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa – efecto, es decir un antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría Responsabilidad Civil Extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar; siendo que en este campo, la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la Causa Adecuada.

- **Causa Adecuada:** Para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurran dos factores o aspectos, un factor in concreto y un factor in abstracto.

3) Factor In Concreto.- Debe entenderse como una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor.

4) Factor In Abstracto.- Entendiéndose que la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá relación causal, aun cuando se hubiera cumplido el Factor in Concreto, pues es necesaria la concurrencia de ambos factores.

A manera de ejemplo: Si una persona de 25 años de edad, sin ningún problema cardíaco, fallece en forma inmediata como consecuencia de un susto producto de una broma, no existirá relación de causalidad adecuada, aun cuando los hechos de la muerte hayan sido consecuencia del susto por la broma, por cuanto de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana un susto por una broma no es capaz de producir la muerte de una persona joven de esa edad. Por el contrario, si se tratara de un susto por una broma a una persona de 75 años de edad, no habría duda alguna que se trataría de una causa adecuada, en tanto y en cuanto el susto a una persona de edad avanzada es causa adecuada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, para producir la muerte.

d) Factor de Atribución.-

En este punto se debe tener presente que el Código Civil peruano distingue dos sistemas de Responsabilidad Civil Extracontractual:

- **Sistema Subjetivo:** Consagrado en el artículo 1969 del Código Civil, el cual se constituye sobre la culpa del autor, siendo que la culpa en sentido amplio comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima. Ante la dificultad de probar en muchos

casos la culpa del autor, es decir conocer el aspecto subjetivo del autor, es que el Código Civil ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba¹⁰⁹, por lo que corresponderá al autor del daño demostrar la ausencia de culpa; el cual fluye claramente del artículo 1969 del Código Civil cuando establece que: “...*el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”.

- **Sistema Objetivo:** Consagrado en el artículo 1970 del Código Civil, se constituye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo. Esta noción significa que todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades existentes suponen un riesgo ordinario y común para las personas. Sin embargo, existen también bienes y actividades que significan un **riesgo adicional al ordinario o común** para las personas, tales como vehículos automotores, artefactos eléctricos, cocinas a gas, armas de fuego, escaleras mecánicas, insecticidas, etc. Este sistema de responsabilidad no pretende que en los casos de daños causados por bienes o actividades riesgosas no exista culpa del autor, lo único que pretende es hacer total abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor, de modo que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de Responsabilidad Civil Extracontractual.

2.3.- Daño Moral.-

Lesiona el estado anímico de la persona creando una sensación de sufrimiento, de dolor psico-físico o psicosomático; afecta los sentimientos, la tranquilidad la paz espiritual que constituye el soporte necesario para que la persona pueda realizar sus fines. La pérdida de un ser querido, la lesión deformante del rostro, el ataque al honor, a la dignidad, la promesa de matrimonio no cumplida, en fin cualquier lesión a los derechos subjetivos que pueda tener proyecciones morales, de sufrimiento, de dolor, causan daño moral a la persona.

¹⁰⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Responsabilidad Extracontractual”, Tomo I, 7ª Edición, Fondo Editorial, Lima, 2001, p. 164.

El ser humano es el único ser con moral y dignidad que tiene una misión que cumplir. El Estado y el Derecho tendrán sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana como instrumento para la realización de sus propios fines.

Con el daño moral queda cerrado el círculo de protección del ser humano en su integridad psicofísica, en toda su riqueza natural, espiritual, social, cultural y estética, en todas sus potencialidades, posibilidades y virtualidades.

El daño moral, como el daño a la persona, no tiene una traducción directa en dinero como lo tiene el daño patrimonial; no puede ser resarcido como éste, sino solamente reparado indirectamente con dinero. El sufrimiento, el dolor, la afectación de la persona no tienen un equivalente en dinero, no se negocian en el mercado, no tienen una cotización en bolsa, no hay cambio de dolor por dinero. Pero como no hay otra forma de reparar sino asignando una cantidad de dinero que pueda satisfacer a la víctima atenuando e algo su dolor y que constituirá, además, una sanción para el agresor, nos encontramos frente a la necesidad de evaluar algo que no tiene naturaleza económica, que carece de valor de cambio o de sustitución. Como se aprecia, la prestación del deudor causante del daño consiste siempre en un comportamiento patrimonialmente valorizable, aunque con la finalidad de satisfacer un interés no patrimonial del acreedor (la víctima del daño).

El juzgador evaluará el daño moral considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, teniendo en cuenta algunas pautas o bases como son apreciar debidamente en cada caso la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto agresor y el de la víctima, la entidad del padecimiento o de la afectación de la persona, las circunstancias que rodean al caso (edad, sexo, profesión, estado civil, etc.), la situación económica de las partes. No es lo mismo que se haya quitado la vida a un padre de familia que con su trabajo mantenía esposa e hijos que el haber matado a una persona que se ganaba la vida robando a los demás y que no deja en orfandad a nadie; no es lo mismo la cicatriz causada a un hombre que la ocasionada a una mujer; no es lo mismo que la cicatriz causada a una artista de cine se encuentre en la cara, en la pierna, en la espalda o en otra parte del cuerpo; no es lo mismo que el agresor haya causado el daño a título de dolo o simplemente negligencia, descuido o impericia. El monto de la reparación debe ser, pues, señalado teniendo en cuenta las especiales características de cada caso en concreto (criterio subjetivo) y no en base a valores pre-existentes (criterio objetivo), los mismos que, de existir, deben adecuarse a las circunstancias de cada caso.

El monto de la reparación debe servir para cumplir tanto una función de satisfacción de la víctima como una sanción para el agresor y de prevención para los miembros de la comunidad que debe quedar advertidos de las consecuencias que les espera en caso de que causen tales daños. Pero, en ningún caso puede constituir un medio de enriquecimiento indebido de la víctima o que deje en orfandad al agresor, privándole de lo esencial para vivir.

2.4.- Sentencia Judicial.-

Resulta evidente la existencia de conflictos entre los miembros de una sociedad y a veces la imposibilidad de que ellos mismos puedan resolverlos, por eso, ante el insatisfacción de intereses, se obliga al Estado, a manifestar su poder estatal, para que otorgue estabilidad a la vida social, porque de otra manera, habría contiendas interminables; por lo tanto, el poder jurisdiccional del Estado emana para resolver los conflictos intersubjetivos, que necesariamente deben llegar a una decisión definitiva que vendría a ser la sentencia.

Al respecto del Código Procesal Civil, en su artículo 121 señala que mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en conclusión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. De esta forma, el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción para resolver el conflicto sobre las pretensiones de las partes procesales o revelar la incertidumbre jurídica, respetando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

2.5.- Motivación de Resoluciones Judiciales.-

La motivación de las resoluciones judiciales ha sido reconocida y analizada desde diversas perspectivas; es así que desde el punto de vista de la Carta magna esta importe un derecho constitucionalmente reconocido (art. 139, incisos 3 y 5), desde la perspectiva de que todo aquel que tiene potestad de dirimir una controversia jurídica (juez, árbitro, tribunal administrativo) es un deber, y finalmente, desde el punto de vista del justiciable se materializa como una garantía de obtener una resolución sustentada en Derecho y de manera correlativa un mecanismo de tutela contra la arbitrariedad.

En efecto, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se ha sostenido que la motivación de las resoluciones judiciales permite ejercer un control de legitimidad respecto de la actuación del Juez, ya que con base en esta se puede verificar su razonabilidad, imparcialidad e independencia. Por otro lado, la motivación exige que la estructura de la argumentación judicial que contenga un razonamiento jurídico válido. No necesariamente exige que la sentencia exponga una abundante, extensa, agotadora argumentación, solo basta que se expresen las principales razones por las cuales se adoptó una determinada decisión, ello en concordancia con la regla contenida en el artículo 197 del Código Procesal Civil. Ahora bien, estas razones deben ser proporcionadas y guardar correspondencia con el problema a resolverse (establecido en los puntos controvertidos), ello para poder salvaguardar el derecho de defensa de las partes a través de los respectivos medios impugnatorios en caso de que no encuentran arreglada a derecho la sentencia y a la par posibilita el control de legalidad del órgano revisor (de apelación o casación según sea el caso).

3.- Antecedentes Investigativos.-

- a) Ramón Arce, Francisca Fariña, Alicia Carballal y Mercedes Novo, Evaluación del daño moral en accidentes de tráfico: desarrollo y validación de un protocolo para la detección de la simulación, 2006, Universidad de Santiago de Compostela y Universidad de Vigo.

Muchas veces la gente puede simular una afectación psíquica grave a fin de poder demandar la indemnización por daño moral al haber sufrido un accidente de tránsito. En este proyecto, un grupo de 105 personas fue instruido con técnicas de simulación, para luego ser evaluados en una entrevista técnico forense, siendo que el 60,5% pasó la entrevista, con lo que se comprobó que existen deficiencias al momento de hacer la entrevista, lo que permite que oportunistas finjan estar con una alteración grave y así obtener el certificado que lo avale.

Fuente: <http://www.psicothema.com/pdf/3210.pdf>

- b) Ramón Domínguez Águila, Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral, 2004, Revista Chilena de Derecho.

La transmisibilidad de la acción se da cuando la víctima directa haya fallecido sin haber interpuesto la respectiva demanda de daños y perjuicios. Esto no genera mayores problemas cuando los daños son de carácter patrimonial, pero en el caso de los daños no patrimoniales (daño moral) la transmisibilidad no es evidente, lo que genera varios inconvenientes.

- c) Fabiola Vargas Villanueva, La Responsabilidad Civil Objetiva del Médico y Daño Moral, 2004, México.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero con independencia de que se haya causado daño material tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Los médicos se sienten amenazados por sus propios pacientes, llegando incluso a solicitar seguros médicos para la práctica de su profesión; por su parte los pacientes se sienten sumisos ante el médico y tienen el temor constante de que la intervención médica vaya mal y que terminen con una grave afectación física, lo que desencadenaría a su vez, una afectación psíquica, entendida como daño moral.

Fuente: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4051771>

- d) Carmen Domínguez Hidalgo, La indemnización por daño moral: Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado, 1998, Revista Chilena de Derecho.

El daño moral es un concepto reconocido ampliamente dentro de la responsabilidad civil extracontractual, pero no hay muchos avances respecto de su regulación dentro de la responsabilidad civil contractual, por lo que es de esperar que la legislación de un cambio, y que se pueda reconocer al acreedor, la indemnización por daño moral ocasionado por el incumplimiento de un contrato.

- e) Josep Solé Feliu, El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, 2009, Indret Revista para el Análisis del Derecho.

La mayoría de las reglas y principios aprobados en el ámbito internacional admiten la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Sin embargo, ni los PECL, ni los principios de UNIDROIT, ni tampoco los principios desarrollados en el Marco Común de Referencia (CFR) fijan criterios concretos que ayuden a fijar en qué casos, y bajo qué condiciones, el daño moral será indemnizable. El análisis de los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno tampoco ofrece criterios claros al respecto. Algunos de ellos, como Estados Unidos, Inglaterra o Alemania, adoptan una posición restrictiva al respecto y rechazan indemnizar el daño moral por infracción contractual, salvo en supuestos excepcionales. Otros ordenamientos, como Francia, Bélgica o España, parten una posición más flexible, y admiten como regla general la indemnización del daño moral resultante del incumplimiento contractual. Sin embargo, como han resaltado diversas sentencias del propio Tribunal Supremo español, la indemnización del daño moral contractual "no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual", lo que de nuevo pone el acento en la necesidad de identificar los criterios y las condiciones, bajo los cuales las molestias, las incomodidades o los perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual podrán ser indemnizados en el derecho español.

- f) Gisela María Pérez Fuentes, Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España, 2004, Revista de Derecho Privado.

Sin referencia a la legislación mexicana, el autor expone acerca de la evolución de la figura del daño moral y los derechos de la personalidad en España. El artículo comienza con la visión española del concepto de los derechos de la personalidad, así como con una explicación general de la posibilidad de sufrir daño moral en estos derechos siendo una persona física, a partir de la sentencia del 6 de diciembre de 1912. Posteriormente, el autor expone el daño moral sufrido por una persona jurídica, y finalmente sobre la existencia de fuentes de daño moral como el acoso moral o mobbing, y otras derivadas del derecho comunitario de la Unión Europea.

- g) Fernando Gómez Pomar, El sudor de la frente y el daño moral, 2004, Indret Revista para el Análisis del Derecho.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22.9.2004 enjuicia un caso en el que se indemniza el daño moral derivado de la pérdida del puesto de trabajo a causa del incendio ocurrido en la

planta industrial donde se desarrollaba aquel. Para resolver el caso, además de consideraciones acerca del daño moral, el Tribunal Supremo realiza una arriesgada excursión en el terreno de la delimitación de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva (o por riesgo, como prefiere de ordinario denominarla la Sala 1ª). En relación con ambas cuestiones, culpa y daño moral, merece la sentencia en cuestión alguna reflexión crítica, en particular porque los argumentos ¿los tópicos, sería acaso mejor denominación- que maneja no son, por desgracia, inhabituales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- h) Paulina González Vergaral, Hugo A. Cárdenas Villareal, Notas en torno a la prueba del daño moral un intento de sistematización, 2007, Colombia.

Los estudios relativos al problema de la prueba del daño moral son escasos y, en general, carentes del tratamiento sistemático que amerita. Este artículo intenta ofrecer un primer acercamiento a los principios y postulados que, los autores creen, han de sustentar una teoría tópica y funcional que regule satisfactoriamente esta materia; a partir de los cuales, es posible afirmar la exigencia de prueba del daño moral e identificar los presupuestos de la misma.

- i) Norberto E. Luongo, El daño moral en el sistema de responsabilidad por el transporte aéreo internacional: un enfoque moderno para nuevas necesidades, 2009, Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, Argentina.

El presente artículo está dedicado al tema del resarcimiento por daño moral en el caso del transporte aéreo de pasajeros, presentando los grandes casos jurisprudenciales que tuvieron a su cargo la explicitación y delimitación de los conceptos de "accidente" y "lesión corporal", y en particular se analiza la extensión de éste último y su relación con la cuestión de la procedencia de indemnización por daño moral dentro el ámbito del Sistema de Varsovia y del Convenio de Montreal de 1999. A continuación, se comentan los decisorios que bucearon en la problemática planteada acerca del carácter de exclusividad que tales instrumentos revisten, y se expone la teoría de que la más reciente jurisprudencia, en su afán de ejercer un rol tuitivo y protector de los derechos de usuario-pasajero, ha expandido los conceptos antes mencionados, a expensas de un retroceso en la interpretación del sistema de responsabilidad por el transporte aéreo internacional como causa de acción

exclusiva para dar más preponderancia a la anterior noción de "remedio exclusivo". A tal fin, y a modo de ejemplo, se propone el estudio en detalle de una línea jurisprudencial concreta, cual es la elaborada recientemente en la República Argentina.

- j) Ana Alemán Monterreal, Algunas observaciones sobre el daño moral, 2011, Revista General de Derecho Romano.

Este estudio realiza algunas observaciones sobre la posibilidad de reparar el daño moral en derecho romano. Con esta finalidad, creemos conveniente, constatar ciertos aspectos relevantes y controvertidos en la doctrina moderna, para centrar nuestra atención en el derecho romano, en el que partiendo de la situación doctrinal al respecto, analizamos diversas cuestiones íntimamente conectadas, o cuando menos, dignas de ser consideradas a propósito del daño moral.

- k) Alejandra de Lama Aymá, La muerte de un familiar en accidente de tráfico: cuestiones controvertidas con ocasión de la STS de 1 de abril de 2009, 2010, Indret: Revista para el Análisis del Derecho.

La LRCSVM establece qué personas se consideran perjudicadas por la muerte de un familiar en accidente de tráfico. En este trabajo se parte de la teoría de la doble presunción según la cual debe permitirse demostrar que personas que se contemplan como perjudicadas por la ley no han sufrido realmente daño alguno y que personas que no se consideran como tales sí lo han sufrido y deben, por tanto, ser indemnizadas por ello. Para resolver la cuestión de cómo cuantificar la indemnización de quien no aparece en el baremo como perjudicado debe acudir al recurso de la analogía o, incluso, en caso de no ser ello posible, al régimen general del art. 1902 CC.

Por otra parte, la exclusión de cobertura del seguro de responsabilidad civil de los daños morales que sufre el causante del accidente por la muerte de sus familiares se desprende del régimen general de responsabilidad civil pues no se da la alteridad del daño. Además en caso de considerar que llega a nacer una obligación, ésta quedaría automáticamente extinguida por confusión. Por ello, no es necesario que la ley prevea dicha exclusión. En cambio, la exclusión de cobertura de los daños morales de los familiares por la muerte del causante del accidente no se debe a la falta de ajenidad del daño sino a que el legislador así lo ha previsto porque ese daño moral deriva de un hecho que sí está excluido de cobertura

por este motivo: la muerte del causante del accidente. En el trabajo se cuestiona la oportunidad de tal medida pues se deja desprotegido al familiar del causante del accidente.

- l) Francisco Javier Hierro Hierro, La cualificación del daño moral ocasionado por la actualización de contingencias profesionales, 2010.

En el ámbito laboral no existe ninguna norma expresa, ni legal ni reglamentaria, que cuantifique la indemnización adecuada a percibir por los daños y perjuicios ocasionados ante el acaecimiento de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Para cumplimentar tal vacío se ha dicho que los órganos judiciales pueden acudir analógicamente a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios, siendo el ordenamiento mayoritariamente utilizado el civil. Sin embargo, distintas razones justifican la inaplicabilidad plena en este campo de la estructura indemnizatoria prevista en el orden civil, actuando éste como elemento meramente orientativo.

- m) Esther Farnós Amorós, Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, 2007, Indret: Revista para el Análisis del Derecho.

La indemnizabilidad del daño moral derivado del descubrimiento de la no paternidad sugiere cuestiones interesantes tanto desde el derecho de familia como del derecho de daños. La idea aún extendida de que el primero es un sistema cerrado con sus propias reglas, unida a la propia naturaleza del daño moral, dificulta el establecimiento de criterios uniformes. Así lo evidencian las decisiones judiciales y la doctrina en nuestro y en otros ordenamientos. En este contexto, la sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007 (RJC 1/2007) otorga una indemnización de 15.000 al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que durante cuatro años había creído hija suya. Este artículo relaciona la presente sentencia con la de la AP de Valencia, Sec. 7ª, de 2.11.2004 (Ar. 1994), que otorgó indemnización en un caso parecido, y con dos sentencias dictadas por la Sala 1ª del TS en 1999, las cuales rechazaron la acción de responsabilidad civil. El artículo sostiene que los remedios de la responsabilidad civil extracontractual son aplicables respecto de los daños derivados de la ocultación de la paternidad de los hijos que se creían propios. Asimismo, algunas de las cantidades abonadas a favor del menor en concepto de alimentos deberían ser restituidas por la vía del enriquecimiento injusto.

4.- Objetivos.-

1. Establecer las características del criterio que los Jueces emplean al fijar el quantum indemnizatorio por daño moral.
2. Analizar la motivación de la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral en las sentencias.
3. Estudiar si existen criterios de cuantificación de daño moral establecidos en jurisprudencia.
4. Determinar si la magnitud y el menoscabo ocasionado a la víctima están relacionados a una valoración subjetiva.

5.- Hipótesis.-

Teniendo en cuenta que:

- La cuantificación del daño moral es de difícil probanza,
- El daño moral es resarcible respecto de la víctima,
- Los elementos para la fijación del daño moral son subjetivos,
- ✓ Es probable que el Juez fije una indemnización distinta a la solicitada por el agraviado, ello al no existir criterios de fijación preestablecidos, prevaleciendo criterios subjetivos; haciendo la sentencia impredecible.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- Técnicas, Instrumentos y Materiales

a) Técnica: Observación Documental

- **Instrumento:** Ficha de Registro, la misma que servirá para recoger la información contenida en las sentencias judiciales a revisarse.

b) Técnica: Entrevista

- **Instrumento:** Cédula de Entrevista, la misma que será únicamente referencial en cuanto a los criterios de fijación de daño moral en las sentencias.

2.- Campo de Verificación

- **Ubicación Espacial:** Distrito de Paucarpata, Provincia y Departamento de Arequipa.
- **Ubicación Temporal:** Años 2010 a 2016.
- **Unidades de Estudio:**

Universo: 57 expedientes sobre responsabilidad civil extracontractual que incluyen indemnizaciones por daño moral, ubicados tanto en los Despachos como en el Archivo Modular de los Juzgados del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata.

Muestra: Teniendo en cuenta el universo, y aplicando la siguiente fórmula:

$$Muestra = \frac{Universo \times 400}{Universo + 399}$$

La muestra para la presente investigación será de 50 expedientes sobre responsabilidad civil extracontractual que incluyen indemnizaciones por daño moral, ubicados tanto en los Despachos como en el Archivo Modular de los Juzgados del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata.

3.- Estrategia de Recolección De Datos

De la Recolección o Acopio de Datos: Una vez constituido en los Despachos y Archivos Modulares de los Juzgados del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata, se procederá a ubicar los expedientes relacionados al tema de investigación, procediendo a llenar las fichas de registro de información, tomando nota de los

principales análisis y la motivación que utilizan los jueces en sus sentencias. Asimismo, se ingresará a los Despachos Judiciales a efecto de entrevistarse con los Jueces para conocer los criterios que manejan para sentenciar procesos en los que se demande una indemnización por daño moral y los criterios de cuantificación que estiman convenientes.

Ordenamiento y Sistematización: La información obtenida será ordenada físicamente y luego transcrita a computadora, discriminando la información por el tipo de fuente de obtención de la información, los criterios comunes usados en las sentencias, el monto de lo peticionado y de lo concedido, entre otros parámetros que puedan surgir durante el acopio de información; pudiendo eventualmente plasmarse en tablas o en gráficos (diagrama de barras o diagramas circulares).

Del Estudio o Análisis de la Información: Una vez ordenada la información, se dará un nuevo repaso al marco conceptual para comenzar su estudio y análisis, dando mayor énfasis en la información concerniente al daño moral y los criterios de cuantificación. La información adicional no será descartada, sino que servirá de apoyo para sustentar de manera indirecta la información relacionada de manera directa al tema de investigación.

Recursos:

- **Humanos:** Participación directa del investigador, con el apoyo de asesores expertos en la materia.
- **Materiales:** Uso de cámara fotográfica, computadora, impresora, libros sobre el tema, útiles de escritorio, fichas para la recolección de datos.

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDAD \ TIEMPO	FEB - MAR	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
	2016	2016	2016	2016	2016
	1 2 3 4 5 6 7 8	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
1. Elaboración del Proyecto	XXXXXX				
2. Desarrollo del Proyecto		XXXX			

- Sistematización			XXXX	X	
- Conclusiones y Sugerencias				XXX	
3. Elaboración del Informe					XXXX

V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- De Trazegnies, Fernando (2001), La Responsabilidad Extracontractual, 7ª Edición, Fondo Editorial, Lima.
- Gonzales - Cárdenas (2001), La Prueba del Daño Moral, Antofagasta.
- Daniel Pizarro, Ramón (2004), Daño Moral, Prevención, Reparación, Punición, 2ª Edición, Buenos Aires, Hammurabi.
- Navarro Albiña, René (2007), Contratos y Responsabilidad Extracontractual, Editorial Copiapó, Chile.
- Monroy Gálvez, Juan (2013), Diccionario Procesal Civil, Gaceta Jurídica S.A., Lima

VI. ANEXOS

- a. Ficha de registro de Información
- b. Cédula de entrevista

Arequipa, 05 de mayo del 2016





FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN

FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN N° 01

N° de Expediente: _____

Fecha de inicio del proceso: _____

Órgano Jurisdiccional: _____

Materia del Proceso: _____

Petitorio de la demanda:

Resumen de los hechos de la demanda:

Medios probatorios del demandante:

Pericia

Testigos

Documentos

Declaración de parte

Inspección Judicial

Otro: _____

Medios probatorios del demandado:

Pericia

Testigos

Documentos

Declaración de parte

Inspección Judicial

Otro: _____

¿Medios probatorios de oficio?

Sí

No

Detalle: _____

Fundamentación jurídica de la sentencia:

Criterio del Magistrado para resolver el proceso:

