



TESIS UANCV



UNIVERSIDAD ANDINA
"NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"

UNIVERSIDAD ANDINA

"NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

CAP: DERECHO



**"LA DEFINICIÓN, DELIMITACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE DAÑO
MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO"**

PRESENTADA POR:

BACHILLER NANCY FLORES MAMANI

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE

ABOGADA

JULIACA – PERÚ

2015 – I



TESIS

**“LA DEFINICIÓN, DELIMITACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE DAÑO
MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

PRESENTADA POR:

BACHILLER: NANCY FLORES MAMANI

APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO: _____

Dr. FREDI HUARCAYA SÁNCHEZ

1er MIEMBRO DEL JURADO: _____

Dr. JOSÉ DOMINGO CHOQUEHUANCA CALSINA

2do MIEMBRO DEL JURADO: _____

Dr. LUIS CHAYÑA AGUILAR

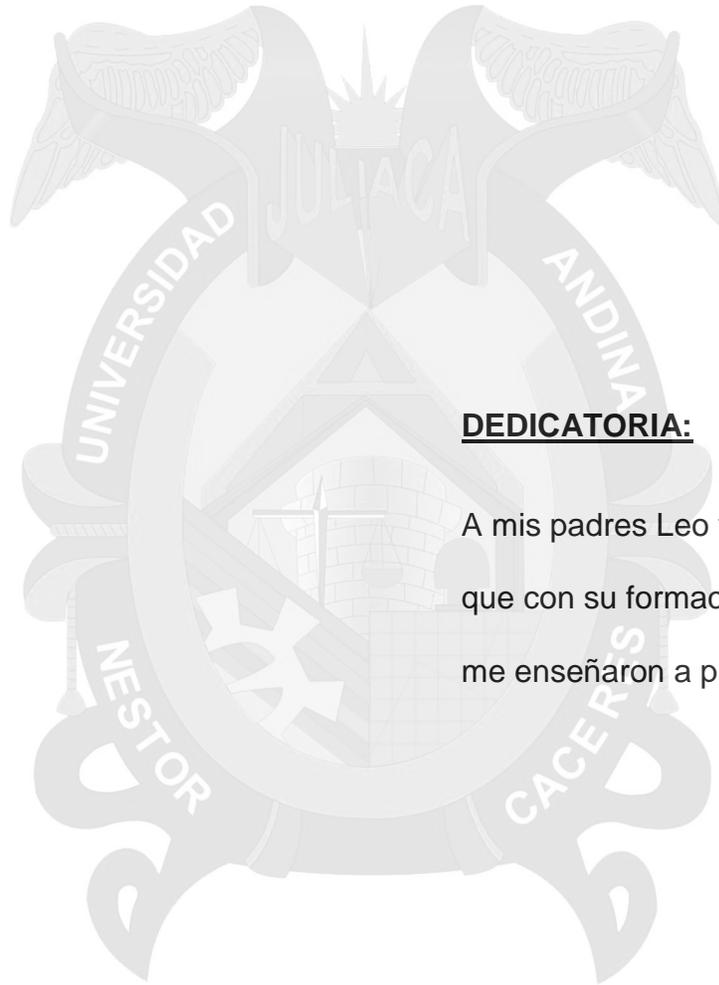
ASESOR DE TESIS: _____

Dr. PIO NAPOLEÓN VILCA RAMOS



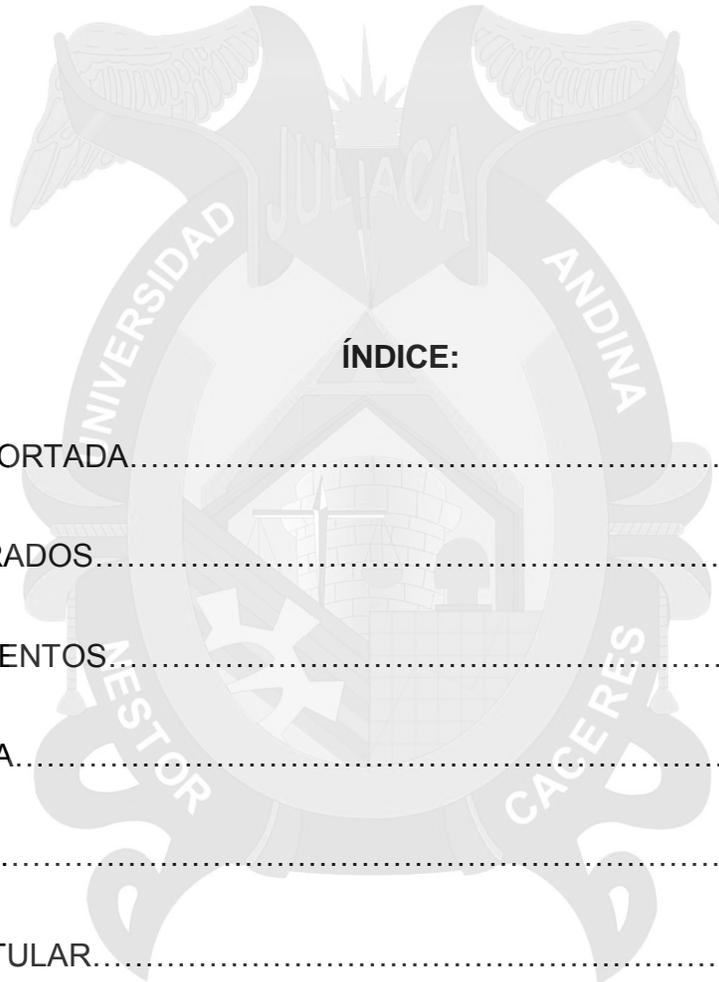
AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme guiado por el camino de la felicidad; en segundo lugar a cada uno de los que son parte de mi familia a nuestros queridos y admirados Padres León y Lidia, mis abuelos Juan y Isabela; a mis hermanos Norma, Richard, Guido y Verónica; por estar ahí siempre, brindándome su apoyo que me han llevado hasta donde estoy ahora. De igual forma a mi director de tesis quién estuvo muy atento en todo momento a la redacción del presente trabajo, Dr. Pio Napoleón Vilca Ramos.



DEDICATORIA:

A mis padres Leo y Paulina
que con su formación y ejemplo
me enseñaron a pensar libremente.



ÍNDICE:

CARATULA PORTADA.....	I
HOJA DE JURADOS.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
DECICATORIA.....	IV
INDICE.....	V
INDICE CAPÍTULAR.....	VI
RESUMEN.....	XIV
ABSTRAC.....	XVII
INTRODUCCIÓN.....	XX



CAPÍTULO I

Aspectos Metodológicos de la investigación

1.1. El Problema de la Investigación.....	24
1.1.1. Formulación del Problema.....	24
1.1.1.1. Problema General.....	26
1.1.1.1.1. Problemas Específicos.....	26
1.1.2. Formulación de Objetivos de la Investigación.....	27
1.1.2.1. Objetivo General.....	27
1.1.2.1.1. Objetivos Específicos.....	27
1.1.3. Formulación de Hipótesis.....	28
1.1.3.1. Hipótesis General.....	28
1.1.3.1.1. Hipótesis Específicos.....	28
1.1.4. Justificación del Problema.....	29
1.1.4.1. Justificación Teórica.....	30
1.1.4.2. Justificación Legal.....	31
1.1.4.3. Justificación Practica.....	31
1.2. Metodología de la Investigación.....	32



1.2.1. Métodos.....	32
1.2.1.1. Método Científico.....	32
1.2.1.2.1 Método Lógicos.....	32
1.2.1.2.1. Método Inductivo.....	32
1.2.1.2.2 Método Deductivo.....	33
1.2.1.2.3. Método Analítico.....	33
1.2.1.2.4. Método Sintético.....	33
1.2.1.2.5. Método Heurístico.....	33
1.2.1.3. Métodos Jurídicos.....	33
1.2.1.3.1. Método Exegético.....	33
1.2.1.3.2. Método Argumentación Jurídica.....	33
1.2.1.3.3. Método Sociología Jurídica.....	34
1.2.1.3.4. Método de Estudio de Casos.....	35
1.2.2. Diseño.....	34
1.2.2.1.- Descriptivo.....	34
1.2.2.2. Explicativo.....	34
1.2.3. Tipos de Investigación.....	34



1.2.3.1. Básica.....35

1.2.4. Población.....35

1.2.4.1. Distrito Judicial Puno.....35

1.2.5. Muestra.....35

1.2.5.1.- Expedientes de los Juzgados Mixtos de San Román.....35

1.3. Técnica.....36

1.3.1. Análisis Documental.....36

1.4. Instrumentos.....36

CAPÍTULO II

Antecedentes Históricos De Daño Moral En La Responsabilidad Civil

2.1. Antecedentes.....37

2.1.1. En El Mundo.....37

2.1.2. En El Perú.....41

CAPÍTULO III

Fundamentos Teóricos de la Responsabilidad Civil

3.4. La Responsabilidad.....49

3.1.1. La Etimología De Responsabilidad.....49



3.1.2. El Concepto De Responsabilidad.....	49
3.1.3. Clases De Responsabilidad.....	50
3.1.3.1. Responsabilidad Civil:.....	50
3.1.3.2. Responsabilidad Colectiva:.....	50
3.1.3.3. Responsabilidad Contractual:.....	51
3.1.3.4. Responsabilidad Extracontractual:.....	51
3.1.3.5. Responsabilidad Criminal O Penal:.....	51
3.1.3.6. Responsabilidad Cuasicontractual:.....	51
3.1.3.7. Responsabilidad Cuasidelictual:.....	51
3.1.3.8. Responsabilidad Delictual:.....	51
3.1.3.9. Responsabilidad Funcional:.....	52
3.1.3.10. Responsabilidad Judicial:.....	52
3.1.3.11. Responsabilidad Legal:.....	52
3.1.3.12. Responsabilidad Limitada:.....	52
3.1.3.13. Responsabilidad Militar:.....	53
3.1.3.14. Responsabilidad Ministerial:.....	53
3.1.3.15. Responsabilidad Moral:.....	53



3.2. La Responsabilidad Civil.....	54
3.2.1. Etimología de Responsabilidad Civil.....	54
3.2.2. El Concepto de Responsabilidad Civil.....	54
3.2.3. La Naturaleza Jurídica de Responsabilidad Civil.....	55
3.2.4. Las Características de la Responsabilidad Civil.....	55
3.2.5. Clases de Responsabilidad Civil.....	55
3.2.5.1. Directa o Indirecta.....	59
3.2.5.2. Responsabilidad derivada de Actos Ilícitos Civiles o Penales.....	60
3.2.5.3. Responsabilidad Principal O Subsidiaria.....	61
3.2.6. Presupuestos de la Responsabilidad Civil.....	61
3.2.6.1. Acción u Omisión.....	61
3.2.6.2. Comportamiento Antijurídico o Ilícito.....	61
3.2.6.3. Producción De Un Daño.....	62
3.2.6.4. Relación de Causalidad Entre el Comportamiento y El Daño.....	62
3.2.6.5. Existencia de un Criterio Legal de Imputación.....	63

CAPÍTULO IV

Fundamentos Teóricos y Delimitación De Daño Moral



4.1. El Daño.....	66
4.1.1. Etimología Del Daño.....	66
4.1.2. Concepto De Daño.....	66
4.1.3. Clases De Daño.....	68
4.1.3.1. El Daño Físico.....	68
4.1.3.2. El Daño Psicológico.....	70
4.1.3.3. Daño A La Persona.....	72
4.1.3.4. Daño Existencial.....	72
4.1.3.5. Daño Al Bienestar.....	73
4.1.3.6. Daño Biológico.....	74
4.2. La Moralidad.....	74
4.2.1. Etimología De La Moralidad.....	74
4.2.2. Concepto De La Moralidad.....	75
4.2.3. Clases De Moralidad.....	77
4.2.3.1. La Moral Objetiva.....	77
4.2.3.2. La Moral Teológica.....	78
4.2.3.3. La Moral Filosófica.....	78



4.2.4. La Moral y La Ética.....79

4.3. Delimitación de Daño Moral Moral.....81

4.3.1. Etimología de Daño Moral.....81

4.3.2. Concepto de Daño Moral.....81

4.3.3. Definición De Daño Moral.....89

4.3.4. Características del Daño Moral.....90

4.3.5. Clases de Daño Moral.....91

4.3.5.1. Daño Moral Directo.....91

4.3.5.2. Daño Moral Indirecto.....91

4.3.6.- Diferencias De Daño Moral y Daño a la Persona.....95

4.3.7. El Daño Al Proyecto De Vida ¿Constituye parte del Daño Moral o es solo una elaboración Doctrinaria?.....105

CAPÍTULO V

Cuantificación y Resarcimiento del Daño Moral en la Responsabilidad Civil

5.1. Consecuencias del Daño Moral en la Responsabilidad Civil.....111

5.2. Criterios para Calcular o Cuantificar los Montos Indemnizatorios del Daño Moral en la Responsabilidad Civil.....124



CAPÍTULO VI

Propuesta Normativa Del Daño Moral En La Responsabilidad Civil Y La Relación
Entre La Teoría Y La Jurisprudencia Nacional E Internacional

6.1. Daño Moral En El Código Civil Peruano Desde Una Perspectiva
Exegética.....126

6.1.1. En El Código Civil De 1936.....127

6.1.2. En El Código Civil De 1984.....128

6.2. Daño Moral En La Responsabilidad Civil Contractual y En La
Responsabilidad Civil Extracontractual.....129

6.3. La Teoría Y La Práctica: La Relación Entre La Teoría Y La Jurisprudencia.
Algunas Precisiones En La Jurisprudencia Del Derecho Comparado.....141

Conclusiones.....147

Recomendaciones.....150

Bibliografía.....152

Hemerografía.....158

Anexos.....159



RESUMEN

Aunque actualmente se considera que es necesario resarcir el daño moral derivado de la responsabilidad extracontractual ha existido a lo largo de la historia una gran dificultad para admitir la necesidad de resarcir estos daños.

Tomaremos como punto de referencia tres momentos históricos claves para el desarrollo y regulación de esta materia.

En el Derecho romano los intereses no patrimoniales se llegaban a resarcir de manera pecuniaria. Así la *actio iniuriarum* daba a la víctima de los delitos contra la integridad física o moral una amplia protección de esos bienes jurídicos no patrimoniales.

Debido a la imposibilidad para estimar el valor pecuniario de la persona libre y de sus bienes no patrimoniales, se consideraba que en la mayoría de los casos era la propia víctima la que debía fijar la cuantía de la lesión de esos bienes.



Sin embargo, en el Derecho romano también había ciertos casos en los que la cuantía del resarcimiento estaba fijado por el Edicto de los Ediles como la muerte producida por animales salvajes fijada en doscientos sueldos.

La solución que Las Partidas dan a este problema es regular las lesiones a bienes extra patrimoniales incluso mediante indemnizaciones pecuniarias.

Mientras que el Derecho romano incluía dentro de las lesiones extra patrimoniales los daños a la integridad moral (injurias y calumnias) el derecho de Las Partidas se ciñe casi de manera exclusiva en los daños a la integridad física.

Tan importante fue esta regulación romana recogida por Alfonso X en Las Partidas que García Goyena al redactar el proyecto del Código Civil de 1851 transcribe literalmente algunas leyes de Las Partidas. Así ocurre en la propia definición que da sobre el daño atendiendo principalmente, al igual que ocurre en el texto alfonsino, a las consecuencias patrimoniales derivadas de una lesión corporal más que al daño moral que pueda producir.

En definitiva muchos artículos de dicho proyecto se remiten a las regulaciones hechas anteriormente tanto por el Digesto como por Las Partidas.

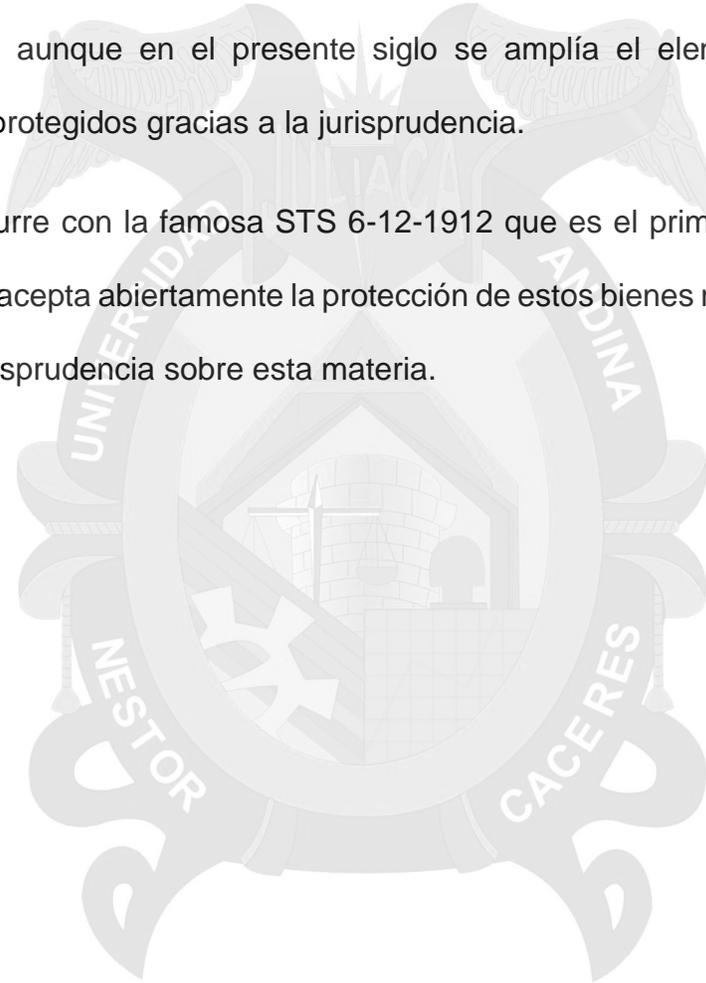
En nuestro Código actual se ve claramente la protección a la integridad física y la salud en el art. 1908. 2: "Responderán los propietarios por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o propiedades" que ayuda a interpretar el alcance del art. 1902 expresado en términos más restrictivos.



Esta interpretación se puede llevar a cabo puesto que nuestro Código Civil deriva de la tradición jurídica española antes expuesta en la cual se acepta claramente el resarcimiento de los daños extra patrimoniales.

Podemos concluir diciendo que, históricamente, se ha considerado un número restringido de bienes jurídicos extra patrimoniales a proteger: vida, integridad física, honor y fama; aunque en el presente siglo se amplía el elenco de bienes extra patrimoniales protegidos gracias a la jurisprudencia.

Esto ocurre con la famosa STS 6-12-1912 que es el primer caso en el que la jurisprudencia acepta abiertamente la protección de estos bienes morales y que orienta la posterior jurisprudencia sobre esta materia.





ABSTRACT

Although currently considered necessary to compensate the moral damage resulting from tort liability has existed throughout history great difficulty in admitting the need to compensate the damage.

We take as a benchmark three key historical moments in the development and regulation of this matter.

In Roman law the non-property interests came to compensate pecuniary way. So the *actio iniuriarum* was the victim of the offenses against the physical integrity omoral broad protection of these non-economic legal rights.

Due to the inability to estimate the monetary value of the free person and their non-property assets are considered in most cases was the victim who had to fix the amount of the injury of such property.



However, Roman law there were some cases in which the amount of compensation was fixed by the Edict of Aldermen as death caused by wild animals fixed at two hundred sous.

The entries give The solution to this problem is to regulate additional injury to heritage assets including through monetary compensation.

While Roman law included within property damage extra damage to the moral integrity (libel) the right of The entries adheres almost exclusively on damage to physical integrity.

Example of continuity so often alluded to may be the case of falling objects from a producing property damage or injury in Roman law (para. 1 tit. 5, l. 4 Institutions) gave compensation to the victim in case of injury or heirs in case of death; this is transferred to Part VII, tit. XV, where VI law in the case of injury for the same reason the tortfeasor to pay medical expenses, consequential damages and lost profits conviction, regardless of the moral damage that this could cause; whereas if he died so condemned to exile which has no countervailing value to the victim; this happens almost literally art. 1904 Project and the art here. 1910 the current Civil Code: "The householder who lives in a house or part of it is liable for damages caused by things arrojar or they fall in the same".

We can conclude that historically has been considered a restricted number of pecuniary legal rights to protect: life, physical integrity, honor and fame; but in this century the cast of pecuniary interests protected by the law is extended.



This happens with the famous STS 12.6.1912 which is the first case in which the law openly accepts the protection of these moral goods and guiding subsequent case law on this subject.





INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil es el daño causado; no se alude a la responsabilidad civil si no se acredita que se ha generado un perjuicio, un menoscabo a la víctima, sea éste patrimonial o no patrimonial, contractual o extracontractual.

Por la trascendencia que vienen adquiriendo las distintas facetas de la protección a los derechos de la persona humana, es importante profundizar en qué es daño moral o como se entiende éste, su mantenimiento o su incorporación bajo el título de daño a la persona o una nueva lectura como daño no material o no patrimonial y, en general, su significado actual en las distintas fuentes del Derecho nacional y el comparado. Este trabajo ha tenido por objeto, también la delimitación del concepto ante otros (como el daño psicológico, el daño biológico o a la salud bajo la perspectiva de afectación de la salud mental, el daño al proyecto de vida, etc.).

Se ha procurado profundizar en el tratamiento del daño moral en la jurisprudencia nacional y en algunas nociones que brinda la jurisprudencia comparada.



Hemos considerado valioso, incidir en el análisis jurisprudencial determinando de qué manera el tema es desarrollado y aplicado por los magistrados y si realmente la normativa y los conceptos (desarrollados en la doctrina nacional y extranjera)

contribuyen a una adecuada administración de justicia en el ámbito nacional, cuando se trata de definir y de resarcir el daño moral.

El estudio comprende referencias a la perspectiva histórica, normativa, dogmática y jurisprudencial, tanto en el Derecho peruano como en aspectos puntuales, al

Derecho comparado. El eje central del trabajo es de índole civil; empero, se incluyen breves comentarios de índole diferencial del daño moral en materia penal.

Creemos que una investigación como la indicada, halla plena justificación en la medida que no hay en el Derecho nacional, un estudio que aborde en profundidad la materia confrontando las propuestas teóricas con las de la jurisprudencia.

Adicionalmente, se advierte la ausencia de un tratamiento que compare la responsabilidad civil contractual y de la extracontractual en lo que corresponde al daño moral. Fue importante también, abordar el estado de la cuestión en el Derecho comparado.

No hay duda que, en la actualidad, el daño moral, reconocido en doctrina como uno no material patrimonial, debe ser resarcido o reparado. La gran pregunta que nos formulamos es si hay clara comprensión de la figura, si ella está delimitada actualmente y si hay alguna idea sobre la forma de resarcirlo existiendo correlación entre lo que precisa la doctrina y lo que expone la jurisprudencia nacional.

La hipótesis que sugerimos y es comprobada con la exposición doctrinal y el análisis de los precedentes judiciales, es que hay mucha riqueza y discusión doctrinaria en cuanto a la conceptualización del daño moral e ideas sobre cómo resarcirlo pero frente a ello, el tratamiento jurisprudencial resulta poco creativo tanto en la definición, la delimitación y la cuantificación.



El nivel de investigación ha sido histórico, documental, descriptivo y correlacional considerando en este último aspecto, la relación entre una variable independiente, la doctrina y otra dependiente, como la jurisprudencia nacional. Las menciones a la doctrina que se hace en muchas resoluciones judiciales, revela preocupación de los magistrados por buscar mayor información pero las citas son muy reducidas describiendo algunas ideas sobre el concepto y muy poco sobre como cuantificar este daño. Ello nos lleva a indicar que la correlación entre la doctrina y la jurisprudencia sería por tanto, más bien baja.

Las autoridades judiciales de nuestro país revelan a través de sus resoluciones judiciales, una idea central del daño moral como sufrimiento y dolor siendo conservadores (y, como ya indicamos, poco creativos) al delinear sus características frente a figuras como el daño a la persona. Tampoco se observan criterios que permitan cuantificarlo.

Hay que añadir, que, salvo contadas excepciones, no puede decirse que las indemnizaciones en general, incluyendo la del daño moral sean elevadas.

El diseño ha sido no experimental; No hemos trabajado con participantes individuales sino con un análisis de resoluciones.

Los métodos de investigación en su desarrollo jurídico, abarcan la exégesis, la aproximación histórica, referida al desarrollo de la institución a través del tiempo, la revisión de ideas a través de la dogmática y el análisis funcional referido al tratamiento real en el ámbito de los precedentes judiciales.

Las fuentes han sido primarias al buscar las resoluciones judiciales en forma directa en cuanto a su texto completo, recabándolas del diario oficial y la normativa (Código civil); fueron secundarias en cuanto a recurrir a los comentarios de los tratadistas.

Se ha tratado el daño moral en la responsabilidad civil en los trabajos de los peruanos Fernando de Trazegnies, Carlos Fernández Sessarego, Lizardo Taboada, Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre, Roxana Sotomarin



Cáceres, Juan Espinoza, Leysser León y otros. En el ámbito del Derecho comparado, se han revisado los trabajos de Guido Alpa, Guido Ponzanelli, Ramón Daniel Pizarro, Carlos Alberto Gherzi, Eduardo Zannoni, Jorge Mosset Iturraspe, Gabriel Stiglitz, Carlos Echevesti, entre otros.

Consideramos que este es una investigación valiosa pues analiza una realidad, la del daño moral en nuestro medio, enfrentando la apreciación teórica con la de los magistrados que resuelven casos concretos.





CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.1.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil es el daño causado; no se alude a la responsabilidad civil si no se acredita que se ha generado un perjuicio, un menoscabo a la víctima, sea éste patrimonial o no patrimonial, contractual o extracontractual.

Por la trascendencia que vienen adquiriendo las distintas facetas de la protección a los derechos de la persona humana, es importante profundizar en qué es daño moral o como se entiende éste, su mantenimiento o su incorporación bajo el título de daño a la persona o una nueva lectura como daño no material o no patrimonial y, en general, su significado actual en las distintas fuentes del Derecho nacional y el comparado. Este trabajo ha tenido por objeto, también la delimitación del concepto ante otros (como el daño psicológico, el daño biológico



o a la salud bajo la perspectiva de afectación de la salud mental, el daño al proyecto de vida, etc.).

Se ha procurado profundizar en el tratamiento del daño moral en la jurisprudencia nacional y en algunas nociones que brinda la jurisprudencia comparada.

Desde el punto de vista teórico, como del práctico, la institución jurídica de Daño Moral es, sin duda, la institución controversial, más problemático y quizá, menos tratado del Derecho de la Responsabilidad Civil. Si es verdad la indemnización por Daño Moral es la impartición de justicia más frecuente en los estrados judiciales, como es que se da escasa definición de daño moral en las sentencias del ad quo, como es que advertimos la falta de uniformidad en la justificación de cuantificación de daño moral, teniéndose como consecuencia una sensación de injusticia por parte de los justiciables y abogados de litigantes; por lo cual necesitamos un mayor estudio del presente tema de investigación, para que no exista más en las sentencias del ad quo una simple trascripción doctrinaria de la definición de daño moral, también se ha visto casos donde se confunde al daño a la persona con daño al proyecto de vida, estas dudas vertidas pueden ser determinantes para la calificación de una demanda de indemnización de daños y perjuicios y otros .

La presente investigación busca encontrar un nivel de conocimiento descriptivo y explicativo, toda vez que se desea saber las características del fenómeno materia de estudio y así llegar a la interrogante del planteamiento del problema con el objeto de lograr determinar cuál es la definición exacta aceptada

por nuestros tribunales, su delimitación y cuantificación de la institución jurídica de Daño Moral, derivados de hechos extracontractuales.

1.1.1.1.- PROBLEMA GENERAL

Por tanto, la interrogante que expresa el problema de investigación enunciado se reformula de la manera siguiente:

- ¿Existirá una correlación de la doctrina con la jurisprudencia en cuanto a la definición, delimitación y cuantificación sobre la aplicación del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano?

1.1.1.1.1.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Los problemas específicos que identificamos son los siguientes:

- ¿Existirá una clara comprensión de la definición de Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano?
- ¿Cuáles son las delimitaciones respecto de la constitución de Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano?
- ¿Cuáles son los criterios de la cuantificación de Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano?

La interrogante expresa el problema de investigación, ya que guarda vinculación con el hecho de que los resultados obtenidos por los respectivos órganos jurisdiccionales, no optimizan el servicio de justicia, en la medida de las necesidades del justiciable que acuden ante dichos órganos esperando un pronunciamiento acorde a derecho.



Motivo por el cual consideramos vital conocer la delimitación de daño a la persona y daño al proyecto de vida y también su valorización para la cuantificación de Daño Moral.

1.1.2.- FORMULACIÓN DE OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Los conocimientos que se esperan alcanzar son los siguientes:

1.1.2.1.- OBJETIVO GENERAL

El objetivo general que identificamos es el siguiente:

- Analizar si existe una correlación de la doctrina con la jurisprudencia en cuanto a la definición, delimitación y cuantificación sobre la aplicación de Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.

1.1.2.1.1.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar si existe una clara comprensión de la definición de Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.
- Identificar las delimitaciones respecto de la constitución de Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.
- Determinar los criterios de la cuantificación del Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.

1.1.3.- FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

El sistema de hipótesis en el presente estudio, se sustenta en sistema jurídico peruano y en la doctrina, con el cual se encara el problema de investigación. En consecuencia, la investigación del problema se orienta en las siguientes hipótesis:

1.1.3.1.- HIPÓTESIS GENERAL

La hipótesis general que pudimos identificar es el siguiente:

- La correlación de la doctrina con la jurisprudencia en cuanto a la definición, delimitación y cuantificación con mayor frecuencia no es Correlacional sobre la aplicación del Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.

1.1.3.1.1.-HIPÓTESIS ESPECÍFICOS

Son los siguientes:

- No existe una clara comprensión de la definición del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.
- La delimitación respecto de la constitución de daño moral es confusa sobre lo que constituye respecto de daño a la persona y daño al proyecto de vida en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.
- No existen criterios uniformizados por la jurisprudencia respecto de la cuantificación del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.1.4.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La justificación del presente estudio se concreta en las siguientes razones:

Hemos considerado valioso, incidir en el análisis jurisprudencial determinando de qué manera el tema es desarrollado y aplicado por los magistrados y si realmente la normativa y los conceptos (desarrollados en la doctrina nacional y extranjera) contribuyen a una adecuada administración de justicia en el ámbito nacional, cuando se trata de definir y de resarcir el daño moral.

El estudio comprende referencias a la perspectiva histórica, normativa, dogmática y jurisprudencial, tanto en el Derecho peruano como en aspectos puntuales, al Derecho comparado. El eje central del trabajo es de índole civil; empero, se incluyen breves comentarios de índole diferencial del daño moral en materia penal.

Creemos que una investigación como la indicada, halla plena justificación en la medida que no hay en el Derecho nacional, un estudio que aborde en profundidad la materia confrontando las propuestas teóricas con las de la jurisprudencia.

Adicionalmente, se advierte la ausencia de un tratamiento que compare la responsabilidad civil contractual y de la extracontractual en lo que corresponde al daño moral. Fue importante también, abordar el estado de la cuestión en el Derecho comparado.

No hay duda que, en la actualidad, el daño moral, reconocido en doctrina como uno no material patrimonial, debe ser resarcido o reparado. La gran pregunta que nos formulamos es si hay clara comprensión de la figura, si ella está delimitada actualmente y si hay alguna idea sobre la forma de resarcirlo existiendo



correlación entre lo que precisa la doctrina y lo que expone la jurisprudencia nacional.

Las autoridades judiciales de nuestro país revelan a través de sus resoluciones judiciales, una idea central del daño moral como sufrimiento y dolor siendo conservadores (y, como ya indicamos, poco creativos) al delinear sus características frente a figuras como el daño a la persona. Tampoco se observan criterios que permitan cuantificarlo.

Hay que añadir, que, salvo contadas excepciones, no puede decirse que las indemnizaciones en general, incluyendo la del daño moral sean elevadas.

Consideramos que esta es una investigación valiosa pues analiza una realidad, la del daño moral en nuestro medio, enfrentando la apreciación teórica con la de los magistrados que resuelven casos concretos.

1.1.4.1.- JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

El tratamiento sobre la Definición, Delimitación y Cuantificación de Daño Moral en la Responsabilidad Civil dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano, es el objeto de nuestra investigación y que constituye un problema latente para el Derecho, ya que establecer los alcances de esta institución jurídica hemos revisado el tratado de Daño Moral en la Responsabilidad Civil en los trabajos de los peruanos Fernando de Trazegnies, Carlos Fernández Sessarego, Lizardo Taboada, Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre, Roxana Sotomarino Cáceres, Juan Espinoza, Leysser León y otros. En el ámbito del Derecho comparado, se han revisado los trabajos de Guido Alpa, Guido Ponzanelli, Ramón Daniel Pizarro, Carlos Alberto Gherzi, Eduardo Zannoni, Jorge Mosset Iturraspe, Gabriel Stiglitz, Carlos Echevesti, entre otros.

1.1.4.2.- JUSTIFICACIÓN LEGAL

La institución jurídica de Daño Moral está actualmente regulado en nuestro código civil en el artículo 1984^o, donde expresa que el Daño Moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia. Empero esta expresión adolece de muchas ambigüedades.

Por ejemplo en una casación N° 867-2007-Arequipa, de fecha 23 de noviembre del año 2005, se precisa que el daño moral no requiere de medios probatorios que acrediten su existencia, ya que se trata de una apreciación libre que le es confiada al Juez.

Es así como se llega a desconfiar definitivamente en la valorización que efectúan los jueces, pensamos que hace una falta de uniformizar los criterios de valoración de un daño ocasionado a una persona.

1.1.4.3.- JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

El problema jurídico social objeto de nuestra investigación, expresa el interés por estudiar la problemática relacionada a la falta de comprensión de daño moral para la consecuente valorización uniforme por parte de nuestras sentencias judiciales del ad quo y del ad quem.

La misma, que también se vincula con la normatividad vigente que trata de regular dicha materia; específicamente aquélla que se encuentra contemplada en nuestra codificación civil, denotándose la existencia de dispositivos que tienen ambigüedad.

De ahí, la importancia de su estudio, en la búsqueda de soluciones que hagan posible la concreción de alcances para la superación del problema descrito,

el cual afecta la labor jurisdiccional, y el derecho de los accionantes a una tutela efectiva y el principio de predictibilidad.

Por tales fundamentos, se busca la explicación de las causas del problema jurídico social descrito, es decir, la falta de parámetros para la valorización de la indemnización del daño a un caso concreto; y esto ante la exigencia de que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a conocer dicho asuntos, brinden un mejor servicio de justicia en beneficio de la colectividad.

1.2.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1.- MÉTODOS.

Los métodos que hemos utilizado en la presente investigación son los siguientes:

1.2.1.1.- MÉTODOS CIENTIFICO

En esta investigación estudiaremos las hipótesis propuesto anteriormente luego contrastaremos debidamente la verdad; verdad que será producto del método científico propiamente dicho

1.2.1.2.- MÉTODOS LÓGICOS

Dentro de los métodos lógicos utilizamos los siguientes:

1.2.1.2.1.- MÉTODO INDUCTIVO

Nosotros de igual forma utilizamos el método de la inducción para estudiar la definición, delimitación y cuantificación de Daño Moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.2.1.2.2.- MÉTODO DEDUCTIVO

También hemos aplicado en el presente estudio el método deductivo la cual es muy relevante para la interpretación científica.

1.2.1.2.3.- MÉTODO ANALÍTICO

De la misma manera igual hemos utilizado en la presente investigación el método analítico sin la cual sería imposible llegar a una conclusión.

1.2.1.2.4.- MÉTODO SINTETICO

Como todos los demás métodos utilizados era preciso utilizar precisión y punto exacto que permite este método.

1.2.1.2.5.- MÉTODO HEURÍSTICO

También utilizamos este relevante método para poder plantear nuestros objetivos, hipótesis entre otros.

1.2.1.3.- MÉTODOS JURÍDICOS

Dentro de los métodos jurídicos hemos empleado las siguientes:

1.2.1.3.1.- MÉTODO EXÉGETICO

Utilizamos el método exegético para que sea posible el análisis de nuestro código civil en materia de responsabilidad civil y otros temas relacionados a la investigación.

1.2.1.3.2.- MÉTODO ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para poder sustentar la conclusión siguientes al caso en concreto necesitamos este método para hacer posible su comprensión.

1.2.1.3.3.- MÉTODO SOCIOLOGÍA JURÍDICA

De igual forma hemos utilizado este método por necesidad de su propia naturaleza de la investigación.

1.2.1.3.4.- MÉTODO ESTUDIO DE CASOS

También utilizamos este método porque revisamos 10 expedientes del Juzgado mixto de San Román

1.2.2.- DISEÑO

Los diseños aplicados son los siguientes en la presente investigación:

1.2.2.1.- DESCRIPTIVO

El método seguido es el descriptivo porque describiremos la forma en que se actuaron los expedientes respecto a la relación de causalidad

Este método excluye todo elemento que no sea puramente formal. Es decir, en este estudio solo se considera si, en el proceso se presentan las pruebas objetivamente y las argumentaciones de la defensa están meritadas en las normas.

1.2.2.2.- EXPLICATIVO

Aplicaremos este método en el sentido que después del análisis de los expedientes de nuestra provincia pasaremos a detallar los resultados del análisis científico.

1.2.3.- TIPOS DE INVESTIGACIÓN

El tipo de diseño aplicado en esta investigación es:

1.2.3.1.- BÁSICA

Es un tipo de investigación básica,¹ según la clasificación que da Sánchez cuando dice: "...La investigación básica consiste en hacer observaciones empíricas que pueden utilizarse para formular o refinar una teoría; no tiene el propósito de resolver problemas inmediatos sino de ampliar la base de conocimientos en una disciplina en aras del conocimiento y comprensión de la misma".

1.2.4.- POBLACIÓN

La población que se investigó la presente investigación es el siguiente: teniendo en cuenta la zona de domicilio del investigador se tomó en cuenta el distrito judicial de Puno, específicamente San Román.

1.2.4.1.- DISTRITO JUDICIAL PUNO

Nosotros investigamos por ubicación geográfica en la región Puno en la corte superior de justicia, en los juzgados mixtos.

1.2.5.- MUESTRA

La muestra que se tomó como referencia del problema sindicado es el siguiente:

1.2.5.1.- 10 EXPEDIENTES DE LOS JUZGADOS MIXTOS DE SAN ROMAN

Para empezar recolectamos 20 expedientes, de los cuales seleccionamos 10 expedientes aleatoriamente para ser estudiados, de los cuales 05 expedientes son del primer juzgado mixto y 05 expedientes pertenecen al segundo juzgado mixto, ambos de la ciudad de San Román.

¹ SANCHEZ CARLESSI H. REYES MESA C. (2006). "Metodología y diseños en la investigación científica". Lima Editorial. Visión Universitaria

1.3.- TÉCNICA

Las técnicas que utilizamos en la presente investigación son las siguientes:

1.3.1.- ANÁLISIS DOCUMENTAL

El tratamiento de las técnicas de recopilación de datos se efectuó mediante el enfoque clasificatorio que da Muñoz Giraldo.² Por la naturaleza de la información, el estudio considera tanto el aspecto cuantitativo y cualitativo. Es decir, se considera el aspecto cuantitativo en lo referente al inventario de la información (expedientes finalizados) y el aspecto cualitativo en cuanto al análisis de los contenidos de cada expediente finalizado.

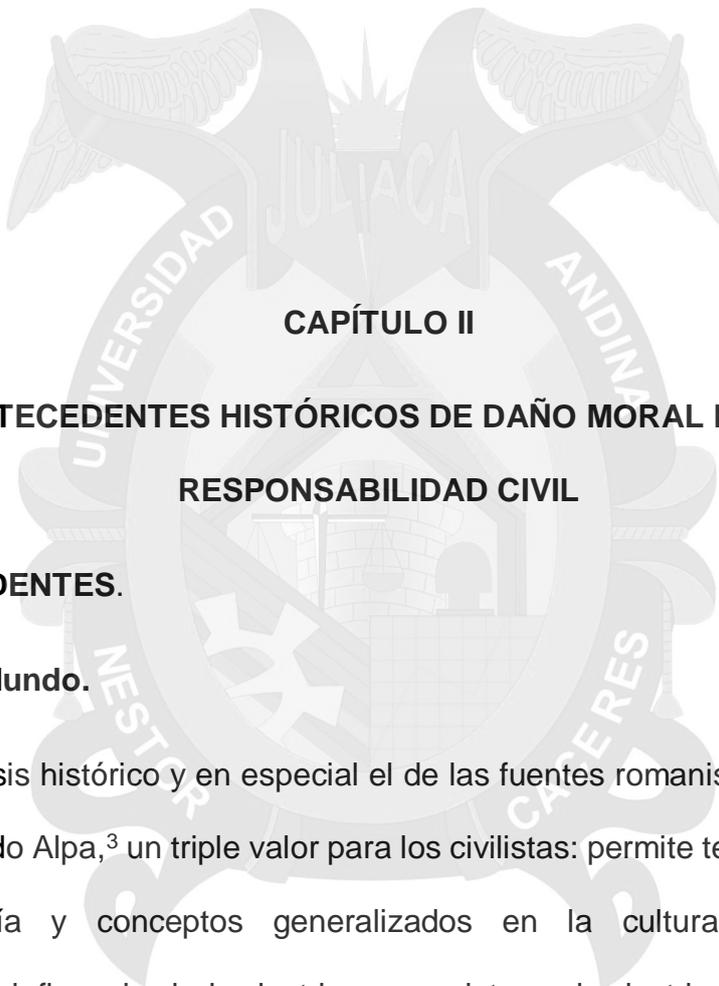
El tipo de investigación se hace sobre la base de 10 expedientes finalizados, la mayoría de los casos se refieren a la reparación de daño moral por accidentes de tránsito y la consecuente reparación civil.

Los datos de cada expediente son vaciados en una hoja de trabajo como se muestra en el anexo.

1.4.- INSTRUMENTOS

Aplicamos los siguientes instrumentos para recolectar los datos necesarios para nuestra investigación; la ficha de análisis documental.

² MUÑOZ GIRALDO, José. Et Al. (2001). "Cómo desarrollar competencias investigativas en educación". Pág.47: En: BERNAL César Augusto, (2006). "Metodología de la Investigación". 2da. edición. México: Editorial Persson. Pág.175-178.



CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1. ANTECEDENTES.

2.1.1.- En el Mundo.

El análisis histórico y en especial el de las fuentes romanistas, tiene, como menciona Guido Alpa,³ un triple valor para los civilistas: permite tener una idea de la terminología y conceptos generalizados en la cultura jurídica; permite comprender la influencia de la doctrina romanista en la doctrina romanista en la construcción de los modelos jurídicos; y también verificar como la fantasía de los juristas llega a materializar las reglas auspiciadas que son derivadas de una tradición limitada, manipulada, alterada, remodelada según las propias

³ ALPA, Guido (2006). *"Nuevo tratado de la Responsabilidad Civil"*. Primera edición encastellano. Lima: Jurista Editores, pág. 68



necesidades y fines perseguidos lo que se observa desde Ulpiano en el período romano clásico.

Hay que resaltar en todo caso, que, antiguamente se practicaba la justicia por su mano propia; es decir, la venganza privada, causándose al victimario, un daño idéntico al sufrido por la víctima; ya sea contra el autor directo de dicho daño, a un familiar de éste, a una tribu, etc. El que causaba un daño a otro, quedaba expuesto a la venganza del ofendido o al de todo su clan, la cual era reconocida como lícita y sin limitación alguna.

Código de Hammurabi (creado aproximadamente 1790 años antes de Cristo) así lo revela. Un progreso en este estado de las relaciones humanas fue logrado con el establecimiento de "La ley del Talión" que se evidenció en los pueblos cuando aparecieron rasgos de vida organizada generándose cierto principio de reciprocidad entre el daño causado y la pena aplicada.

Con el tiempo, nace la responsabilidad a resarcir el daño, aplicándose el castigo al agresor, mediante la entrega de una suma de dinero; que si era aceptada, implicaba la renuncia al Talión. Cuando el uso de esta ofrenda se generalizó y se convirtió en obligatorio, nació la exigencia de reparar el daño aunque con características muy diferentes a las actuales.

Producido el daño, surgía para el victimario una doble consecuencia; por un lado una deuda de dinero y por el otro una eventual responsabilidad personal; quedando a elección del ofendido el derecho de optar entre uno y otro; así en la "Ley de las Doce Tablas", existía un texto que decía: "Mutilado un miembro, si no hay transacción impóngasele al deudor la pena del Talión". En las XII

Tablas, se alude al *damnum* y a la *iniuria* en donde este último término es entendido como aquello *contra ius* ⁴.

En Roma no existió un principio general de la responsabilidad sino que se hizo público el tratamiento de un conjunto de casos; sin embargo, los *jurisconsultos* y también los *pretores* extendieron los casos sobre los que había pronunciamientos, a otros que se generaban.

La Ley Aquiliana que asombró por su originalidad⁵, señaló la iniciación de la vertiente jurídica que fue perfeccionándose progresivamente hasta los códigos occidentales de hoy. Esta ley contenía una serie de delitos y daños que en aquel tiempo eran de comisión más corriente y tenían el carácter de privado; no se contaban las omisiones por perjudiciales que fueran. Lo único que se exigía era que el autor del daño "*damnum*" hubiese estado en contacto con la cosa dañada "*corpore corpori datum*".

A partir de la ley Aquilia, aparecen nociones que serían fundamentales en materia de daño y culpa extracontractual. En la época clásica la acción de la ley Aquilia era una acción penal privada, que en la "*condemnatio*" obligaba al causante del daño a pagar una suma de dinero a título de pena, es decir, que de la comisión del daño surgía una obligación que relacionaba a las partes; el que dañaba se obligaba a pagar al dañado una suma de dinero a título de pena y éste podía exigir la pena a través de una *actio* del derecho civil: "*actio ex lege aquiliae*".

La responsabilidad civil establecida desde los tiempos de la antigua Roma, mostraba en la Ley de las XII Tablas, la autorización a los acreedores a conducir

⁴ ALPA, Guido (2006). "*Nuevo tratado de la Responsabilidad Civil*". Primera edición encastellano. Lima: Jurista Editores, pág. 68.

⁵ *Ibidem*, pág. 69.

después de sesenta días de prisionero al deudor para venderlo como esclavo. Ella sería desarrollada posteriormente por obra de los juristas medievales. En relación al daño, a nivel contractual se vincula a la necesidad de demostrar la culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o el dolo, en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso.

Respecto del daño moral, es indispensable destacar que éste se construyó en contra o más bien sobre el principio de la no resarcibilidad de los daños no patrimoniales fundado en base a la concepción tradicional del derecho privado como sistema consagrado para la protección de intereses económicos⁶; bajo esta perspectiva, los intereses no patrimoniales serían jurídicamente relevantes y los daños resarcibles solo en casos excepcionales y con previa tipificación sobre todo penal.

Pero esta visión se ha transformado en la medida que sobre todo la Constitución de diversos países como la doctrina y la normativa, se ha concentrado en otras facetas de protección a la persona humana y a sus intereses⁷. Sea que se aluda a resarcimiento o reparación, de recreación de las condiciones afectadas con el daño, somos de la opinión de que ya no se discute el considerar una reparación por el daño no patrimonial.

En buena cuenta, el daño moral representó ese reconocimiento a que el ser humano no solo tiene intereses materiales o patrimoniales que satisfacer ante el daño. Con el tiempo, se han ampliado las facetas de protección, apareciendo otras que ya no se centran solo en el sufrimiento o dolor.

⁶ ROZO SORDINI, Paolo Emanuel (2002), *"El Daño Biológico"*. Primera edición en español. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, pág. 80.

⁷ *Ibidem*, pag. 80.



Como veremos, se alude en doctrina, jurisprudencia y en la legislación de diversos países, al daño a la persona entre otras nociones discutiéndose si éste, el daño a la persona, comprende al daño moral actual o no y si incluye también, al llamado daño biológico, existencial, al proyecto de vida, al bienestar, etc. Una perspectiva de investigación y de interpretación dogmática buscará solucionar los problemas conceptuales y terminológicos; otra funcional, analizará si se cumple la función del sistema de responsabilidad civil. El análisis interpretativo y de investigación de los contenidos normativos tendría que incluir lo que la regulación escrita precisa enriqueciéndolo con los principios que la propia Constitución contiene.

2.1.2.- En El Perú

En el Código Civil de 1852, el daño moral no fue desarrollado de manera taxativa o expresa, siguiendo la línea del Código Napoleónico, en donde se aprecia que el Derecho Civil estuvo orientado a la reparación de daños materiales, y en virtud que el daño moral no tiene un contenido patrimonial definido per se, siendo más bien una pena, no cabía en el Código Civil; sin embargo, en el artículo 2202 del Código de 1852 se estableció una regla relativamente cercana al daño moral indicándose que "En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria".

Respecto del Código Civil de 1936, León Barandiarán señalaba que éste acogía la teoría objetiva en su artículo 1140 (daño por incapaces sin discernimiento). Posteriormente, se discutió si se acogió - en el mismo Código - la Teoría del riesgo (Ejemplo: daños producidos por actividad riesgosa), arraigada



en los artículos 1145 y 1146, en donde no interesaría que la conducta sea ilícita.

Existió un reconocimiento tímido o poco firme del daño moral extracontractual en el artículo 1148 del Código civil de 1936, estableciendo la norma que el Juez "puede" tomar en consideración el daño moral, es decir, se consideró como una potestad o facultad del magistrado pronunciarse o no sobre el daño moral; así por ejemplo, en el artículo 79° del Código civil en los casos de ruptura de esponsales, el juez podría fijar una indemnización por daño moral. En cuanto al daño moral en la responsabilidad contractual, no hubo precisión alguna.

A nivel jurisprudencial existen ejecutorias que se pronunciaron sobre el daño moral, pero casi siempre ligados con indemnización fijada por daño material; así De Trazegnies, señaló, "es posible encontrar un número importante de sentencias que otorgan una indemnización por daño moral, conjuntamente con la indemnización por el daño material correspondiente"⁸. Con mayor frecuencia los pronunciamientos judiciales sobre el daño moral, se ha dado con ocasión de las demandas de indemnización por lesiones sufridas de por vida a consecuencia de accidentes de tránsito o demandas instauradas por los deudos solicitando no sólo la indemnización que les compense la ausencia de los ingresos económicos que aportaba el finado, sino también una satisfacción al sufrimiento que ocasiona la desaparición del familiar amado (daño extra patrimonial).

Es ilustrativo los que manifiesta Fernando de Trazegnies cuando comenta casos judiciales en los cuales se ha fijado indemnización por daño moral; así

⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, (1995), "La responsabilidad Extracontractual", Tomo I, Volumen IV, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. pág. 101.

señala: “En el caso del juicio planteado por Llogrina (sic) Bresciani Marchena contra César Augusto Thorne, el Fiscal Ponce Sobrevilla considera que el simple hecho de que el demandado se haya negado a cumplir su promesa de matrimonio “sin que medie justificación alguna”, da lugar a un “evidente daño moral”, comprendido en los artículos 77 (debió decir 79, sin duda) y 1136 del Código Civil; lo que significa que vincula el incumplimiento de la promesa de matrimonio con la responsabilidad extracontractual, ya que tal promesa no es propiamente un contrato.

La Corte Suprema por resolución de 29 de abril de 1968, concedió la indemnización por daño moral sobre tales bases”⁹. “Otro caso de daño moral vinculado al Derecho de Familia, pero no basado en el artículo 79 (esponsales) es el que resulta de un matrimonio nulo. La resolución de la Corte Suprema de 10 de diciembre de 1975 ordena a don Horacio Virgilio Valle Bustamante a pagar una indemnización por daño moral a doña Rósula Emilse Soto Martínez con quien estuvo casado, al haberse declarado la nulidad de tal matrimonio. La corte señala que ha habido mala fe de don Horacio Valle, pues contrajo matrimonio con doña Rósula Soto a sabiendas de que se encontraba casado”¹⁰.

En el Código Civil de 1984, el daño moral está regulado dentro del contexto de la Responsabilidad Civil Contractual está señalada en el Título IX - Inejecución de las Obligaciones, del Libro VI – Las Obligaciones de nuestro Código Civil; nace cuando una de las partes intervinientes de un pacto no cumple con la obligación que le respecta por virtud del mismo, razón por el cual causa un daño a

⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1968), Revista de Jurisprudencia Peruana, Agosto de 1968. N° 295, pág. 974, en p.p. 103-104.

¹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1974). Revista de Jurisprudencia Peruana, Enero de 1976. N° 384, pág. 72, en, *Ibidem.*, pág. 104.



la otra parte contratante y como consecuencia de ello surge la obligación de indemnizar. También hay mención expresa al daño moral en el artículo 1985° bajo la descripción de responsabilidad extracontractual.

Los comentaristas del Código Civil peruano de 1984 advierten que éste, al adoptar una posición contraria a las soluciones eminentemente patrimonialistas en boga, introdujo en el artículo 1985° el deber de reparar el daño a la persona sin limitación alguna y con la mayor amplitud, hecho que, como se apunta, ha sido favorablemente comentado por los civilistas extranjeros los que han señalado su importancia para el derecho contemporáneo.

El artículo 1985° del Código civil de 1984 sobre responsabilidad extracontractual, tiene el siguiente texto: "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".

Tal como se desprende de la lectura del artículo 1985°, antes transcrito, la indemnización que en él se establece comprende las consecuencias que se generen de un daño a la persona. Esta indemnización, contrariamente a lo prescrito en los Códigos civiles de Alemania, Italia y Portugal, no contiene ninguna limitación, por lo que la indemnización que se fije por el daño a la persona no se supedita, como lo prescriben los códigos civiles antes mencionados, ni al caso de un delito previamente cometido, ni a casos concretos señalados en la ley, ni a la gravedad del daño producido, respectivamente.



Como también se aprecia del citado texto del artículo 1985^o, antes transcrito, la indemnización comprende, además del daño emergente y del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

Hay la discusión sobre si con la incorporación del daño a la persona en el artículo 1985^o se debía suprimir del texto indicado, la alusión al “daño moral” considerando que el dolor o sufrimiento o “pretium doloris” en su versión clásica, es un daño de carácter emocional, por lo que está comprendido dentro de la genérica voz de “daño a la persona”.

En efecto, la inclusión del “daño a la persona”, no apareció en el proyectado texto del mencionado artículo; sin embargo, se produjo su inclusión en la última y conclusiva sesión de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil del 03 de julio de 1984. Esta sesión fue convocada expresamente por el Ministro de Justicia de aquel entonces, doctor Max Arias Schreiber, para revisar y dar los ajustes finales de redacción al texto del Código. La ceremonia formal de promulgación de este instrumento legal se había fijado para días después, el 24 de julio del mismo año. Esta circunstancia, como está dicho, impidió plantear cualquier debate - que hubiera sido extemporáneo dada la índole de la reunión -, tendiente a suprimir o discutir la presencia del “daño moral” en el texto del artículo así como modificar el artículo 1984^o dedicado a regular lo concerniente al daño moral con prescindencia del daño a la persona. Constituyó un gran logro, fue incorporar el daño a la persona entre aquellos daños cuyas consecuencias o perjuicios deberían ser indemnizados.



Quedó como proyecto a cristalizar en una próxima futura ocasión el perfeccionar sistemáticamente la materia contenida en el artículo 1984º y 1985º del Código civil vigente.

La Comisión Revisora, ante la cual se planteó la necesidad de incorporar el daño a la persona dentro del texto del Código Civil, no lo aprobó, en primera instancia. Por ello, y tal como se apunta en el párrafo anterior, hubo que esperar una nueva y propicia ocasión para obtener, un 03 de julio de 1984, su inclusión dentro del Código. Fueron diversas las vicisitudes ocurridas en esa oportunidad ¹¹ siendo objeto de este trabajo el describirlas.

No fue tarea fácil, en todo caso, que se aceptase en el Perú de la primera mitad de la década los años ochenta los alcances del novedoso concepto de "daño a la persona". La formación cerradamente individualista-patrimonialista a la que fueron sometidos los juristas peruanos, impedía la rápida y fácil comprensión de la trascendencia y de la necesidad de proteger al ser humano de todo daño, tal como hasta ese momento sucedía en relación con las consecuencias de daños a las cosas. La aceptación de la figura del "daño a la persona" suponía sustituir dicha concepción por una concepción humanista del Derecho. Esta situación, actualmente en trance de ser superada, fue la que motivó que, en un primer momento, juristas como José León Barandiarán, que se ocupó también de la responsabilidad civil, manifestara su perplejidad frente a la noción de daño a la persona. Ello es del todo explicable ya que hasta ese momento había poco sobre los alcances del concepto de "daño a la persona", en nuestro medio y poco en otros países del mundo; hasta donde se conoce, no había

¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Nuevas Tendencias En El Derecho De Las Personas". pág. 270-271.

mucho tampoco en otros de Latinoamérica. En realidad, hasta 1974, se hallaba fallos “tradicionales” en algunos pocos países de Europa advirtiéndose que, por ejemplo, la jurisprudencia italiana fallaba al establecer el daño, considerando la edad, el sexo y los ingresos de la víctima¹².

Un nuevo método de valorización centrado en el daño biológico (a la salud, lesión a la salud y para algunos psicofísico) y especialmente en el daño a la persona, apareció según Alpa, con la sentencia del Tribunal de Génova la que consideró otros criterios de valorización¹³. Sin embargo, en Italia aparecieron varias tendencias jurisprudenciales como la genovesa que consideró el daño biológico como un *tertium genus* entre el daño patrimonial y el no patrimonial; la toscana según la cual el daño biológico es patrimonial; la napolitana que considera daño biológico como no patrimonial y solo resarcible en caso de delito¹⁴.

En relación con la incorporación del daño a la persona en el artículo 1985^o del Código civil, se afirma que han quedado dos concretas tareas que enfrentar para cuando se presentase la oportunidad de revisar el Código civil de 1984.

La idea sería proponer enmiendas destinadas a perfeccionar y actualizar su texto. Para algunos, la primera de las dos tareas antes mencionadas debe ser la de reformular el contenido del artículo 1984^o para sustituir el tratamiento del específico “daño moral”, que ahí aparece, por el del genérico “daño a la persona”. La segunda, se concretaría a eliminar del nuevo texto del artículo 1985^o la

¹² ALPA, Guido (2006). *“Nuevo tratado de la Responsabilidad Civil”*. Primera edición encastellano. Lima: Jurista Editores, pág. 799.

¹³ *Ibíd*em, pág. 802.

¹⁴ ROZO SORDINI, Paolo Emanuel (2002), *“El Daño Biológico”*, pág. 182.

referencia al “daño moral” en cuanto que, como se ha señalado, para muchos, esta noción específica de daño no patrimonial más emocional, estaría incluida dentro de la genérica voz de “daño a la persona”. Sin embargo, hay discusiones en doctrina. Para muchos, el daño a la persona repudiaría la bipartición entre el daño patrimonial y el no patrimonial comprendiendo todas las facetas en uno y otro nivel¹⁵. El daño a la salud de una persona puede tener sin duda, un contenido patrimonial (como sostiene Franzoni) derivado de la atención médica pero también puede tener solo un contenido no patrimonial (como afirmaría Bianca).

Lo cierto es que, como destaca Alpa¹⁶, citando a De Ángel Yagüéz, el daño a la persona es concebido en muchos casos, como un daño a la integridad física. Así, el daño moral, como sufrimiento y dolor, se añadiría al causado a la persona.

Sabemos que la tarea no es ni será nada fácil pues requiere discusión y debate; la fuerza de la tradición tiende a confundir las facetas. En todo caso, como indicamos, hay discusión sobre si debemos considerar como si fueran de la misma categoría, el genérico “daño a la persona” con el específico “daño moral”. A ello se suma la mención al daño biológico, al daño al proyecto de vida, el daño existencial, daño psíquico o psicológico y estético, al bienestar, etc. En todo caso, más adelante nos ocuparemos de estas precisiones conceptuales.

¹⁵ ROZO SORDINI, Paolo Emanuel (2002), “*El Daño Biológico*”, Ob. Cit, pág. 184.

¹⁶ ALPA, Guido (2006). “*Nuevo tratado de la Responsabilidad Civil*”. Primera edición encastellano. Lima: Jurista Editores, pág. 808.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1.- LA RESPONSABILIDAD

3.1.1.- LA ETIMOLOGÍA DE RESPONSABILIDAD

La palabra responsabilidad proviene del latín *responsum*, que es una forma de ser considerado sujeto de una deuda u obligación.¹⁷

3.1.2.- EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

Respecto de la Responsabilidad, se asume que ella abarca el conjunto de consecuencias de una acción u omisión ilícitas, que derivan una obligación de satisfacer el daño a la pérdida causada. En ello está presente la capacidad de un ser humano de discernir sus acciones a través de su voluntad razonada, de manera que pueda asumir el compromiso de sus acciones. También se refiere a la capacidad de reconocer lo prohibido a través de una acción culpable,

¹⁷ MANUEL OSORIO: 2008 "*Diccionario De Ciencias Jurídicas Y Políticas*" Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta Pág. 845

pudiendo a través de ese entendimiento determinar los límites y efectos de esa voluntad.

3.1.3.- CLASES DE RESPONSABILIDAD

Antes de desarrollar lo que es materia de la presente investigación, es decir el "daño moral", pasaremos a definir previamente los conceptos de responsabilidad.

Respecto de la Responsabilidad, se asume que ella abarca el conjunto de consecuencias de una acción u omisión ilícitas, que derivan una obligación de satisfacer el daño a la pérdida causada. En ello está presente la capacidad de un ser humano de discernir sus acciones a través de su voluntad razonada, de manera que pueda asumir el compromiso de sus acciones. También se refiere a la capacidad de reconocer lo prohibido a través de una acción culpable, pudiendo a través de ese entendimiento determinar los límites y efectos de esa voluntad ¹⁸.

Podemos clasificar como clases de responsabilidad, entre otras, a las siguientes:

3.1.3.1.- Responsabilidad Civil:

La que componen el conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual, devenidas de culpa, del riesgo o de la garantía.

3.1.3.2.- Responsabilidad Colectiva:

La que surge de la necesidad de asegurar el cumplimiento de una obligación, por

¹⁸ Sobre el tema podemos hallar los trabajos de Guido Alpa, Ob. Cit. y, en general, los autores citados en el apartado de referencias bibliográficas de esta investigación.

parte de más de un deudor, en que se establece la solidaridad en el cumplimiento obligacional, con lo cual se afecta la totalidad de los respectivos patrimonios.

3.1.3.3.- Responsabilidad Contractual:

Que deviene de la infracción de lo estipulado en un contrato válido.

3.1.3.4.- Responsabilidad Extracontractual:

La exigible por culpa de tercero, cuando medie dolo o culpa, y aun por declaración legal sin acto ilícito ni negligencia de la que resulte así responsable.

3.1.3.5.- Responsabilidad Criminal o Penal:

Aquella anexa a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable y carente de excusa absolutoria. Se traduce en la aplicación de una pena, sea privativa de libertad, o restrictiva de derechos.

3.1.3.6.- Responsabilidad Cuasicontractual:

Aquella de carácter civil, que se origina en el incumplimiento de un cuasicontrato; debidamente probado por culpa o dolo del responsable.

3.1.3.7.- Responsabilidad Cuasidelictual:

La que se origina por un cuasidelito, en que se sanciona la culpa levísima, se admite el resarcimiento apenas pueda demostrarse la menor imprudencia o negligencia por el causante del perjuicio.

3.1.3.8.- Responsabilidad Delictual:

Término usado para calificar a la responsabilidad civil nacida de delito. Esta denominación como las anteriores, obedecen a una perspectiva tradicional registrada especialmente en el Código francés de 1804.

3.1.3.9.- Responsabilidad Funcional:

Aquella derivada del desempeño de una función y por lo general, de una pública. En lo abstracto es sinónimo de responsabilidad administrativa; y en lo individual y concreto, de responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

3.1.3.10.- Responsabilidad Judicial:

Obligación o deuda moral en que incurren los magistrados o jueces que infringen la ley o sus deberes en el ejercicio de sus funciones específicas. Esta responsabilidad puede ser civil o penal, según la intención dolosa y el carácter de la falta cometida.

Existe, además, la facultad jerárquica que tiende a restablecer la disciplina y velar por el desempeño eficiente y digno de la función jurisdiccional.

3.1.3.11.- Responsabilidad Legal:

La determinada por un precepto legislativo. Algunos autores lo asimilan a la responsabilidad contractual, lo cual es errado; pues no necesariamente se origina en vínculo voluntario previo.

3.1.3.12.- Responsabilidad Limitada:

En el ámbito del Derecho Comercial, se refiere a la fijación de un capital o suma como límite de la capacidad contractual y de la exigencia resarcitoria por incumplimiento, el cual no obsta a mayores responsabilidades en caso de delito.

3.1.3.13.- Responsabilidad Militar:

Como principio fundamental de la jurisdicción militar, se proclama que todos los que intervengan en la misma, en materia penal, serán responsables de los delitos o faltas en que incurran por infracción de las leyes o disposiciones aplicables, según sea el caso.

3.1.3.14.- Responsabilidad Ministerial:

Aquella, de índole político, civil o militar, que puede recaer sobre los integrantes de un gobierno. La experiencia histórica demuestra la escasa persecución al respecto, porque al término de mandato, se eximen de responsabilidades a los funcionarios; o éstos se amparan en asilos o situaciones excepcionales en el extranjero.

3.1.3.15.- Responsabilidad Moral:

Aquella que afecta al fuero de la conciencia, cuando no esta atrofiado, respecto de haber procedido mal, y que se manifiesta en el individuo, con la reacción normal del arrepentimiento, como sanción menor, y el remordimiento, como aflicción máxima.

Trascendente socialmente, a través de reproches externos, pero de nula trascendencia jurídica.

3.2.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.2.1.- ETIMOLOGÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La palabra responsabilidad proviene del latín *responsum*, que es una forma de ser considerado sujeto de una deuda u obligación.¹⁹

3.2.2.- EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Se denomina "responsabilidad civil" o "responsabilidad extracontractual" al fenómeno en virtud del cual, cuando un sujeto causa daños a otro, surge a su cargo la obligación de reparar o indemnizar tales daños. Las normas legales que regulan la responsabilidad civil tienen por finalidad establecer criterios que permitan determinar, ante un hecho que ha ocasionado daños, si éstos deben ser soportados por la víctima o por el tercero que los ha causado.

Resulta importante diferenciar con claridad los conceptos de responsabilidad contractual y extracontractual. La primera es la que deriva del incumplimiento de una obligación preexistente, en especial cuando dicha obligación deriva de un contrato.

La responsabilidad extracontractual, por el contrario, deriva de la causación de un daño, y no del incumplimiento de una obligación preexistente. El régimen aplicable a ambos tipos de responsabilidad es sustancialmente diferente en algunos aspectos importantes (por ejemplo el plazo de prescripción de la primera es de quince años, mientras que el de la segunda es de un año). Sin embargo, puede haber casos en que de un mismo hecho se deriven ambos tipos de responsabilidad (por ejemplo del cumplimiento defectuoso de un contrato de obra o de transporte

¹⁹ MANUEL OSORIO: 2008 "*Diccionario De Ciencias Jurídicas Y Políticas*" Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta Pág. 846

se siguen daños para la persona o para los bienes de los contratantes). La jurisprudencia ha entendido que en estos casos la víctima puede optar por reclamar los daños por una u otra vía, aunque en todo caso habrá de respetarse lo que las partes hubieran pactado expresamente.

3.2.3.- LA NATURALEZA JURIDICA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La naturaleza jurídica de la institución de responsabilidad civil en la actualidad está siendo muy discutida por distintos tratadistas pero la más aceptada es que ante un daño o menoscabo a la persona debe existir una responsabilidad y en consecuencia una reparación del daño causado.

3.2.4.- LAS CARACTERISTICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

- un sujeto.- debe existir un agente activo.
- nexo.- debe existir una conexión del autor, hechos y víctima.
- daño a la persona o daño moral.- debe existir una víctima que sufra el menoscabo.

3.2.5.- CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

De la clasificación previamente desarrollada, las "responsabilidades" que por su importancia se distinguen, y que, como veremos más adelante, son relevantes a efectos del presente trabajo, son la Responsabilidad Contractual, y la Responsabilidad Extracontractual, que dependen del gran rango de la Responsabilidad Civil. Pasamos, en atención a ello, a ampliar el desarrollo de tales conceptos y a explicar sus diferencias²⁰.

²⁰ MESSIONE, Francesco: 1956 *"Manual del Derecho Civil y Comercial"* Tomo III, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa -América, Buenos Aires Pág. 323



La Responsabilidad Contractual, surge ante la infracción de un acuerdo de voluntades o contrato válido. De acuerdo a la definición de los Mazeaud, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato.

Esta responsabilidad se contrapone a la responsabilidad extracontractual en el concepto clásico, originada por delito o cuasidelito.

Ambas coinciden en el concepto básico de la reparación de un daño y del resarcimiento de un perjuicio por el causante de una u otra, a favor de la víctima de tales actos u omisiones o de los "derecho habientes" del perjudicado. La fuente de la primera es la voluntad de los particulares, de la segunda es la ley.

Cabe pactar y aún renunciar a la responsabilidad contractual, en caso de culpa leve. La responsabilidad contractual que procede de dolo o culpa inexcusable puede exigirse en todas las obligaciones, sin que se reconozca la validez de la previa renuncia.

De no existir expresa obligación, o de no determinarlo la ley, no se responde del caso fortuito o de la fuerza mayor que impiden el cumplimiento de una obligación.

La responsabilidad contractual puede comprender según el caso, dos partes: la reparación del daño y la indemnización de perjuicios; pero se valora de distinta manera según la culpa o dolo del responsable. Cuando existe buena fe, los daños y perjuicios se concretan a los previstos o a los previsibles al tiempo de constituirse la obligación, y los que sean necesaria consecuencia del incumplimiento. En cambio, el deudor doloso o al que se atribuye negligencia inexcusable, responde cuantos daños y perjuicios se deriven de no haber cumplido la obligación.



La imputabilidad es un elemento cuya validez se discute en el ámbito de la responsabilidad civil.

Procesalmente, quien exige la responsabilidad civil contractual ha de probar la existencia de la relación obligatoria y el incumplimiento de lo debido, mientras al obligado corresponde alegar la justa causa de liberación.

Se califica como Responsabilidad Extracontractual, a la exigible en ausencia de una relación de previa obligación, cuando media dolo o culpa o riesgo o garantía. Desde el elemento de la relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual ha evolucionado del criterio antiguo subjetivo (de auténtica responsabilidad por culpa) al moderno sistema objetivo, aún sin culpa y sin más que la creación del riesgo o la imposición de la ley en el caso de la responsabilidad vicaria. Coexiste el régimen subjetivo con el objetivo pero el reinado de la culpa no es absoluto. Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen, en términos generales, con la presencia de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, la relación de causalidad, etc. Para algunos, el elemento objetivo lo configura el daño. El elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, ignorancia o imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

La acción para indemnizar daños y perjuicios de esta índole requiere justificarlos debidamente como consecuencia adecuada de la acción u omisión imputable a la persona natural o jurídica demandada.

No hay responsabilidad por los actos lícitos, originados en mandato de la ley, o en situaciones de excepción de responsabilidad previstas en el Código civil.



Respecto de las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, una de ellas reside en la carga de la prueba, en los períodos de prescripción, etc. En la responsabilidad derivada de un contrato, el acreedor de la respectiva prestación no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor. En cambio, en la responsabilidad extracontractual le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto lícito. Esto se formula claramente en cierta jurisprudencia que menciona: "Mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, en la extracontractual esta posibilidad no ha sido creada por los contratantes". Estos, en la primera, están vinculados con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos y en los precisos momentos en que esta realización tiene lugar.

Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa cuya inexecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe obligación alguna determinada.

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

Para algunos, la diferencia entre ésta y la extracontractual, para los efectos prácticos de la litis, es que en la contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa. El daño cuyo resarcimiento se

persigue, tiene como origen el incumplimiento de la obligación que en principio, se entiende como un deber de cuidado o diligencia atribuible al que se imputa como responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado.

Otra diferencia importante entre ambas, es que la responsabilidad contractual puede ser restringida mediante una cláusula limitativa de la responsabilidad (cláusula penal, por ejemplo), si bien existen excepciones.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no existen las cláusulas de exoneración de la responsabilidad porque no hay previo pacto.

Conviene también señalar que la imputación de tal conducta al agente provocador puede ser por un comportamiento enteramente suyo, es decir, por hecho propio; o bien, por una conducta de otro o por hecho ajeno, cuyo autor no ha tenido relación jurídica previa con el ofendido.

Ello determina la diferencia entre responsabilidad directa e indirecta, dando lugar así, a la regulación legal de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva e indirecta, que integra los conceptos de "culpa in eligiendo" y "culpa in vigilando". Asimismo, la conducta puede ser comisiva u omisiva. Esta última aflora, por lo general, como consecuencia de un proceder negligente del provocador del daño; sea, sin el concurso de la diligencia debida.

La responsabilidad extracontractual puede ser:

3.2.5.1. Directa o indirecta:

La primera se atribuye al causante directo del daño; la segunda se atribuye a otro sujeto distinto que, por razón de su especial relación con él, debe responder

de la actuación del causante directo (responsabilidad "por hecho ajeno"). Los principales supuestos de responsabilidad indirecta que prevé nuestro Derecho son:

- ✓ La de los padres por los hechos de los hijos menores de edad que se encuentren bajo su guarda.
- ✓ La de los tutores por los hechos de los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.
- ✓ La de los empresarios por los daños que hayan causado sus dependientes o trabajadores en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.
- ✓ La de los Centros docentes de enseñanza no superior por los daños causados por los alumnos menores de edad mientras estén bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro.
- ✓ La de las Administraciones Públicas por los daños que causen los funcionarios a su servicio en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.

3.2.5.2. Responsabilidad derivada de Actos Ilícitos Civiles o Penales.

La responsabilidad civil puede tener su origen en actuaciones ilícitas de carácter civil (por ejemplo las derivadas de accidentes de circulación) o de carácter penal (comisión de delitos).

En ambos casos, el causante tiene la obligación de indemnizar a la víctima; pero, en el primero, la indemnización la deberán fijar los Tribunales civiles con arreglo a las normas contenidas en el Código Civil y en otras leyes civiles especiales; mientras que, en el segundo caso, la indemnización podrá establecerla el mismo Tribunal penal que juzgue el delito con arreglo a las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal.

3.2.5.3. Responsabilidad Principal O Subsidiaria.

La primera es la que se atribuye al sujeto obligado a reparar el daño en primer término; la segunda se atribuye a otro sujeto distinto del responsable principal para el caso de que éste no pueda asumirla por ser insolvente (por ejemplo el titular de un establecimiento es responsable subsidiario de los daños derivados de la actuación delictiva que un tercero haya realizado en él, cuando la comisión del delito haya sido posible por el incumplimiento de las normas de seguridad aplicables al establecimiento en cuestión). Una vez satisfecha la indemnización, el responsable subsidiario podrá reclamar lo pagado al responsable principal, mediante el ejercicio de la llamada "acción de repetición".

3.2.6.- PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para que nazca a cargo de un sujeto la obligación de indemnizar los daños causados a otro deben concurrir los siguientes presupuestos:

3.2.6.1. Acción u Omisión.

El comportamiento que determina la producción del daño puede ser activo u omisivo. La responsabilidad por omisión surgirá en aquellos casos en que el daño se haya causado por no hacer el demandado lo que a tenor de las circunstancias o por disposición legal debía hacer para prevenirlo o evitarlo.

3.2.6.2. Comportamiento Antijurídico o Ilícito.

No hay ilicitud ni, por tanto, responsabilidad, cuando el demandado actúa en legítima defensa, en estado de necesidad (es decir, para evitar un mal mayor propio o ajeno), en el ejercicio no abusivo de un derecho, en el

cumplimiento de un deber legítimo, o con el consentimiento del perjudicado (salvo en el caso de daños personales).

3.2.6.3. Producción De Un Daño.

La existencia y cuantía del daño debe ser probada por el que reclama la responsabilidad. Sólo son indemnizables los daños ciertos, y no los meramente hipotéticos o eventuales; no obstante, pueden indemnizarse daños futuros cuando su producción sea previsible, así como el lucro cesante (los beneficios que deja de obtener la víctima). Además de los daños materiales, también pueden ser indemnizados los daños morales, cuya cuantía será determinada discrecionalmente por el Tribunal.

3.2.6.4. Relación de Causalidad entre el Comportamiento y el Daño.

También debe ser probada por el que reclama la responsabilidad.

La existencia de esa relación de causalidad no ha de entenderse en un sentido puramente físico, sino conforme a una valoración jurídico-social.

El nexo causal entre la conducta del demandado y el daño producido puede verse interrumpido o alterado por la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Caso fortuito: Suceso imprevisible o inevitable que tiene lugar dentro de la esfera de control del propio demandado (p. ej., fallos o averías en las propias instalaciones).
- b) Fuerza mayor: Suceso imprevisible o inevitable que es por completo ajeno a la esfera de control y actuación del demandado (p. ej., un fenómeno natural).
- c) El hecho de un tercero.

d) La culpa de la propia víctima.

La concurrencia de las circunstancias señaladas puede dar lugar, según los casos, a que se limite o se excluya la responsabilidad del demandado. En el último supuesto, cuando concurren la culpa del demandado y la de la propia víctima, se habla de "compensación de culpas" para justificar la limitación de la responsabilidad.

3.2.6.5.- Existencia De Un Criterio Legal De Imputación.

Para que nazca la obligación de indemnizar no basta con probar que el demandado ha causado el daño con su actuación; es preciso que, además, se dé algunos de los criterios legales que permiten imputar la responsabilidad al causante del daño. En nuestro Derecho existen dos criterios legales de imputación: la culpa y el riesgo.

A. El criterio general de imputación en nuestro Derecho es la culpa (responsabilidad por culpa):

El sujeto que causa daños a otro está obligado a reparar el daño causado cuando haya habido por su parte dolo (malicia) o culpa (negligencia). Por consiguiente, el demandado se libera de responsabilidad si consigue probar que actuó con toda la diligencia exigible a tenor de las circunstancias.

En la práctica de los Tribunales, si la víctima prueba la acción del demandado, el daño, y la relación de causalidad entre ambos, se presume que hubo también culpa, a menos que el demandado pruebe haber sido diligente (inversión de la carga de la prueba). Además, cuando los daños se causan en el ámbito de una actividad empresarial o profesional, los



Tribunales suelen exigir un grado mayor de diligencia para que el causante se libere de responsabilidad, sin que sea suficiente acreditar que se cumplieron las normas reglamentarias correspondientes.

B. El otro criterio de imputación es el que se basa en la idea de creación del riesgo (responsabilidad objetiva o por riesgo).

Este criterio sólo se aplica de forma excepcional, cuando la Ley expresamente lo dispone, aunque los casos en que se recurre a él son cada vez más frecuentes. Con arreglo a este criterio, el sujeto que crea un riesgo realizando una actividad potencialmente peligrosa, y obtiene con ello un beneficio, debe asumir también la responsabilidad por los daños que cause a terceros. En estos casos, el demandado no se libera de responsabilidad probando haber actuado con diligencia; sólo se libera si prueba que el daño fue causado por fuerza mayor o por culpa exclusiva de la víctima.

Normalmente, cuando la Ley establece un criterio de responsabilidad objetiva o por riesgo en un sector de actividad determinado, suele imponer también un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil; de tal manera que los sujetos que pretendan realizar la actividad de que se trate, están obligados a concertar un seguro que cubra su responsabilidad para el caso de que se causen daños a terceros. De este modo se consigue garantizar el resarcimiento de las víctimas (que cobrarán, en definitiva, de las Compañías de Seguros), distribuyendo el coste correspondiente entre todos aquéllos que se dedican a la actividad de que se trate (mediante el pago de las primas correspondientes a las Compañías). El sistema se completa habitualmente mediante la creación de fondos de garantía



para proteger a los perjudicados en los supuestos no cubiertos por el seguro obligatorio.

Los supuestos más importantes en los que se aplica el criterio de responsabilidad objetiva o por riesgo son los siguientes:

- a) Responsabilidad del dueño o poseedor por los daños causados por animales o por objetos potencialmente peligrosos.
- b) Responsabilidad del conductor por los daños personales causados por la circulación de vehículos de motor.
- c) Responsabilidad del fabricante o importador por los daños causados a los consumidores por productos defectuosos.
- d) Responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños derivados de la prestación de servicios públicos.

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y DELIMITACIÓN DE DAÑO MORAL

4.1.- EL DAÑO

4.1.1.- ETIMOLOGÍA DE DAÑO

La palabra daño proviene de la palabra latina "Damnom", que significa daño.

4.1.2.- CONCEPTO DE DAÑO

Daño es todo menoscabo material o moral que sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra²¹.

Es la Palabra que refiere a todo tipo de perjuicio o lesión que se causa a otro, en su persona o bienes. Puede ser originado por una acción u omisión dolosa (maliciosa), culposa (negligente), o por una causa fortuita.

²¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1974). "Revista de Jurisprudencia Peruana", Enero de 1976. N° 384, pág. 72, en, *Ibid.*, pág. 245.



Daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo causado por culpa de otro en el patrimonio o la persona.²²

En Derecho civil, la palabra "daño" significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses²³

La rama del Derecho civil que se ocupa de los daños es el llamado Derecho de la responsabilidad civil. Cierta sector de la doctrina denomina de modo equívoco a esta rama de estudio como "Derecho de daños" al efectuar una traducción tosca del término "Tort Law". Sin embargo, el error no se limita al aspecto nominal pues también alcanza a la perspectiva de análisis empleado (énfasis al daño en desmedro del resto de elementos que configuran la responsabilidad civil contractual y extracontractual).

El daño puede ser causado por dolo o culpa, o bien puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor. En el caso de daño doloso, el autor del daño actúa de forma intencional o maliciosa. En el caso de daño causado culposamente, la conducta es negligente, descuidada o imprevisora, y no presta la atención que debiera según el canon o estándar de diligencia aplicable (generalmente, el del "buen padre de familia"). En principio, el daño doloso obliga al autor del daño a resarcirlo. Además, suele acarrear una sanción penal, si también constituye un ilícito penado por la ley. En cambio, el acto ilícito meramente civil suele llevar provocar tan sólo el nacimiento del deber de reparar o indemnizar el daño. Nadie responde por los

²² DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. Porrúa.

²³ BARROS, Enrique (2006). *"Tratado de la responsabilidad extracontractual"*. Editorial Jurídica de Chile.

daños causados de modo fortuito, en los cuales se dice que la víctima debe pechar con su daño.

La responsabilidad por daños exige como regla general que exista un nexo causal entre la conducta del autor y el daño.

En los sistemas jurídicos de tradición continental el daño que es causado por culpa o dolo debe ser reparado, conforme al principio general de la responsabilidad civil. Esta reparación, actualmente, se extiende tanto al daño material como al moral, pues los ordenamientos por regla general no la restringen a alguno en particular.

4.1.3.- CLASES DE DAÑO

La institución jurídica del daño se puede dividir

4.1.3.1.- EL DAÑO FISICO

Establecer una definición o concepto de daño corporal es ciertamente complicado. El bien dañado, ya sea la vida, la salud o la integridad física y psíquica, es extraordinariamente complejo, siendo muchos los elementos que forman parte del mismo; por ello intentar conceptuar el daño a las personas es un objetivo difícil.

Se han formulado numerosas definiciones de daño corporal que, si bien coinciden en sus aspectos esenciales, se diferencian dependiendo del ámbito médico o jurídico en el que hayan sido enunciadas y de los aspectos del daño que hayan querido destacarse. Sobre cualquier otra perspectiva, como médicos, nos interesa especialmente el concepto médico legal de daño corporal. Desde este punto de vista, una definición válida de daño corporal sería cualquier alteración somática o psíquica que perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o



simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, tanto en lo orgánico como en lo funcional, incluyendo cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana²⁴.

Otros autores muestran predilección por las definiciones clásica y médico-legal de lesión, equiparando ambos conceptos²⁵. Lesión o daño corporal sería, en su definición clásica, toda alteración anatómica o funcional causada por agentes externos, y desde un punto de vista médico-legal toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso²⁶.

Teniendo en cuenta estos conceptos puede definirse el daño corporal como toda modificación peyorativa respecto al estado anterior de la persona que puede producirse tanto en sus bienes patrimoniales como extra patrimoniales, con o sin alteración psicofísica anatomofuncional²⁷.

A los aspectos médico-legales del daño corporal hay que añadir su dimensión jurídica, que surge cuando el mismo se ha causado contraviniendo una norma legal y, como consecuencia, una persona jurídica debe responder de ello. Así el artículo 1902 de nuestro Código Civil, cuando establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", está asentando un principio jurídico fundamental en la

²⁴ RODRÍGUEZ M. "Manual Del Perito Médico". Fundamentos Jurídico-Prácticos. Barcelona: Segunda Edición. JM Bosch Editorial, S.A.; pág.1991.

²⁵ RODRÍGUEZ M. "Manual Del Perito Médico". Fundamentos Jurídico-Prácticos. Barcelona: Segunda Edición. JM Bosch Editorial, S.A.; pág.1991.

²⁶ VILLANUEVA E, Hernández C. "Valoración Médica Del Daño Corporal". En: Gisbert - Calabuig JA, editorial. Medicina legal y toxicología. 5ª edición. Barcelona: Editorial. Masson, S.A.; 1998. pág. 455-65.

²⁷ CRIADO MT. 1994 "Valoración médico legal del daño personal por responsabilidad civil". Editorial MAPFRE, S.A. Madrid: Pág. 45

valoración del daño a las personas. Del contenido de este artículo se deriva el concepto de responsabilidad civil, la cual se define como “el deber de reparar los daños y perjuicios causados debidos al incumplimiento de una obligación por una acción u omisión culposa o negligente”²⁸.

La reparación del daño producido será finalmente determinada por el tribunal o por el juez competente mediante la aportación de datos objetivos sobre el daño existente facilitados por profesionales médicos que actúan como peritos. El perito médico deberá proporcionar al juez el máximo de datos precisos y con la mayor exactitud posible acerca de todos los factores del daño personal que deben ser indemnizados, valorándolos correctamente.

4.1.3.2.- EL DAÑO PSICOLÓGICO

Para unos, el daño psicológico es parte integrante del daño moral.²⁹ Para otros, entre los que se incluye Ghersi, sería uno autónomo y diferente en sus causas y consecuencias³⁰. Estaría comprendido en la protección general al ser humano y la reparación del daño a ésta. Cita Ghersi un fallo de 2004 en el que el daño psicológico estaría determinado de manera autónoma: “el equilibrio psíquico es un presupuesto para el pleno goce de la salud y el despliegue de las potencialidades de cada individuo, por lo tanto cuando se quiebra, se produce un perjuicio que indudablemente, debe ser reparado”.

Se ha tipificado el daño psíquico como aquel que se configura "mediante la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado

²⁸ CRIADO MT. 1994 “*Valoración médico legal del daño personal por responsabilidad civil*”. Editorial MAPFRE, S.A. Madrid: Pág. 46

²⁹ BILOTTA, Francesco. (2009). El Daño a la Persona en el Derecho Peruano. “*Daño al bienestar*”, “*Daño al proyecto de vida*” y “*Daño existencial: Una lectura comparada*”. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*. Ibídem, pág. 329.

³⁰ GHERSI, Carlos Alberto (2006). “*Daño moral y psicológico*”. Daño a la psiquis. Tercera Edición. Buenos Aires: Astrea, pág. 107.

nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que altere su integración en el medio social". También se ha dicho que implica "una perturbación patológica de la personalidad, que altera el equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente del damnificado", así como que "es la modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de su elaboración verbal o simbólica produciendo una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, actuaciones"

Se ha propuesto también un concepto amplio, que concibe a la lesión psíquica "como la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente de carácter patológico"³¹.

Se ha sostenido, además, que el daño psíquico comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, sea como situación estable o bien accidental y transitoria que implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación, pudiendo o no tener base orgánica, ya que "no es razón para descartar el trastorno psicológico el hecho de que el damnificado no haya quedado con secuelas físicas, pues la afección psíquica no está condicionada por ellas sino por la vivencia personal".

En esta línea, se ha manifestado que el sufrimiento psíquico, que sabemos acompaña a muchos trastornos psicológicos, no implica de por sí, daño psíquico.

³¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Daños a las personas: Integridad psicofísica" t. 2-A, 1990, Editorial-Hammurabi, pág. 231.

Su indemnización, de proceder, ha de considerarse en los parámetros del denominado daño moral.

4.1.3.3.- DAÑO A LA PERSONA

Comprende todas las lesiones que se le puedan inferir al ser humano o a la persona humana. Sin embargo, sobre el tema, hay discusiones doctrinarias sobre si es solo extra patrimonial o es solo patrimonial o abarca ambas condiciones, es decir, los daños a la persona humana en su faceta patrimonial y extra patrimonial.

4.1.3.4.- DAÑO EXISTENCIAL

Si el daño al proyecto de vida se manifiesta en la privación de las opciones propias a la libertad ontológica del ser humano, por un periodo indeterminado; el daño existencial, según expresan a su turno Sergio Chiarloni y Mendelewicz citado por José María Galdós, es "equivalente en algún modo al daño a la calidad de vida que no puede ser incluido en un daño a la salud"³².

El daño existencial es considerado por los autores peruanos coincidentemente con el daño al bienestar, es decir, aquello que en nuestro país también se le llama daño a la salud, antes asociado al daño al proyecto de vida. Ello, en verdad, no es del todo incorrecto. En efecto, sin duda el daño existencial de fuente biológica coincide con todos los impedimentos que se originan por la alteración del equilibrio psicofísico (es decir, con el aspecto dinámico del daño biológico, que precisamente en el Perú se le define como daño a la salud o al bienestar). El asunto es que ésta es sólo una parte del universo fenoménico del daño existencial porque como se ha señalado en otro lugar la fuente de tal perjuicio

³² BILOTTA, Francesco (2009). *El Daño a la Persona en el Derecho Peruano. "Daño al bienestar", "Daño al proyecto de vida" y Daño existencial. Una lectura comparada.* En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Ibídem, pág. 328.



puede no ser la pérdida de la salud física o psíquica, sino más bien la lesión de cualquier interés jurídicamente relevante referente a la persona (identidad personal, la dignidad, el derecho a la autodeterminación o cualquier otro derecho fundamental no coincidente con la salud).

4.1.3.5.- DAÑO AL BIENESTAR

Se asume como daño al bienestar es la alteración del cotidiano vivir proveniente de una lesión psicosomática. Por lo tanto, es la alteración del cotidiano vivir. Por lo tanto, desde esta perspectiva existen una gran diferencia entre daño el daño existencial y el daño al bienestar, que vale la pena subrayar, aunque también porque Fernández Sessarego considera que la agresión a intereses referidos a la persona distinto de la salud se hallan, en todo caso, en grado de generar un malestar de carácter psíquico, tales como la indignación, la rabia, el sentimiento de impotencia, el odio, el sufrimiento, la desesperación, la angustia. Todas estas voces de perjuicios podrían estar comprendidas dentro de la categoría de daño moral subjetivo. Es notoria la diferencia entre daño moral y daño psíquico, subsistiendo el segundo en el caso en el cual se hallara por un médico (psiquiatra aunque podría ser un psicólogo) una patología mental. No sería imaginable que alguien sostuviese en el estado actual de la evolución doctrinal y jurisprudencial italiana— que exista un daño existencial, entendido como trastorno de la cotidianidad de la víctima, sólo en presencia de una enfermedad, física o psíquica, desde que ya nadie más duda del hecho que al lado de un daño existencial de fuente biológica (originado de una lesión a la salud) pueda individualizarse un daño existencial de fuente no biológica, es decir, originado

de la lesión de un bien jurídicamente relevante referente a la persona distinto de la salud³³.

4.1.3.6.- DAÑO BIOLÓGICO.

El daño biológico (y todavía más el daño a la salud) no es otra cosa que el perjuicio de la cotidianidad de quien ha sufrido una alteración del propio bienestar físico-psíquico, es decir, daño existencial.

Si es así, resulta suficiente esta última voz de perjuicio no patrimonial para describir el daño padecido por la víctima, teniendo en todo caso cuidado de precisar el origen: o sea, la lesión al derecho a la salud.

La incorporación del daño biológico en el derecho italiano, como un daño autónomo significó el ingreso de un elemento importante en el originario ordenamiento legal, conformado por el daño patrimonial y el daño moral (Artículos 2043^o y 2059^o del Código Civil Italiano); este nuevo concepto generó un cambio en la apreciación de aquel hombre productor por este nuevo enfoque humanista.³⁴

4.2.- LA MORALIDAD

4.2.1.- ETIMOLOGÍA DE LA MORALIDAD

La moral o moralidad proviene de la palabra latina mos, moris, costumbre que significa costumbre.

Son las reglas o normas por las que se rige el comportamiento o la conducta de un ser humano en relación a la sociedad (normas sociales), a sí mismo, y a todo

³³ BILOTTA, Francesco. (2009). El Daño a la Persona en el Derecho Peruano. *"Daño al bienestar", "Daño al proyecto de vida" y Daño existencial: Una lectura comparada*. En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Ibídem, pág. 328-329.

³⁴ MENDELEWICZ, José D (2009). *"El Daño existencial. Alcances de la doctrina y jurisprudencia italiana"*. En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Ibídem, pág. 286.

lo que lo rodea. Otra perspectiva la define como el conocimiento de lo que el ser humano debe hacer o evitar para conservar estabilidad social.³⁵

El término "moral" tiene un sentido opuesto al de inmoral significa contra la moral y amoral significa sin moral. La existencia de acciones y actividades susceptibles de valoración moral se fundamenta en el ser humano como sujeto de actos voluntarios. Abarca la acción del hombre en todas sus manifestaciones, además de que permite la introducción y referencia de los valores.

Los conceptos y creencias sobre moralidad llegan a ser considerados y codificados de acuerdo a una cultura, religión, grupo, u otro esquema de ideas, que tienen como función la regulación del comportamiento de sus miembros. La conformidad con dichas codificaciones también puede ser conocida como moral y se considera que la sociedad depende del uso generalizado de ésta para su existencia.

Hay diversas definiciones y concepciones de lo que en realidad significa la moralidad, y esto ha sido tema de discusión y debate a través del tiempo. Múltiples opiniones concuerdan en que el término representa aquello que permite distinguir entre el bien y el mal de los actos, mientras que otros dicen que son sólo las costumbres las que se evalúan virtuosas o perniciosas.

4.2.2.- CONCEPTO DE LA MORALIDAD

El concepto de moral se diferencia de la filosofía moral o ética en que ésta última reflexiona racionalmente sobre los diversos esquemas morales con la finalidad de encontrar principios racionales que determinen las acciones éticamente correctas

³⁵ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA Pilar (2006) "30 lecciones de iniciación filosófica", Universidad de La Sabana, pág. 341

y las acciones éticamente incorrectas, es decir, busca principios absolutos o universales, independientes de la moral de cada cultura.

La moralidad es comportarse en conformidad y coherencia con los preceptos de la moral establecida y aceptada.

En tanto, por moral se conoce al conjunto de creencias, costumbres, valores y normas que asumen un individuo o un grupo social y que de alguna manera funciona como una especie de guía a la hora de la acción.

Dícese de lo que no cae bajo jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, y también de lo que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. Como tal, entiende por moral, la misma corporación del idioma, la ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia y además el conjunto de facultades del espíritu.³⁶

Es decir, la moral nos ayuda a saber qué acciones son correctas o buenas y cuales no lo son, siendo malas e incorrectas.

Aunque no solo se reduce a esto la moral, sino que hay quienes prefieren entender a la misma como el conocimiento que se adquiere sobre lo más alto y noble y que el individuo entonces siempre respetará a la hora de obrar.

Lo que se considera moral o las creencias sobre la moralidad son generalizadas y codificadas por una determinada cultura o en un grupo social, según corresponda y por tanto, será esta misma la que regulará el comportamiento de los miembros del grupo.

³⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: 2008 "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" treinta y cinco Edición actualizada, Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina Pág. 599.

4.2.3.- CLASES DE MORALIDAD

La moralidad tiene las siguientes tres clases

4.2.3.1.- LA MORAL OBJETIVA

Al conjunto de normas morales se le llama moralidad objetiva, porque estas normas existen como hechos sociales independientemente de que un sujeto quiera acatarlas o no. Los actos morales provienen del convencimiento de que el actuar de un individuo siempre se realiza por ciertos fines y que todo el que hace algo, lo debe hacer con un fin, a menos que no controle su razón, como ocurre en variadas situaciones. Sin embargo, las realidades sociológicas sugieren que las personas suelen actuar por inercia, costumbre, tradición irrazonada o la llamada mentalidad de masa.³⁷

Opuesto a esta postura de auto-justificación, está la aceptación, por parte del individuo, de su responsabilidad. Usando los valores morales, puede convertirse en el artífice de su propio destino, o de un mejor destino.

A lo largo de la historia, y de las diferentes culturas, han existido distintas visiones de la moral. Generalmente, la moral es aplicada a campos en los cuales las opciones realizadas por individuos expresan una intención relativa a otros individuos; incluso no miembros de la sociedad. Por lo tanto, existe una disputa académica sobre si la moral puede existir solamente en la presencia de una sociedad o también en un individuo hipotético sin relación con otros. La moralidad se mide también cuando la persona está sola, no siendo observada por nadie, por ejemplo, en situaciones donde se requiere tener mucha integridad.

³⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: 2008 "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" treinta y cinco Edición actualizada, Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina Pagina 599.

4.2.3.2.- LA MORAL TEOLÓGICA

En el cristianismo hay un área de estudio teológico que considera la moral como la determinación de lo que dicta lo malo y lo bueno. En esta área, el mal moral es entendido como el pecado, injusticia, maldad, aquello que se opone a al bien moral, entendido como la voluntad de Dios, lo santo, la justicia, la bondad. Esta creencia, propia de la fe cristiana, considera los actos inmorales como ofensas hacia Dios, que conllevan la separación entre el hombre y Él, y que rompen el orden necesario para vivir.³⁸

Los cristianos sí consideran a la moral como algo universal, ya que en la Biblia se describe que todos los hombres (incluso los gentiles) tienen una "ley escrita en sus corazones" una ley natural que fue dada por Dios, que es manifestada como una moralidad innata, y que constituye la raíz espiritual de la consciencia humana.³⁹

También se considera que la existencia de la inmoralidad, como un fenómeno, es resultado del libre albedrío del hombre, por el cuál Dios dio al ser humano la capacidad de libremente de decidir o elegir entre el bien y el mal, y así mismo, entre la bendición o maldición.

4.2.3.3.- LA MORAL FILOSÓFICA

Habitualmente, se define como la teoría filosófica sobre el comportamiento moral, esto es, la conducta humana libre y responsable. También se la denomina ética. El materialismo filosófico rectifica esta definición y considera que la distinción ética moral no es paralela a la distinción teoría praxis, sino que se establece en

³⁸ Fernández de Córdova Pilar (2006) "30 lecciones de iniciación filosófica", Universidad de La Sabana, pág. 341

³⁹ NEWELL William (1984), "Romanos: Versículo por versículo", Editorial Portavoz, Abril 1, págs. 58-59

función de la consideración distributiva o atributiva de los sujetos humanos en su dimensión normativa.

La moral filosófica la posee aquel que practica una conducta acorde a sus principios filosóficos, en cambio, no la posee el que habla de una forma y actúa de otra.

4.2.4.- LA MORAL Y LA ÉTICA

Varios autores consideran como sinónimos a estos términos debido a que sus orígenes etimológicos son similares, aunque otros no consideran a la moral y la ética como lo mismo. Algunas posturas conciben la ética como el conjunto de normas sugeridas por un filósofo o proveniente de una religión, en tanto que a «moral» se le designa el grado de acatamiento que los individuos dispensan a las normas imperantes en el grupo social. No todos acuerdan con dicha distinción, y por eso es que en un sentido práctico, ambos términos se usan indistintamente, y a menudo no se distingue entre los dos conceptos, haciéndolos equivalentes.

El matiz que las delimita está en la observación o aplicación práctica de la norma que entraña el mandato ético. Por ello, la norma ética siempre será teórica, en tanto que la moral o costumbre será su aplicación práctica.

Según este punto de vista, la moral se basa en los valores que dicta la conciencia, que a su vez, está basado en costumbres aprendidas. Dicho punto de vista dice que la moral no es absoluta o universal, ya que su vigencia depende de las costumbres de una región, de aquí vendría el relativismo cultural.

Por otra parte, la universalidad de algún sistema moral es uno de los objetivos de la ética objetiva cuyo contenido o efecto no se considera relativo ni subjetivo, sino efectivo y aplicable para todo hombre racional bajo un contexto

determinado, siempre y cuando el agente capaz de comportamiento pueda actuar de manera racional, entendido como aquello en lo que todos los seres humanos puedan estar de acuerdo cuando decidan buscar un comportamiento moral específico que se juzgó "de bien" o "correcto", que mantenga o cause aceptable calidad de vida o evite alguna consecuencia inconveniente, y que surja a causa de la repetición de ciertos comportamientos probables para la humanidad). Kant a través de su imperativo categórico hizo el intento de dar bases a una moral objetiva nacida de la Razón y más allá de la Religión. Una de las principales objeciones que se oponen a sus razonamientos, es el uso obligatorio de la verdad y del deber con exclusión del sentir⁴⁰

La crítica que hace Friedrich Nietzsche a la moral y la ética subraya que los códigos morales y las éticas que estudian o fundamentan estos códigos morales se presentan como desveladoras de profundas verdades sobre el ser humano.⁴¹ Es famoso su análisis de la moral cristiana en el que manifiesta cómo los valores cristianos, por ejemplo, la humildad, o la compasión, se basan realmente en la hipocresía y en el resentimiento. Los valores morales son estratagemas de dominio de unos hombres para otros. Pero ninguna moral y ninguna ética reconocen esto pues es esencial para ellas el ocultarlo. Para descubrir esas ocultaciones propone Nietzsche un método que él llama "genealógico". Emprende una "genealogía de la moral". Se trata de hacer análisis psicológicos y de uso del lenguaje a partir de textos éticos y morales y de observaciones de conductas morales.

Para Nietzsche en su obra *La genealogía de la moral* nos dice que: las morales y las éticas que hacen pasar por "verdaderos" y "universales" unos valores

⁴⁰ IMMANUEL KANT 1781 *"Crítica de la Razón Pura"* Segunda Edición Editorial Espasa-Calpe Madrid, pág.31

⁴¹ WILHELM NIETZSCHE Friedrich: 1886 *"Preludio a una filosofía del futuro Madrid"*: Segunda Edición Editorial Tecnos. Madrid pág. 189.

son "morales de esclavos". Su propuesta entraña la total libertad creativa de cada hombre en el más estricto sentido, en un sentido parecido al que se aplica cuando se habla en el arte contemporáneo de la libertad de un artista. La "moral de señores" rechaza elaborar un elenco de valores exigibles a los demás. Cada hombre ha de realizar sus deseos y dejar que también se expresen los deseos de los demás, sin códigos verdaderos previos.

4.3.- DELIMITACIÓN DE DAÑO MORAL

4.3.1.- ETIMOLOGÍA DE DAÑO MORAL

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

4.3.2.- CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Una distinción fundamental desarrollada por la doctrina es aquella que distingue entre el daño material y del daño moral. Esta corresponde a la gran división de los derechos de modo que cuando se lesiona derechos patrimoniales (derechos reales y personas) se estaría ante daño material o patrimonial y si la lesión es de derechos extra patrimoniales (derechos de la personalidad, derecho de familia), el daño sería moral.

Los autores del Código Civil francés, intentaron supeditar la "responsabilidad civil" a la "responsabilidad moral", lo que tuvo como

consecuencia principal colocar a la "culpa" en el centro del sistema de la responsabilidad civil. La moral, al tener como fundamento las nociones del bien y del mal, requiere la reparación del daño causado cuando medie culpa o dolo del responsable.

Considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial y no solo por el dolor o sufrimiento que se padece. La visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada, como ya lo ha sido en el Derecho comparado. Hoy el daño extra patrimonial protege más allá del *pretium doloris* que es solo una especie del mismo. Así, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral. Se resarce el daño no patrimonial incluso de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.

En derecho, frente a lo que se hace en otras disciplinas, se distingue entre daños patrimoniales y daños morales, esto, además de constituir una extraña dualidad de conceptos, tiene importantes consecuencias legales.

Los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

- a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero.
- b) El daño moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad, personal e íntima, que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden

llegar a reparar. Por ejemplo, la pérdida de un ser querido. El dinero, servirá como sistema compensatorio, aunque no lucrativo.

Por supuesto, un suceso dañoso puede provocar daños de ambas clases y es normal que así suceda. Bien sea directamente, bien sea porque todo daño patrimonial, siempre, tiene cierto grado de afectación moral, excepciones hechas del daño meramente dinerario (si no se evalúa el esfuerzo que costó conseguirlo) o de otros daños no morales de índole estrictamente mercantil.

1º. El daño, la lesión, el agravio o el menoscabo que sufre la persona en su patrimonio o en su ser físico o moral, o en sus derechos o facultades, siempre puede ser objeto de apreciación económica. Es el presupuesto central de la responsabilidad civil.

2º. El daño material es la lesión causada a los bienes por la acción de un tercero; es un perjuicio ocasionado en el patrimonio de la víctima por el hecho del agente y

3º. El daño moral que es aquel daño que causa una lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o en su buena fama.

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

El daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la persona o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica, y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir

una pérdida pecuniaria, o son morales strictu sensu, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual⁴².

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

Pazos Hayashida⁴³ señala que una de las instituciones que más discusión ha generado en los últimos tiempos ha sido el daño moral.

En nuestro medio, sobre todo, el problema ha sido generado por un conflicto escolástico.

Tradicionalmente se ha considerado que hay dos formas de entender la categoría de daño moral. En un primer sentido, en estricto, el daño moral vendría a ser aquel que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos, valores. En otras palabras, es el sufrimiento que se puede generar a un sujeto manifestado en dolor, angustia, aflicción, humillación, etc.

En un segundo sentido, en sentido lato, el daño moral sería todo daño extra patrimonial. Se incluiría, de este modo, el daño moral en sentido propio y los demás daños extra patrimoniales, como la integridad física o la salud. Este

⁴² OSTERLING PARODI, Felipe. (2005). "Tratado de Obligaciones". Lima: Editorial Gaceta Jurídica, pág. 292.

⁴³ PAZOS HAYASHIDA, Javier (2005). "Comentarios al Código Civil". Lima: Editorial - Gaceta Jurídica, pág. 283.



sentido es el que se utiliza en el sistema francés. Así también lo entiende la doctrina española⁴⁴.

En nuestro medio hay una importante corriente doctrinaria que rechaza esta clasificación. Así, partiendo de la concepción de daño a la persona, entendiendo como tal el agravio o la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal, se considera que el daño moral es una subespecie del anterior, en cuanto se manifestaría como una lesión a uno de los aspectos psíquicos de la misma, de carácter emocional. Lo interesante de esta posición parece radicar en que ubica en el centro de su análisis a la propia persona, antes que en elementos patrimoniales, siendo base de la clasificación, entonces, tanto la naturaleza del ente afectado como las consecuencias mismas del hecho dañoso. Desde esta perspectiva, se considera que carecería de significado seguir refiriéndose al daño moral como institución autónoma del daño a la persona⁴⁵.

De Trazegnies⁴⁶ señala que en nuestro medio también hay una corriente que dice precisamente lo contrario. Se parte de considerar que el daño moral viene a ser aquél que no tiene ningún contenido patrimonial (esto es, se utiliza la expresión en su sentido lato). Al englobar a todos los daños extra patrimoniales, la inclusión del daño a la persona resultaría innecesaria por cuanto este último sería una subespecie del daño moral. Partiendo de esto, se discute la pretendida distinción entre los dos daños, concluyéndose que, al tener el daño a la persona un tratamiento similar y pertenecer al mismo campo del daño moral, no se justifica la subdivisión, debiendo considerarse como una sola figura.

⁴⁴ DE ANGEL YAGÜEZ. (2003) *"Tratado de Responsabilidad Civil"*, Madrid: Civitas, 1993, pág. 172.

⁴⁵ FERNANDEZ SESSAREGO (2003), *Deslinde conceptual entre "Daño a la persona", "Daño al proyecto de vida" y "Daño mora"* En: Revista Jurídica del Perú Año LIII N2 50, Lima, setiembre 2003.

⁴⁶ TRAZEGNIES, Fernando de (1990), *"La Responsabilidad Extracontractual"*, En: Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Para Lizardo Taboada Córdova⁴⁷, el daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo

Pazos, citando a Leysser León, manifiesta que aquel ha realizado un estudio de las fuentes del daño moral y el daño a la persona, considera que este último es el resultado de una importación doctrinaria que, en su contexto, configuraría una categoría que se utiliza con meros fines descriptivos y, por ende, sin ningún afán sistematizador. De este modo, en nuestro país, se estaría pretendiendo utilizarla para un fin distinto a aquel para el que fue creado. Esta posición concluye que, dado el contenido del daño moral (en su sentido amplio), la noción de daño a la persona resultaría repetitiva e inútil, más aún cuando su inclusión en nuestro Código Civil ha sido, más bien, accidental⁴⁸.

Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado la indemnización debe perseguir "no una sanción" sino una "satisfacción" de dicho interés conculcado, tal como lo consideran autores como Stiglitz , Borda Y Manchini criticando el enfoque clásico de autores como Ripert , Demogue Y Savatier.

La idea que el "interés" es el centro de estudio de la Responsabilidad Civil la podemos extraer de la siguiente cita de De Cupis citada en el texto "El Daño en la Responsabilidad Civil" de Eduardo ZANNONI

⁴⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003). *"Elementos de la responsabilidad Civil"*. Segunda Edición. Lima: Grijley, pág. 66.

⁴⁸ PAZOS HAYASHIDA Javier (2005). *"Comentarios al Código Civil"*. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 286.

"El objeto del daño se identifica siempre con el objeto de la tutela jurídica (un interés humano)"⁴⁹.

Este menoscabo a un interés jurídicamente tutelado se va a manifestar en una afectación a la esfera personal y/o patrimonial de un sujeto en virtud de un hecho antijurídico o no antijurídico (según lo hemos establecido en el estudio del anterior elemento).

Es así que, ZANNONI⁵⁰ considera que debemos postular una diferencia entre lo que entendemos por "bien jurídico" y lo que se concibe como "interés jurídico". Para este autor "bien jurídico" es el objeto de satisfacción (cosas, bienes inmateriales, cuerpo, salud, integridad física, etc.) e "interés jurídico" es un poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción.

A partir de estas ideas consideramos que la naturaleza del daño está determinada no por la naturaleza de los bienes afectados sino por aquella que corresponde al interés conculcado. Por ejemplo: " Un sujeto x de forma intencional destruye el vehículo de otro sujeto el que había pertenecido anteriormente a sus ascendientes.

Si bien es cierto el vehículo pertenece a la esfera patrimonial del sujeto perjudicado, no es cierto que el daño que se ha ocasionado sólo sea un daño "patrimonial", puesto que también se ha ocasionado al sujeto un "daño moral", puesto que el vehículo tenía un valor sentimental para el propietario al haber pertenecido a sus ascendientes".

⁴⁹ ZANNONI, Eduardo A. (2005). *"El Daño en la Responsabilidad Civil"*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. 11

⁵⁰ ZANNONI, Eduardo A. (2005). *"El Daño en la Responsabilidad Civil"*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. 11

Es por ello que ZANNONI establece que: "es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien u objeto de satisfacción, que ha sufrido menoscabo, por ende, no es verdad que el daño es patrimonial porque el bien dañado es un objeto de satisfacción patrimonial....y viceversa".

Señala PAZOS HAYASHIDA⁵¹ que la problemática relativa al daño moral en el sistema de responsabilidad civil peruano viene marcada por la inserción de la categoría daño a la persona, a sugerencia de Fernández Sessarego, en el artículo 1985º del Código, donde una y otra categoría se presentan en paralelo. Empero, la intención del prestigioso jurista fue la de incorporar el daño a la persona en el Libro I del Código Civil; esto sin embargo, fue rechazado por la Comisión Revisora del mismo.

A pesar de ser la única mención que se hace al daño a la persona en todo el articulado del Código, la incorporación asistemática del mismo ha generado más de una cuestión a propósito, precisamente, de la preexistencia del daño moral en el texto normativo. Si entendemos que el sistema de Derecho Civil es una unidad, natural o forzada por interpretaciones que pretendan salvar su integridad, debería haber coherencia en la materia. Si la persona, como es obvio, es el centro del ordenamiento, la protección que se le otorga debería ser la misma, independientemente de que medie o no un contrato⁵².

Sin embargo, tenemos que en el artículo 1322, ubicado en el Título correspondiente a inexecución de obligaciones, se hace referencia exclusivamente a la indemnización del daño moral, mientras que en la sección

⁵¹ PAZOS HAYASHIDA Javier (2005). "Comentarios al Código Civil". Lima: Gaceta Jurídica, pág. 284.

⁵² PAZOS HAYASHIDA Javier (2005). "Comentarios al Código Civil". Lima: Gaceta Jurídica, pág. 284.

correspondiente a responsabilidad extracontractual se hace referencia a la indemnización del daño moral en los artículos 1984º y 1985º conjuntamente, en este último artículo, con la correspondiente al daño a la persona, como ya hemos dicho. A esto se pueden agregar otras referencias a la indemnización del daño moral a lo largo del articulado del Código, como las que figuran en los artículos 257º, 351º y 414º.

Cabe discutir además, en el Daño Moral Objetivo y el Subjetivo. El primero sería el menoscabo que sufre la persona en su consideración social, al honor, a la honestidad, etc. De otro lado, el Daño Moral Subjetivo consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre como persona, en su individualidad, a su integridad física.

4.3.3.- DEFINICIÓN DE DAÑO MORAL

Como se ha señalado precedentemente, es uniforme la doctrina al considerar que el daño moral es el menoscabo en la esfera de los sentimientos de las personas. Por ello lo que se analiza son las consecuencias que el daño ocasiona a la víctima, esto es, sufrimiento, dolor, angustia, aflicción física o espiritual, etc; conocidos también como "estados del espíritu", los cuales son variables en cada caso de acuerdo a lo que siente o experimenta la víctima respecto del evento dañoso.

En ese sentido, el derecho debe ingresar no a resarcir cualquier dolor sino aquello que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual la víctima tenía un interés reconocido jurídicamente. En esa línea lo que se repara es el resultado dañoso y no la actividad del responsable.

Dicho esto, podríamos aventurarnos a definir el daño moral como el perjuicio o lesión a un interés no patrimonial, lo cual conlleva el menoscabo a los sentimientos de la víctima.

En Derecho Civil, la palabra "daño" representa el menoscabo, detrimento, perjuicio que por acción de otro se recibe en la persona ya sea en sus bienes vitales naturales, ya sea en su propiedad o en su patrimonio⁵³. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, existiendo grado de malicia, negligencia o casualidad de entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción prevista en el Código penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos (o salvo pacto expreso en la responsabilidad por inejecución de obligaciones), dentro de la complejidad de esta materia.

De otro lado, lato sensu, el término daño se refiere a toda suerte de mal o perjuicio sea material o no material o moral.

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

4.3.4.- CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO MORAL

El daño moral tiene las siguientes características:

A. El impacto moral del hecho sobre la víctima.

⁵³ ZANNONI, Eduardo A. (2005). "El Daño en la Responsabilidad Civil". Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. 11.

- B. La consecuencia exterior de lesión física o psicológica, temporal o permanente.
- C. El tiempo de postración e incapacidad o convalecencia.
- D. El dolor físico cargado por el acto ilícito.
- E. Las condiciones personales de la víctima, en especial sus facultades de recuperación.

4.3.5.- CLASES DE DAÑO MORAL

4.3.5.1.- DAÑO MORAL DIRECTO

El Daño moral directo lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial.

Lesiona derechos de la personalidad Inflige por menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona.

4.3.5.2.- DAÑO MORAL INDIRECTO.

El Daño moral indirecto lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, además del menoscabo de un bien no patrimonial.

Genera una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial provoca la lesión a cualquier interés no patrimonial como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial del afectado.

Existen, también, distintas posturas sobre la clasificación del daño, las mismas que se detallan a continuación:

1. Daño a la Persona.

Comprende todas las lesiones que se le puedan inferir al ser humano o a la persona humana⁵⁴. Sin embargo, sobre el tema, hay discusiones doctrinarias sobre si es solo extra patrimonial o es solo patrimonial o abarca ambas condiciones, es decir, los daños a la persona humana en su faceta patrimonial y extra patrimonial.

2. Daño Psicosomático.

Sería un daño que procura enfrentar el impacto del daño en el ser humano desde una perspectiva integrada de su psiquis con su cuerpo. Sin embargo, hay que señalar que no podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que acarrea consecuencias biológicas, lesiones de todo tipo y efectos en su salud (es decir, en el bienestar integral), con el daño a la posibilidad de actuación de la libertad misma del sujeto; ello determina que para muchos, se traduzca en la frustración del "proyecto de vida" de una persona⁵⁵.

3. Daño Biológico.

El daño biológico (y todavía más el daño a la salud) no es otra cosa que el perjuicio de la cotidianidad de quien ha sufrido una alteración del propio bienestar físico-psíquico, es decir, daño existencial.

⁵⁴ VEGA MERE, Yuri (2009). "Carlos Fernández Sessarego: El Hombre y su obra. Semblanza En homenaje a un auténtico humanista". *En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*. 1° Edición. Lima: Editora Jurídica Motivensa, Pág. 64.

⁵⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico". En *Themis*, pág. 162.

Si es así, resulta suficiente esta última voz de perjuicio no patrimonial para describir el daño padecido por la víctima, teniendo en todo caso cuidado de precisar el origen: o sea, la lesión al derecho a la salud.

La incorporación del daño biológico en el derecho italiano, como un daño autónomo significó el ingreso de un elemento importante en el originario ordenamiento legal, conformado por el daño patrimonial y el daño moral (arts. 2043 y 2059 del Código Civil italiano); este nuevo concepto generó un cambio en la apreciación de aquel hombre productor por este nuevo enfoque humanista⁵⁶.

4. Daño Existencial.

Si el daño al proyecto de vida se manifiesta en la privación de las opciones propias a la libertad ontológica del ser humano, por un periodo indeterminado; el daño existencial, según expresan a su turno Sergio Chiarloni y Mendelewicz (citado por José María Galdós), es "equivalente en algún modo al daño a la calidad de vida que no puede ser incluido en un daño a la salud"⁵⁷.

El daño existencial es considerado por los autores peruanos coincidentemente con el daño al bienestar, es decir, aquello que en nuestro país también se le llama daño a la salud, antes asociado al daño al proyecto de vida. Ello, en verdad, no es del todo incorrecto. En efecto, sin duda el daño existencial de fuente biológica coincide con todos los impedimentos que se originan por la alteración del equilibrio psicofísico (es decir, con el aspecto

⁵⁶ MENDELEWICZ, José D. (2009). "El Daño existencial. Alcances de la doctrina y jurisprudencia italiana". En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. *Ibidem*, pág. 286.

⁵⁷ BURGOS, Osvaldo R. (2009). "El Hombre como promesa: tiempo y libertad. El daño al proyecto de vida y el daño existencial ¿Son asegurables?". En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. *Ibidem*, pág. 317.

dinámico del daño biológico, que precisamente en el Perú se le define como daño a la salud o al bienestar). El asunto es que ésta es sólo una parte del universo fenoménico del daño existencial ⁵⁸ porque –como se ha señalado en otro lugar– la fuente de tal perjuicio puede no ser la pérdida de la salud física o psíquica, sino más bien la lesión de cualquier interés jurídicamente relevante referente a la persona (identidad personal, la dignidad, el derecho a la autodeterminación o cualquier otro derecho fundamental no coincidente con la salud).

5. Daño al Bienestar.

Se asume como daño al bienestar es la alteración del cotidiano vivir proveniente de una lesión psicosomática. Por lo tanto, es la alteración del cotidiano vivir. Por lo tanto, desde esta perspectiva existen una gran diferencia entre daño el daño existencial y el daño al bienestar, que vale la pena subrayar, aunque también porque Fernández Sessarego considera que la agresión a intereses referidos a la persona distinto de la salud se hallan, en todo caso, en grado de generar un malestar de carácter psíquico, tales como la indignación, la rabia, el sentimiento de impotencia, el odio, el sufrimiento, la desesperación, la angustia. Todas estas voces de perjuicios podrían estar comprendidas dentro de la categoría de daño moral subjetivo. Es notoria la diferencia entre daño moral y daño psíquico, subsistiendo el segundo en el caso en el cual se hallara por un médico (psiquiatra aunque podría ser un psicólogo) una patología mental. No sería imaginable que alguien sostuviese en el estado actual de la evolución doctrinal y jurisprudencial italiana que exista

⁵⁸ BILOTTA, Francesco (2009). El Daño a la Persona en el Derecho Peruano. “*Daño al bienestar*”, “*Daño al proyecto de vida*” y *Daño existencial: Una lectura comparada*. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas* – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. *Ibidem*, pág. 328.

un daño existencial, entendido como trastorno de la cotidianidad de la víctima, sólo en presencia de una enfermedad, física o psíquica, desde que ya nadie más duda del hecho que al lado de un daño existencial de fuente biológica (originado de una lesión a la salud) pueda individualizarse un daño existencial de fuente no biológica, es decir, originado de la lesión de un bien jurídicamente relevante referente a la persona distinto de la salud⁵⁹.

6. Daño Psicológico.

Para unos, el daño psicológico es parte integrante del daño moral⁶⁰. Para otros, entre los que se incluye Ghersi, sería uno autónomo y diferente en sus causas y consecuencias⁶¹. Estaría comprendido en la protección general al ser humano y la reparación del daño a ésta. Cita Ghersi un fallo de 2004 en el que el daño psicológico estaría determinado de manera autónoma: “el equilibrio psíquico es un presupuesto para el pleno goce de la salud y el despliegue de las potencialidades de cada individuo, por lo tanto cuando se quiebra, se produce un perjuicio que indudablemente, debe ser reparado”.

4.3.6.- DIFERENCIAS DE DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA

Aunque ya hicimos precisiones conceptuales, es importante remarcar el distingo existente entre la tradicional expresión de "daño moral" y la contemporánea de "daño a la persona". De su simple enunciado, aplicando una lógica más que elemental, se deduce que el “daño moral” (pretium doloris) no es otra cosa que una modalidad del genérico “daño a la persona” y, por

⁵⁹ BILOTTA, Francesco. (2009). El Daño a la Persona en el Derecho Peruano. *“Daño al bienestar”, “Daño al proyecto de vida” y Daño existencial: Una lectura comparada.* En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. *Ibidem*, pág. 328.

⁶⁰ GHERSI, Carlos Alberto (2006). *Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis.* Tercera Edición. Buenos Aires: Astrea, pág. 107.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 107.

consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una más amplia noción que lo engloba y subsume. Y esta genérica y comprensiva noción, obviamente, es la de "daño a la persona".

Como bien lo denota el concepto, todo daño a la persona es simplemente eso: un "daño a la persona". Y el denominado "daño moral" es un daño a la persona y no a ninguna otra cosa u objeto del mundo. ¿Es o no es un "daño a la persona"? Si lo es, ubiquémoslo dentro de la unidad psicosomática a fin de determinar a qué aspecto de la misma afecta lo que se entiende por daño "moral", es decir, dolor, sufrimiento, perturbación psicológica necesariamente no patológica.

Lo "moral", quien lo duda, es el conjunto de principios que posee toda persona. No constituyen un específico aspecto de su estructura psicosomática. Lo que ocurre es que cuando se agravan estos principios se lesiona la estructura psíquica de la persona. Se siente una determinada perturbación psicológica, malestar, rabia, indignación, incomodidad.

El daño moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso.

Es un daño psíquico, emocional, no patológico. En otros términos, que no se trata de una categoría autónoma en relación con el "daño a la persona", desde que las consecuencias dañosas de un agravio a los principios morales o a otros sentimientos se producen en la esfera psicológica, es decir, en la persona, en sí misma, y no fuera de ella, en el vacío, en la nada. Es, pues, un daño más entre los múltiples daños que se pueden causar al ente persona⁶².

⁶² VEGA MERE, Yuri. (2009). "Carlos Fernández Sessarego: El Hombre y su obra. Semblanza En homenaje a un auténtico humanista". *En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas* – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. 1ª Edición. Lima: Editora Jurídica Motivensa. Pág. 64.

Lo que define al daño moral no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico.

En Venezuela el daño moral ha sido caracterizado en forma negativa, es decir, todo daño que no afecte un derecho o interés patrimonial. MELICH ORSINI, siguiendo la doctrina a la que se supone afiliado el código civil venezolano, distingue entre daños morales que afectan la parte social del patrimonio de la persona (daños a la vida de relación, atentados al honor o a la reputación, daño estético, etc.) y daños morales que afectan exclusivamente la parte afectiva del patrimonio moral⁶³.

Es decir, se trata de expresiones de carácter psicológico. Lo que se ha dañado es, pues, la estructura psíquica del ser humano a raíz de un agravio a sus principios morales. En otros términos, se han lesionado los sentimientos de la persona. ¿Y que son los sentimientos? ¿Pues, hasta donde alcanzan nuestros conocimientos?, ellos constituyen aspecto del psiquismo humano junto a lo intelectual y lo volitivo.

A este aspecto de la unidad psicosomática no se le conoce como "moral".

La Moral tiene que ver con el mundo de la subjetividad, mientras que el Derecho sólo surge a partir de una interferencia de conductas humanas. Se trata del mundo de la intersubjetividad. Señala Sessarego que en 1985 sosteníamos que

⁶³ PINTO OLIVEROS, Sheraldine (2009). "La experiencia latinoamericana del daño a la persona". En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Editora Jurídica Motivensa. 1ª Edición. Lima, pág. 387.



“la restringida acepción de daño moral no coincide, por cierto, con el concepto de daño a la persona que hemos esbozado. El daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento”.

Agregábamos que el daño a la persona “significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal,“ comprendiéndose dentro de él “hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”. Todo ello, decíamos, “es más complejo que el sufrimiento o el dolor”.

Hoy, más que nunca, al encontrarse en juego dos conceptos, que para algunos autores podrían tener la misma significación -situación que contradecemos pero que se presenta en la literatura jurídica-, tenemos el convencimiento de la necesidad de que cada autor, que trate o roce este tema, debería esclarecer su posición y sus fundamentos en torno a los alcances y relación que dentro de su personal concepción otorga a los conceptos de "daño a la persona" y de "daño moral".

La tradicional concepción del daño “moral” se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional. Desde nuestra perspectiva -que se sustenta en una concepción del ser humano en cuanto unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad el daño “moral” es un daño a determinado "aspecto" de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata, en este específico caso de la lesión a una modalidad del género "daño a la persona".

Ello es evocado por Olenka Woolcott⁶⁴ al comentar el trabajo del maestro Fernández Sessarego, cuando señala “La sistemática propuesta por la doctrina peruana considera dos categorías del “daño a la persona” que se basan en la realidad estructural del ser humano. La primera de ellas se refiere al “daño psicosomático” que comprende todos o cualquiera de las lesiones inferidas al soma o cuerpo, como a la psique. Y en tanto ambos aspectos constituyen una inseparable unidad, los daños en uno de ellos repercuten en el otro recíprocamente. Los daños a la estructura psicosomática de la persona generan indistintamente consecuencias tanto patrimoniales como no patrimoniales. Según la propuesta doctrinaria, todos los daños psicosomáticos caen en esta categoría, comprendiendo al “mal llamado” daño moral, que en realidad, no constituye una categoría autónoma con respecto al daño a la persona, sino una especie de éste, referido estrictamente a una perturbación psíquica generalmente transitoria, no patológica, como el dolor o sufrimiento. La segunda categoría de daño a la persona es para esta doctrina, el daño que afecta al propio ser de la persona, es decir la libertad. La libertad a que alude Fernández Sessarego es lo que vuelca al exterior. Se trata de decisiones libres que se concretan en la realidad del diario vivir, en actos o conductas intersubjetivas, todas ellas encaminadas a la realización de un cierto personal “proyecto de vida”. Por ello, se pueden causar serias lesiones a esta libertad fenoménica como la describe Fernández Sessarego, es decir al “proyecto de vida”, generando consecuencias que van desde el retardo

⁶⁴ WOOLCOT OYAGUE, Olenka (2009). “La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona”. En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Editora Jurídica Motivensa. 1° Edición. Lima. Pág. 383.

o menoscabo del proyecto de vida hasta su frustración total. Ello puede acarrear en un caso límite la pérdida del sentido de la vida⁶⁵".

Los argumentos que pretenden justificar la autonomía del "daño moral" se basan, fundamentalmente, en la fuerza de la tradición. Por lo general, quienes emplean este argumento no encuentran la necesidad de adoptar otro concepto diferente y apropiado frente a nuevos daños al ser humano y, más bien, consideran que lo adecuado es ampliar las fronteras de un concepto en uso para incluir dentro de él otros daños al ser humano que se despliegan en el mundo de lo "jurídico" y no en el de lo "moral".

Los juristas debemos estar atentos a estos mensajes de los tiempos, que provienen de la incontrolable realidad de la vida. No podemos seguir aferrados a viejos esquemas, que la vida se encarga de superar o de transformar. El "descubrimiento" del concepto de "daño a la persona" no obedece a un capricho, a un afán de novedad, a una vana pretensión académica. Responde, simplemente, a la realidad y se genera, como se ha puesto de manifiesto, cuando los juristas contamos con una mayor información sobre la estructura y comportamiento del ser humano a partir de los hallazgos y de los aportes de la filosofía de la existencia. Es decir, se trata de un histórico salto de calidad en materia de protección del ser humano que algunos o muchos no quieren o no llegan a comprender.

El concentrar todos los daños a la persona en la genérica voz de "daño a la persona" permite su adecuada sistematización. Ello favorece su comprensión y permite una mejor percepción de la naturaleza de cada uno de los daños que se

⁶⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *"Nuevas Tendencias En El Derecho De Las Personas"*. Lima Segunda Edición, Editorial Themis pág. 189.



pueden causar a la persona, lo que redundará en un afinamiento de los criterios y las técnicas para su adecuada reparación.

Cuando se llega a conocer que el ser humano no es sólo y únicamente, como pretendía Boecio en el siglo VI de nuestra era, un ser "racional", sino también, y fundamentalmente, un ser libre, temporal y coexistencial, no es posible seguir utilizando viejos criterios, conceptos y técnicas para referirnos a la reparación integral del "daño a la persona".

El ser humano es el centro del Derecho. Son sus titularidades las que se protegen (ya sea que nos refiramos a él como concebido o como persona individual o, finalmente y por simplificación, a la persona colectiva). Sólo un sujeto de derecho puede tener dichas titularidades. Asimismo, sólo un sujeto de derecho puede ser afectado por un daño en su esfera jurídica.

De acuerdo con lo anterior, y jugando con "etiquetas," podríamos afirmar que todo daño que afecte la esfera jurídica de un sujeto de derecho podría ser llamado un daño subjetivo. Y limitando esto a la persona, todo daño en su esfera jurídica podría ser llamado daño a la persona. Por supuesto estas denominaciones serían pleonásticas (individualmente consideradas), ya que sólo un sujeto de derecho, por ejemplo una persona, puede sufrir daños. Independientemente de las "etiquetas" con las que juguemos, es un hecho que el ser humano es el centro del ordenamiento.

Las instituciones jurídicas son medios, no fines en sí mismos y, en cuanto sirvan al hombre, con cierta coherencia, serán bienvenidas. Lo importante, entonces, es su utilidad antes que la asignación de un nomen iuris, una "etiqueta" particular. De este modo, si se establecen, o pretenden crearse, instituciones o

categorías jurídicas es importante que tengan un cierto nivel de operatividad y, más importante, de utilidad. Finalmente es esto lo que importa. Este es el centro de la discusión (DE TRAZEGNIES).

Apreciando la utilidad de las figuras (más que el "etiquetado"), el daño moral, como categoría jurídica (en su acepción amplia), resulta suficiente para englobar a todos los daños de naturaleza extrapatrimonial que puedan afectar a un sujeto de derecho, al entenderse que lo constituye todo menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por un evento dañoso, incluyendo los llamados derechos de la personalidad⁶⁶.

Definitivamente, para apreciar el daño moral, se tendrá en cuenta la naturaleza del interés lesionado (el interés de un sujeto de derecho) y la extrapatrimonialidad del bien jurídico. Por supuesto, no puede entenderse sino por contraposición al daño patrimonial (según lo expresado por ZANNONI en las citas ya citadas). Sin embargo, esta última situación en nada disminuye que sea el ser humano el centro del ordenamiento jurídico.

Podemos dejar de declarar la importancia de la corriente doctrinaria que defiende la teoría del daño a la persona. Sin embargo, ésta sigue siendo, en nuestro país, sólo una corriente doctrinaria. Su inserción en el Código Civil es, más bien, coyuntural (para bien o para mal), por lo que no podría afirmarse sino que es una ambigua categoría legislativa que no es, precisamente, la regla en nuestro sistema jurídico. Claro, la muy respetable corriente doctrinaria que la defiende ha planteado un esquema filosófico más o menos coherente pero, en el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, no resulta aplicable. Si se pretendiese esto, sería

⁶⁶ DE ANGEL YAGÜEZ. (2003) "*Tratado de Responsabilidad Civil*", Madrid: Editorial Civitas, 1993, pág. 234

necesaria una modificación normativa que equipare el daño a la persona con el daño extrapatrimonial (que es lo que en los últimos años se ha pretendido).

Hasta aquí hemos definido al daño como lesión a un interés; por ello a fines de brindar una precisión respecto al objeto mismo del perjuicio, es decir al resultado de la acción nocible y apreciar la particularidad del daño moral creemos oportuno destacar algunos conceptos utilizados en la doctrina, refiriéndolo al acto ilícito que hace sufrir a las personas, molestándolas en su seguridad personal o en el goce de sus bienes, o hiriéndolas en sus afecciones legítimas⁶⁷.

a) La seguridad personal comprende la protección jurídica de la vida misma de la persona y por necesaria implicancia, el amparo a la integridad corporal y psíquica a la disponibilidad del cuerpo – aun después de la muerte física-, la identidad, la imagen, el honor, la reputación, la privacidad, la igualdad y la libertad.

La tutela normativa a la seguridad personal está dada por las reglas que aseguran al individuo el respeto a su vida y el desenvolvimiento de su personalidad. A esos derechos se les suele denominar “derechos personalísimos”, o “derechos de la personalidad”.

b) Las afecciones legítimas.- El “daño de afección se configura bajo la forma de la tristeza, la pena o el disgusto de un mal padecido por un ser querido. La muerte o la lesión producida por la acción nocible de un tercero en la persona de un familiar querido constituyen un ataque a las afecciones legítimas.

⁶⁷ SLIGLITZ, Gabriel A. y ECHEVESTI, Carlos A. “*El Daño Moral*”, Primera Edición Editorial pág. 239

c) La lesión a los bienes con valor de afección "Los bienes de goce".-

Está constituido por el valor especial que el titular otorga a ciertos bienes, como el que resulta a veces respecto de ciertos animales domésticos, el inmueble adquirido con gran sacrificio, etc. Este valor de afección se diferencia claramente del valor patrimonial del objeto y conculcado el mismo puede dar lugar a un daño moral.

Al respecto, Osterling Parodi, señala que cuando el acto ilícito no comporta por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas, se tiene un daño moral o no patrimonial⁶⁸.

De ahí que la distinción entre daño patrimonial y moral no dependía de la índole de los derechos que son materia del acto ilícito, sino de la repercusión que este acto tiene en el patrimonio. Agrega que "la lesión a un derecho patrimonial puede ocasionar un daño material, y también uno moral, en cuanto moleste a la persona en el "goce a sus bienes", como dice el artículo 1078 del Código Civil (se refiere al Código Civil Argentino); del mismo modo, el ataque a un derecho no patrimonial verbigracia, el honor puede ocasionar, y a menudo produce, no solamente un perjuicio moral, sino también uno material, si el desprestigio o la deshonra del afectado determina la frustración de beneficios económicos esperados (pérdida de un contrato, etc.)"⁶⁹.

⁶⁸ OSTERLING PARODI, Felipe (2003). *"Tratado de las Obligaciones"*. Lima: Fondo Editorial PUCP. T. X. Volumen XVI Cuarta Parte, pág. 377.

⁶⁹ OSTERLING PARODI, Felipe (2003). *"Tratado de las Obligaciones"*. Lima: Fondo Editorial PUCP. T. X. Volumen XVI Cuarta Parte, pág. 376.

Si bien el artículo 1985 diferencia entre el daño moral y el daño a la persona; la Doctrina actual, ha establecido que cuando se habla de daño a la persona, se incluye, por un lado, al daño físico como al daño moral (por lo que el daño moral no es doctrinariamente una afectación diferente, sino parte de la afectación a la persona); y del otro lado al daño al proyecto de vida, entendido como la afectación a la libertad necesaria para concretar las conductas destinadas a un desarrollo personal propio, y único.

4.3.7. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA ¿CONSTITUYE PARTE DEL DAÑO MORAL O ES SOLO UNA ELABORACIÓN DOCTRINARIA?

En el Perú para hablar de daño extrapatrimonial necesariamente debemos remitirnos a la obra del Dr. Carlos Fernández Sessarego, a quien se le atribuye haber incluido dentro del artículo 1985 el concepto de daño a la persona diferenciándolo del daño moral, pues para este autor existe una nítida distinción entre la genérica noción de "daño a la persona" y el concepto de "daño moral".

Dentro de su posición, el Dr. Fernández Sessarego distingue además el "daño al proyecto de vida" como una grave limitación al ejercicio de la libertad en que consiste el ser humano - como un componente del "daño a la persona".

Es del caso precisar, que no obstante haber sido Fernández Sessarego miembro de la comisión encargada de la redacción de las normas sobre Responsabilidad Extracontractual del Código Civil, él justifica la confusión creada al haberse incorporado dentro del Código el daño a la persona como uno distinto al daño moral, al explicar que el proyecto estaba considerando únicamente al daño moral, pero por insistencia de él en una última reunión



sostenida con el Dr. Arias Schreiber, en aquel entonces Ministro de Justicia, logró que se contemple el daño a la persona dentro de las normas de la responsabilidad extracontractual (lo que él considera un gran mérito de ese momento), y lo que explica además la razón por la que el daño a la persona no se incluyó en el Libro de Obligaciones. Este hecho al final ha creado confusiones y discusiones a nivel doctrinario las cuales, hasta la fecha se mantienen.

Para el tratadista peruano Fernández Sessarego, el daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que tiene como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual, es decir, "es un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico". Por su contenido, considera que no tiene sentido otorgarle autonomía, en cuanto en su opinión el mismo se encuentra conceptualmente subsumido dentro de lo que es el "daño a la persona", que incide además sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, lo cual afecta la manera en la que la persona había decidido vivir, trunca su destino perdiendo el sentido mismo de su existencia.

Tal vez en el Perú el mayor crítico a la diferenciación que hace Fernández Sessarego respecto del daño a la persona y el daño moral es Leysser León, quien mediante sus obras se pliega a la posición de la doctrina generalizada en el sentido que el daño a la persona está comprendido dentro del daño moral, y que este último debe ser definido con dos alcances diferentes:

"En sentido estricto y propio, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los

sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por ende es, daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causada a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho.

En sentido lato e impropio, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es daño moral en este sentido, no sólo el que se ha indicado en el estricto, sino el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física.

Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan”.

En línea con lo expuesto, para esta corriente el daño a la persona no debería tener el nivel de categoría dentro del ordenamiento peruano, pues el mismo se encuentra incluido dentro de lo que es el daño moral. Cabe precisar que Leysser León considera que la inclusión del daño a la persona en nuestra legislación es producto de una mala interpretación por parte del Dr. Fernández Sessarego de lo dispuesto al respecto por el ordenamiento italiano, que es de donde se importa este concepto.

Para esta corriente de pensamiento, “moral” es lo contrario a “material”, razón por la cual no debemos hacer una diferenciación entre daños



patrimoniales y no patrimoniales, sino entre daños materiales y daños morales, entendido el daño moral como aquel que abarca todas las consecuencias del evento dañoso que no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de derechos fundamentales; “el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos o afectos más importantes y elevados”, o que el daño moral es aquel daño que afecta un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporeales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad. La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible, tantas como sean las faceta de la personalidad, valores, estimativas del ser humano.

Sin duda, hay posiciones diversas sobre el tema.

A toda esta discusión, se agrega el Daño al Proyecto de Vida como el derivado de una alteración del proyecto existencial por el cual optó la persona en tanto ser libre ⁷⁰. El daño al proyecto de vida es la consecuencia de un colapso psicosomático de tal magnitud para el sujeto, para cierto sujeto, que anula su proyecto futuro. El impacto psicosomático es de tal proporción que suma

⁷⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Apuntes para una distinción entre el Daño al proyecto de vida y el daño psíquico”. En Themis, pág. 165

al sujeto en un vacío existencial y “el desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital⁷¹.

El Daño al proyecto de vida es que frustra, menoscaba o retrasa la realización personal en lo que ella tiene de más significado. El daño al proyecto de vida es una lesión a la libertad fenoménica, es decir, a la realización en la vida comunitaria de una decisión personal sobre el destino mismo de la existencia. Toda persona posee un proyecto, el que traduce en lo medular lo que la persona decide ser y hacer con y en su vida. Los valores que él encarna le otorgan sentido y razón de ser a la vida humana⁷².

El Daño existencial no tiene nada que ver con las lágrimas, los sufrimientos los dolores, los padecimientos del alma. El daño moral es esencialmente un sentir; el daño existencial es sobre todo un no hacer, es decir, un no poder más hacer, un deber actuar de otra forma, un relacionarse de manera diferente⁷³.

El Daño al proyecto de vida se revela, entonces, como una tensión presente entre el pasado y la resignación de un futuro esperable y legítimo. La distancia disvaliosa que, por razón del daño que se la ha infringido, separa al hombre de este futuro razonable y no meramente hipotético habrá de cuantificarse desde la óptica de un pasado demostrable. No es una chance, no es una mera probabilidad⁷⁴.

⁷¹ Ibídem pág. 165.

⁷² VEGA MERE, Yuri. (2009). “Carlos Fernández Sessarego: El Hombre y su obra. Semblanza En homenaje a un auténtico humanista”. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas* – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. 1° Edición. Lima: Editora Jurídica Motivensa, pág. 67.

⁷³ MENDELEWICZ, José D. (2009). “El Daño existencial. Alcances de la doctrina y jurisprudencia italiana”. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas* – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Ibídem, pág. 286.

⁷⁴ BURGOS, Osvaldo R. (2009). “El Hombre como promesa: tiempo y libertad. El Daño al proyecto de vida y el Daño existencial ¿Son asegurables?”. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas* – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Ibídem, pág. 315.



Aquello que Fernández Sessarego denomina derecho a la libertad, recientemente es llamado por nuestra parte como derecho a la realización personal, fundado en los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana. La realización de la prerrogativa de cada uno a desarrollar la actividad de realización de la persona, no sólo entre el Estado y el ciudadano sino también entre privados, se asume como derecho subjetivo. Las connotaciones de tal situación jurídica subjetiva están todas presentes en nuestro caso: se trata de un poder libre sustentado por la fuerza del derecho estadual. El titular de tal poder es, en otras palabras, libre de doblegar a la propia voluntad los comportamientos de los otros coasociados (privados o administración pública) y de defenderse de las agresiones (materiales y jurídicas) en la medida en la que sea obstaculizado en el ejercicio del poder.

Y ello a través de una acción inhibitoria o una acción de resarcimiento, con la ayuda como es lógico del Poder Judicial. En el sistema italiano, la Constitución es directamente la fuente de poder, que no requiere de normas de actuación sectorial de carácter ordinario o de minuciosas previsiones reglamentarias para ser operativa. En otros términos, constatada la existencia a nivel constitucional del derecho de cualquiera a realizarse como persona, es absolutamente irrelevante que no existan normas de rango ordinario que precisen, a su vez, las facultades y modalidades de actuación de tal derecho subjetivo.⁷⁵

⁷⁵ BILOTTA, Francesco. (2009). El Daño a la Persona en el Derecho Peruano. *"Daño al bienestar", "Daño al proyecto de vida" y Daño existencial: Una lectura comparada.* En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. *Ibidem*, pág. 327.

CAPÍTULO V

CUANTIFICACIÓN Y RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1.- CONSECUENCIAS DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Quando una víctima sufre un daño moral, objetivamente la consecuencia es un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual, si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto culposo o doloso del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, lo que incrementa su padecimiento, es decir, actúa como agravante del daño. Este equilibrio debe reestablecerse, necesariamente, a través de formas adecuadas de resarcimiento y, en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que compense o atenúe lo sufrido, por medio del dinero (que es una representación de valor), pues de lo contrario la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, la ocurrencia de un daño injusto intencional o negligente,

lo que puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada).

El daño extrapatrimonial debe ser resarcido, en tanto daño efectivamente sufrido, y la distinción entre haber sido causado con culpa o dolo y sin culpa por atribución objetiva de responsabilidad, graduarían el monto en función exclusivamente del daño moral que dicha intencionalidad o negligencia en sí misma cause a la víctima, agravándolo.

Bajo ningún punto de vista debe consistir en una suerte de indemnización punitiva, por cuanto ésta solo puede enriquecer indebidamente a la víctima, pues va más allá de la reparación; asimismo, no es aceptable considerar resarcitorio el alivio al ánimo de venganza, pues en modo alguno puede emplearse para ello al derecho, ni servir éste de canal para una finalidad semejante. Lo relativo a la punición, si bien puede en algunos casos ser válida, es ajeno a la responsabilidad civil y corresponde a otras áreas, como la administrativa o la penal.

Al resarcir los daños patrimoniales con dinero, tampoco es tan cierto que con ello se lleva a la persona a idéntica situación que tenía antes de la ocurrencia del daño, por lo que es también una ficción, solo que mucho más leve.

En suma, se cuestiona la función satisfactiva de la responsabilidad civil, por considerarla "una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio"⁷⁶, una reminiscencia de la vieja idea de venganza, y por ello debe transitarse con mucho cuidado por esta vía, a fin de no

⁷⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual". Tomo I, Volumen IV, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. pág. 97

ser (el sistema, el juez) instrumento de venganza personal. No es que no sea reparable este tipo de daño, sino que no se sabe cómo repararlo, el cuestionamiento apunta a la idoneidad del dinero para ello, por considerarse algo demasiado "material" para aplacar algo tan "inmaterial".

Los daños pueden ser cuantificados por la Ley y sus sucesivas modificaciones, por el juez o por las partes⁷⁷.

A nivel doctrinario la polémica respecto del tema se encuentra dividida.

Por una parte están los que consideran que la reparación del daño moral constituye una pena – sanción al ofensor; por otro, los que prefieren considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Una posición intermedia prefiere considerar que funcionalmente, la reparación tiene carácter sancionatorio y resarcitorio simultáneamente.

En cuanto a los primeros, Ripert señala, lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción a la víctima, sino el castigo del autor. Los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino carácter ejemplar. La teoría de la pena privada no tiende, pues a reparar el perjuicio causado sino a castigar al agente.

No se dirige a mitigar el dolor. Su fin es que el derecho atropellado no quede sin sanción. Su carácter no es indemnizatorio sino ejemplarizador⁷⁸

Respecto, a la teoría de la pena privada y la teoría de la satisfacción, Solf García Calderón refiere que no cabe responsabilidad sin previo hecho ilícito, propio o de terceros. La dañosidad se refiere a las consecuencias que el ilícito causa. Daño es la lesión originada por el hecho. Siendo una derivación de éste, es

⁷⁷ BUERES J. Alberto (1997). *"Responsabilidad Civil"*. 2da Edición, Buenos Aires: Editorial: Hamurabi; pág 289

⁷⁸ RIPERT, *"La règle morale dans les obligations civiles"*, pág. 332.

lógico que el daño sea posterior en cuanto al nacimiento. Sin embargo, en la realidad se ve que ambos pueden emerger simultáneamente. La reparación de los daños morales reposa sobre estos elementos que dan origen, respectivamente a la teoría que fundamenta la reparación sobre la idea de pena privada y a la teoría que hace descansar la reparación en al idea de satisfacción.⁷⁹

Así tenemos que para el Doctor Fernando de Trazegnies⁸⁰ “la indemnización del daño moral se asemeja más conciente o inconcientemente a una multa privada que a una reparación de perjuicio”, este autor explica que el daño moral “es en realidad un daño patrimonial económico; pero cubre todos esos aspectos en lo que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente”; por su parte en España Jaime Santos Briz⁸¹ nos dice que “se dividen los autores en dos grupos. Para unos, la reparación del daño moral no difiere esencialmente de toda otra reparación. Para otros, esa pretendida reparación no es más que la aplicación de la idea de pena privada, explicándose por el sentimiento de venganza de la víctima y por la necesidad de sancionar todo acto culposo.

De otro lado, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitoria, doctrina a la que se adhiere nuestro Código Civil en su artículo 1322 al precisar que “el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, lesión que resulta estimable pecuniariamente considerando la

⁷⁹ SOLF GARCÍA CALDERÓN, Alfredo (1945). “*Daño Moral*”. Lima: Editorial Junín, pág. 86

⁸⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2003). “*La Responsabilidad Extracontractual*”. Tomo II. Quinta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 94

⁸¹ SANTOS BRIZ, Jaime (1993), “*La Responsabilidad Civil*”, Tomo I sétima edición. Madrid: Montecorvo p.p. 180 a 181.

magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia,⁸² pues no hay que olvidar que el daño moral en sentido estricto, es aquel que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales sino afectando sentimientos, valores,⁸³ o como diría Zannoni son estados del espíritu a consecuencia del daño.

Sin embargo, la propuesta de nuestro ordenamiento jurídico es considerar que la indemnización del daño moral es distinta al daño patrimonial, en éste último la responsabilidad civil cumple funciones de reparación pues tiene por finalidad reponer a la víctima al estado anterior al momento en el que ocurrió el evento dañoso mediante la asignación de utilidades de naturaleza económica que compensen su pérdida, mientras que en la indemnización del daño moral a pesar de la posición de algún sector de la doctrina que lo considera una pena privada, la posición mayoritaria es aquella que considera que su función es aflictivo consolatoria, es decir mitigadora por la imposibilidad de reparar ese daño en sentido estricto, en resumen, la finalidad de la indemnización del daño moral es compensar a la víctima a través del dinero, negar la posibilidad de esta indemnización implicaría que la víctima pretenda hacer justicia por sus propias manos.

En ese sentido, no cabe duda que para reemplazar una cosa por otra, para reparar o resarcir algo por algo, es necesario que ambas sean equivalentes, con el objeto de que la que reemplaza sea igual que la reemplazada, sin embargo, esta operación no puede funcionar en los casos de daños morales, por cuanto no puede equipararse dos magnitudes que serían incongruentes.

⁸² Código Civil Peruano. Artículo 1984.

⁸³ PAZOS HIYASHIDA (1984), Javier. "Código Civil Comentado". Tomo X. Gaceta Jurídica. Pág. 285

Por ello el derecho a recurrido a otros medios adecuados para resolver el problema, como es por el aspecto pecuniario.

Así la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera;⁸⁴ pues no puede medirse la cantidad del daño moral, no hay unidad de medida que pueda valorizar el daño moral. No es posible reponer el honor lesionado entregando otro honor que sería la única verdadera unidad de medida,⁸⁵ sino el rol que cumple, es más bien SATISFACTIVO, en el sentido de que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.⁸⁶

Aquí debe entenderse, que no se pretende que haya equivalencia entre daño y la reparación. Hay que tomar el problema con la relatividad propia de la limitación del espíritu humano y contentarse con una aproximación,⁸⁷ por eso se dice que el daño no podría valorarse sino en una medida siempre inferior a la realidad.

Por lo expuesto, coincidimos en señalar que el derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia

⁸⁴ ZANNONI, Eduardo A. (2005). *"El Daño en la Responsabilidad Civil"*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. 200.

⁸⁵ SOLF GARCÍA CALDERÓN, Alfredo (1945). *Daño Moral*. Lima. Editorial Junín. Pág. 123

⁸⁶ ZANNONI, Eduardo A. (2005). *"El Daño en la Responsabilidad Civil"*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. p.p.305 y 306; agrega también este autor que: "no se trata de dolor con placer se paga, ni de poner precio al dolor".

⁸⁷ GAROFALO citado por Solf Garcia. Pág 32.

de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente.⁸⁸

El daño puede repararse en dos formas: La restitución en especie y la indemnización pecuniaria.

- A. La restitución en especie.- consiste en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de acaecer el hecho dañoso y consiste en una obligación de hacer.
- B. La indemnización pecuniaria.- consiste en pagar una suma dineraria, que represente el valor del daño experimentado y se resuelve en una obligación de dar.

Es así, que de esta clasificación, al producirse un daño, si nada dice, la reparación será en especie, caso contrario se optara por la indemnización pecuniaria si así lo desea. Por otro lado se hace mención que existen ventajas del procedimiento de la reparación en especie, son las siguientes:

- Satisface plenamente el ideal de la reparación del objeto dañado, volviendo las cosas al estado anterior, borrando el daño.⁸⁹
- Descarta el aspecto especulativo o lucrativo que puede significar la indemnización dineraria y los propios problemas de la moneda con la depreciación del signo, intereses, etc.⁹⁰

De estas dos ventajas mencionadas, dichas reparaciones son imposibles para casos de homicidio, lesiones, privación de la libertad, violación, rapto y otros, las

⁸⁸ ZANNONI, Eduardo A. (2005). *"El Daño en la Responsabilidad Civil"*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág 153.

⁸⁹ BUERES J. Alberto (1997). *"Responsabilidad Civil"*. 2da Edición, Buenos Aires: Editorial-Hamurabi; pág. 293.

⁹⁰ *Ibidem*, pág 293.

cosas no pueden volver a ser como antes. Cabe decir que la reparación será dineraria solo cuando la reparación fuera materialmente imposible de hacerla en especie.

Según Orgaz, existen motivos para tomar la opción por el resarcimiento dinerario:⁹¹

- a) La reparación por el deudor puede efectuarse de manera deficiente y/o incompleta, dando lugar a nuevas cuestiones o reclamos toda vez que el responsable se muestre poco diligente o el acreedor disconforme con lo hecho.
- b) El deudor puede no ser la persona más indicada para reparar los perjuicios causados por acción.
- c) La reparación in natura constituye, la mayoría de la veces, una obligación de hacer y no de dar, por eso, si el responsable se rehúsa, no hay forma de conseguir que cumpla.
- d) Al acreedor del resarcimiento es posible que le sea más útil el dinero, que la reparación de lo dañado o temer el incumplimiento de la nueva obligación de hacer, etc.

La valoración y la cuantificación del daño moral son operaciones distintas para Zannoni: en tanto el daño sustantiviza un concepto jurídico abstracto, la valoración y cuantificación de los daños (y de su indemnización) "implica ya, un esfuerzo de particularización de concreción", lo cual supone " a partir de los elementos que nos proporciona el concepto jurídico abstracto, una suerte de individualización

⁹¹ Orgaz citado por BUERES J. Alberto (1997). "Responsabilidad Civil". 2da Edición, Buenos Aires: Editorial-Hamurabi; pág. 294.

casuista que, no es ocioso señalarlo, presupone también generalizaciones derivadas de aquél.⁹²

Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa; ello supone indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas (o carentes de valor) en la subjetividad del damnificado que derivan dicha minoración, y una vez valorado corresponderá cuantificar la indemnización, determinando cuanto deberá pagarse para lograr alcanzar una justa y equilibrada reparación por el daño causado.⁹³

Existen criterios doctrinales recogidos en algunas sentencias peruanas que tratan de crear parámetros a tomarse en cuenta al momento de la cuantificación del daño moral, sin embargo generalmente las sentencias que cuantifican el daño moral resultan impredecibles por la falta de uniformidad de estos criterios, y muchas veces el texto de las mismas carecen de motivación que nos indique cuales son las razones por las que se han establecido los montos dispuestos en el fallo, es decir no se ha logrado una jurisprudencia clara que determine si considera que existen diferencias entre daño moral y daño a la persona, es más las sentencias penales cuando fijan un monto de reparación civil ni siquiera distinguen cuando se refieren a daños patrimoniales ni cuanto a daño moral, los magistrados peruanos no exigen la probanza del daño moral para poder cuantificarlo, siendo para ellos suficiente que haya una lesión o perjuicio extramatrimonial para establecer un quantum sin criterio que nos permita establecer el por qué dicho monto; la jurisprudencia no se ha encargado de

⁹² ZANONNI, Augusto (2001) "*Significado y alcance de la cuantificación del daño (una aproximación generalizadora, en revista de derecho de Daños*", 2001-1 pág. 7.

⁹³ GUERSI Carlos Alberto (2006). "*Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis*". Tercera Edición. Buenos Aires: Astrea, pág. 260 y siguientes.

establecer que elementos se deben analizar para determinar la magnitud del daño. Por otro lado el abogado peruano no distingue en sus demandas cuanto pide por daño moral de cuanto es lo que corresponde al daño patrimonial, ni demuestra el daño extramatrimonial sufrido.

Juan Espinoza Espinoza.⁹⁴ Al estudiar la jurisprudencia peruana señala lo siguiente:

- En materia Laboral las indemnizaciones fijadas en 11 sentencias van entre S/ 8,000.00 y S/ 30,000.00
- En materia penal al imponer los jueces indemnizaciones por todo concepto, es imposible discriminar un promedio para el daño moral.
- En materia civil aprecia que un juez valora, sin mayor fundamento, la pérdida de un ojo en S/. 20,000.00 y unas quemaduras entre piernas de una ama de casa en S/. 25,000.00.

Vale decir si una persona en el Perú desea solicitar una indemnización por daño moral, no encontrará respuesta respecto al monto que presumible debería recibir tomando en cuenta las circunstancias de su caso, ni los elementos de prueba que debe recabar conforme a las exigencias del juez peruano, ya que no tiene elementos para determinar eficientemente si vale la pena o no afrontar un proceso judicial.

Según la doctrina existen dos formas de valoración y cuantificación del daño, una que determina la ley y otra que la determina el Juez dentro de un proceso judicial. En el caso peruano lo determina el Juez ya que no existen tablas de

⁹⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006) *"Derecho de la Responsabilidad Civil"* IV edición. Lima: Gaceta Jurídica, pág.296.

valoración. Sin embargo existen criterio doctrinales recogidos en algunas sentencias que tratan de crear parámetros a tomarse en consideración al momento de la cuantificación mientras que algunos países de la comunidad europea para valorar y cuantificar por ende indemnizar, dirigen su mirada a la dignidad de la persona humana, pues este es el pilar fundamental de la legislación internacional, y su reconocimiento supera las fronteras continentales para convertirse en una base de solidez universal. Ello no implica otra cosa que las lesiones sufridas por los seres humanos a su integridad deba ser necesariamente reparada independiente de las circunstancias o características individuales de la víctima.

Valorar el daño es establecer su entidad cualitativa, Zavala de Gonzáles refiere al respecto "la valoración es esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras."⁹⁵

Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde equilibrar su repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos se debe proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización (taxatio).⁹⁶

En cuanto al daño patrimonial, su valoración y cuantificación ofrece por lo general menos dificultades por cuanto la indemnización debe guardar razonable equivalencia con el detrimento o menoscabo económico producida a raíz del hecho generador de responsabilidad civil.

⁹⁵ ZAVALA DE GONZÁLES. "Resarcimiento De Daños (Presupuestos Y Funciones Del Derecho De Daños)", pág 481.

⁹⁶ ASCARELLI "Obligación Pecuniaria", en comentario del Código Civile, Scialoja-Branca, Libro1, p.p 517 y 518.



El problema es más delicado, cuando nos encontramos frente a una materia de daño moral, pues falta aquí un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización pecuniaria.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han establecido que procede la reparación del daño moral, dicho asunto no resulta pacífico en cuanto a cómo debemos comprender este concepto y bajo qué sistema y parámetros aplicaremos su cuantificación.

Algunos consideran el daño moral en relación al bien jurídico afectado, y serían todos aquellos que tienen una importancia esencial en la vida de una persona, cuya lesión viola la tranquilidad espiritual, la paz, sus relaciones de vida, el honor, la tranquilidad; en consecuencia no requieren más requisitos para su reparación que la prueba del ilícito y la titularidad del imputado.

Otros lo aprecian, para los efectos reparativos, en relación a sus efectos, entendiéndolo como una pérdida que va más allá del dolor que provoca, concretándose en una disminución profunda del ánimo, preocupaciones más allá de las normales o estados de irritabilidad que superan el propio dolor del Daño.

En cuanto a la prueba del Daño Moral, se ha establecido que como todo Daño éste también debe ser probado por quién lo invoca como fundamento de la acción reparadora. Pero, surge la pregunta ¿Qué es lo que se prueba? ¿Puede probarse el dolor psíquico o moral de una persona, cuando se supone que éste se encuentra radicado en lo más profundo del ser? Aún, ilustrado el Juez su decisión en base a pericias psiquiátricas o psicológicas, siempre habrá un riesgo de apreciación subjetiva.

Para Díez-Picazo, el daño moral no debe ser “simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Para algunos, debería ser objeto de algún tipo de prueba. Es indudable que se debería incluir como parte del petitorio en la demanda y merecer una argumentación.

Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas.”.⁹⁷

Por ello, es sustentable sostener que la exigencia procesal cambia de sujeto cuando se acredita el hecho objetivo, la lesión o violación de un bien jurídico mediante una acción antijurídica y la existencia de una determinación del sujeto actuante, en cuyo caso corresponde a éste acreditar que su acción dañosa objetivamente no ha probado lesión alguna.

En la imposibilidad de contar con parámetros o tablas destinadas a prestar información al Juez, algunas ideas importantes son las siguientes:

- a) El dolor físico causado por el ilícito.
- b) El impacto moral del hecho sobre la víctima.
- c) El tiempo de postración o convalecencia.
- d) Consecuencias de la lesión física o psíquica permanentes o temporales, parciales o totales.

⁹⁷ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. (1999). “Derecho de Daños”. Madrid: Editorial. Civitas; pág. 329.

- e) Condiciones personales de la víctima en especial su edad.

5.2.- CRITERIOS PARA CALCULAR O CUANTIFICAR LOS MONTOS INDEMNIZATORIOS DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Precisamente, el problema se centra en la discusión acerca de los criterios a utilizar para la cuantificación del daño moral, tarea bastante difícil dada su naturaleza. Es claro que la solución dependerá de cada caso y de las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, no debiendo limitarse a cálculos puramente matemáticos (ello ha sido indicado por GHERSI).

Se pueden plantear, como ejemplo, a propósito de la valuación del daño moral, algunos criterios que han surgido en la jurisprudencia argentina. Para tal efecto, manifestamos los que Ghersi precisa:

- a) El resarcimiento del daño moral no tiene por qué guardar proporción con la indemnización que se asigne, por ejemplo, por daño emergente. Así, si cada daño afecta bienes jurídicos distintos es natural que el resarcimiento de unos y otros no tenga por qué tener relación, más aún, cuando cabe la posibilidad de que se presente únicamente el daño extrapatrimonial.
- b) Su valuación no puede estar sujeta a cánones estrictos. En todo caso, se debe tener como meta la búsqueda del resarcimiento integral cuando ello sea posible.
- c) Debe valorarse, en su caso, la intensidad de la lesión física, la incertidumbre producida por la propia recuperación y los efectos en el ámbito familiar. Así, corresponderá evaluar la magnitud de los intereses extra patrimoniales comprometidos.

d) La estimación del monto indemnizatorio queda finalmente a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares de cada caso.

Los criterios antes mencionados, son una muestra de la búsqueda por hacer objetivos los parámetros para cuantificar el daño moral. Empero, en todo caso, devienen en una muestra de lo difícil que resulta la cuantificación.

Por su parte, la normativa nacional en responsabilidad extracontractual establece que es indemnizable el menoscabo producido tanto a la víctima como a su familia. Vienen a la mente los casos de sufrimiento y dolor de los familiares que son susceptibles de ser resarcidos.

Adicionalmente, se ha planteado que el daño moral no se agota en la esfera de la familia, considerada en estricto, sino que podría llevarse a la esfera de otro tipo de relaciones como el noviazgo o el concubinato.⁹⁸ Consideramos que la norma, en este punto, puede ser objeto de interpretación.

⁹⁸ TABOADA. CORDOVA, Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad Civil*. Segunda Edición. Lima: Grijley, pág. 69.



CAPÍTULO VI

PROPUESTA NORMATIVA DE DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RELACIÓN ENTRE LA TEORÍA Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

6.1.- DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DESDE UNA PERSPECTIVA EXEGÉTICA.

En cuanto al daño extrapatrimonial, en forma muy incipiente y solo para el supuesto de injuria se estableció la posibilidad de solicitar indemnización: "En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria" (artículo 2022).

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

6.1.1.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

Este Código, que se mantuvo dentro de la tradición de la culpa con algunas excepciones, no reguló el daño moral contractual la jurisprudencia lo introdujo, pero tímidamente reconoció el daño moral extracontractual en el artículo 1148:

“Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”.

Por su novedad y forma de inclusión en la norma, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele así un carácter subsidiario,⁹⁹ a pesar de que la Exposición de Motivos de este Código, las distinguía y no estableció en modo alguno tal subsidiariedad:

“No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales... Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales.”

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

⁹⁹ REY DE CASTRO, Alberto. “*La Responsabilidad Civil Extracontractual*”. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado, Lima, p. 352.

independiente del daño moral, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió ese parecer, aunque no de inmediato.¹⁰⁰

6.1.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El vigente Código civil, que introdujo la responsabilidad objetiva para el caso del riesgo creado (bienes y actividades riesgosos o peligrosos) en la responsabilidad extracontractual, reconoce y regula el daño moral tanto en la esfera obligacional como en la denominada extracontractual:

A).- Responsabilidad por inexecución de obligaciones:

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

B).- Responsabilidad extracontractual:

- Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
- Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Si bien no se señala en forma expresa, el daño extrapatrimonial por violación de los derechos de la persona puede ser resarcido, tanto si se ha producido dentro

¹⁰⁰ "JURISPRUDENCIA NACIONAL. *En la causa 381/1943*, R.S. 6.7.43, la Corte Suprema declaró que la indemnización por el daño moral no era admisible por vía de acción, sino como consecuencia de otras demandas. Este punto de vista no llegó a prosperar; era evidentemente restringido, admitiéndose más adelante acciones aisladas por daños extramatrimoniales.

de una relación obligacional o fuera de ésta. Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el artículo 17 del Código civil, son el de igualdad entre varón y mujer (no discriminación), a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor. Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como de los derechos fundamentales en general, además de las acciones civiles o constitucionales- que puedan ejercerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria, puesto que los supuestos para su ejercicio se dan: antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución (la regla general es que el factor de atribución es subjetivo, y solo a modo de excepción será objetivo, por lo que dicha regla se mantiene, debiendo analizarse las circunstancias y los hechos de cada caso a fin de aplicársele el factor que corresponda). Finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

6.2.- DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

Autores argentinos como Iturraspe y Piedecasas¹⁰¹ postulan que existe una unidad práctica de la responsabilidad contractual y extracontractual, ambos tipos de responsabilidad presentan más aspectos en común que diferentes en los siguientes puntos:

- Base normativa diferencia.

¹⁰¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDACASAS, Miguel A. (2007). "Responsabilidad civil y contratos. Responsabilidad contractual" Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, p.p. 50- 51.

- Competencia judicial unificada en la mayoría de las jurisdicciones
- Medios comunes de prueba
- Pautas y principios procesales comunes
- Plazos de prescripción (innecesariamente) diferentes.
- Factores de atribución de responsabilidad con tendencia a la uniformidad
- Consideración diversa de los daños con tendencia a la uniformidad.

Ahora bien estos aspectos de orden práctico, tienen su correlato en el tratamiento legal del daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual.

Para empezar debemos advertir que el artículo 2059° del Código Civil italiano prescribe "El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley", al respecto Renato Scognamiglio,¹⁰² en su investigación en la década de los sesenta, asimiló el daño moral al daño no patrimonial, y sostiene que sólo es reparable en casos excepcionales, es decir en aquellos expresamente previstos en la ley.

Al respecto, Guido Alpa¹⁰³, detalla que es resarcible el daño moral en la responsabilidad contractual al señalar que "El Tribunal de Génova ha aplicado tablas como hemos anotado- incluso para los daños morales, en correlación con la entidad de la invalidez permanente y temporal, y de los tratamientos terapéuticos. En cuanto a los deudos, se toma en cuenta también la edad del difunto, y se siguen, así mismo, tablas de aquel tipo"

¹⁰² SCOGNAMIGLIO, Renato (1962) *"El Daño Moral Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual"*, Bogota Colombia: publicación de la Universidad Externado de Colombia. pág. 13.

¹⁰³ ALPA, Guido, (2006), *"Nuevo tratado de la Responsabilidad Civil"*. Primera edición en castellano. Lima: Jurista Editores, pág. 831.

En la realidad argentina, el artículo 522° del Código Civil de dicho país, establece: "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causa, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancia del caso". Por tanto, de acuerdo a lo expresamente señalado en esta norma, en materia de responsabilidad contractual existe la posibilidad de reparación por daño moral.

El autor Carlos A. Gheresi¹⁰⁴ agrega al respecto que esta norma es aplicable a las etapas pre y poscontractual; por tanto se incluye a la oferta, e incluso poscontractual (vicios redhibitorios y garantías) con todas sus consecuencias. Asimismo en materia de responsabilidad extracontractual el artículo 1078° del Código Civil argentino establece que "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 comprenderá al damnificado directo, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"

Al respecto Gheresi¹⁰⁵ además de resaltar que este supuesto no está supeditado a la discrecionalidad del magistrado, como ocurre con el artículo 522° de la misma norma, que refiriéndose expresamente al daño moral en materia contractual pone su atención en el damnificado y la gravedad del suceso dañoso.

¹⁰⁴ GHERSI, Carlos A (2006). "Daño Moral y Psicológico. Daño a la Psiquis", Ob. Cit., pág. 87.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, pág. 87.



En cuanto a la función del daño moral en los contratos el escritor López Herrera¹⁰⁶ reitera lo dicho en ocasión de tratar el daño moral en general, es decir que el daño moral en los contratos no tiene, en esencia ninguna diferencia con el daño moral derivado de un delito o cuasidelito. Debe ser un resarcimiento por lesiones o modificaciones disvaliosas de los bienes espirituales, a lo que agrega que, el hecho se exija un requisito de prueba más estricto en determinada clase de contratos parece lógico. Pero ello no quiere significar que en algunos tipos de contratos no se apliquen las mismas presunciones de daño in re ipsa que en los cuasidelitos o delitos.

Por ejemplo en el contrato de servicios médicos a nadie se le ocurre decir que los padres o conyugues deben probar el daño moral que resulte de la muerte de un hijo o del conyugue. Lo mismo puede decirse para el contrato de transporte de personas.

Asimismo el autor antes citado, agrega que valen también las mismas consideraciones respecto de la amplitud de discreción con que cuentan los jueces para calcularlo, y también que muchas veces detrás de esta cuantificación de los jueces no expresen que en realidad lo que condenan tiene poco y nada que ver con un resarcimiento de daños, sino más bien con un intento de moralizar el orden económico, a este efecto debe resaltarse que este autor al empezar su estudio pone como ejemplo el caso de un banco que revocó unilateralmente una tarjeta de crédito mientras el tenedor se encontraba de viaje en el extranjero, siendo que este caso fue condenado a pagar daño moral.

¹⁰⁶ LÓPEZ HERRERA, Edgardo (2006), "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Primera Edición Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina SA, pp. 184 y siguientes

Según Luis Pascual Estivill, exigir un daño no significa solamente demandar una pérdida evaluable en dinero, pues el hombre no solo se resiente cuando le lesionan sus intereses materiales, la violación de intereses de orden moral puede ser que le ocasione trastornos de más amplio espectro y hasta puede herirle sentimientos más profundos. Es elemental que por tanto que se siga la tesis de que tanto la víctima por daños materiales como el que lo sea por perjuicios morales, puede ejercitar la acción de responsabilidad contra el agente diseñador, la que se dilucidará, en función del origen de la misma, en los ámbitos obligacional, extracontractual o bien en la esfera penal, si en la oportunidad de la comisión de una ilicitud se perforara el diagrama que separa el ilícito civil del penal.¹⁰⁷

Asimismo este autor al referirse al monto de la reparación o indemnización añade que también inciden en la conformación del monto económico de la reparación, cuando éste incide sobre el crédito o prestigio de un comerciante, entre otros supuestos.¹⁰⁸

El daño no patrimonial, según De Cupis, se puede derivar también de la violación de un derecho patrimonial, pues el hecho dirigido contra el patrimonio de una persona puede incidir en su esfera psíquica, destruyendo o reduciendo, por ejemplo, su tranquilidad ligada a su anterior seguridad económica. Si tal hecho constituye un delito, el daño que él se produzca será resarcible. El juez, al declarar la gravedad del sufrimiento o angustia moral del perjudicado, deberá

¹⁰⁷ ESTIVILL, Luis Pascual (1985) *"Derecho De Daños"*. Tomo II. Segunda edición. Barcelona: Bosch casa editorial, pág. 873.

¹⁰⁸ *Ibíd*em pág. 899

tener en consideración la medida en que han quedado otros bienes patrimoniales, que puedan contribuir a disminuir este sufrimiento.

Agrega que el juez al declarar el daño no patrimonial, deberá servirse de todos los elementos probatorios que disponga, por lo que la prueba podrá suministrarle, a este respecto, elementos de juicio más o menos consistentes, si bien aproximados, considera la naturaleza del daño. Esta misma entidad debe ser medida pecuniariamente, traducida en una cifra dineraria y como la medida pecuniaria del daño patrimonial escapa siempre a la prueba, no podrá producirse más que por medio del ejercicio de la facultad de justa valoración del juez.¹⁰⁹

En nuestro país el artículo 1148º del Código Civil de 1936, hoy artículo 1984 del CC de 1984, si bien están enmarcados en el tratamiento del acto ilícito, lo cierto es que se vincula al Artículo IV del Título Preliminar del C.C. de 1936, por ello León Barandiarán¹¹⁰ señala que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral, a lo que agrega que el interés moral autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o su familia, salvo disposición expresa de la ley.

Añade que el artículo 1148º es concreto y limita la posibilidad de iniciar una acción de reparación por daño moral al caso de un acto ilícito. La restricción debe explicarse pues ha habido en general rechazo para admitir la resarcibilidad del daño moral, tratándose de incumplimiento convencional, por el prejuicio pandectista tan arraigado acerca del carácter patrimonial de las obligaciones.

¹⁰⁹ DE CUPIS, Adriano (1975), *"El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil"*, 2ª edición, Barcelona: Bosch Casa Editorial, pág. 559.

¹¹⁰ LEÓN BARANDIARÁN, José (1992) *"Tratado de Derecho"* Civil tomo IV, Lima: WG Editor, pág. 422 y siguientes.

Asimismo indica, así pues, tratándose del daño no patrimonial convencional, solo cabe accionar cuando la ley expresa y concretamente lo consiente; como ocurre, por ejemplo, en el caso de rotura de responsables por culpa exclusiva de uno de los desposados, si la no celebración del matrimonio daña gravemente los derechos inherentes al otro desposado (artículo 240° CC 1984). Tratándose del daño no patrimonial derivado de acto ilícito se permite la acción, en términos generales, en mérito al artículo 1984 del referido Código Civil.

Ahora en el ámbito de la responsabilidad civil obligacional o contractual, dice Taboada¹¹¹ el artículo 1322° se limita a señalar que “El daño moral cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, sin hacer ninguna referencia al posible significado del daño moral. No obstante lo cual, pensamos que debe aplicarse el mismo significado del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual, por tratarse del mismo concepto en ambos casos.

Conforme lo expresado nuestra legislación civil reconoce la indemnización o reparación por daño moral en la esfera contractual y extracontractual bajo las siguientes particularidades.

Si bien entre las normas de nuestro actual Código Civil que regulan la responsabilidad contractual no existe una norma expresa que lo regule, cabe considerar que el libro de Las Obligaciones del Código Civil en el artículo 1322°, establece que el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.¹¹²

¹¹¹ TABOADA CORDOVA, Lizardo (2003), “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, 2° edición, Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL, Lima, pág. 69.

¹¹² Para el profesor Fernández Sessarego autor del artículo Daño a la Persona y Daño Moral en la Doctrina y en la Jurisprudencia Latinoamericana Actual, Revista Themis N° 38, p. 179 y siguientes, el resarcimiento es la indemnización

Al respecto el autor Javier Pazos¹¹³ citando a Taboada, señala que el daño moral, el cual es parte del daño a la persona, por comparación sistemática con la sección de responsabilidad extracontractual del Código Civil, sería también indemnizable en el campo contractual pues no existe razón alguna para limitar su aplicación al campo extracontractual.

En tal contexto, resulta que la intención del legislador peruano no es tratar como sinónimos al daño moral respecto al daño a la persona, el cual aparece expresamente señalado en el artículo 1984^o, ni tampoco se ha pretendido regular el daño moral sólo en su concepción estricta (daño a los sentimientos, valores, dolor, angustia, aflicción, humillación), sino que el daño moral es daño extrapatrimonial.

Asimismo se advierte que el considerar que la expresión daño moral que se consigna en el artículo 1322^o del Código Civil, se refiere al sentido estricto del término, tiene el peligro que se generen daños de carácter extrapatrimonial que no puedan ser indemnizados en supuestos de responsabilidad contractual.

De otro lado cabe resaltar que si bien a nivel doctrinario gran parte de los autores se refieren al daño moral al tratar el tema de la responsabilidad extracontractual, hoy no queda casi dudas sobre su procedencia en la responsabilidad contractual.

que se traduce en dinero porque la naturaleza del ente dañado lo permite, en tanto que la reparación tiene solo el carácter de indemnización satisfactoria desde que la calidad ontológica del ente dañado hace impracticable una compensación dineraria, por tanto el dinero que se entrega a la víctima tiene el propósito de brindar una satisfacción.

¹¹³ PAZOS HAYASHIDA, Javier. (2004). "Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas" Tomo VI. Primera edición: Lima: Editorial Gaceta Jurídica. pág. 927.

Apoya la tesis que es factible considerar que existe daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual la cita a Héctor Lafaille efectuada por Felipe Osterling Parodi¹¹⁴ según la cual el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más precisas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos.

Es más, el propio Osterling¹¹⁵ señala que aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia.

Incluso se ha dado un significado a la entrega de dinero en el caso de daño moral, al reconocerse que tal entrega significaría una reparación imperfecta, frente a dejar de administrar justicia pese que se evidencia un derecho vulnerado.

O como dice Tomasello¹¹⁶ refiriéndose al daño moral "la indemnización representa un papel diferente, no de equivalencia sino de compensación o satisfacción: no se trata, en efecto de poner precio al dolor o a los sentimientos, pues nada de eso puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas"

¹¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe (1988). "LAS OBLIGACIONES" en Biblioteca para Leer el Código Civil Vol. Vi. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Pág.209

¹¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe (1988). "Las Obligaciones" en Biblioteca para Leer el Código Civil Vol. Vi. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Pág.210.

¹¹⁶ TOMASELLO HART, Leslie (1969). "El Daño Moral En La Responsabilidad Contractual". Santiago de Chile: Editorial. Jurídica de Chile. Pág. 40.

Asimismo de la norma glosada (artículo 1322º) se desprende que basta que el daño moral exista para que proceda su sanción sin importar si su origen y naturaleza es contractual.

Sobre los perjuicios no patrimoniales dentro de la responsabilidad contractual, hay un gran debate acerca de su reparación en el ámbito contractual.¹¹⁷

Son principales temas de esta discrepancia los siguientes:¹¹⁸

- a) La determinación si sólo es relevante para el reconocimiento del daño moral los perjuicios materiales o de directa estimación económica.
- b) En el marco de las posiciones que son contrarias a la reparación, se considera que jurídicamente el dolor, el sufrimiento, las alteraciones disvaliosas de los estados de ánimo, son puramente accesorias e irrelevantes.
- c) Siendo justa la reparación integral del daño, no cabe dejar fuera de dicho cálculo, a los daños extrapatrimoniales.
- d) La gravedad o importancia de la ofensa, injuria o lesión a los sentimientos o afectos es importante para determinar el daño moral; por tanto, no se considera que existe daño moral cuando las ofensas son leves; el dolor reviste el carácter de común o habitual.
- e) En el pasado el daño moral se caracterizó por tener una finalidad punitiva (posición hoy rechazada); sin embargo, reapareció en los daños extrapatrimoniales por incumplimiento de contrato de consumo cuando se

¹¹⁷ Ibídem p.p. 336 a 341.

¹¹⁸ TOMASELLO HART, Leslie (1969). "El Daño Moral En La Responsabilidad Contractual". Santiago de Chile: Editorial. Jurídica de Chile. Pág.337.



sancionó al proveedor de bienes o servicios y se dejó de lado la reparación al consumidor o al usuario.

- f) La autoridad administrativa está legitimada para aplicar multas al proveedor incumplidor, pero no está autorizada para sancionar con una indemnización reparadora el incumpliendo, pues éstas son sanciones de exclusiva competencia de la autoridad judicial dentro de un proceso y con la debida defensa.
- g) En España, la tesis expuesta por Díez Picazo es predominante, según esta, no hay daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales, salvo que la prestación incumplida afectará a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor.
- h) A nivel de la Casación italiana se ha establecido que los daños no patrimoniales son los daños morales puros, es decir aquellos que no causan directa o indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valorables y se identifican con la injusta perturbación de las condiciones de ánimo del sujeto lesionado. Asimismo
la doctrina identifica daño moral contractual directo e indirecto, como directo se identifica si el interés lesionado es espiritual, se considera de orden puramente espiritual, con independencia de que dicha prestación sea susceptible de apreciación económica. Es daño moral indirecto si el bien atacado es patrimonial, pero la lesión repercute en la integridad espiritual de la víctima.
- i) Atendiendo a la relación causal se alude al daño moral inmediato y al mediato. El primero, es decir, el inmediato, se origina cuando el sólo



incumplimiento del convenio trae como consecuencia sin más el perjuicio. Se llama daño moral mediato cuando la inejecución se conjuga con otro acontecimiento que tiene la eficacia de producir el perjuicio.

- j) En el ámbito contractual, existe debate acerca si el daño moral comprende a todos los daños extrapatrimoniales, o si puede configurarse otros daños extrapatrimoniales que vendrían a llamarse daño a la persona nacidos por incumplimientos contractuales. Se precisa que daño a la persona es el género y por tanto el daño moral se mantiene como una de las especies o subtipos que recoge la cuestión del dolor, afectación espiritual, sentimientos o afecciones, heridas; asimismo el daño a la persona es el género de los daños extrapatrimoniales, pues por la vía del incumplimiento contractual se puede presentar daños a la intimidad, vida de relación, proyecto de vida.
- k) Determinar si la reparación del daño moral puede ser imperativa o discrecional; se postula que probado el perjuicio no patrimonial, el juez debe condenar el resarcimiento o decidir según las circunstancias.
- l) El rechazo del juez a reconocer daños extrapatrimoniales invocados por incertidumbre, inquietudes o preocupaciones que se originen en el contrato incumplido, debe ser afrontado por el juez con realismo y prudencia.
- m) El criterio de equidad debe ser entendido como la facultada otorgada a un juez para aplicar la norma al caso, es decir la concepción equitativa permite al juez matizar las soluciones, atendiendo a las características del caso.

- n) Aplicar el criterio de equidad no significa que demostrado el daño extrapatrimonial (daño cierto) el juez pueda rechazarlo, dejarlo de lado, sin reparación.
- o) Es antiguo el debate para determinar el monto indemnizable en caso de daño moral o a la persona, por incumplimiento contractual imputable, aún no está totalmente superado, pues se considera que este tipo de daño no puede traducirse en dinero, es de muy difícil resarcibilidad económica.
- p) Se propone como regla, que la indemnización por daño moral no sea puramente simbólica, pues este proceder encierra una burla y no una compensación, tampoco puede ser muy generosa, pues esta no es su finalidad. Lo que si puede es darse a través de diversas modalidades y no solo económicas.
- q) En cada caso, corresponde al juez hacer que prevalezcan las circunstancias del caso referidas a la víctima en relación a las referidas al deudor responsable.

6.3.- LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA: LA RELACIÓN ENTRE LA TEORÍA Y LA JURISPRUDENCIA. ALGUNAS PRECISIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO COMPARADO.

A continuación, describimos diversos aspectos de las resoluciones judiciales dictadas en nuestro país en torno al daño moral incluyendo comentarios de algunas sentencias de tribunales extranjeros.

Nos hemos ocupado de analizar dichos fallos a través de un cuadro que muestra tanto nuestros comentarios, el contenido textual de los mismos, la referencia a si la materia en controversia estuvo referida al daño moral

derivado de inejecución de obligaciones o de la responsabilidad extracontractual, así como respecto a la cuantificación realizada.

Sin perjuicio de mostrar el detalle antes mencionado, podemos adelantar que nuestras cortes son más bien conservadoras o poco innovadoras al pronunciarse sobre qué es el daño moral, observándose en líneas generales, la ausencia de criterios de determinación del daño moral (salvo una gaseosa noción de equidad).

Es así que haciendo un repaso de la ejecutorias supremas emitidas en la década de los 90 podemos advertir que el concepto de daño moral alude a uno referido a un daño no patrimonial¹¹⁹ que "afecta los derechos de la persona" "como la vida, la salud, la honra, los sentimientos, los afectos"¹²⁰, concepción que podemos apreciar en las sentencias N° 2 y 24 del cuadro de casaciones.

Asimismo, en la sentencia contenida en el N° 18 del cuadro en mención, se alude al daño moral como el inferido a los derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que la de la realidad económica.

De las sentencias anotadas, vemos que, para los magistrados, el daño moral converge el daño a la persona, considerando como elementos de este, el dolor, la pena, la angustia, la inseguridad a efectos de que permitan aquilatar su aspecto objetivo.¹²¹

En tanto, la concepción utilizada por los Tribunales en lo que va de la última década, es a la inversa, pues si bien se delimita la concepción del daño moral y

¹¹⁹ Cas. N° 231-1998- Tacna.

¹²⁰ Cas. N° 197-1997- Lima.

¹²¹ Cas. N° 949-95- Arequipa.

daño a la persona, pero se considera al primero como una especie de la segunda, entendiéndose en el aspecto psíquico de la persona.

Esta delimitación lo podemos advertir en la Casación N° 1632-04-Chincha¹²², al señalar que el daño a la persona se configura como una afectación de los derechos de la personalidad, en tanto el daño moral como el dolor o la angustia que experimenta una persona a causa de un evento dañoso, "...existiendo entre ambos conceptos una relación de género a especie...". Esta idea es desarrollada por el destacado doctor Carlos Fernández Sessarego, quien ha sostenido que el daño moral, dentro de su concepción dominante de dolor o sufrimiento, constituye un aspecto del daño a la persona.

Las sentencias anotadas precedentemente es presentada a modo de ilustración, con el propósito de apreciar la concepción de los jueces respecto del daño moral y daño a la persona, el cual nos permite vislumbrar su tratamiento al momento de su cuantificación.

La jurisprudencia nacional no ha desarrollado recurrentemente el concepto de daño moral ni daño a la persona, recurriendo en las pocas oportunidades en que lo hace, a la doctrina esbozada por el maestro Fernández Sessarego.

En atención a lo antes señalado, se advierte que la casación que, en nuestra opinión, mejor define el daño moral y el daño a la persona, es la Cas. N° 1529-2007-Lima (El Peruano 03.09.07), que señala: *"En cuanto a la indemnización por daño fijada en autos y que es el tema del presente medio impugnatorio, es menester traer a colación lo expresado por el jurista Carlos Fernández Sessarego en el ensayo "Hacia una sistematización del daño a la persona" (Publicado en*

¹²² Citada en el Cuadro de Casaciones en N° 19.



Cuadernos de Derecho número tres, Órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, setiembre de mil novecientos noventa y tres; en "Ponencia I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, mil novecientos noventa y cuatro y en "Gaceta Jurídica", Tomo setenta y nueve-B, Lima, junio del dos mil), al indicar que el daño a la persona y el daño moral son expresiones que corresponden a un mismo concepto o cuando se le confunde con el daño al proyecto de vida; sosteniendo dicho autor que, el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona. En tanto que el daño al proyecto de vida, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, siendo un daño radical, continuado, que acompaña al sujeto durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre su "manera de ser".

El llamado daño moral, no compromete la libertad del sujeto, pues, como se ha anotado es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante la vida de la persona, tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo."

Del análisis de las sentencias vemos que son pocas en las que se plasma un desarrollo jurisprudencial respecto de qué es el daño moral y daño a la persona, limitándose a una somera enunciación, o transcripción doctrinaria y dejándose a criterio del juzgador bajo el principio de equidad, el monto indemnizatorio - procurando una satisfacción equivalente al desasosiego sufrido; con ello no



pretendemos generalizar que sean así en todas las sentencias, pues encontramos algunas que merecen ser destacadas, por la evaluación del caso y el razonamiento lógico jurídico plasmado, como son: la Cas. N° 231-1998-Tacna, Cas. 2497-2003- Cajamarca, Cas. 68-2002- Lima Cas. N° 458-2005-Lima (El Peruano 01.08.06) y Exp. N° 495-82- Lima.

En lo que respecta a los criterios de cuantificación, es de anotar que es casi nula; y si bien tenemos claro que el daño moral no es cuantificable, queda a la sana crítica del juez su valoración; pero no identifica cuales son los elementos que ha de considerar para fijar el monto indemnizatorio, situación evidenciada en las sentencias analizadas.

Puntualmente, en las indemnizaciones por daño moral derivado de la separación de hecho, se han fijado montos excesivos, y en algunos casos se ha justificado en atención al proyecto de vida de la cónyuge perjudicada, pero no pasan de ser situaciones excepcionales.

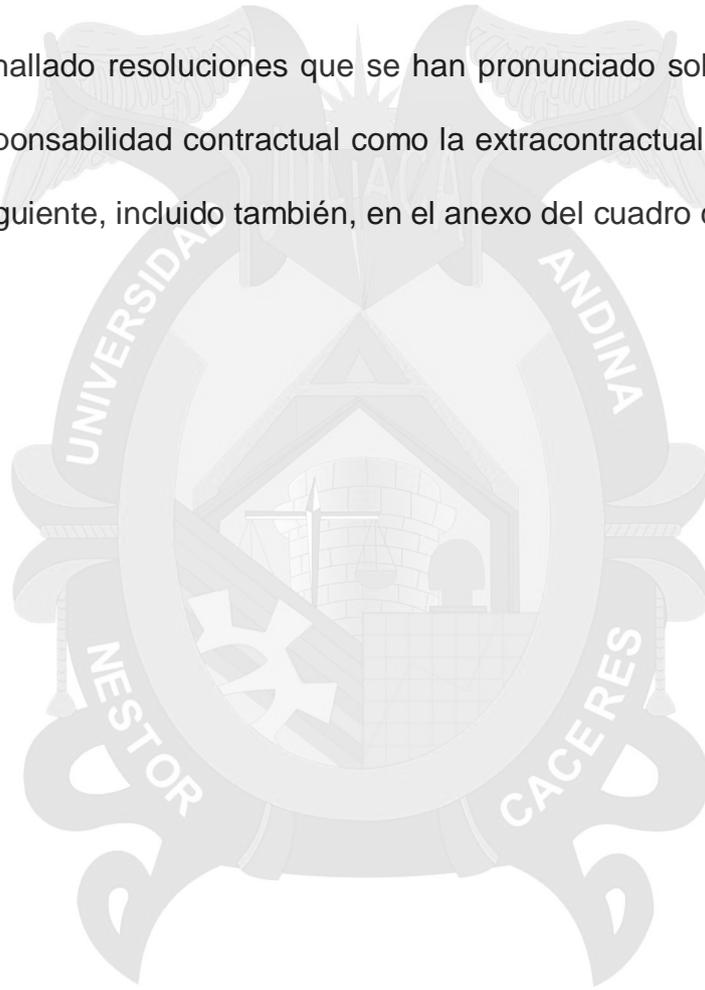
Asimismo, de las casaciones analizadas se aprecia que el daño moral en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (contractual), es excepcionalmente reconocido en la jurisprudencia nacional, siendo tratado con mayor amplitud en los casos de responsabilidad civil extracontractual. En líneas generales, en cuanto al monto indemnizatorio no se encuentra una justificación uniforme por parte de la jurisprudencia nacional, hecho que evidencia un conocimiento superficial por parte de los jueces, lo cual afecta la seguridad jurídica. Siendo el monto indemnizatorio identificado por responsabilidad extracontractual más elevado en la Cas. N° 937-2002- CHINCHA, El Peruano (01.09.03), obrante en el N° 11 del cuadro anexo, ascendente a US.400,000.00, y



como monto menor la suma de S/ 2,500.00, tal como se aprecia de la Cas. N° 2205-2007-Arequipa, obrante en la casilla 39 del cuadro 1 que se anexa a este trabajo.

Si bien la información consta en un anexo, ella es sumamente importante para tener una idea de la manera en la que vienen resolviendo las autoridades judiciales en nuestro país los temas referidos al daño moral.

Hemos hallado resoluciones que se han pronunciado sobre el daño moral tanto en la responsabilidad contractual como la extracontractual según se precisa en el cuadro siguiente, incluido también, en el anexo del cuadro de resoluciones.





CONCLUSIONES

Primera

No es lo mismo daño moral que daño al proyecto de vida; éste último es la lesión a la libertad de la persona a realizarse según su propia y libre decisión, es un daño radical que retrasa, menoscaba o frustra la realización personal. Es un daño que no tiene que ver con el dolor o sufrimiento como el daño moral, sino, que implica la frustración de lo que el ser humano ha planificado en su vida.

Segunda

La jurisprudencia nacional no ha desarrollado abundantemente el concepto de daño moral ni daño a la persona, recurriendo en las pocas oportunidades en que lo hace, a la doctrina esbozada por el maestro Fernández Sessarego.

Del análisis de las sentencias vemos que son pocas en las que se plasma un desarrollo jurisprudencial respecto de qué es el daño moral y daño a la persona,

limitándose a una somera enunciación, o transcripción doctrinaria y dejándose a criterio del juzgador bajo el principio de equidad, el monto indemnizatorio.

Tercera

Respecto de la cuantificación, no existe en el Derecho nacional ni en el Derecho comparado tablas que nos permitan establecer el quantum de indemnización del daño moral. Se justifica la indemnización del daño moral bajo un criterio aflictivo consolador, cuya deficiente valoración conspira contra la finalidad perseguida por ley. Sea que asimilemos el daño moral al daño a la persona o lo mantengamos como un concepto único, no hay duda que el Derecho debe admitir

Cuarta

La falta o carencia de criterios de valoración y cuantificación del daño moral nos lleva a soluciones inadecuadas, como es el pago de dinero simbólico y hasta a veces ínfimo carentes de virtualidad y que no cubren en nada el perjuicio irrogado, conforme se ha podido apreciar del contenido de las casaciones emitidas por el órgano jurisdiccional.

La valorización del daño supone indagar la naturaleza del interés espiritual lesionado, el menoscabo y las proyecciones disvaliosas que se encuentran en la subjetividad de damnificado para luego poder cuantificar la indemnización y lograr una justa y equilibrada reparación.

Quinta

Puntualmente, en las indemnizaciones por daño moral derivado de la separación de hecho, se han fijado montos excesivos, y en algunos casos se ha

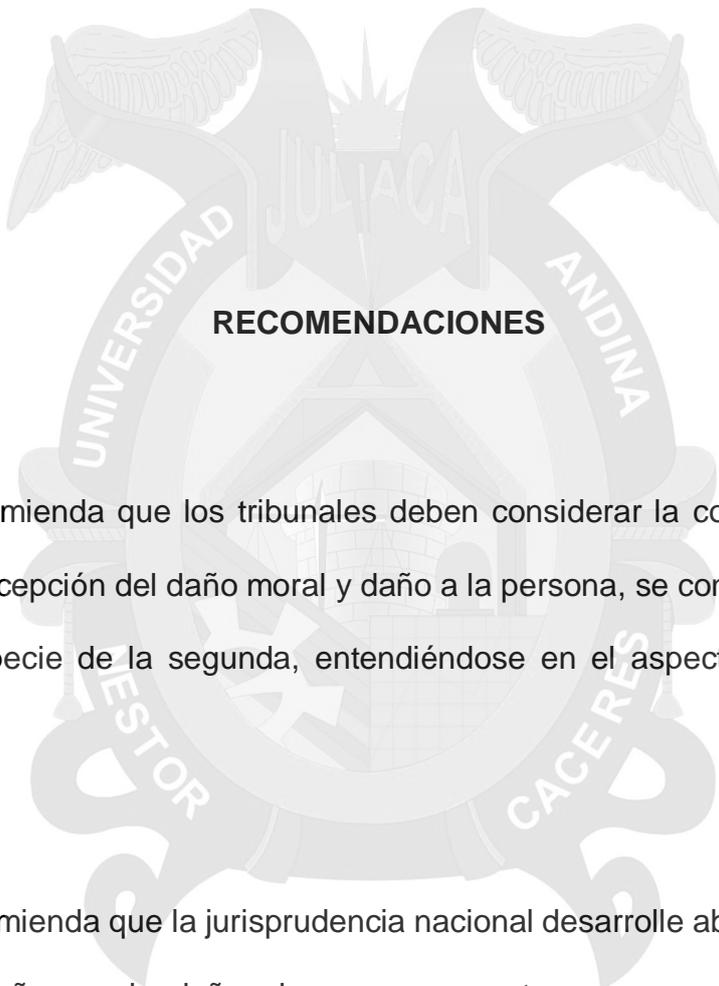


justificado en atención al proyecto de vida de la cónyuge perjudicada, pero no pasan de ser situaciones excepcionales.

Sexta

En líneas generales, en cuanto al monto indemnizatorio no se encuentra una justificación uniforme por parte de la jurisprudencia nacional, hecho que evidencia un conocimiento superficial por parte de los jueces, lo cual afecta la seguridad jurídica.





RECOMENDACIONES

Primera

Se recomienda que los tribunales deben considerar la concepción que se delimita la concepción del daño moral y daño a la persona, se considera al primero como una especie de la segunda, entendiéndose en el aspecto psíquico de la persona.

Segunda

Se recomienda que la jurisprudencia nacional desarrolle abundantemente el concepto de daño moral y daño a la persona, para tener menores problemas en la interpretación como instituto jurídico.

Tercera

Se recomienda que del análisis de las sentencias debemos plasmar un contenido respecto de qué es el daño moral y daño a la persona, y no debe limitarse a una somera enunciación, o transcripción doctrinaria y también no debe dejarse



solamente a criterio del juzgador bajo el principio de equidad, el monto indemnizatorio, sino debemos invocar parámetros indemnizatorios.

Cuarta

Se recomienda a raíz de las casaciones analizadas del daño moral en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (contractual), debe ser reconocido en el mismo grado y amplitud como en los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Quinta

Se recomienda para evitar la inseguridad jurídica, una justificación uniforme en cuanto al monto indemnizatorio por parte de la jurisprudencia nacional, para tener cumplimiento el principio de predictibilidad.

Sexta

Se recomienda crear una tabla de indicadores para determinar el daño causado en la moral o la persona, para evitar desconformidades con los litigantes.

PROPUESTA NORMATIVA

Dado cuenta el estado de necesidad de agregar artículos para extinguir las ambigüedades antes señaladas sugerimos la presente.

Definición de Daño Moral.

ARTICULO 1984° - A

“El Daño Moral es un daño extrapatrimonial que consiste en el sufrimiento que se produce en el aspecto psíquico de una persona, manifestándose en dolor, angustia, aflicción, miedo, u otros.”

Definición de Daño a la Persona.

ARTICULO 1984° - B

“El Daño a la Persona es un daño patrimonial y extrapatrimonial que consiste en la afectación íntegra de una persona como el aspecto físico y psíquico, manifestándose en una incapacidad en el regular desarrollo de un sujeto.”

De los criterios de valoración para la cuantificación de daño moral.

ARTICULO 1984° - C

El Daño Moral es indemnizado considerando los siguientes criterios:

- 1. El dolor físico causado por el ilícito.*
- 2. El impacto moral del hecho sobre la víctima.*
- 3. el tiempo de postración o convalecencia.*

4. Consecuencias de la lesión física o psíquica permanente o temporal, parcial o total.

5. Condiciones personales de la víctima, en especial su edad.

ARTÍCULO 1985° (modificado)

*“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona, el daño moral y **daño al proyecto de vida** 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

ARTICULO 1322° - A

“El daño a la persona, cuando de el se hubiera irrogado también es susceptible de resarcimiento.”

ARTICULO 257° - A

“En la indemnización por oposición injustificada o maliciosa que se regula en el artículo 257°, en ambos casos, la indemnización la fija prudencialmente el Juez, en donde también deberá tenerse en cuenta el daño a la persona.”

ARTICULO 351° - A

De la reparación del daño al conyugue inocente, el Juez deberá conceder también una suma de dinero por concepto de reparación de daño a la persona.

ARTICULO 414° - A

“En los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoría al tiempo de la concepción.



BIBLIOGRAFÍA

1. ALPA, Guido: 2006 *"Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil"*, Primera Edición en castellano realizada en Lima, Jurista Editores E.I.R.L.
2. ALPA, Guido, 2001 *"Responsabilità civile e danno, Bologna"*, Il Mulino, Citando a Massimo Bianca, Luigi Corsario, Luigi, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, FRANZONI, Massimo, MONATERI, Pier Giuseppe, SALVI, Cesare, SCHLESINGER, Piero, Estudios de la Responsabilidad Civil, Lima, Ara Editores.
3. ASCARELLI *"Obligación Pecuniaria"*, en comentario del Código Civile, Scialoja-Branca, Libro1.
4. BARROS, Enrique (2006). *"Tratado de la Responsabilidad Extracontractual"*. Editorial Jurídica de Chile.
5. BILOTTA, Francesco (2009). *"El Daño a la Persona en el Derecho Peruano"*. *"Daño al bienestar"*, *"Daño al proyecto de vida"* y *Daño existencial: Una lectura comparada*. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*.
6. BUERES J. Alberto (1997). *"Responsabilidad Civil"*. 2da Edición, Buenos Aires: Editorial Hamurabi.



7. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, 1997. *"Teoría General de la Responsabilidad Civil"*, Buenos Aires, Novena Edición, Editorial Abeledo-Perrot.
8. BURGOS, Osvaldo R. (2009). *"El Hombre como promesa: tiempo y libertad. El daño al proyecto de vida y el daño existencial ¿Son asegurables?"*. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*.
9. BULLARD GONZÁLES, Alfredo, 1997. *"Estudios de Análisis Económico del Derecho"*, Lima, Ara Editores.
10. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: (1975), *"Diccionario de Derecho Usual"*. Tomo IV Buenos Aires: Editorial EMSA.
11. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: 2008 *"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"* treinta y cinco Edición actualizada, Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina.
12. Cas. Nº 231-1998- Tacna.
13. Cas. Nº 197-1997- Lima.
14. Cas. Nº 949-95- Arequipa.
15. CASTILLO FREYRE, Mario, 1998. *"Tentaciones Académicas"*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
16. CÓDIGO CIVIL PERUANO. Artículo 1984.
17. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, 1997. *"Derecho y análisis económico"*, México, Fondo de Cultura Económica,
18. CRIADO MT. 1994 *"Valoración médico legal del daño personal por responsabilidad civil"*. Editorial MAPFRE, S.A. Madrid
19. DE CUPIS, Adriano (1975), *"El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil"*, 2º edición, Barcelona: Bosch Casa Editorial.
20. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *"Estudios del Contrato privado"*, Lima, Cultural Cuzco S.A., Tomo I, 1983.
21. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *"Derecho de Daños"*, Madrid, Editorial Civitas, 1999.
22. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *"Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984". Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.



23. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006) *"Derecho de la Responsabilidad Civil"* IV edición. Lima: Gaceta Jurídica.
24. ESTIVILL, Luis Pascual (1985) *"Derecho De Daños"*. Tomo II. Segunda edición. Barcelona: Bosch casa editorial.
25. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA Pilar (2006) *"30 lecciones de iniciación filosófica"*, Universidad de La Sabana.
26. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *"Nuevas Tendencias En El Derecho De Las Personas"*.
27. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *"Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico"*.
28. FERNANDEZ SESSAREGO (2003), *Deslinde conceptual entre "Daño a la persona", "Daño al proyecto de vida" y "Daño moral"* En: Revista Jurídica del Perú Año LIII N2 50, Lima, setiembre 2003.
29. GARCÍA GIL, Javier Francisco, 2000 *El Daño Extracontractual y su reparación, tratamiento jurisprudencial*, Madrid, Editorial Dislex, S.L.
30. GHERSI, Carlos Alberto (2006). *"Daño moral y psicológico"*. Daño a la psiquis. Tercera Edición. Buenos Aires: Astrea,
31. GHERSI, Carlos Alberto, 1997 *"Teoría general de la reparación de daños"*, Buenos Aires, Editorial Astrea,
32. IMMANUEL KANT 1781 *"Crítica de la Razón Pura"* Segunda Edición Editorial Espasa-Calpe Madrid.
33. JOSSERAND, Louis, 1868. *"Derecho Civil"*, Paris,
34. LEÓN BARANDIARÁN, José (1992) *"Tratado de Derecho"* Civil tomo IV, Lima: WG Editor.
35. LÓPEZ HERRERA, Edgardo (2006), *"Teoría General de la Responsabilidad Civil"*. Primera Edición Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina SA.
36. MANUEL OSORIO: 2008 *"Diccionario De Ciencias Jurídicas Y Políticas"* Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta.
37. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, 1960. *"Lecciones de Derecho Civil"*, Parte Segunda, Volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
38. MENDELEWICZ, José D. (2009). *"El Daño existencial. Alcances de la doctrina y jurisprudencia italiana"*. En Persona, Derecho y Libertad



- Nuevas Perspectivas - Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego.
39. MESSIONE, Francesco: 1956 *"Manual del Derecho Civil y Comercial"* Tomo III, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa -América, Buenos Aires.
40. MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDACASAS, Miguel A. (2007). *"Responsabilidad civil y contratos. Responsabilidad contractual"* Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, MOSSET Iturraspe, Jorge, y otros, *Daños*, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
41. NEWELL William (1984), *"Romanos: Versículo por versículo"*, Editorial Portavoz, Abril 1.
42. OSTERLING PARODI, Felipe (1988). *"Las Obligaciones"* en Biblioteca para Leer el Código Civil Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
43. PAZOS HAYASHIDA Javier (2005). *"Comentarios al Código Civil"*. Lima: Gaceta Jurídica.
44. PAZOS HAYASHIDA, Javier. (2004). *"Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas"* Tomo VI. Primera edición: Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
45. PINA VARA, Rafael de: *"Diccionario de Derecho"*. Porrúa.
46. PINTO OLIVEROS, Sheraldine (2009). *"La Experiencia Latinoamericana Del Daño A La Persona"*. En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*. Editora Jurídica Motivensa. Primera Edición. Lima.
47. RAMOS NUÑEZ, Carlos: 2009, *"Historia del Derecho Civil Peruano"*, Tomos I, II, III, IV y V, VI, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima.
48. RAMOS NUÑEZ, Carlos: 1997. *"Codificación, tecnología y postmodernidad". La muerte de un paradigma*, Lima, ARA editores.
49. RAMOS NUÑEZ, Carlos 1997. *"El Código Napoleónico y su recepción en América Latina"*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima,
50. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Vigésima Edición, 2001.



51. REY DE CASTRO, Alberto. *"La Responsabilidad Civil Extracontractual"*. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado, Lima.
52. RIPERT, *"La règle morale dans les obligations civiles"*.
53. ROZO SORDINI, Paolo Emanuel (2002), *"El Daño Biológico"*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
54. RODRÍGUEZ M. *"Manual Del Perito Médico"*. Fundamentos Jurídico-Prácticos. Barcelona: Segunda Edición. JM Bosch Editorial, S.A.
55. SANTOS BRIZ, Jaime (1993), *"La Responsabilidad Civil"*, Tomo I séptima edición. Madrid: Montecorvo.
56. SCOGNAMIGLIO, Renato (1962) *"El Daño Moral Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual"*, Bogotá Colombia: publicación de la Universidad Externado de Colombia.
57. SLIGLITZ, Gabriel A. y ECHEVESTI, Carlos A. *"El Daño Moral"*, Primera Edición Editorial.
58. SOLF GARCÍA CALDERÓN, Alfredo (1945). *Daño Moral*. Lima. Editorial Junin.
59. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, 2003. *"Elementos de la responsabilidad civil"*. Comentarios a las normas dedicadas sobre por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual, Lima, Grijley.
60. TOMASELLO HART, Leslie (1969). *"El Daño Moral En La Responsabilidad Contractual"*. Santiago de Chile: Editorial. Jurídica de Chile.
61. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de (1990), *"La Responsabilidad Extracontractual"*, En: Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
62. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de (2003). *"La Responsabilidad Extracontractual"*. Tomo II. Quinta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
63. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, (1995), *"La responsabilidad Extracontractual"*, Tomo I, Volumen IV, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
64. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de (1974). *"Revista de Jurisprudencia Peruana"*, Enero de 1976. N° 384.
65. VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A: 1993. *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Buenos Aires, Ediciones Depalma.

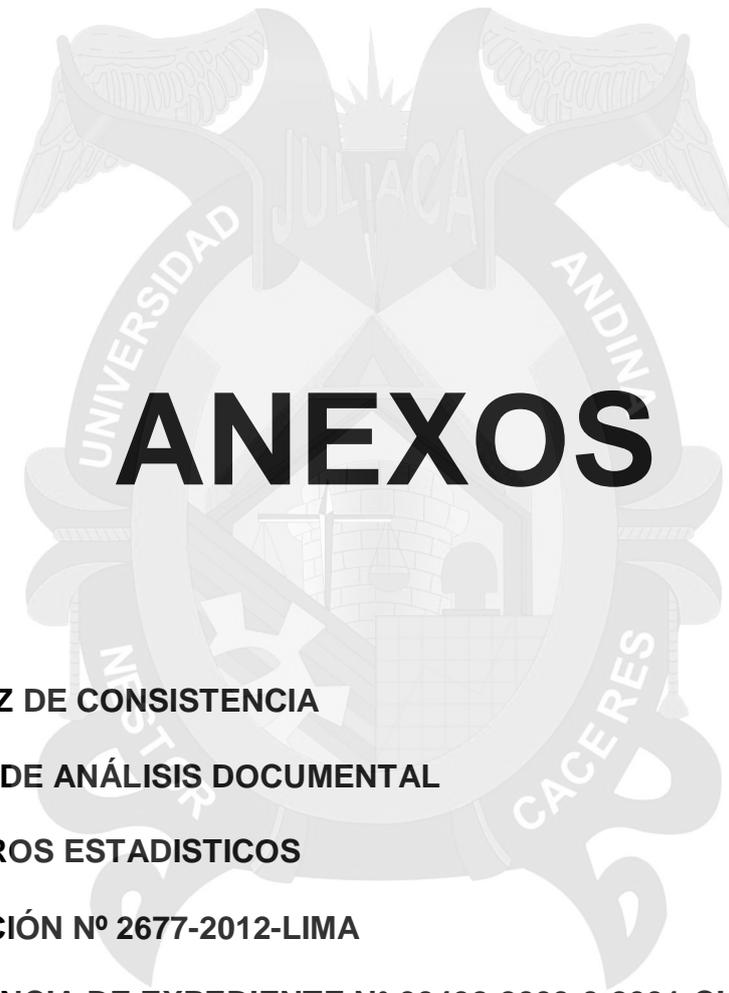


66. VEGA MERE, Yuri (2009). "El Hombre y su obra. Semblanza En homenaje a un auténtico humanista". *En Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas* – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. 1° Edición. Lima: Editora Jurídica Motivensa.
67. VILLANUEVA E, Hernández C. "*Valoración Médica Del Daño Corporal*". En: Gisbert - Calabuig JA, editorial. *Medicina legal y toxicología*. 5ª edición. Barcelona: Editorial. Masson, S.A.
68. VISINTINI, Giovanna: 2002. "*Responsabilidad Contractual y Extracontractual*". Lima, Ara Editores.
69. VISINTINI, Giovanna: 2002. "*Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil*", Lima, Ara Editores,
70. WILHELM NIETZSCHE Friedrich: 1886 "*Preludio a una filosofía del futuro Madrid*". Segunda Edición Editorial Tecnos.
71. WOOLCOT OYAGUE, Olenka (2009). "*La experiencia peruana en la reparación del Daño a la persona*". En *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas* – Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Editora Jurídica Motivensa. 1° Edición. Lima.
72. ZANNONI, Eduardo A. (2005). "*El Daño en la Responsabilidad Civil*". Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
73. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, 1990 "*Daños a las personas: Integridad psicofísica*" t. 2-A, Editorial.-Hammurabi.



HEMEROGRAFÍA

1. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Entrevista en Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Época, Lima, números 27 y 28, Tomo 1992-C (1992).
2. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad Contractual y Extracontractual: de la diversidad a la unidad*. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 1989, (1989), páginas 1186-1196.
3. ALTERINI, Atilio Aníbal *Presunciones de causalidad y de responsabilidad*, en Revista Jurídica Argentina, La Ley, Buenos Aires, Tomo 1986-E, año 1986, páginas 981-991.
4. ALTERINI, Atilio Aníbal *Responsabilidad Objetiva derivada de la generación de confianza*, en Themis, Segunda Época, Lima, p.p. 27-28, marzo 1994.
5. AMILCAR CIPRIANO, Néstor, *Daño moral futuro*, Revista Jurídica Argentina, la ley, Buenos Aires, Tomo 1987-B (1987).
6. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño subjetivo*, Juan Espinoza Espinoza, p.21-28, Revista Jurídica del Perú, Año XLIV, Lima 1, abril, 1992, Dic. 1994.
7. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, artículo publicado en Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, diciembre de 1996, p.p. 47 a 97.



ANEXOS

- **MATRIZ DE CONSISTENCIA**
- **FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**
- **CUADROS ESTADÍSTICOS**
- **CASACIÓN Nº 2677-2012-LIMA**
- **SENTENCIA DE EXPEDIENTE Nº 00492-2003-0-2601-CI-02**

TITULO: "LA DEFINICIÓN, DELIMITACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO"

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGIA
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Existirá una correlación de la doctrina con la jurisprudencia en cuanto a la definición, delimitación y cuantificación sobre la aplicación del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Analizar si existe una correlación de la doctrina con la jurisprudencia en cuanto a la definición, delimitación y cuantificación sobre la aplicación del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>La correlación de la doctrina con la jurisprudencia en cuanto a la definición, delimitación y cuantificación con mayor frecuencia no es Correlacional sobre la aplicación del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>EL DAÑO MORAL</p>	<p>Definición</p> <p>Delimitación</p>	<p>1. Doctrina nacional 2. Doctrina internacional 3. Comisión redactora del Código Civil peruano 1984</p> <p>1. Doctrina nacional 2. Doctrina internacional 3. Comisión redactora del Código Civil peruano 1984 4. Precedentes Judiciales</p>	<p>Método</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Método Científico ✓ Método Lógico ✓ Método Jurídico <p>Tipo De Investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Descriptivo Explicativo <p>Diseño De Investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ No experimental <p>Población</p> <p>Ordenamiento jurídico peruano</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Normatividad material <p>Muestra</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Código Civil 1984 ✓ Jurisprudencia ✓ Doctrina <p>Técnicas E Instrumentos</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Ficha de Encuesta ✓ Cuadros estadísticos
<p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>¿Existirá una clara comprensión de la definición de daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>¿Cuáles son las delimitaciones respecto de la constitución de daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>¿Cuáles son los criterios de la cuantificación del daño en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>Determinar si existe una clara comprensión de la definición de daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>Identificar las delimitaciones respecto de la constitución de daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>Determinar los criterios de la cuantificación del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>HIPOTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>- No existe una clara comprensión de la definición del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>- La delimitación respecto de la constitución de daño moral es confusa sobre lo que constituye respecto de daño a la persona y daño al proyecto de vida en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>- No existen criterios uniformizados por la jurisprudencia respecto de la cuantificación del daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p>La responsabilidad civil Extracontractual</p>	<p>Cuantificación</p> <p>Presupuestos</p>	<p>1. Doctrina nacional 2. Doctrina internacional 3. Comisión redactora del Código Civil peruano 1984 4. Precedentes Judiciales</p> <p>1. accion u omisión 2. comportamiento antijurídico o ilícito 3. produccion de un daño 4. relacion causal entre el comportamiento y el daño</p>	



FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

"LA DEFINICIÓN, DELIMITACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO"

PRIMER Y SEGUNDO JUZGADO MIXTO DE SAN ROMAN - JULIACA

Nº ORDEN	EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	MATERIA	FOLIOS	FECHA DE CONCLUSIÓN	ESTADO DEL PROCESO
01	Nº 0293-2009	Epifania Leon Chambi	Empresa Julsa Angeles Tours S.A.	Indemnización por daños y perjuicios	43	13/09/2010	Improcedente
02	Nº 0355-2005	Ayde Choque Quispe	Julian Ludeña Ore	Indemnización por daños y perjuicios	118	26/05/2007	Improcedente
03	Nº 0002-2011	Francisco Raúl Cano Quispe	Intersur	Indemnización por daños y perjuicios	323	30/03/2013	Fundado
04	Nº 0031-2007	Ignacio Limachi	Victor Alarcón Quispe	Indemnización por daños y perjuicios	36	26/03/2007	Rechazado
05	Nº 0245-2007	Vidal Armando Romero Pineda y otros	Asociación Central de Comerciantes	Indemnización por daños y perjuicios	63	01/08/2008	Improcedente
06	Nº 0215-2004	Juan Wily Apaza del Carpio	Municipalidad Provincial de San Roman -Juliaca	Indemnización por daños y perjuicios	189	22/08/2007	infundado
07	Nº 0038-2005	Griselda Enriquez Lazarte	Dionisio L Hallasi Charca	Indemnización por daños y perjuicios	320	12/11/2007	Fundado
08	Nº 0087-2006	Martin Fabio Calsin Colquehunaca	Cooperativa de transportes Virgen de Fátima	Indemnización por daños y perjuicios	401	27/11/2008	Infundado
09	Nº 0121-2007	Juan Rufino Zea Carreón	Manuel Deza Vargas	Indemnización por daños y perjuicios	222	02/05/2007	infundado
10	Nº 00254	Mario Mamani Mamani	Josefino Mamani Quea	Indemnización por daños y perjuicios	85	25/06/2000	infundado

CUADRO Nº 1

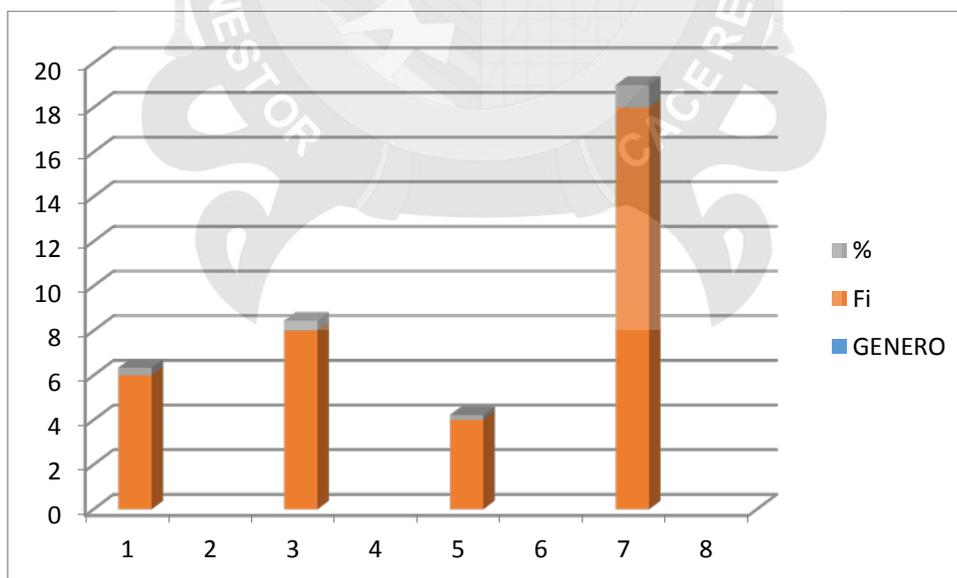
EL RESARCIMIENTO DE DAÑO MORAL SE RESUEVE EN LOS JUZGADOS CIVILES, MIXTOS U OTROS.

GENERO	<i>Fi</i>	%
JUZGADOS CIVILES	06	33.4%
JUZGADOS MIXTOS	08	44.4%
OTROS	04	22.2%
TOTAL	18	100%

FUENTE: Ficha de análisis documental

GRAFICO Nº 1

EL RESARCIMIENTO DE DAÑO MORAL SE RESUEVE EN LOS JUZGADOS CIVILES, MIXTOS U OTROS.



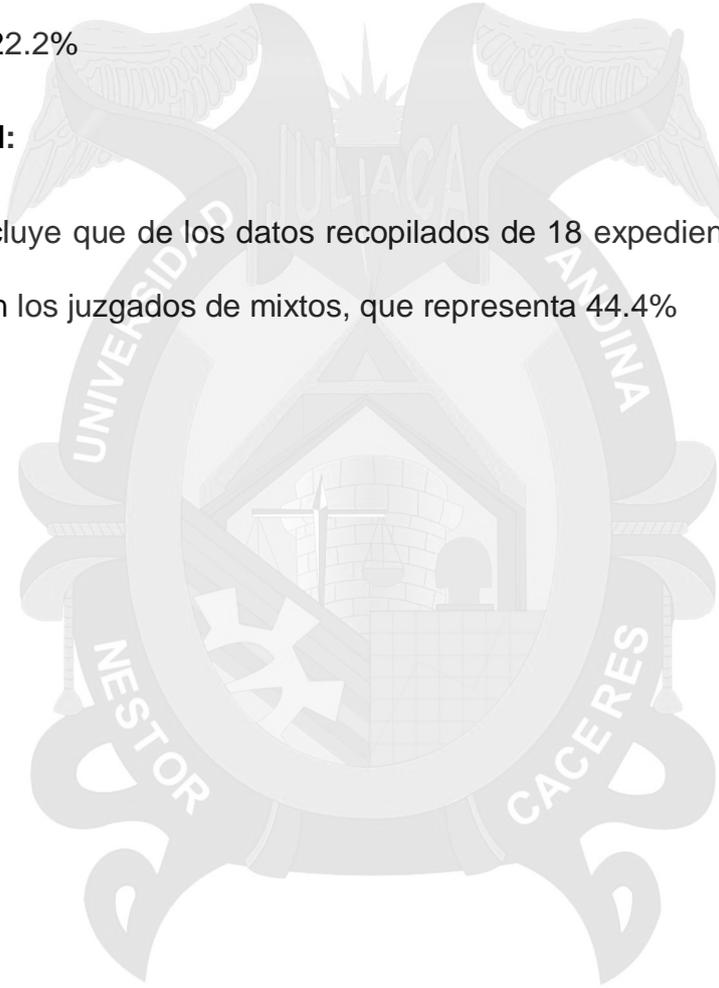


INTERPRETACIÓN:

En los peticiones de reparación civil por daño moral, se contrasta que de 18 expedientes por reparación civil, se tramitan 6 expedientes en los juzgados civiles que representa el 33.4%, y los juzgados mixtos se tramito 8 expedientes que representa un total de 44.4%, y en otros juzgados se tramitan 4 expedientes que representa el 22.2%

CONCLUSIÓN:

Se concluye que de los datos recopilados de 18 expedientes se tramitan 8 expedientes en los juzgados de mixtos, que representa 44.4%



CUADRO Nº 2

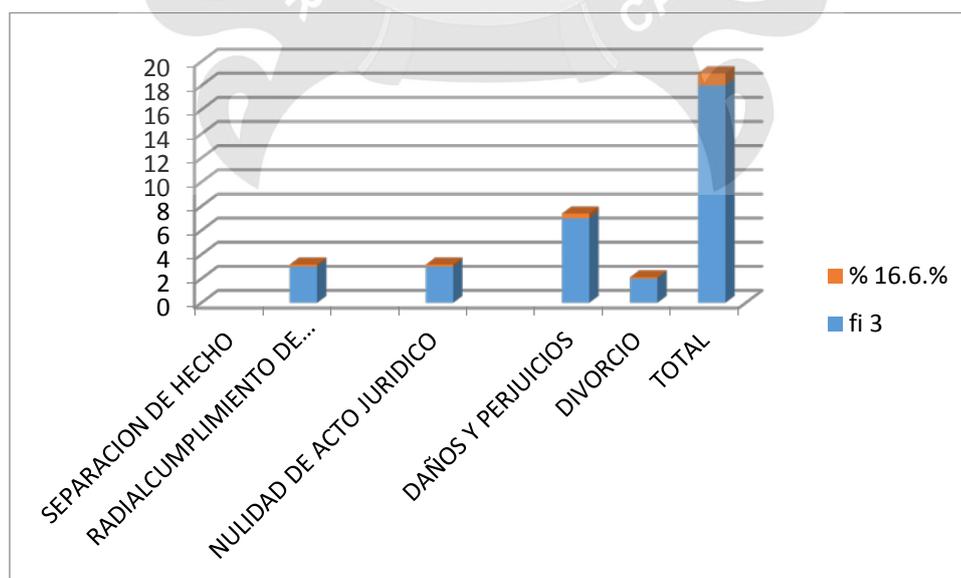
TIPOS DE DEMANDA QUE SE PLANTEA PARA LA PETICIÓN DE REPARACION CIVIL POR DAÑO MORAL

TIPOS DE DEMANDA	fi	%
SEPARACION DE HECHO	3	16.7%
CUMPLIMIENTO DE OBLIGACION	3	16.7%
NULIDAD DE ACTO JURIDICO	3	16.7%
DAÑOS Y PERJUICIOS	7	38.8%
DIVORCIO	2	11.1%
TOTAL	18	100%

FUENTE: Ficha de análisis documental

GRAFICO Nº 2

TIPOS DE DEMANDA QUE SE PLANTEA PARA LA PETICIÓN DE REPARACION CIVIL POR DAÑO MORAL





INTERPRETACIÓN:

En los juzgados se toma 18 demandas donde la demanda de separación de hecho son 3 que representa el 16.7%, y la demanda de cumplimiento de obligación se plantean 3 que representa el 16.7% y la demanda de nulidad de acto jurídico se plantea 3 que representa el 16.7% y la demanda de daños y perjuicios se plantea 7 que representa el 38.8% y la demanda de divorcio se plantea 2 que representa el 11.1%.

CONCLUSIÓN:

Que de un total de 18 expedientes se plantea 7 demandas de daños y perjuicios que representa el 38.8.%

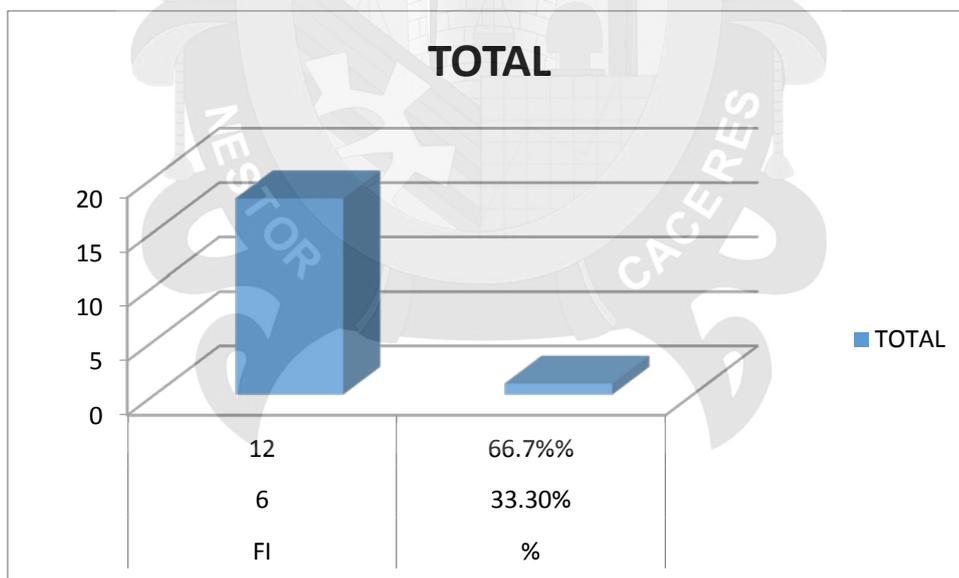
CUADRO Nº 3

LAS DEMANDAS SE PLANTEAN DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y
EXTRACONTRACTUALES

TIPO DE OBLIGACION	FI	%
CONTRACTUAL	06	33.3%
EXTRACONTRACTUAL	12	66.7%
TOTAL	18	100%

FUENTE: ficha de análisis documental

GRAFICO Nº 3

LAS DEMANDAS SE PLANTEAN DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y
EXTRACONTRACTUALES

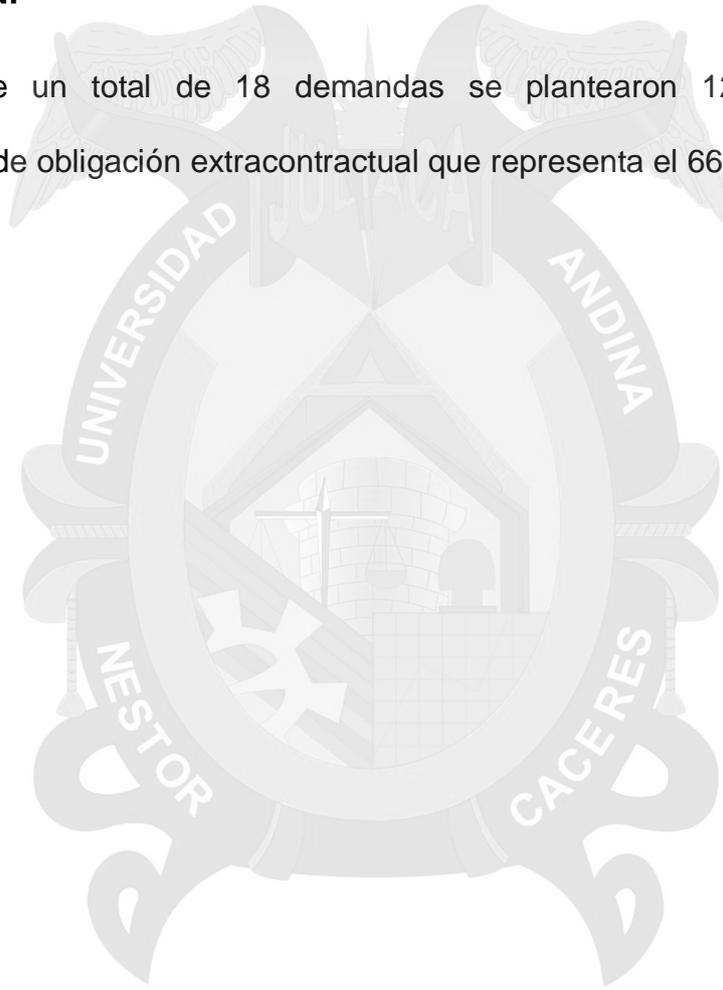


INTERPRETACIÓN:

En las 18 demandas que se plantean son 6 demandas de obligación contractual que representa el 33.3% y las demandas que se plantean de obligación extracontractual son 12 que representa el 66.7%

CONCLUSIÓN:

Que de un total de 18 demandas se plantearon 12 demandas de cumplimiento de obligación extracontractual que representa el 66.7%.



CUADRO Nº 4

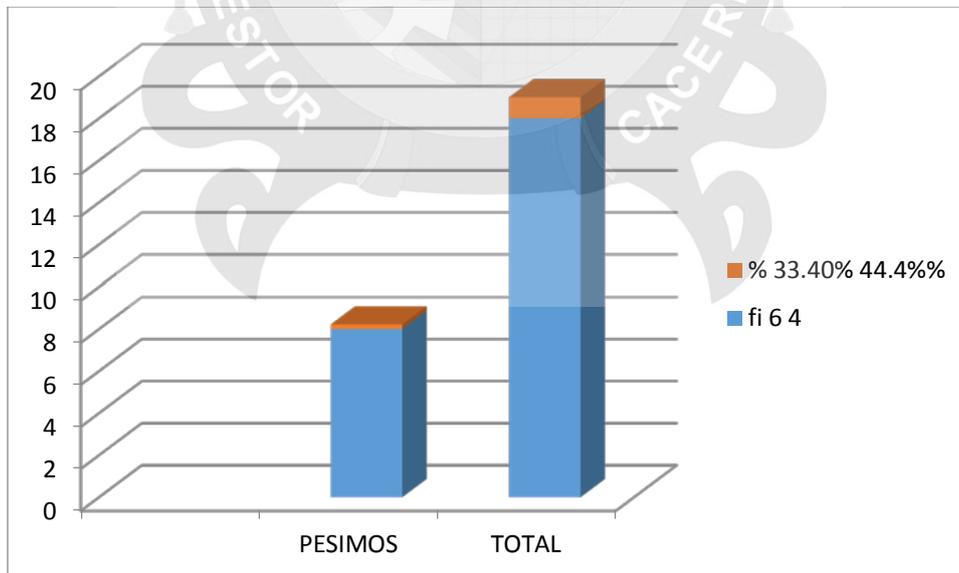
LAS SENTENCIAS QUE SE EMITEN SE CALIFICARON COMO BUENOS, REGULARES Y PÉSIMOS.

SENTENCIAS	<i>fi</i>	%
BUENOS	06	33.4%
REGULARES	04	44.4%%
PESIMOS	08	22.2%
TOTAL	18	100%

FUENTE: ficha de análisis documental

GRAFICO Nº 4

LAS SENTENCIAS QUE SE EMITEN SE CALIFICARON COMO BUENOS, REGULARES Y PESIMOS.



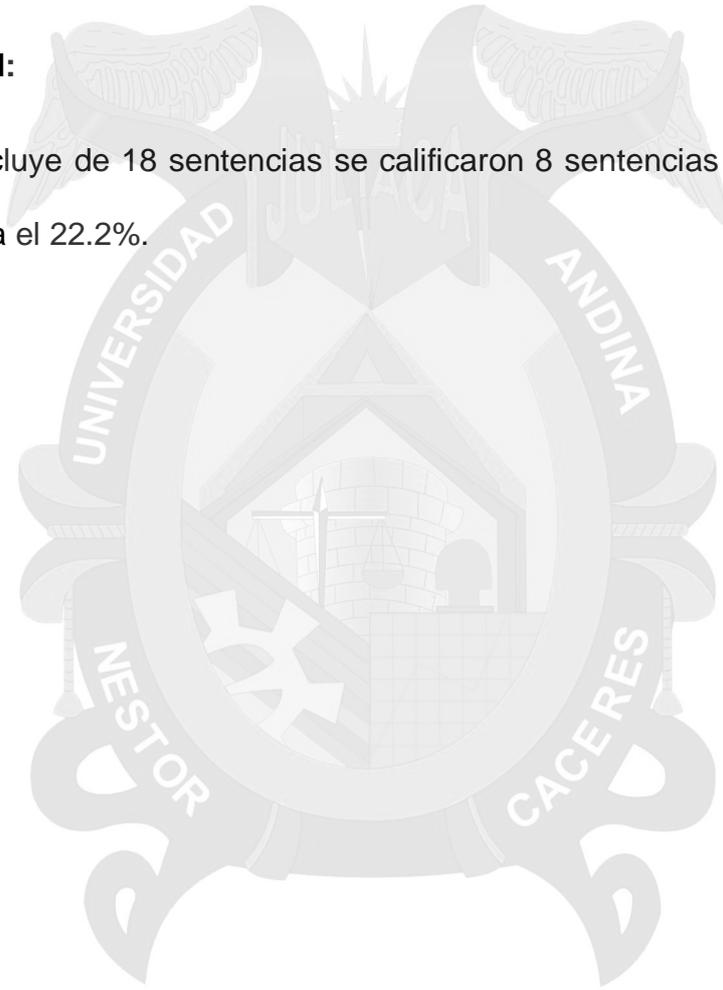


INTERPRETACIÓN:

De las sentencias emitidas por los juzgados se calificaron 18 demandas de las cuales 6 sentencias como regular que representa el 33.4% y 4 sentencias que representa el 44.4% y se calificaron como pésimos 8 sentencias que representa el 22.2%.

CONCLUSIÓN:

Se concluye de 18 sentencias se calificaron 8 sentencias como pésimos y que representa el 22.2%.



CUADRO Nº 5

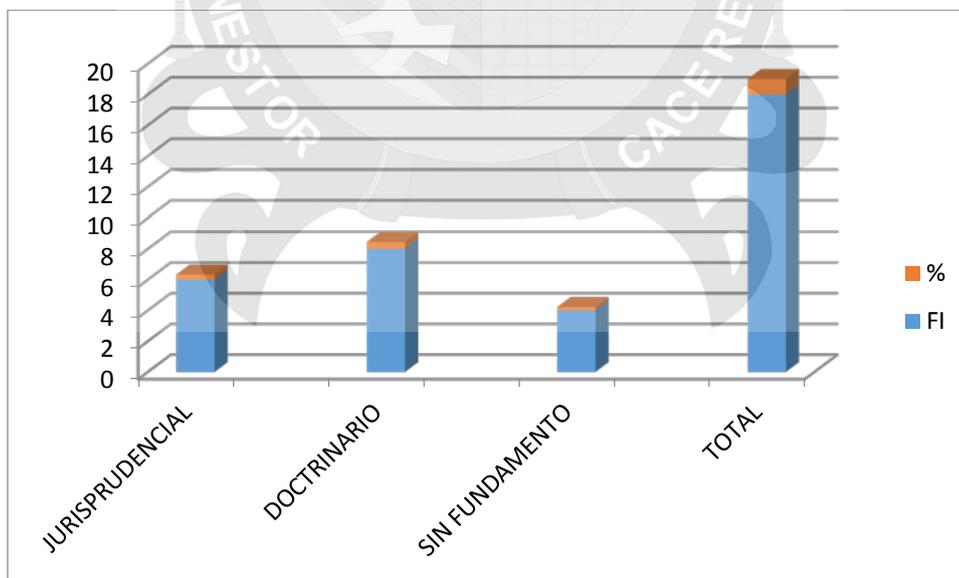
LAS SENTENCIAS EMITIDAS SE FUNDAMENTAN EN JURISPRUDENCIAS,
DOCTRINAS Y OTROS SIN FUNDAMENTOS

FUNDAMENTOS	FI	%
JURISPRUDENCIAL	06	33.4%
DOCTRINARIO	08	44.4%
SIN FUNDAMENTO	04	22.2%
TOTAL	18	100%

FUENTE: ficha de análisis documental

GRAFICO Nº5

LAS SENTENCIAS EMITIDAS SE FUNDAMENTAN EN JURISPRUDENCIAS,
DOCTRINAS Y OTROS SIN FUNDAMENTOS



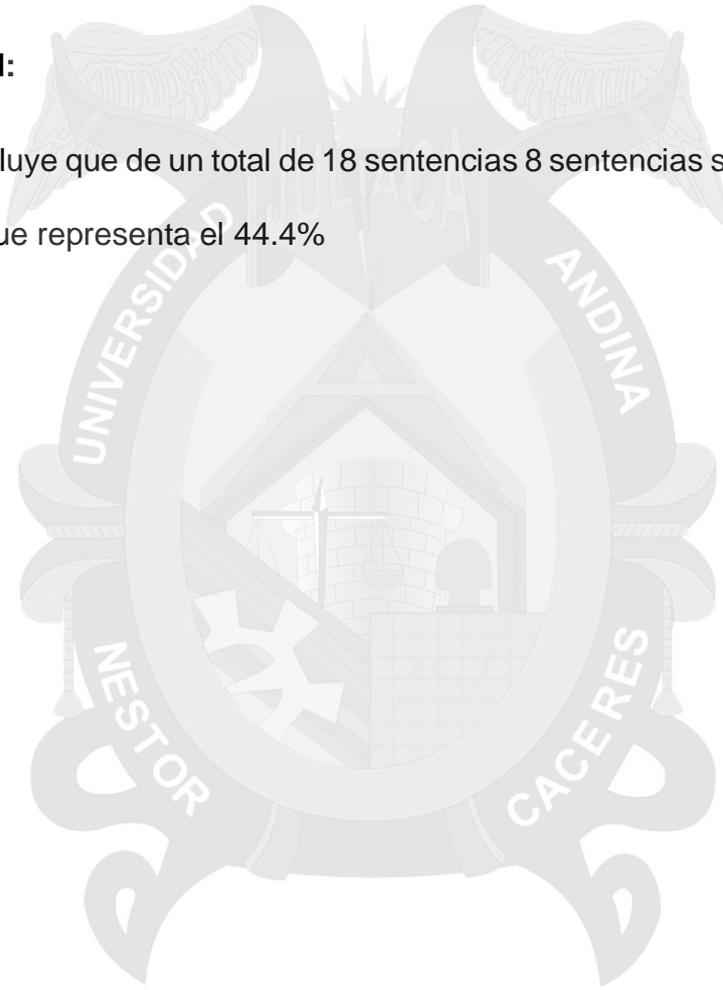


INTERPRETACIÓN:

De las sentencias emitidas por los juzgados de un total de 18 sentencias se fundamentaron 6 sentencias con jurisprudencia que representa el 33.4% y 8 sentencias se fundamentaron con doctrina que representa el 44.4% y 4 sentencias estaban sin fundamentos que representa el 22.2%

CONCLUSIÓN:

Se concluye que de un total de 18 sentencias 8 sentencias se fundamentaron con doctrina que representa el 44.4%



CUADRO N° 6

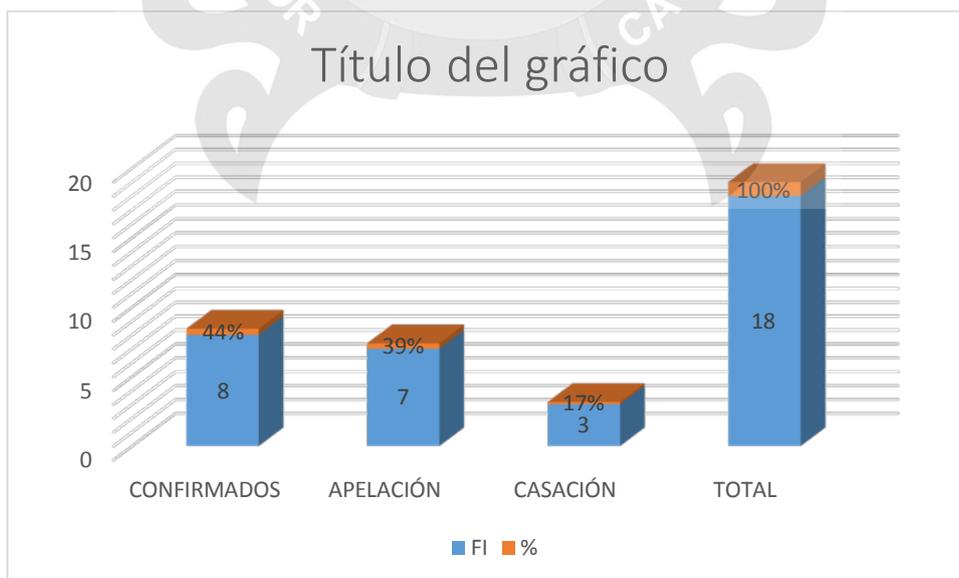
**LAS SENTENCIAS DESPUES DEL RESULTADO SE CONFIRMARON,
APELARON Y OTROS FUERON CASADOS**

RECURSOS	FI	%
CONFIRMADOS	8	44%
APELACIÓN	7	39%
CASACIÓN	3	17%
TOTAL	18	100%

FUENTE: ficha de análisis documental

GRAFICO N°6

**LAS SENTENCIAS DESPUES DEL RESULTADO SE CONFIRMARON,
APELARON Y OTROS FUERON CASADOS**





INTERPRETACIÓN:

De los 18 sentencias emitidas se han confirmado 12 sentencias que representa el 66.7% y 7 sentencias emitidas se casaron el 33.3%

CONCLUSIÓN:

Se concluye que de un total de 18 sentencias emitidas se confirmaron 12 sentencias que representa el 66.7%



CAS. Nº 2677-2012 LIMA.**SUMILLA:**

Cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa, ésta no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada. Lima, doce de noviembre de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: con los acompañados, vista la causa número dos mil seiscientos setenta y siete guión dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

En el presente proceso de indemnización el demandante Humberto Terrelonge Palomino ha interpuesto recurso de casación, mediante escrito de fojas trescientos cincuenta y seis, contra la sentencia de vista obrante de fojas trescientos veinticuatro a trescientos veintisiete, dictada por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha dos de mayo de dos mil doce, que confirma la sentencia apelada, en el extremo que ordena que la Universidad Nacional Federico Villarreal cumpla con pagar al demandante por concepto de daño moral la suma de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados desde la fecha en que se produjo el daño; la revocaron en el extremo que ordenó que la demandada cumpla con pagar a favor del demandante por concepto de lucro cesante la suma de S/. 40,080.00 (cuarenta mil ochenta con 00/100 Nuevos Soles); reformándola declararon infundada la demanda en ese extremo.

II. ANTECEDENTES:**1. DEMANDA:**

Por escrito de fojas cincuenta, Humberto Terrelonge Palomino interpone demanda de indemnización contra la Universidad Nacional Federico Villarreal, solicitando el pago ascendente a la suma de S/. 190,000.00 (ciento noventa mil con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios, por responsabilidad



contractual irrogados a consecuencia del cese sufrido el día dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y tres y dejado sin efecto en el mes de mayo de dos mil uno; alegando como sustento de su pretensión que es trabajador del régimen laboral público normado por el Decreto .Legislativo 276, de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Indica que ingresó a laborar en dicha entidad el ocho de abril de mil novecientos noventa, mediante Resolución número 0644-90-UNFV de fecha veinticinco de julio de mil novecientos noventa, uniéndole con la parte demandada una relación contractual al existir un contrato de trabajo, cuyas obligaciones y derechos para ambas partes se encuentra contenido en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, obligaciones que se encuentran contenidas en el artículo 24 del mencionado Decreto Legislativo, siendo especialmente relevantes las referidas a la progresión en la carrera, a la estabilidad laboral y a la seguridad social comprendidos en los incisos a), b) y ñ) de la indicada norma. Refiere que gozando de estabilidad laboral por su condición de servidor administrativo nombrado fue injusta e inconstitucionalmente cesado por la demandada, en aplicación abusiva y arbitraria de sus atribuciones y facultades como empleadora. Señala que la universidad demandada, a partir de la vigencia del Decreto Ley 25798 de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y dos, fue comprendida en un proceso de reorganización a cargo de una Comisión Reorganizadora, la misma que cesó y sustituyó en sus atribuciones y funciones a los órganos natos de gobierno establecidos por la Ley Universitaria. Sostiene que durante dicha organización se implementaron tanto unos mal llamados incentivos al retiro voluntario como unas supuestas evaluaciones del personal, las mismas que preveían el cese por excedencia de los servidores sometidos a tales exámenes, siendo que su cese se adoptó a través de un aparente procedimiento disciplinario el que se efectuó con absoluta violación de sus derechos constitucionales. Es por ello que en aplicación de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley 27366, substituida por la Ley 27437, el Comité Transitorio de Gobierno de la demandada, establecido por la Ley 27366, revisó los ceses ocurridos durante el lapso comprendido desde mil novecientos noventa y dos hasta el año dos mil, y, como consecuencia de ello, mediante Resolución número 02500-01 del diez de mayo de dos mil uno fue restituido. Asegura que el daño causado por el carácter arbitrario e injustificado de su cese y por ende su obligación de resarcirlo fue reconocido por la propia



Universidad demandada al expedir la referida Resolución que dispuso su reincorporación, al indicar que: "todos los procesos evaluativos llevados a cabo por la Comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional Federico Villarreal, fueron ejecutados, sin la correcta aplicación del debido proceso, perjudicando a los servidores administrativos que se vieron separados arbitrariamente de esta Casa Superior de Estudios". También tal irregularidad se verifica con la expedición de la Resolución número 5809 de la referida Universidad, que rectificó las anteriores Resoluciones números 5541 y 5807, mediante la que se dispone reconocer el tiempo de permanencia en calidad de separados de la Universidad, como tiempo de servicios reales y efectivos para efectos pensionarios y de promoción de categoría docente inmediata superior, según sea el caso, constituyendo esta resolución un reconocimiento del daño causado con los ceses producidos en el lapso 1992 – 2000, esto es, en el mismo periodo en que ocurrió su cese y de la necesidad de su resarcimiento. Por ello solicita se le cancele por daño patrimonial la suma de S/.70,000.00 (setenta mil con 00/100 Nuevos Soles) y por daño extrapatrimonial la cantidad de S/. 120,000.00 (ciento veinte mil con 00/100 Nuevos Soles).

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN:

Mediante escrito de fojas noventa, la demandada Universidad Nacional Federico Villarreal contesta la demanda, señalando que el cese del demandante se realizó mediante procedimiento administrativo disciplinario, por haber incurrido en falta grave tipificada en el literal k) del artículo 28 del Decreto Legislativo 276, procedimiento que nunca cuestionó administrativa ni judicialmente. Señala que se cumplió con reincorporar al demandante al servicio administrativo de la Universidad y que no hubo culpa por parte de las autoridades de la Universidad, pues esta se efectuó en el marco del ejercicio regular de un derecho, siendo de aplicación lo dispuesto por el artículo 1971 del Código Civil. La demandada expresa que el pago de remuneraciones sólo procede por labor efectiva de trabajo, tal como lo establece la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Ley 28411 y que ante un reclamo similar el Ministerio de Economía y Finanzas indicó que no procede el reconocimiento de tiempo de servicios y pago de remuneraciones y beneficios económicos devengados ocasionados por la reincorporación de personal docente y administrativo al amparo de las Leyes 27437, 37366. Menciona que también la



Asamblea General de Rectores señaló lo mismo en el Informe número 303-2020-AL de fecha veintidós de marzo de dos mil dos. En cuanto al daño patrimonial, la demandada sostiene que al momento de expedirse la Resolución C.R. número 635-93-UNFV, de fecha dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y tres, se autoriza a la Oficina Central de Administración para que abonen a los servidores administrativos mencionados en el artículo primero las remuneraciones compensatorias por tiempo de servicios previa liquidación. Finalmente, señala que no ha sido probada la relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo generó (nexo causal), ni el daño que alega haber sufrido, ni que la Universidad le haya producido algún perjuicio.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Se establecieron como puntos controvertidos: 3.1. Establecer si por el hecho del cese en su puesto de trabajo que fue objeto el demandante por parte de la demandada, el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y tres, se le ha ocasionado daño patrimonial (lucro cesante) y daño extrapatrimonial (daño moral y daño al proyecto de vida). 3.2. Establecer, de corresponder, el monto indemnizatorio, en concordancia, con los montos propuestos en el petitorio. 3.3. Determinar si la demandada actuó en el ejercicio regular de su derecho.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas doscientos sesenta y cinco, su fecha treinta de setiembre de dos mil once, declaró fundada en parte la demanda, en el extremo que se solicitó daño moral y ordenó que la Universidad Nacional Federico Villarreal cumpla con pagar al demandante, por concepto de lucro cesante la suma de S/. 40,080.00 (cuarenta mil ochenta con 00/100 Nuevos Soles) y por daño moral la suma de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados desde la fecha en que se produjo el daño e infundada la demanda en cuanto al proyecto de vida. La sentencia considera que en el caso de autos se trata de una responsabilidad contractual, por lo que la antijuricidad está en función al incumplimiento de las obligaciones por una de las partes, tal como está determinado en el artículo 1321 del Código Civil. La sentencia señala que si bien se dispone cesar al demandante por medida disciplinaria, la resolución que lo reincorpora afirma que este fue



arbitrariamente destituido sin aplicación del debido proceso, reconociéndose la vulneración de derechos fundamentales del trabajador mucho más si la demandada no ha acreditado de forma alguna que el actor haya cometido la falta grave que aduce. En esa perspectiva, de conformidad con el artículo 1321 del Código Civil y la Ley de Bases de la Carrera Administrativa era obligación de la administración no cesarlo sino por causa prevista en la ley y al no haberlo hecho así su acción ha sido antijurídica y ha generado daños al demandante que deben ser indemnizados. Asimismo, el fallo señala que para establecer el monto de la reparación debe tenerse en cuenta el artículo 1332 del Código Civil, dado que no habiendo acreditado el demandante que haya percibido los ingresos que señala por los servidores de igual categoría, corresponde se fijen los mismos de modo prudencial, teniendo en cuenta que el actor no estuvo impedido de obtener otros ingresos a parte de los que pudo haber obtenido de seguir laborando para la empleada, y considerando la remuneración mínima de dicho entonces. En lo que corresponde a la pretensión del pago de indemnización por concepto de daño moral y daño al proyecto de vida, debe desecharse ésta última porque no se ha acreditado que las expectativas del demandante eran efectivamente ascender en su carrera administrativa; mientras que en relación al daño moral tiene en cuenta que resulta normal que a cualquier persona el despido lo afecte.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

Mediante escrito de fojas doscientos ochenta y cuatro la demandada Universidad Nacional Federico Villarreal, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que en el presente caso no se trata de un despido sino de una destitución que fue consentida por el actor al no impugnarla. Alega que su representada autorizó a la Oficina Central de Administración para que previa liquidación abone la compensación por tiempo de servicios, por lo que no hay daño ni perjuicio ocasionado. Señala que las únicas entidades para determinar si un proceso administrativo ha sido llevado a cabo violándose el debido proceso son el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, no habiendo el Juez motivado cómo llega a fijar la cantidad de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 Nuevos Soles) por daño moral ni tenido en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que a un trabajador no se le puede pagar por el hecho de no haber trabajado. Por último, expresa que la Ley 27437 dispuso la reincorporación de los



docentes trabajadores y alumnos separados y/o cesados durante los procesos de evaluación ejecutados durante la gestión de las comisiones reorganizadoras, previa estricta revisión de cada caso y a solicitud expresa, en ningún momento la ley ordena que se les tenga que pagar alguna indemnización

6. SENTENCIA DE VISTA:

Elevados los autos a la Sala Superior en virtud del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista de fojas trescientos veinticuatro, del dos de mayo de dos mil doce, confirma la sentencia apelada, en el extremo que ordena que la Universidad Nacional Federico Villarreal cumpla con pagar al demandante por concepto de daño moral la suma de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados desde la fecha en que se produjo el daño; la revoca en el extremo que ordenó que la demandada cumpla con pagar a favor del demandante por concepto de lucro cesante la suma de S/. 40,080.00 (cuarenta mil ochenta con 00/100 Nuevos Soles) y, reformándola, la declararon infundada; considerando en este último extremo que en autos no obra documentación alguna que permita tomar como referencia las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir por el demandante en la fecha en que no se encontraba laborando, por lo que no corresponde otorgarle al demandante indemnización por este concepto. III. RECURSO DE CASACIÓN: Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha ocho de mayo de dos mil trece, obrante de fojas cincuenta y cuatro a sesenta y cinco del respectivo cuaderno formado, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante Humberto Terrelonge Palomino, por: i) infracción normativa del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; ii) infracción normativa del artículo 1984 del Código Civil; y, iii) infracción normativa por inaplicación del artículo 1332 del Código Civil.

IV. MATERIA CONTROVERTIDA:



El debate se centra en determinar si la Sala Superior se ha pronunciado sobre materia que no fue apelada y si, en su caso, corresponde indemnizar al demandante por lucro cesante.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:

Primero:

Que, atendiendo a la materia en controversia, se advierte que la discusión gira en determinar los límites del pronunciamiento judicial en los casos de apelación.

Segundo:

Que, sobre el tema, debe señalarse que mediante el recurso de apelación lo que se pretende es que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente, conforme lo dispone el artículo 364 del Código Procesal Civil.

Tercero:

Que, sin embargo, el examen que se efectúa al resolver el recurso de apelación tiene como parámetros los conceptos y argumentos que se esgrimen contra la decisión impugnada, excluyéndose del debate los aspectos no cuestionados, lo que fue de lo indicado en el artículo 366 del referido cuerpo legal, en cuanto impone como obligación al recurrente señalar los errores de hecho o de derecho incurridos en la resolución apelada, que son, precisamente, los que van a ser evaluados por el órgano jurisdiccional de segunda instancia.

Cuarto:

Que, lo expuesto, permite inferir que en la apelación rigen los principios dispositivo y de congruencia: esto es, son las partes las que delimitan la impugnación y es el juez quien debe emitir sentencia dentro de dichos límites. En buena cuenta, lo que el impugnante estime lesivo de sus derechos, constituye el



ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem¹ conforme a la clásica expresión: "tantum devolutum quantum appellatum".

Quinto:

Que, en esa línea de interpretación, se observa que en el presente caso el juzgado de primera instancia otorgó al demandante por concepto de reparación por lucro cesante la suma de S/. 40,080.00 (cuarenta mil ochenta con 00/100 Nuevos Soles). Aludiendo a ello, en su recurso de apelación, la universidad demandada expresó lo que sigue: "En el considerando Décimo Tercero de la apelada el Juez, prácticamente está ordenando que se le pague por el hecho de no haber trabajado, lo cual el Tribunal Constitucional, ya se ha pronunciado en reiteradas sentencias que ello no puede ser ya que, el demandante no ha realizado un trabajo efectivo a favor de mi representada". Por consiguiente, el argumento de su apelación fue considerar que se le estaba otorgando como lucro cesante al demandante dinero por actividad laboral no efectuada.

Sexto:

Que, siendo tal el argumento de apelación, era ese el que debía ser estimado o desestimado, y no incorporar nuevo pronunciamiento, pues entonces estaría generando indefensión a la parte que no ha recurrido (y que no tiene por qué contestar lo que no ha sido impugnado), afectando no sólo el principio de congruencia, sino además el proceso mismo.

Sétimo:

Que, no obstante, sobre los argumentos de la apelación con respecto al lucro cesante no hay pronunciamiento, señalándose, por el contrario, en el décimo primer considerando, asunto que no había sido cuestionado. Así, se indica: "Que en cuanto al lucro cesante solicitado por la parte demandante cabe mencionar que en autos no obra documentación alguna que permita tomar como referencia las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir por el demandante en la fecha en que no se encontraba laborando, por lo que no corresponde otorgarle al

¹ Montero, J. y Flores Matés, J. Los recursos en el proceso civil. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, p. 199. 2 Mosset de Espanés, Luis; Tinti, Guillermo y Calderón Maximiliano. Daño emergente y lucro cesante. En: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano...y-lucro-cesante/at.../fi le C-1100928-15](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano...y-lucro-cesante/at.../fi%20le%20C-1100928-15)

demandante concepto alguno por lucro cesante". Es decir, nada se dice sobre lo expuesto en la apelación, rechazándose la indemnización por lucro cesante por falta de pruebas, sin considerar que lo único que se encontraba en debate era determinar si la reparación que se estaba dando por lucro cesante importaba pago por trabajo no realizado. **Octavo:**

Que, a pesar de la infracción expuesta, es posible pronunciamiento definitivo de este Tribunal Supremo, pues habiéndose realizado todas las actuaciones probatorias sólo queda pendiente definir si se debe otorgar indemnización por lucro cesante.

Noveno:

Que, estando a lo señalado, se observa que la Sala Superior menciona que no obra referencia a las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir por el demandante, a pesar que a fojas diecisiete existe una boleta de pago, que fue admitida como medio probatorio y que informa el monto de su remuneración al momento del despido. Tal monto, sin duda, no es el que debe computarse para efectos de la reparación, pues el hecho del despido no significó que las horas que se encontraba libre -dada la inexistencia de vínculo laboral- no pudiera utilizarlas para obtener determinadas ganancias; es decir, dejó de percibir las remuneraciones que le entregaba mensualmente la universidad, y ese es un daño que debe ser reparado, pero no con el sueldo que se dejó de percibir porque ello: (i) significaría otorgarle al demandante pago por labor no efectuada; y, (ii) constituiría un enriquecimiento indebido, pues lo que presumiblemente percibió en el tiempo libre en que estuvo vinculado laboralmente con la impugnante, no lo hubiera obtenido de mantenerse la referida relación laboral.

Décimo:

Que, en ese sentido, este Tribunal Supremo concluye señalando: (i) que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una "falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima", quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; (ii) que el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las



remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada; (iii) que siendo ello así es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (dispositivo que ha sido expresamente ignorado por la Sala Superior), norma que expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa; (iv) que dicha valoración equitativa no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada, utilizando para ello algunos parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontado ello con los hechos sucedidos; y, (v) que ello, precisamente, ha ocurrido en la sentencia de primera instancia cuando utiliza como término de cuantificación la remuneración mínima vital al momento del despido, que representa una cantidad proporcional entre lo que se ganaba y lo que se dejó de percibir.

Undécimo:

Que, por consiguiente, la Sala Superior debió tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil; ello en consonancia con lo prescrito en el artículo 1984 del Código Civil, que indica que el lucro cesante es un daño indemnizable.

VI. DECISION:

Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas trescientos cincuenta y seis, interpuesto por Humberto Terrelonge Palomino; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha dos mayo de dos mil doce, obrante a fojas trescientos veinticuatro; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha treinta de setiembre de dos mil once, obrante a fojas doscientos sesenta y cinco, en el extremo del lucro cesante, con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley; en los seguidos por Humberto Terrelonge Palomino con Universidad Federico Villarreal, sobre indemnización; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Calderón Puertas.-



SS.

ALMENARA BRYSON,

HUAMANÍ LLAMAS,

ESTRELLA CAMA,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

CALDERÓN PUERTAS



EXPEDIENTE N° : 00492-2003-0-2601-JR-CI-02

DEMANDANTE : GERARDO FIDEL VIÑAS DIOSES

DEMANDADO : EL ESTADO PERUANO

MATERIA : INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS

RESOLUCIÓN NÚMERO: SETENTA Y SEIS

Tumbes, veintidós de julio
del dos mil diez.-----

VISTOS: En audiencia publica del día de la fecha; viene en grado de apelación la sentencia contenida en la resolución número cuarenta y nueve, de fecha once de marzo del año dos mil ocho, corriente de folios seiscientos noventa y tres a setecientos dos, la misma que declara **FUNDADA** en parte la demanda de **Indemnización por Daños y Perjuicios**, interpuesta por **Gerardo Fidel Viñas Dioses** contra el Estado Peruano, en los extremos de **Lucro Cesante, Daño Moral y Daño al Proyecto de Vida ; INFUNDADA** en los extremos de **Daño Emergente y Daño a la Persona**; en su virtud ordena que el Estado Peruano, en la persona del Presidente del Consejo de Ministros, cumpla con cancelar al demandante Gerardo Fidel Viñas Dioses, la suma de Ciento Veinticuatro Mil Ochocientos Cincuenta y dos Nuevos Soles, más intereses legales; e **IMPROCEDENTE** la demanda contra el **Ministerio de Justicia** y el **Poder Judicial**; apelación concedida con efecto suspensivo al sujeto activo y pasivo de la relación jurídica procesal, mediante resolución número cincuenta y uno, de fecha veintisiete de marzo del dos mil ocho, corriente a folios setecientos sesenta y dos; Considerando.-----

PRIMERO.- El sujeto procesal activo de la relación jurídica procesal, en su recurso de apelación argumenta lo siguiente: **a).**- Que, el juzgador ha incurrido en un error de derecho y de hecho, en cuanto considera que el daño eventual sufrido por el recurrente debe ser atribuido exclusivamente al Estado Peruano como lo señala la demanda, pues, durante el proceso es el mismo órgano Jurisdiccional quien integra al Consejo de Ministros y al Ministerio Público, como litis consortes necesarios pasivos en la presente causa; **b).**- El juzgador incurre en error respecto al daño emergente, cuando afirma que no se ha acreditado con medio probatorio alguno, los gastos efectuados

durante el período de encarcelamiento, ya que no es exigible probar en rigor el monto exacto, pues resulta obvio que aquel que afronta un proceso judicial incurre en una serie de gastos, c).- Asimismo alega que en el extremo del criterio del lucro cesante, éste no se ajusta a los principios de prudencia y equidad, pues no puede considerarse como remuneración mínima vital el haber que percibe como utilidad mensual un empresario, más aún si se trata del dueño de un restaurante; d).- Del mismo modo en el extremo del monto indemnizatorio al daño al proyecto de vida dice que, debe tenerse en cuenta que, el recurrente suspendió sus estudios universitarios de Ingeniería Pesquera, viéndose truncado definitivamente de continuar con los mismos, al haber transcurrido con exceso el plazo durante el cual se puede reservar la matrícula universitaria, por lo que la suma de quince mil nuevos soles la considera un injusto por insuficiente; e).- Señala también que no se ha tomado en cuenta el Daño a la Persona, la misma que no se puede dimensionar desde un único punto de vista, sino que debe de tomarse en cuenta el tiempo que fue privado de su libertad, el estigma social, y las demás circunstancias que estuvieron ligadas al injusto que sufriera el recurrente.-----

SEGUNDO.- En la apelación del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, éste manifiesta que el fallo de la sentencia de primera instancia les causa un grave perjuicio, toda vez que los condena al pago de una indemnización a quien no ha sido llamado en la relación jurídico procesal de este proceso, produciendo una grave afectación al debido proceso, manifiesta que quien debería ser obligado al pago del monto indemnizatorio será el Poder Judicial, por ser quien produjera el nexo causal del hecho controvertido en el proceso; asimismo sostiene que la demanda debió declararse improcedente por cuanto el petitorio es fijado en moneda extranjera debiendo ser fijado en moneda nacional, ya que se está hablando de una responsabilidad de tipo extracontractual.-----

TERCERO.- En todo análisis de la Responsabilidad Civil se debe tener en consideración la verificación de sus elementos, como son: la antijuridicidad, el daño, la relación causal y los factores atributivos de responsabilidad (propios del análisis de imputabilidad de la responsabilidad civil). La "antijuridicidad" como *"aquella que implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico"*, recogiéndose en ésta, a los hechos antijurídicos como son: *los hechos ilícitos, los hechos abusivos y los hechos excesivos*. El "daño o demere", que es entendido como *"todo detrimento o menoscabo a un interés"* (en el caso del Sistema de Responsabilidad

Civil Extracontractual, a un interés general de "no verse dañado por nadie" que es el correlato del "alterum non laedere" o "deber jurídico de no causar daño a nadie") jurídicamente tutelado. Este daño requiere cumplir de ciertos requisitos para efectos de su indemnización: un primer requisito es que tenga certeza (una certeza lógica y una certeza fáctica); un segundo requisito es que no haya sido indemnizado antes; como tercer requisito debe existir una relación diádica, esto es una relación entre un sujeto "supuesto responsable" determinado y una "supuesta víctima" también determinada; siendo el último requisito que el daño sea injusto. La "relación causal" es de vital importancia por que permite determinar entre una gama de hechos vinculados a la verificación del daño cuál es el "hecho determinante del daño" (determinándose al causante o responsable material) lo que acercará al "supuesto responsable jurídico del daño" que finalmente será determinado por la imputabilidad que es el factor atributivo de responsabilidad, entendido como "el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable"; este traspaso del peso económico del daño, como expresión de la función "redistributiva" de la Responsabilidad Civil.-----

CUARTO.- En la Responsabilidad Civil Extra-contractual no se verifica la existencia de etapas o momentos en los que se desarrollen las funciones de la Responsabilidad Civil, tal como se presenta en el denominado "Sistema de la Responsabilidad Civil Contractual", dado que lo que preexiste a "la obligación legal de indemnizar" es el "deber jurídico general: ALTERUM NOM LAEDERE"(deber jurídico general de no causar daño a otro), el análisis de las funciones de la responsabilidad se desarrolla en la medida que exista un menoscabo o detrimento, que da lugar al surgimiento de "una obligación legal de indemnizar", tal como lo establecen los artículos 1969 y 1970 de nuestro Código Civil: " 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*". La función satisfactoria en el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual postula el cumplimiento de una conducta debida o prestación indemnizatoria orientada a la satisfacción de un interés jurídico específico conculcado, el que reconoce como antecedente un interés jurídico general de "no verse dañado por nadie", por un comportamiento humano o hecho natural perjudicial. Los factores

atributivos son: la culpa, el riesgo, la garantía, el abuso del derecho y la equidad. Una vez analizados los elementos de la responsabilidad civil podemos determinar finalmente quién es el sujeto responsable así como determinar el ámbito de la indemnización.-----

QUINTO.- La Relación causal es entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. La Teoría de la Causalidad Adecuada, asumida por el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual en el artículo 1985 de nuestro Código Civil, postula un criterio de "razonabilidad" y "probabilidad" para la realización del análisis de las condiciones. Para efectuar el análisis debe realizarse una apreciación de los hechos a partir de la "regularidad de su ocurrencia", es decir, conforme con lo que acostumbra suceder en la vida misma. El método de análisis de la teoría de la "causa adecuada" es denominado "método de la prógnosis póstuma" que es aquel consistente en determinar ex-post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes. En este método de análisis se realiza un estudio de las condiciones intervinientes a partir de un proceso de "abstracción y generalización" que dará relevancia a una de éstas elevándola a la categoría de "causa del evento", es decir, a ser considerada "condición adecuada". La relación casual es importantísimo para efectos de determinar cuando nos encontraremos ante un "supuesto de responsabilidad material" determinando el hecho que ocasionó el daño (y en consecuencia al causante) y los daños indemnizables (que de acuerdo al Código Civil pueden ser daños inmediatos, mediatos y directos).-----

SEXTO.- Los factores atributivos de responsabilidad son aquellos justificativos teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable. Estos factores atributivos de responsabilidad determinarán si es que el sujeto "presuntamente responsable" será considerado como tal, siendo los desarrollados por la Doctrina: la culpa, el riesgo, la garantía, el abuso del derecho y la equidad. La culpa es el factor atributivo de responsabilidad subjetiva recogida en la "cláusula general de responsabilidad" del artículo 1969 del Código Civil, el que establece: " 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". Este factor atributivo implica el análisis de los elementos intrínsecos de la conducta del sujeto (imprudencia). El "riesgo" implica un costo asumido por la sociedad a efectos de obtener un beneficio mayor para la misma, siendo una "salida racional" que adopta para proveerse de "bienes indispensables para su desarrollo económico y social". -----

SÉTIMO.- De acuerdo al petitorio que contiene el escrito de demanda del recurrente, éste solicita que se le reconozca los daños que se le originaron como consecuencia del fallo condenatorio por delito de terrorismo, el cual lo sentenciaba a diez años de pena privativa de la libertad; precisando que los daños sufridos fueron: **Daño Emergente, Lucro Cesante, Daño a la Persona, Daño Moral y Daño al Proyecto de Vida;** los mismos que se le han causado por la detención arbitraria sufrida desde el siete de enero de mil novecientos noventa y tres hasta el trece de febrero del dos mil uno, fecha en que recobra su libertad, mediante Resolución Suprema número 060-2001-JUS en la cual se prueba su inocencia; en su escrito de demanda señala como monto del petitorio la suma de doscientos cincuenta mil dólares americanos por las pretensiones antes referidas; en este sentido el Código Civil en su artículo 1237° prescribe los siguiente: *“Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales. Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación”*; siendo válida la orden de pago en nuevos soles de la sentencia de primera instancia, pues si bien el actor postuló una pretensión indemnizatoria en dólares americanos, cierto es también que conforme a la norma antes acotada, puede el juez convertir dicho monto a moneda nacional al tipo de cambio existente en la fecha de pago; en ese sentido el magistrado Vizcarra Tinedo teniendo en cuenta la resolución casatoria emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de República, cuya copia obra a folio novecientos veinticinco adecua su postura inicial a la asumida por el máximo órgano de justicia.-----

OCTAVO.- Por otro lado en cuanto a la improcedencia de la demanda contra el Ministerio Público y el Poder Judicial, cabe precisar los hechos que expone el demandante como su excarcelación y los daños provenientes de la misma, deben ser atribuidos al Estado Peruano, como entidad pública, abstracta, impersonal y suprema, toda vez que la situación controversial fue parte del proceso de reconstrucción y pacificación iniciado por el Estado Peruano, en la década transcurrida en los años de mil novecientos noventa y siguientes, siendo las entidades concretas y responsables del eventual daño causado, deben ser atribuidas exclusivamente al Estado Peruano, en representación del Presidente del Consejo de Ministros, y teniendo en cuenta que la contestación de demanda formulada por la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Justicia, intentan atacar situaciones externas al nexo causal,

argumentando, el primero la caducidad e incongruencia del derecho y el segundo la caducidad del derecho y actuación no antijurídica del Presidente de la República de la época; argumentaciones todas ellas que no objetan la situación fáctica de las privaciones de la libertad ocasionadas por el Estado Peruano a una persona inocente, como es el caso del accionante, tal como así se acredita con la propia resolución de indulto especial contenida en la Resolución Suprema número 060-2001-JUS del doce de febrero del dos mil uno, emitida por el propio Presidente Constitucional de la República en la que explícitamente se reconoce la calidad de inocente del ahora demandante.-----

NOVENO.- En la sentencia de primera instancia se declara fundado el extremo del **Lucro Cesante** asignándole el monto de **treinta y nueve mil ochocientos cincuenta y dos nuevos soles (S/.39,850.00)**, por concepto de pago indemnizatorio, criterio que se comparte con la A quo por tratarse de ingresos que dejara de percibir el demandante por más de ocho años que se le privara de su libertad; habiendo acreditado la existencia de un negocio vinculado a la actividad económica de servicios, “Bar - Cevicheria”, básicamente con el certificado de registro unificado obrante a folio sesenta y cuatro se prueba el desarrollo de la referida actividad comercial; y que si bien no se ha determinado con precisión el monto dinerario dejado de percibir, es cierto también que basado en criterio de equidad podríamos inferir una pérdida promediada al ingreso mínimo legal, tal como bien lo ha efectuado la A quo. Asimismo en el extremo que declara fundado la pretensión de **Daño Moral**, entiéndase como el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, en general los padecimientos inflingidos a la víctima por el evento dañoso; al cual se le ha asignado el monto de Cien Mil Nuevos Soles; debiéndose tener en cuenta que el encarcelamiento injusto y arbitrario constituye una grave afrenta personal, atentatoria a la dignidad humana, generando un grave daño personal y familiar sobre todo si indebidamente se le ha vinculado a actividades terroristas; por lo que basado en criterios de equidad corresponde reajustar prudencialmente, debiendo reformarse el monto a la suma de **Setenta y Cinco Mil Nuevos Soles (S/.75,000.00)** y confirmarse en ese extremo que declara fundada la sentencia. En el extremo de la sentencia que declara infundado el Daño Emergente, advirtiéndose que en la demanda no se ha acompañado ningún medio probatorio que prueba el daño, puesto que como señala el recurrente, las ganancias que obtenía como propietario o titular del restaurant fueron utilizados netamente para los gastos propios del proceso, sin embargo no existe medio probatorio actuado en el proceso que pruebe

esta pretensión alegada; por lo que es correcto lo resuelto en la sentencia en este extremo, siendo el caso de aplicación del artículo 200° del Código Procesal Civil, que dispone si no se prueba la pretensión la demanda será declarada infundada. Entre las pretensiones por daño patrimonial solicitados por el demandante se encuentran la de **daño emergente y lucro cesante**, comprobándose la vulneración de éste último y más no el daño emergente por carecer de medios probatorios que justifiquen su vulneración.-

DÉCIMO.- En cuanto al extremo que declara infundado el daño a la persona, daño considerado también como daño subjetivo, es aquel que agravia o afecta la naturaleza del ser humano como ente viviente, al ser como hombre, e incide contra el sujeto de derecho por excelencia, se puede apreciar según la teoría sustancial de este daño, se encuentra dividido en un daño psicosomático, el cual incide sobre el cuerpo o la psique; y un daño a la libertad, el cual es llamado también daño al proyecto de vida, y se considera como aquel que afecta el destino que la persona otorga a su vida, de esto podemos inferir que el recurrente, como consta a folios siete, ha probado que ha sido estudiante de la Facultad de Ingeniería Pesquera de la Universidad Nacional de Tumbes, pudiendo haber tenido la oportunidad de alcanzar dicha profesión sino no hubiese sufrido la detención arbitraria que lo condenó a la privación de su libertad, por más de ocho años; cabe precisar que por la privación de la libertad que sufriera el demandante, constituyendo violación a los **derechos de la persona**, se asignó el monto de **quince mil nuevos soles** para la reparación del daño al proyecto de vida, resultando una cantidad mínima e insuficiente, puesto que si entendemos que el **proyecto de vida está inmerso en el daño a la persona**, se deberá tener en cuenta los aspectos esbozados en este proceso con respecto a los daños sufridos por el recurrente como sujeto de derecho, razón por la cual se estima que modificando el monto, fijándole en **Setenta y Cinco Mil Nuevos Soles (S/.75,000.00)** resulta pertinente por los más de ocho años que se le privó arbitrariamente de su libertad, viéndose truncado su futuro profesional, más las limitaciones que sufrió cuando estuvo recluido que le afectaron un nivel psicosomático. Dejando constancia que el magistrado Vizcarra Tinedo, teniendo en cuenta la sentencia casatoria recaída en autos, procede a emitir un pronunciamiento sobre el fondo.-----

Por estas consideraciones, de conformidad con dispuesto por el artículo 39° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en aplicación del artículo 373° del Código Procesal Civil, LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES, resuelve:

CONFIRMAR la sentencia en cuanto declara fundada en parte la demanda en los extremos de Lucro Cesante, Daño Moral y Daño al Proyecto de Vida que está inmerso en el Daño a la Persona, asimismo en cuanto declara infundada la demanda en el extremo de Daño Emergente; la **REVOCARON** en cuanto declara infundada la demanda en el extremo de Daño a la Persona, reformándola declararon **FUNDADA** por el importe expuesto en el considerando precedente; en consecuencia fijaron el monto a cancelar en la suma total de Ciento Ochenta y Nueve Mil Ochocientos Cincuenta Nuevos Soles; con los demás que contiene; devuélvase los autos al juzgado de origen en su oportunidad. Intervino como ponente el Juez Superior Hugo Valencia Hilares. **NOTIFÍQUESE.- Señores Jueces Superiores: Vizcarra Tinedo, Valencia Hilares y Faya Salas. Secretaria: Carla M. Lip Zegarra.-**

El voto discordante del Juez Superior BORIS VLADIMIR MAQUI VERA, es como sigue:

VISTOS en Audiencia Pública, y **CONSIDERANDO:**

I. RESOLUCIÓN OBJETO DE APELACIÓN.

- 1.1 Viene en apelación la Sentencia (Resolución número cuarentinueve del once de marzo del dos mil ocho) obrante a fojas seiscientos noventitrés y siguientes, que Falló Declarando Fundada en parte la demanda de Indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por Gerardo Fidel Viñas Dioses, en los extremos de lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida; Declaró Infundada en los extremos de daño emergente y daño a la persona, en consecuencia Ordenó: que el Estado Peruano, en la persona del Presidente del Consejo de Ministros, cumpla con cancelar al demandante Gerardo Fidel Viñas Dioses la suma de Ciento Veinticuatro mil ochocientos cincuentidós nuevos soles, más intereses legales.

II. RECURSO DE APELACIÓN.

- 2.1 El abogado de Gerardo Viñas Dioses en su escrito de apelación de fojas setecientos diecisiete y siguientes, pretende se revoque la Sentencia apelada en el extremo del monto fijado por concepto de indemnización por daños y perjuicios, y reformándola se incremente hasta la suma demandada; asimismo, sostiene que la naturaleza del agravio es de tipo patrimonial, por cuanto se ha fijado un monto diminuto por concepto de indemnización por daños y perjuicios, afectando igualmente la tutela jurisdiccional efectiva solicitada.
- 2.2 El Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros mediante escrito de apelación de fojas setecientos veintisiete y siguientes, argumentó que dicho fallo les causa grave perjuicio, toda vez que la sentencia condena al pago de una indemnización a quien no ha sido parte de la relación jurídico procesal en grave afectación al debido proceso; asimismo, se vulnera el principio de congruencia procesal, otorgándose una indemnización elevada sin que confluayan los elementos de la responsabilidad civil, desarrollando sus argumentos.

III. ANTECEDENTES.

- 3.1. Gerardo Fidel Viñas Dioses mediante escrito de fojas setentidós y siguientes, demandó Indemnización por daños y perjuicios contra el Estado Peruano, en la Persona del Procurador Público encargado de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, por un monto de \$250,000.00 (doscientos cincuenta mil dólares americanos), más intereses legales que se liquidarán en ejecución de sentencia.
- 3.2 Mediante Resolución número uno del once de junio del dos mil tres de fojas ochentiocho, se admitió a trámite la demanda; confiriéndose el tralado respectivo.
- 3.3 La Procuradora Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial mediante escrito de fojas noventicinco y siguientes, subsanada a fojas doscientos setenticinco y siguientes, contestó la demanda negándola y contradiciéndola solicitando se declare infundada. Mediante resolución número diez del nueve de julio de dos mil cuatro de fojas doscientos noventiuno, se resolvió tener pon

contestada en Rebeldía la demanda por parte de la Procuradora Pública de los asuntos judiciales del Poder Judicial.

- 3.4 Mediante Resolución número veintiséis del nueve de diciembre del dos mil cinco de fojas cuatrocientos quince y siguientes, se Resolvió Integrar en calidad de litisconsorte pasivos necesarios al Estado Peruano representado por el Procurador Público Encargado de los Asuntos Judiciales del Consejo de Ministros, así como al Ministerio de Justicia representado por su propio Procurador Público, disponiéndose la inmediata notificación con la demanda y anexos.
- 3.5 El Procurador Público a cargo de los Asuntos de la Presidencia del Consejo de Ministros mediante escrito de fojas cuatrocientos cincuenticinco y siguientes, dedujo excepciones, y mediante escrito de fojas cuatrocientos sesenticuatro y siguientes contestó la demanda negándola y contradiciéndola solicitando resolver de acuerdo a ley. Mediante Resolución número veintinueve de fojas quinientos ocho y siguiente, se declaró Improcedentes las excepciones deducidas, y por contestada la demanda.
- 3.6 La Procuradora Pública del Ministerio de Justicia mediante escrito de fojas quinientos sesentiuno y siguientes, dedujo excepciones; mediante escrito de fojas quinientos sesentiocho y siguientes contestó la demanda negándola y contradiciéndola. Mediante Resolución número treinticuatro de fojas quinientos setentitrés y siguiente, se declaró Improcedentes las excepciones deducidas, y por contestada la demanda.
- 3.7 Mediante Sentencia (resolución numero treintisiete del treintiuno de mayo del dos mil siete) de fojas seiscientos dieciocho y siguientes, Falló: declarando improcedente la demanda de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por Gerardo Fidel Viñas Dioses contra el Estado Peruano; lo que mediante Resolución número cuarentiséis del veintiuno de diciembre del dos mil siete de fojas seiscientos setentinove y siguientes, se declaró nula, disponiéndose emitir nuevo fallo por el A quo; lo que se cumplió al emitirse la Sentencia (Resolución número cuarentinueve) de fojas seiscientos noventitrés y siguientes, que falló:

declarando fundada, en parte, la demanda de indemnización por daños y perjuicios, la misma que fue apelada, y mediante resolución número setenticuatro de fojas ochocientos noventitres y siguientes, se Revocó y reformándola se declaró: improcedente; lo que fue objeto de casación; por lo que mediante Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la República del veintitrés de noviembre del dos mil nueve de fojas novecientos veintisiete y siguientes, se Declaró: Fundado el recurso de casación interpuesta por Gerardo Viñas Dioses, y Nula la resolución de vista; Ordenaron a la Sala Superior emita nuevo fallo atendiendo a las consideraciones expuesta en dicha sentencia.

- 3.8 El día primero de junio del dos mil diez, hizo uso de la palabra el abogado del demandante quien sustentó: Su patrocinado no pudo acudir para fundamentar por hechos, debido a estar de viaje fuera de Tumbes; refirió que su patrocinado sufrió una ilegal detención arbitraria el día siete de enero de mil novecientos noventitres, por la sola sindicación de un terrorista arrepentido en la época de la dictadura; su patrocinado fue maltratado llevándosele a diversos penales en donde sufrió; asimismo, que tenía un negocio, era estudiante de Ingeniería Pesquera en la Universidad, y Directivo de la Liga de Pesas; sufrió daño emergente y a la persona, pues el funcionamiento de su Restaurante se truncó, estando acreditado las torturas y daños psicológicos que sufrió producto de su, perjudicaron su proyecto de vida; por lo que solicita se revoque la sentencia en el extremo del monto, reformándola al monto de \$250.000.00 dólares americanos.

IV. FUNDAMENTOS

- 4.1 El veintinueve de abril de mil novecientos noventa y cuatro, Viñas Dioses Gerardo Fidel fue condenado mediante sentencia, la misma que al interponerse nulidad se declaró, no haber nulidad mediante resolución del veintisiete de octubre de mil novecientos noventicinco, tal como se desprende de la sentencia penal obrante a fojas cuarentidós y siguientes, y cincuentiséis y siguientes.
- 4.2 La Ley N° 24973 Regula la Indemnización por errores judiciales, así como por detenciones arbitrarias, sin embargo tanto la Ley 26655 como la Resolución

Suprema N° 060-2001-JUS que indultó al demandante, no se refiere a detención arbitraria, por lo que al no haberse determinado dicha detención como arbitraria, entre otros, por no haberse dispuesto el error judicial, en cuanto al demandante, por lo que la cuestión de análisis es el indulto o indulto especial.

- 4.3 Viñas Dioses Gerardo Fidel por haber sido condenado por delito de terrorismo en base a elementos probatorios insuficientes se le concedió Indulto mediante Resolución Suprema N° 060-2001-JUS del doce de febrero del dos mil uno, en cumplimiento del artículo 1° de la Ley N° 26655; no obstante que en su artículo 7° se facultaba “**además ... podrá ...**” recomendar un procedimiento extraordinario de revisión en donde intervendría el poder judicial, lo que no se hizo, no pudiendo entonces hablar de error judicial. Es decir, al haberse otorgado un perdón de la pena no es posible hablar de indemnización, pues quien otorga dicho indulto es el poder ejecutivo, Presidente de la República, y para poder ejercitar el derecho a indemnización se hace necesario que el error sea declarado por el propio Poder Judicial, por mandato de la Constitución Política del Perú artículo 139 numeral 7., y 118° numeral 21; en nuestro caso de conformidad al artículo 7° de la Ley 26655 mediante el procedimiento extraordinario de revisión, pero la comisión Ad Hoc no uso esta facultad adicional al darse la Resolución Suprema N° 060-2001-JUS del doce de febrero del dos mil uno.
- 4.4 Al no poder aplicarse al caso de Viñas Dioses Gerardo Fidel la Ley 26655 por Error Judicial, porque no lo creyó conveniente la Comisión Ad Hoc, se hace necesario determinar si es aplicable el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente su artículo 14° numeral 6, el cual establece “*Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un **hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial**, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia **deberá ser indemnizada**, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido*”. En este articulado, nuevamente trata sobre un error judicial, lo que no es aplicable al caso de Viñas Dioses Gerardo Fidel, pues al haberse facultado a la Comisión Ad Hoc a proponer Indulto y adicionalmente recomendar un procedimiento

extraordinario de revisión, no lo hizo, por lo que sólo se puede hablar de indulto o perdón de pena, tal como se desprende de la Resolución Suprema N° 060-2001-JUS del doce de febrero del dos mil uno en donde sólo se hace mención a estar dentro de los alcances del artículo 1° de la Ley N° 26655.

4.5 Con respecto al Código Civil artículos 1969 y 1971, se tiene que en la contestación de demanda por parte del Procurador de la Presidencia del Consejo de Ministros de fojas cuatrocientos sesenticuatro y siguientes, niega y contradice la demanda, ofreciendo "*como medio probatorio, el mérito de la demanda presentada, de cuya lectura se advierte la veracidad de los argumentos esgrimidos*". Dicha demanda se refiere, entre otros, al hecho de haberse condenado al ahora demandante mediante una sentencia, en donde no se estableció un error en dicho proceso, por lo que no se cumple con el dolo o culpa; por lo que se actuó en el ejercicio regular de un derecho.

4.5 Por lo antes expuesto no corresponde indemnización como se demanda.

4.6 En aplicación del Artículo 364° y 407° del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

V. DECISIÓN

MI VOTO ES PORQUE SE REVOQUE: la Sentencia apelada (Resolución número cuarentinueve del once de marzo del dos mil ocho) obrante a fojas seiscientos noventitres y siguientes, que Falló: Declarando Fundada en parte la demanda de Indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por Gerardo Fidel Viñas Dioses, en los extremos de lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida; Declaró Infundada en los extremos de daño emergente y daño a la persona, en consecuencia Ordenó: que el Estado Peruano, en la persona del Presidente del Consejo de Ministros, cumpla con cancelar al demandante Gerardo Fidel Viñas Dioses la suma de Ciento Veinticuatro mil ochocientos cincuentidós nuevos soles, más intereses legales; **REFORMÁNDOLA: DECLARAR INFUNDADA LA MISMA DEMANDA; Y CONFIRMANDO:** en la parte que Resolvió Declarando Infundada en los

extremos de daño emergente y daño a la persona. Interviniendo como Juez Superior Ponente BORIS VLADIMIR MAQUI VERA

Suscribe el señor Juez Superior: Maqui Vera. Secretaria: Carla M. Lip Zegarra.-

El voto dirimente del Juez Superior PEDRO MIGUEL FAYA SALAS, es el siguiente:

VISTOS; en audiencia pública del día dieciséis de los corrientes de conformidad con lo opinado por los Jueces Superiores Valencia Hilares y Vizcarra Tinedo; emito mi voto de conformidad con lo prescrito por el artículo 144° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **I CONSIDERANDO ADEMÁS:**

PRIMERO.- Ha quedado plenamente establecido que al demandante Gerardo Fidel Viñas Dioses, se le restituyó su libertad individual mediante INDULTO por considerársele un inocente en prisión, encontrándose plenamente legitimado para interponer la presente acción resarcitoria. Ello fluye claramente del cuarto párrafo de la Resolución Suprema número cero sesenta guión JUS del doce de Febrero del dos mil uno la que textualmente dice: *“que la permanencia de personas inocentes en prisión constituye una situación que debe ser remediada con la restitución de la libertad individual, dejando a salvo el derecho de los solicitantes a recuperar sus demás derechos y, en su oportunidad, a reparar adecuadamente el daño causado”*. (negrita y subrayado mío).

SEGUNDO.- Asimismo, la Sala Civil de nuestra Corte Suprema en su sentencia casatoria de fojas novecientos veintisiete ha establecido que en el presente caso resulta inaplicable lo dispuesto por la Ley Veinticuatro mil novecientos setenta y tres¹ por no subsumirse el caso sub-judice en la citada premisa normativa ya que el demandante fue indultado por encontrarse dentro del supuesto establecido en el artículo primero de la

¹ Ley que regula la indemnización por errores judiciales, así como por detenciones arbitrarias a que se refieren los incisos 5 y 16 del Art. 233 de la Constitución Política del Perú (Constitución de 1,979)

ley Veintiséis mil seiscientos cincuenta y cinco;² y, en aplicación de lo dispuesto por el inciso 6) del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, el demandante debe ser indemnizado.

TERCERO.- Por otro lado, en lo referente al monto indemnizatorio, y estando a lo señalado por el jurista argentino Atilio Alterini en su obra "Curso de las Obligaciones", Abeledo - Perrot, cuarta edición, tomo 2, página 127, la indemnización de daños y perjuicios es una obligación de valor cuyo monto debe ser determinado y precisado por el Juez; a diferencia de lo que sucede con las obligaciones de dar suma de dinero en las que el monto se encuentra determinado.

CUARTO.- Por otro lado el daño al proyecto de vida, que tiene como causa u origen un daño psicosomático, bloquea, como apunta Milmaiene, el "*logro de ansiadas metas u objetivos vitales, relacionados con fuertes ideales...*"⁴, e implica "*un hecho traumático en situación, relacionado con los valores, las metas y los ideales de un sujeto particular*". Es decir, el daño al proyecto de vida es un daño que incide en el ámbito axiológico, teniendo como consecuencia una pérdida del sentido de la vida⁵.

MI VOTO se adhiere al de **MAYORIA** que confirma la sentencia apelada en cuanto declara fundada en parte la demanda en los extremos de Lucro Cesante, Daño Moral y Daño al Proyecto de Vida que está inmerso en el daño a la persona, así como en

² Ley N° 26655, artículo 1.- Créase una Comisión Ad hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes se encuentren condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas.

³ Artículo 14 inciso 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

⁴ Milmaiene, José, "El daño psíquico", en "Los nuevos daños", Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 71.

⁵ A decir de Carlos Fernandez Sessarego el proyecto de vida es posible en tanto el ser humano es libre y temporal, surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente, los dos supuestos existenciales del proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal. ("El Daño al Proyecto de Vida": El artículo ha sido publicado en "Derecho PUC", revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, diciembre de 1996, y en "Revista Jurídica" de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Volumen XXXIV, N° 3, mayo-agosto del 2000. Un extracto del mismo ha sido publicado en el libro "Del daño, compilación y extractos" de José N. Duque Gómez, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001).

cuanto declara infundada la demanda en el extremo de daño emergente; revocándola en cuanto la declara infundada en el extremo de daño a la persona, reformándola la declararon FUNDADA por el importe de setenta y cinco mil nuevos soles. **FIJANDO** el monto total a cancelar en la suma de Ciento Ochenta y Nueve Mil Ochocientos Cincuenta Nuevos Soles; con lo demás que contiene.

Juez Superior: Faya Salas. Secretaria: Carla M. Lip Zegarra.-

