

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**PROPUESTA DE UN MECANISMO DE
CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LA
PERSONA Y DAÑO MORAL EN EL MARCO
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL
PERÚ**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Alessandra Ximena Della Rossa Leciñana

Código 20120423

Asesor

Jairo Cieza Mora

Lima – Perú

agosto de 2019

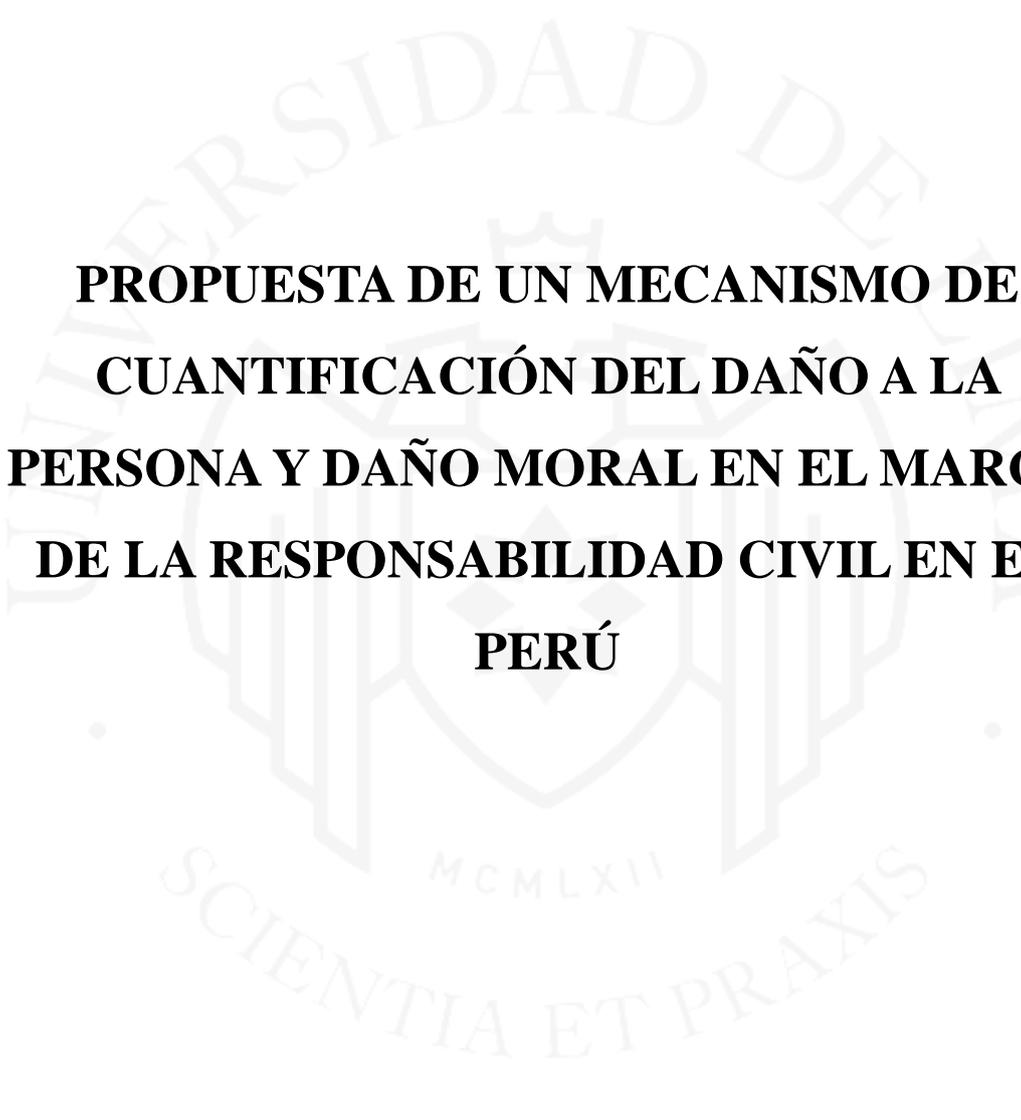
Para mi madre, mi gran maestra, y compañera incondicional, por todo su amor y apoyo en mi recorrido

Para mi padre, el hombre más noble que he conocido, por todo su esfuerzo en darme lo mejor

A mi abuela Irma, por endulzarme con pasteles en mis horas críticas

A mis profesores, Ronald Cárdenas Krenz, y mi asesor Jairo Cieza Mora, por el apoyo brindado

Un agradecimiento especial al señor José Falen, personal de la biblioteca de la universidad, por su amabilidad y paciencia



**PROPUESTA DE UN MECANISMO DE
CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LA
PERSONA Y DAÑO MORAL EN EL MARCO
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL
PERÚ**

ÍNDICE

PROPUESTA DE UN MECANISMO DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ	3
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I.....	10
LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO NO PATRIMONIAL.....	10
1.1. La responsabilidad civil.....	10
1.2. Tipos de responsabilidad civil.....	11
1.2.1. Responsabilidad contractual	12
1.2.2. Responsabilidad extracontractual	14
1.3. Las funciones de la responsabilidad civil.....	16
1.3.1. La Función Resarcitoria.....	16
a) Reparación por equivalente	17
b) Reparación en especie.....	17
b.1.) Principio de Reparación Integral	18
b.2.) Principio de Equidad.....	19
1.3.2. La Función Preventiva	20
1.4. Elementos de la responsabilidad civil	21
1.4.1. Imputabilidad	21
1.4.2. Nexo Causal	22
1.4.3. Antijuridicidad	26
a) Ejercicio de un derecho propio	27
b) Legítima defensa.....	27
c) Estado de necesidad	28
1.4.4. Factores de atribución.....	28
a) Factor de atribución subjetivo.....	29

b) Factor de atribución objetivo	29
1.5. Concepto de daño.....	30
1.6. Clasificación del daño.....	32
1.6.1. Daños Patrimoniales	32
1.6.2. Daños No Patrimoniales	34
1.7. La falta de predictibilidad en la cuantificación de daños en las sentencias	40
1.7.1. Caso empresa de transporte Costeño S.R.L.....	47
1.8. La importancia de un método de cuantificación para el daño a la persona y el daño moral.....	49
CAPÍTULO II	51
MÉTODOS DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS NO PATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO.....	51
2.1. En el Derecho italiano.....	51
2.1.1. Cuantificación del daño biológico	52
2.1.2. Método genovés	55
2.1.3. Método pisano.....	56
2.1.4. Criterio equitativo puro.....	56
2.1.5. Método tabular	58
2.1.6. Cuantificación del daño moral.....	63
2.2. En el Derecho francés	64
2.3. En el Derecho español.....	71
2.3.1. La valorización de indemnizaciones por causa de muerte.....	74
2.3.2. Indemnización por secuelas	76
2.3.3. Indemnización por lesiones temporales	83
CAPÍTULO III.....	85

DETERMINACIÓN DE UN MÉTODO DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL85

3.1. Algunos aportes que podrían ser relevantes para la determinación del método de cuantificación de estos daños extrapatrimoniales85

3.1.1. Análisis del contrato de seguro85

a) El seguro contra responsabilidad civil extracontractual90

b) Seguro de accidentes96

3.1.2. Análisis de variables y métodos recogidos del derecho comparado para aplicar al cálculo del daño a la persona y daño moral.....97

a) Variables objetivas.....98

b) Variables subjetivas99

c) Método tabular 101

3.2. Aplicación de los aportes de seguros, variables y método elegidos 102

3.2.1. Una aproximación al método tabular en el Perú..... 102

3.2.2. Método tabular aplicado al daño a la persona..... 104

3.2.3. Daño al proyecto de vida 110

3.2.4. Método tabular aplicado al Daño moral 111

a) Daño moral derivado del daño a la persona..... 112

b) Daño moral derivado del fallecimiento 114

3.3. El método de cuantificación del daño a la persona y daño moral explicado desde el enfoque del análisis económico del derecho116

a) Costos primarios 117

b) Costos secundarios..... 118

c) Costos terciarios o administrativos 118

1.3.1. La distribución social del riesgo 120

3.4. Conclusiones 123

3.5. Bibliografía 126

BIBLIOGRAFÍA..... 126

INTRODUCCIÓN

La cuantificación del daño no patrimonial siempre ha sido una problemática constante en nuestro sistema jurídico debido a la falta de legislación y jurisprudencia uniforme que explique el tema de forma analítica y humana. De ser así se podría encontrar un balance ideal entre lo estrictamente cuantitativo y lo subjetivo, sin dejar de lado lo realista y lo magnánimo a la vez. En un terreno donde los principales derechos que están en juego son la vida y la integridad física de la persona, la cual incluye toda una historia y experiencia latente, resulta muy difícil poder calcular el valor de lo invaluable.

La ausencia de un método de valoración de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad civil, es un tema que amerita desarrollo a través de un adecuado mecanismo de cuantificación para resarcir de forma justa y proporcional. Esto no solo abarca el plano del valor teórico, sino también la apremiante aplicación en la práctica, porque un buen procedimiento de cálculo de indemnizaciones materializado en la vida real, podría ayudar a mejorar la calidad de vida de las personas cuyos derechos han sido lesionados.

No está de más decir que un horizonte bien claro sobre cómo cuantificar los daños no patrimoniales, ayudaría a despejar las dudas de los jueces respecto a cómo lograr un adecuado resarcimiento, sin tener que someternos a la sola discrecionalidad de ellos, que muchas veces se basa en criterios poco motivados o sencillamente inexistentes. Este problema no solo concierne a magistrados sino también, al resto de operadores jurídicos, como es el caso de algunos abogados que no distinguen los distintos conceptos de daño al momento de solicitar una indemnización a favor de su patrocinado.

Es por este motivo que consideramos de suma importancia social establecer un sistema o fórmula que nos permita acabar con la falta de predictibilidad judicial en los montos resarcitorios, y así lograr que los beneficiarios sean todos los ciudadanos que gozarán de mayor seguridad jurídica ante un daño ocasionado. Con el objetivo de lograr esto hemos empleado el método de investigación deductivo, partiendo de premisas

generales que serán contrapuestas con la realidad; y el método funcional, a partir del cual analizamos el hecho en sí, para posteriormente clasificarlo dependiendo del sistema de cuantificación que se vaya a aplicar.

Por lo tanto, el objetivo principal de esta tesis consiste diseñar un mecanismo de cuantificación de daño a la persona y daño moral¹, basado en los montos indemnizatorios de los seguros, y en algunas variables tanto objetivas como subjetivas que pudieran ser de utilidad para tal efecto. Para ello, se requiere diferenciar dichos conceptos, realizar un análisis comparativo entre sistemas de otros países, y examinar las indemnizaciones en el sistema de seguros.

Asimismo, se emplean otros objetivos secundarios que coadyuvan a la elaboración del objetivo general explicado en el párrafo anterior. Estos objetivos específicos, buscan determinar los criterios de cuantificación de daños extrapatrimoniales en derecho comparado aplicables a nuestra realidad; identificar variables objetivas y subjetivas, que incluye el análisis del sistema de seguros; y finalmente, explicar desde un enfoque del análisis económico del derecho, como el método de cuantificación de daños actúa como función preventiva y desincentivadora de conductas poco diligentes y dañosas.

Como hipótesis general, se plantea el uso del método tabular aplicado al daño a la persona teniendo en cuenta variables como rangos de edades y el porcentaje de invalidez. El monto indemnizatorio base derivado de los seguros, será utilizado para realizar una regla de tres simple inversamente proporcional a la edad promedio de cada rango, de tal forma que las edades pertenecientes a personas más jóvenes, obtengan sumas

¹ Para efectos de evitar redundancia en el texto, y debido a que la tesis se centrará específicamente en cálculo del daño a la persona y el daño moral, el uso de los términos: “daño no patrimonial”, “daño extrapatrimonial”, “daño inmaterial”, o sinónimos, se usarán eventualmente para referirse a estos dos tipos daños.

resarcitorias más elevadas. El método utilizado para el daño moral será resultado de un porcentaje del monto indemnizatorio estimado para el daño a la persona.

Entre las hipótesis específicas que dan respuesta a los objetivos secundarios figuran el método tabular y fórmula de invalidez temporal, como los criterios recogidos del derecho comparado que podrían resultar aplicables a nuestro sistema.

Las variables a usar para el método de cuantificación de daños extrapatrimoniales, serán factores objetivos como: la edad, el porcentaje de invalidez, una suma base que parte del promedio de cobertura de algunos tipos de seguros y el número de días para los casos de minusvalía temporal. A esto, se le podría añadir otras variables subjetivas que podrían aumentar el monto indemnizatorio, las cuales serán manejadas a discrecionalidad del juez.

El método de cuantificación de daños no patrimoniales que se pretende diseñar, originará montos indemnizatorios más altos a los que actualmente existen. De esta forma se generarán mejores políticas de diligencia en actividades riesgosas y conductas más responsables para evitar futuras pérdidas económicas ocasionadas por acciones negligentes.

En síntesis, el problema que se intenta resolver en el presente trabajo, es la falta de un mecanismo de cuantificación que nos permita otorgar mayor seguridad jurídica a las víctimas que buscan tutela jurisdiccional efectiva. El método propuesto se sustenta en diversas variables que ayudan a orientar el fallo de los jueces; y así generar mayor predictibilidad en torno a un tema tan delicado como lo es aproximarse a calcular lo no patrimonial; es decir, el sufrimiento y la vida humana.

CAPÍTULO I

La responsabilidad civil y el daño no patrimonial

1.1. La responsabilidad civil. -

Se la podría definir como un mecanismo de tutela resarcitoria aplicable al derecho civil, en el que se impone al sujeto dañante la responsabilidad de reparar el daño causado a la víctima. Según Guido Alpa (2001): “A diferencia de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil nace como consecuencia de un acto ilícito civil; mientras que la primera, se origina por la existencia de un delito” (p. 26).

Cuando alguien trasgrede una norma o incumple una obligación, está atentando contra un derecho subjetivo de otra persona y, por ende, está en la obligación de responder a una pena que le impone el sistema o a reparar el mal causado y, en algunos casos, el sistema le impone ambas cosas, es decir pena y reparación (Morales Godo, 2006, pág. 185). Evidentemente, para el derecho civil el punto de mayor relevancia resulta ser el “resarcimiento”, y no la pena, ya que esta última se reserva para el ámbito penal.

Como menciona Morales Godo (2006) el Derecho impone una pena mirando al autor de la infracción, pretendiendo restablecer el equilibrio social vulnerado. La reparación, en cambio, es un medio tutelar empleado por el Derecho privado cuya finalidad no es sancionar al causante del daño, sino resarcir a la víctima (pág. 185).

Dentro de la responsabilidad civil y como parte de coexistencia entre todos los seres humanos que vivimos en sociedad, existe el deber genérico de no dañar. El *alterum non laedere* (no dañar a nadie) es uno de los postulados del derecho contemporáneo, contituyendo una de las primeras reglas de la convivencia social (Morales Godo, 2006, pág. 185). Esta premisa parte del hecho que para vivir de forma pacífica, es imperativo la cooperación entre ciudadanos para evitar generar daños a los demás, lo cual incluye una diligencia mínima y común en el actuar de cada persona.

Es por ello que, la responsabilidad civil está marcada por un fuerte deber de responder ante un daño causado. Jurídicamente responder da la idea de un deber, entendido como una situación de necesidad jurídica absoluta, en la que el ordenamiento le impone al sujeto una conducta determinada y al mismo tiempo descarta la contraria (López Herrera, 2006, p. 3).

Sin embargo, existen ciertos factores eximentes de responsabilidad, donde el daño puede ser justificado, y por ende, no cabe resarcimiento. En tales casos, “la causa de justificación borra la antijuricidad del comportamiento dañoso, vuelve lícito el quehacer que, precisamente por culminar en un perjuicio, aparece como ilícito” (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 75). Si falta el requisito de antijuricidad porque la conducta desplegada es legítima, la causa de justificación hace que el daño sufrido sea irrelevante para la responsabilidad civil. Es el caso del daño justificado, el daño no indemnizable por existir una causa de justificación. (López Herrera, 2006, pág. 121)

Las causas de justificación de responsabilidad, están plasmadas en el artículo 1971 del Código Civil, sin embargo las explicaremos con mayor detalle el subcapítulo del elemento de antijuricidad.

1.2. Tipos de responsabilidad civil.-

La responsabilidad civil tiene dos ámbitos: el contractual y el extracontractual. La primera hace referencia al daño ocasionado por el incumplimiento del contrato, o en su defecto por la prestación tardía, parcial o defectuosa que haya originado un hecho lesivo a la víctima. Por otro lado, la responsabilidad extracontractual se suscita cuando una parte causa daño a la otra, en una situación donde no existe vínculo jurídico contractual entre ambas.

1.2.1. Responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual deriva del incumplimiento, total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones contenidas en un contrato, lo cual genera un detrimento a una de las partes. En este supuesto, “quien exige una indemnización por daños y perjuicios, por considerar que se le ha generado un daño, necesita fundamentar su pedido.” (Pazos Hayashida, 2003, pág. 915). Esto es, acreditar el daño que se alega, para poder exigir la indemnización del mismo.

Dado que en este tipo de responsabilidad, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico entre las partes, se podría decir que “los requisitos o presupuestos constitutivos de la responsabilidad contractual son: un contrato válido entre el autor del daño y la víctima, y el daño que ha resultado del incumplimiento del contrato.” (Pascual Estevill, 1995, pág. 154).

Según la redacción del artículo 1321 del Código Civil², se ha considerado que la teoría aplicable a la causalidad sería la de la “causa próxima” en la responsabilidad contractual. Algunos autores interpretan que “dicho artículo se refiere no precisamente a la determinación de la causa sino, más bien, a la determinación del daño y a la medida en que el sujeto debe responder, siendo su función, por tanto, descriptiva.” (Pazos Hayashida, 2003, pág. 920). No obstante, otro sector de la doctrina defiende la perspectiva de la “causa próxima” como la interpretación adecuada del artículo y la alternativa idónea para ser aplicada a los casos de responsabilidad contractual.

² **Artículo 1321.-**

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Existen varias especies de daños derivados del incumplimiento contractual, como el daño al interés positivo y al interés negativo. La diferencia entre ambos, radica en que el daño al interés positivo “es el que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación de la otra parte” (López Herrera, 2006, pág. 147), mientras que, “el daño al interés negativo es el típico que tiene lugar, cuando el contrato se frustra en las tratativas o es declarado nulo, también conocido como *in contrahendo* o responsabilidad pre contractual” (López Herrera, 2006, pág. 147). Como puede verse, este último daño al interés negativo no derivaría del incumplimiento, puesto que en realidad nunca se llevó a cabo el contrato precisamente porque se frustró en la etapa de tratativas.

Otros daños que se dimanan de la responsabilidad contractual son el daño intrínseco y el daño extrínseco. El primero, “es el que sufre el acreedor por la privación del propio bien que es objeto de la prestación debida, con motivo del incumplimiento de la obligación por el deudor”. (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 232); el segundo, hace alusión a lo “que sufre el acreedor en los otros bienes de su patrimonio como consecuencia del incumplimiento del mismo” (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 233).

Por último, otra clasificación de los daños provenientes del ámbito contractual, son los daños compensatorios y moratorios. “El daño compensatorio entra en lugar de la prestación debida” (López Herrera, 2006, pág. 143), ello quiere decir que “la indemnización tiende a proporcionar al acreedor un beneficio equivalente al que hubiera obtenido del cumplimiento íntegro y adecuado de la prestación” (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 233). Mientras que el daño moratorio, está relacionado con el detrimento causado por la prestación que tardíamente se ejecutó, pero que finalmente se cumplió.

1.2.2. Responsabilidad extracontractual

Al no haber un vínculo jurídico entre las partes cuando se origina el daño, la responsabilidad extracontractual está guiada por el deber genérico de no dañar. El factor de atribución dentro de la responsabilidad extracontractual puede ser tanto subjetivo como objetivo, tal y como puede desprenderse de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil³.

En el primer supuesto del artículo 1969, el factor de atribución es subjetivo, ya que se evalúa cual fue el comportamiento del sujeto cuando generó el daño, si la acción fue voluntaria y deliberada, o si hubo un actuar fuera de la diligencia ordinaria común. Cabe resaltar, que, a diferencia de la responsabilidad contractual, en la extracontractual no hay gradación de culpas. El artículo 1970, el factor de atribución es objetivo, y al contrario del subjetivo, aquí no se evalúa la conducta de diligencia del sujeto dañante, sino que se responde por el ejercicio de una actividad riesgosa o por el riesgo creado.

Dentro de los daños producidos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, podemos hallar los daños directos e indirectos, que se clasifican según a la persona sobre la que recae el daño; el daño material y moral, donde “si el daño repercute en bienes patrimoniales, estamos ante un daño patrimonial, que podrá ser un daño emergente, un lucro cesante ... , y, si la lesión contiene consecuencias o resultados en bienes extrapatrimoniales, estamos ante un daño moral” (López Herrera, 2006, pág. 148).

³ **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 teoría de nexo causal aplicable a la responsabilidad extracontractual, es la de la “causa adecuada”. A fin de determinar cuál es la causa del daño, “se recurre entonces a las reglas de experiencia diaria, o experiencia de la vida, y sobre la base de ellas se realiza un juicio de probabilidad” (Vásquez, 1993, pág. 224). Este análisis de probabilidades es el que ayuda a determinar cuál de todas las posibles causas, es la que se ajusta con mayor precisión para ser considerada como el desencadenante del daño.

Debido a que, en la responsabilidad extracontractual, no está demarcada por un contrato, las consecuencias del menoscabo pueden extenderse. Sin embargo, los factores eximentes siguen siendo los mismos detallados como causas justificativas que no acarrearán responsabilidad civil: ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad. Ello no debe confundirse con los supuestos de improcedencia de reparación contemplados en el artículo 1972⁴, pertenecientes a la misma sección de responsabilidad extracontractual del Código Civil. Al respecto, podemos señalar que “el artículo 1972 no solo se aplica a los casos del numeral 1970, [sino que] es una norma que los jueces deben invocar también en los supuestos en que la responsabilidad civil se impute por culpa” (Vega Mere, 2003, pág. 146).

La responsabilidad extracontractual, puntualiza una serie de casos especiales como lo son la responsabilidad civil: de la persona jurídica, por riesgo creado, por accidentes de tránsito, por productos defectuosos, daños causados por animales, por el Estado mismo, entre otros. Cada uno de estos supuestos especiales, será evaluado con un factor de atribución específico dependiendo del caso.

⁴ **Artículo 1972.-**

En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

1.3. Las funciones de la responsabilidad civil. -

La función resarcitoria en la responsabilidad civil, es el principal objetivo de ésta función del derecho; sin embargo, no es la única finalidad que persigue. Su segunda labor viene a ser la función desincentivadora o preventiva de conductas dañinas. Ésta también es un eje muy importante para evitar que se produzca el principal desencadenante de la responsabilidad: el daño.

1.3.1. La Función Resarcitoria:

La finalidad de resarcir el daño causado es también conocida como función compensatoria, donde se busca indemnizar a la víctima cuando sus derechos se han visto lesionados, causando un detrimento que puede ser tanto económico como no patrimonial. El resarcimiento, busca “equilibrar los intereses en la medida en que han sido perjudicados” (De Cupis, 1975, pág. 751).

En la función compensatoria, “la responsabilidad civil interviene después (*ex post*) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas al estado anterior (*ex ante*)” (López Herrera, 2006, pág. 41). Siguiendo a López Herrera (2006), la palabra “reparar” es justa para describir el objetivo de la responsabilidad civil, ya que en su tercera acepción según el diccionario de la Real Academia, es “desagraviar, satisfacer al ofendido”, y según la sexta acepción, es “remediar o precaver un daño o perjuicio” (pág. 42). Es por ese motivo que se habla de tutela resarcitoria, ya que esta sirve como instrumento para poner la situación al estado anterior al daño o al menos procurar una satisfacción equivalente a la que se tenía antes del hecho lesivo.

Conforme a Bustamante Alsina (1987), “reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, (obra frecuentemente imposible de realizarse), es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido” (pág. 206).

Dado que la reparación implica reconstruir la situación a como era antes del evento dañoso, es que se hace mención a los distintos tipos de reparación, cuyo objetivo es procurar volver a la situación anterior al origen del daño o al menos, colocarla a un equivalente. A continuación, detallaremos los tipos de reparación.

a) Reparación por equivalente:

El pago por equivalencia forma parte de lo que viene a ser una indemnización económica. Es decir, el resarcimiento a la víctima es de índole pecuniario. En este supuesto, “la indemnización podrá fijarse bajo la especie de una renta vitalicia y el juez dispondrá las garantías que juzgue convenientes para el cumplimiento cabal de la misma” (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 295).

La reparación por equivalente “llena el vacío creado por el hecho dañoso, pero no restaura el bien-interés destruido o disminuido, sino que sitúa el equivalente del mismo, en el cual se contiene una igualdad real de valor económico...” (De Cupis, 1975, pág. 766). La lógica detrás de la indemnización o reparación por equivalente, es que busca resarcir el detrimento que no puede restituirse o repararse al punto volverlo al estado anterior al daño.

b) Reparación en especie:

También llamada reparación in natura, específica, o restitución. Al contrario del pago de la indemnización dineraria, que es una obligación de dar, ésta es de hacer normalmente, aunque puede ser de dar o de no hacer (López Herrera, 2006, pág. 457). La reparación en especie tiene como finalidad restituir lo dañado, o al menos colocar a la persona dañada en la situación anterior al perjuicio. Aparentemente, es la forma de reparación más justa o exacta (por decirlo de algún modo), ya que en los casos de ciertos daños patrimoniales resultaría más fácil restituir el objeto por uno igual o calcular total del costo para arreglar el

patrimonio dañado. De acuerdo a Zannoni (1982), la reparación específica, es solo posible cuando se trata de daño patrimonial directo y en tanto el daño consista en la pérdida o destrucción de bienes susceptibles de ser repuestos *ut singuli* en el patrimonio damnificado (pág. 189).

Algunos criterios de la reparación en especie son:

b.1.) Principio de Reparación Integral

Este principio señala que el agente dañante es el encargado de hacerse responsable por todo el detrimento generado al sujeto lesionado. El principio de la reparación integral “exige que todos los perjudicados deban ser indemnizados en todos y cada uno de los daños y solo en los daños probados, sin importar su naturaleza material extrapatrimonial” (Velásquez Posada, 2003, pág. 6)

Eso quiere decir que en el principio de reparación integral “la víctima debe quedar en la situación más posible de indiferencia entre sufrir el daño y cobrar la indemnización” (López Herrera, 2006, pág. 461). Si bien esta posición es bastante utópica, lo que se busca es al menos acercarse a este ideal de reparación total al ofendido.

En la reparación integral del daño, “la regla es reparar *tout le dommage, mais rien que le dommage*, esto es, se trata de indemnizar la totalidad de los daños padecidos sin que se puedan superar sus estrictos límites” (Sandoval Garrido, 2013, pág. 241).

Para Domínguez Hidalgo, “la regla orientadora de toda indemnización debe ser el de la reparación integral del perjuicio, esto es, la reparación no debe ser insuficiente ni excesiva” (Domínguez Hidalgo, 1999, pág. 40).

Desde otra perspectiva, la reparación integral está ligada a la función preventiva, ya que “para generar conductas eficientes, la responsabilidad civil debe imponer a quienes están en mejores condiciones de evitar un accidente, adoptando medidas de precaución y adecuando su nivel de actividad al mínimo coste, la obligación de reparar todo el daño esperado del mismo” (Pintos Ager, 2000, pág. 60). Además, Pintos Ager (2000), señala que: “como condición accesoria para lograr niveles óptimos de disuasión, no debe permitirse en principio, minoraciones de la indemnización por prestaciones colaterales para que el causante soporte la totalidad del daño”. (pág. 61)

b.2.) Principio de Equidad

Este principio otorga una facultad al juez para atenuar o reajustar el monto indemnizatorio, cumpliendo con algunas condiciones, que, según López Herrera, vendrían a ser las siguientes (2006):

- Dependiendo la situación patrimonial del deudor
- Debe ser a solicitud de parte, no procederá de oficio
- Aplicaría también el campo de la responsabilidad contractual
- Resulta improcedente si hubo dolo por parte del responsable
- Ninguna incidencia tiene el hecho de que se trate de varios responsables ni que la obligación sea solidaria o concurrente
- Aplicación facultativa
- Habrá discusión respecto a la aplicación del principio cuando la víctima sea indigente. (págs. 466-467)

Otros autores como Jiménez Vargas-Machuca (2006), han señalado que dentro de la función satisfactiva para desagraviar al ofendido, existe una función aflictivo-consolatoria en los casos de daños inmateriales donde haya posibilidad de resarcimiento no pecuniario. Un ejemplo sería el daño al honor y reputación, que podrían ser reparados vía retractación pública. (pág. 221). Esto último podría constituir un claro ejemplo de reparación en especie.

Por último, coincido con la opinión de la profesora Jiménez Vargas-Machuca (2006), en cuanto que la función aflictivo-consolatoria, debe dotarse de contenido a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valoración seria del daño extrapatrimonial, donde se empleen parámetros y no meras suposiciones, sin dejar de lado lo importante que resulta la acreditación del daño (por parte de la víctima) y la fundamentación de la decisión final (por parte del juez). (pág. 219)

1.3.2. La Función Preventiva:

En cuanto a la finalidad preventiva en el derecho de daños (o responsabilidad civil), se subraya principalmente el deber de actuar *ex ante* al hecho generador del daño. De este modo, “el remedio preventivo actúa antes de que haya iniciado la vulneración del derecho, suprimiendo la situación susceptible de vulnerarlo (Restrepo Rodríguez, 2008, pág. 222)”

Teniendo en cuenta esto, podemos decir que “se generan incentivos para que quienes desempeñan actividades peligrosas minimicen los costos directos del accidente” (Pintos Ager, 2000, pág. 60). En otras palabras, la función preventiva en la responsabilidad civil es igual de importante que la función indemnizatoria, puesto que, como se ha mencionado, su objetivo es servir como medida desincentivadora de conductas dañinas y negligentes para que finalmente no suceda el hecho lesivo. Sin la acreditación de este último, no habrá responsabilidad civil.

El dicho popular “más vale prevenir que curar” tiene aquí plena aplicación (López Herrera, 2006, pág. 44), porque si se pone mayor énfasis en los hechos *ex ante*, no habrá necesidad de responder por los sucesos *ex post* que generarían una situación desventajosa para ambas partes.

Además, al haber montos indemnizatorios más altos y una jurisprudencia unificada que avale esto, se generarán mejores políticas de diligencia en actividades riesgosas y conductas más responsables para evitar futuras pérdidas económicas ocasionadas por acciones negligentes.

No obstante, tanto el remedio meramente preventivo como la reparación tienen como finalidad común la indemnidad de la víctima, el mantenimiento de su statu quo (Restrepo Rodríguez, 2008, pág. 222)

1.4. Elementos de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil está compuesta por varios elementos que resultan ser concurrentes para la configuración de esta. Dichos elementos son: daño, imputabilidad, nexo causal, factores de atribución, y antijuricidad. No hay responsabilidad sin una conducta del autor o agente, contraria al ordenamiento jurídico; atribuible con base en un factor objetivo o subjetivo; que origina un daño que se haya en relación de causalidad adecuada (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 22).

1.4.1. Imputabilidad

Hace referencia a la capacidad que tiene el sujeto de responder por el daño causado. En otras palabras, la imputabilidad supone que la persona “debe haber determinado su actuar, y actuado libremente; o sea, debe haber actuado con discernimiento y comprensión (...)” (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 93). Las

limitaciones a la “capacidad de ejercicio plena”⁵ para los sujetos de derecho están comprendidas en el artículo 43 del Código Civil, donde se señala como incapaces absolutos a los menores de dieciséis años (salvo para aquellos actos determinados por la ley), y los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. El tema más relevante respecto a la capacidad, es la facultad de discernir del sujeto ya que ello supone una plena conciencia de los actos que se cometen y sus consecuencias. Las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo 1384 respecto a algunos artículos en del Código Civil, tenía como finalidad respetar más la capacidad de los sujetos, intentando eliminar la noción de incapacidad por resultar ofensiva. De lo mencionado anteriormente, podemos ver que “lo que motivaba la existencia del término “incapacidad” en los antiguos artículos, era precisamente el factor de falta o insuficiencia de discernimiento en la persona, ... independientemente de que la persona sea discapacitada o no” (Cárdenas Krenz & Della Rossa Leciñana, 2018, pág. 115)

Si el sujeto causante del daño está en capacidad de discernir, es porque tiene entendimiento de sus acciones como para poder distinguir entre ellas, y ser susceptible de responsabilidad civil.

1.4.2. Nexo Causal

La causalidad viene a ser la relación entre un evento dañoso y el menoscabo producido por el primero. Es decir, “la relación de causalidad busca encontrar una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa a los

⁵ Con el Decreto Legislativo 1384 publicado el 04 de setiembre del 2018, se modificaron varios artículos del Código Civil, entre ellos, el artículo 42 referente a la “Capacidad de ejercicio”. Dicha modificación cambió el epígrafe por “Capacidad de ejercicio plena” y alteró el contenido del mismo de la siguiente manera:

“Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.”

cuales se atribuye su producción” (Vásquez, 1993, pág. 220). Para López Herrera, “esa relación de producción es la que permite afirmar, por un lado, que una persona es autor de una conducta dañosa, y además de qué daños es causante” (pág. 199). El hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 107).

La doctrina sostiene varias teorías respecto a la determinación del nexo causal, sin embargo, para no excedernos del tema central, nos ceñiremos a las aplicables en nuestro sistema. Dentro de la responsabilidad contractual, se menciona la teoría de la causa próxima, donde el evento dañoso tiene que ser la causa inmediata a la generación del menoscabo. “Esta teoría toma como causa a la condición más próxima en el tiempo al resultado” (Vásquez, 1993, pág. 223). En otras palabras, la causa próxima viene a ser el antecedente inmediato al daño, el cual proviene del incumplimiento obligacional, ya sea parcial, tardío o defectuoso. Los daños en la responsabilidad contractual están perfectamente limitados como consecuencia de la inejecución de la obligación, por lo que, de cierta forma, se podría hablar de una responsabilidad limitada.

El nexo causal en la responsabilidad extracontractual, está guiado por la teoría de “causa adecuada”. Tal y como su nombre lo dice, lo que se busca es evaluar cuál de todas las causas es la más adecuada para ser considerada como la que originó el evento dañoso. Según esta teoría, “no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen igual importancia, sino que debe asociarse a aquel antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio” (Vásquez, 1993, pág. 223). La responsabilidad extracontractual es más flexible, que la contractual, ya que los daños pueden dispersarse en distintas direcciones porque no está delimitado por un contrato. Esto implica que, al haber múltiples opciones generadoras de daño, se buscará elegir la más idónea como desencadenante directo de la lesión.

Cuando la relación causal se suprime *in totum* estamos frente al fenómeno de la interrupción del nexo causal (Vásquez, 1993, pág. 231). Tal es el caso, de los supuestos fractura causal que detallaremos a continuación:

a) Caso fortuito o fuerza mayor

Es una fractura de nexo causal donde los elementos que producen en daño son exógenos al control o actuación del agente. Estos elementos “son acontecimientos que escapan a la previsibilidad normal de un sujeto, o en otros casos, si bien pueden ser previsibles, son inevitables porque no se sabe el momento exacto de ocurrencia, o porque aun sabiéndoselo es imposible evitarlos” (López Herrera, 2006, pág. 234).

El factor más relevante en el caso fortuito o fuerza mayor es la esfera de control del sujeto, esto quiere decir la capacidad en la que se encuentra la persona para poder prevenir o evitar el hecho dañoso. Esto quiere decir que, si “los fenómenos no son habituales, no han ocurrido nunca en el lugar o solo una vez en 100 años, estamos frente a lo imprevisible” (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 126). A ello hay que agregarle otros factores como la intensidad o gravedad del fenómeno natural, comparado con la magnitud que usualmente sucedía en otras ocasiones.

Para poder medir los riesgos de la potencialidad de que acontezca un daño, debemos tomar en cuenta el riesgo típico y el atípico. El primero se refiere al actuar ordinario y cotidiano de la persona, de tal forma que se pueda contemplar, al menos en una posibilidad remota, la ocurrencia del hecho lesivo. Mientras tanto, el riesgo atípico está comprendido dentro de lo extraordinario. El caso será fortuito cuando sea imprevisible, extraordinario e irresistible, aunque todos estos elementos no necesariamente sean concurrentes.

b) Hecho determinante de un tercero

El acto determinante de tercero implica una ruptura causal: “aquel que parecía ser el causante, no lo es, sino que es otro quien contribuyó con la causa adecuada” (De Trazegnies, 1999, pág. 224). Lo principal es que el hecho del tercero constituya la causa de los daños, es decir, que el tercero sea el verdadero causante. Un ejemplo bastante común son los choques múltiples.

Para Velásquez Posada (2009), los requisitos para que se configure el hecho exclusivo de un tercero son:

- El hecho del tercero sea la única causa del daño,
- Haya certeza de que el daño es imputable a un tercero,
- No hay vínculo de dependencia con el presunto causante,
- No haya sido provocado por el ofensor presunto
- Sea irresistible e imprevisible para el causante (pág. 472)

c) Hecho determinante de la propia víctima

Este supuesto se da cuando la misma víctima es la causante de la lesión. En este caso es el sujeto dañado quien se pone en las condiciones suficientes para causarse el daño, ya sea obrando voluntaria o involuntariamente.

Existe la situación en la que tanto el acreedor del resarcimiento, como el deudor, concurren a la generación del evento dañoso. A esto se le denomina concausa, y por ello no existe exoneración de responsabilidad civil. “La culpa no debe necesariamente ser exclusiva, sino que puede ser concurrente, incluso con el riesgo de la cosa, debiéndose aplicar según las reglas de causalidad la eficiencia de uno u otro” (López Herrera, 2006, pág. 338). Tal es el ejemplo, de algunos accidentes de tránsito o atropellos, en donde también tendrá que evaluarse si hubo posibilidad de evitar el daño por parte del conductor quien es el que ejerce la actividad riesgosa.

El hecho determinante de la propia víctima puede darse tanto en el campo de la responsabilidad extracontractual como la contractual. Un ejemplo sería, “en el ámbito del incumplimiento de la obligación, en el cual el hecho de la víctima, es el hecho del acreedor, que impide el pago...” (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 135). Es decir, la inejecución de la prestación que causa el daño al acreedor, se debe a que este coloca al deudor en una situación que lo imposibilita en cumplir con su parte.

1.4.3. Antijuridicidad

La antijuridicidad hace referencia a la ilicitud, es decir que la acción contravenga el derecho. Hay un sector de la doctrina que indica que la antijuridicidad no es elemento de la responsabilidad civil. Algunos señalan que la antijuridicidad tiene que darse en todas las situaciones, ya que es un elemento, y como tal, debe ser concurrente con el resto. Sin embargo, si existe justificación del daño (daño soportable), esto haría que la ilicitud deje de ser elemento. El daño injusto es una concepción muy usada en la doctrina europea, especialmente en la italiana. Así como hay daño injusto, también existen los daños tolerables o soportables, en los que no habrá atribución de responsabilidad. Pese a que no hay mucha legislación sobre el tema, nuestra doctrina entiende la antijuridicidad como aquello contrario al derecho, o al sistema jurídico (principios y normas), conformando uno de los elementos de la responsabilidad civil. “De aquí, que antijurídico pueda ser también el daño producido por un acto humano contrario a la moral, pero tan sólo en cuanto la norma moral penetre en la esfera del derecho.” (De Cupis, 1975, pág. 90)

La antijuridicidad como tal, puede ser típica y atípica. Cuando el acto contrario al derecho se encuentra regulado de forma taxativa en la norma, se hablaría de antijuridicidad típica. Este es el caso de situaciones específicas prohibidas en el Código Civil, donde si se causa un daño, se tendrá que resarcir. En cambio, la antijuridicidad atípica, no establece un supuesto específico, sino que describe la situación en términos generales, es decir, situaciones prohibidas genéricamente.

Dentro del elemento de antijuridicidad existen algunas causas de justificación del hecho dañino, las cuales detallaremos a continuación:

a) Ejercicio de un derecho propio:

Es el caso de quien actúa en ejercicio regular de sus derechos, y termina generando un menoscabo a un tercero. “El ejercicio del derecho a dañar ... debe ser regular, es decir, ese derecho debe ser dentro de sus propios límites” (De Trazegnies, 1999, pág. 122). Un típico ejemplo es la competencia laboral o comercial. Por ejemplo: “los perjuicios que un profesional puede causar a sus colegas, atrayendo clientes con su fama o prestigio y, por tanto, privando de esos clientes a otros profesionales, en el ejercicio legítimo y correcto de su profesión, de su derecho subjetivo a la actividad para la cual tiene un título habilitante.” (Gherssi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 76). Este es el caso de los llamados “daños soportables” o “tolerables”.

b) Legítima defensa:

El mismo nombre de la figura hace alusión a una defensa ejercida de forma lícita para evitar ser dañado. A lo largo de la historia, “la consagración de la legítima defensa está reseñada en el Digesto en unos pasajes de Gayo (Digesto 9, 2, 7, y 4) que justifica el daño causado en la lucha entre púgiles o en combate” (Velásquez Posada, 2009, pág. 241 y 242). Entonces, podemos decir que, el daño generado en la legítima defensa es una causa justificada para quien ha sido atacado de forma primigenia y reacciona repeliendo el ataque hacia su persona, o en protección de los derechos de un tercero.

En palabras de Guerssi, Stiglitz y Parellada (1992):“el daño es causado por el agredido o atacado, convertido en agente como reacción frente a un ataque injusto” (pág. 82). Para que se configure este supuesto, la legítima defensa debe

ser inmediata y proporcional, en respuesta a una agresión ilegítima. Se habla de ilegitimidad cuando el ataque es arbitrario o sin fundamento alguno, es decir, quien deliberadamente inicia la agresión.

c) Estado de necesidad:

El estado de necesidad sucede cuando “alguien reacciona para evitar un mal cercano, inminente y grave” (Trigo Represas & López Mesa, 2004, pág. 925). Es una situación en la cual se cae o a la que se llega, sin culpabilidad; no imputable al necesitado, extraña a él, fortuita, inevitable, urgente y grave. (Gherzi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 80). Es importante la noción de proporcionalidad, en la que solo se excluye de responsabilidad, si el bien que se destruye tiene un valor notoriamente menor. Un ejemplo de Estado de necesidad sería el caso de alguien que se ve obligado a destruir parte de una propiedad, para poder ingresar en ella y rescatar a una persona atrapada en un incendio. En este supuesto, hay un bien jurídico vulnerado que es la propiedad que ha sido parcialmente destruida para salvaguardar un bien jurídico mayor como lo es la vida humana.

1.4.4. Factores de atribución

Los factores de atribución nos ayudan a responder la pregunta ¿a título de qué responde? Para poder dar con el fundamento del deber de indemnizar. Estos criterios de imputación son dos: subjetivo y objetivo. Según Juan Espinoza (2016), también forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad, aunque prefiere considerarlos de manera independiente, dadas sus particulares características (p. 183-184).

a) Factor de atribución subjetivo

Cuando hablamos del factor subjetivo, nos referimos al dolo o culpa como criterios a analizar para atribuir la responsabilidad. El dolo comprende la conciencia y voluntad del agente para causar el daño.

Por otro lado, la culpa consiste en una contravención a un estándar de conducta, el comportamiento del “buen padre de familia”, es decir el actuar del hombre diligente promedio. Este va a depender de la comparación que haya con ese estándar de conducta.

b) Factor de atribución objetivo

En este caso ya no se toma en consideración la culpa o el dolo. El factor de atribución objetivo responde a título de riesgo creado. Esto se fundamenta en que la persona que realiza una actividad que le reporta un beneficio, se obliga a soportar las consecuencias de este, cuando origina una situación de riesgo a través de su actividad.

Lo importante radica en que no se va analizar la conducta del sujeto, desde la perspectiva de si fue dolosa o culposa, sino que se responderá por la situación de riesgo creada.

En síntesis, para la configuración de la responsabilidad civil es necesaria la presencia del daño como situación de menoscabo resarcible; la imputabilidad, como capacidad de imputación del sujeto dañante; antijuricidad, que contravenga el derecho; el nexo causal, vínculo entre el evento dañoso y los factores de atribución.

Sin embargo, para efectos de la presente tesis, y debido a la naturaleza del tema, nos centraremos solamente en el daño, el cual hemos decidido dedicarle un subcapítulo aparte, para poder enfatizarlo de mejor manera.

1.5. Concepto de daño. –

La relación entre responsabilidad civil y daño se hace crucial para el entendimiento de este tema, ya que el daño no solo resulta ser el elemento más importante de la responsabilidad civil, sino que también constituye una característica *sine qua non* para la existencia de esta.

El daño es una situación de menoscabo y detrimento a los intereses legítimos o derechos subjetivos de una persona. Al respecto, Felipe Osterling sostenía lo siguiente (como se citó en Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003):

Se puede decir que el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa << de otro >> recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extra patrimonial. (p. 373).

En líneas generales, podríamos definir al daño, como la lesión parcial o total, ya sea en el ámbito patrimonial o extra patrimonial, que genera un agravio a los derechos de la víctima.

Como indica López Herrera (2006) , para saber cuándo hay daño, la víctima debe preguntarse:

“¿Cómo estaba antes del ilícito y como estoy después? Y esto vale no solo para el daño patrimonial donde la comparación es más evidente sino también para el daño moral donde el patrimonio puede no sufrir mengua, y el daño manifestarse o repercutir en las afecciones legítimas. El daño en sentido amplio repercute negativamente no solo patrimonial sino también extrapatrimonialmente. (pág. 120)

De acuerdo a Ghersi, Stiglitz, y Parellada (1992) señalan lo siguiente respecto al daño.

“Se parte de la idea de los daños como un mal, un desvalor o contravalor, algo que se padece con dolor, puesto que nos achica o reduce; nos quita algo que era nuestro, de lo cual gozábamos o nos aprovechábamos que era nuestra integridad psíquica o física, las posibilidades como persona humana, consagrada, o bien el uso y disfrute de los bienes que componen nuestro patrimonio, que van unidos a las chances o probabilidades de acrecentamientos o nuevas incorporaciones.” (pág. 21)

Para Santos Briz (1989): “el daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra” (pág. 827).

Habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo o una facultad (Mosset Iturraspe, 1979, pág. 142). El derecho subjetivo es entendido como una situación jurídica de ventaja activa que se encuentra prevista en una norma, a diferencia de un interés legítimo que no tiene una regulación taxativa. El interés humano, es “la facultad de actuar, para poder gozar esos bienes que satisfacen necesidades.” (Ghersi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 216). Otros autores como De Cupis (1975) afirman que: el interés es la posibilidad de que una necesidad, experimentada por uno o varios sujetos determinados venga satisfecha mediante un bien. (pág. 111). Cuando cualquiera de estas dos nociones se ve perjudicada, se configura el daño.

Para la realización de nuestro tema y como desencadenante de la responsabilidad civil, lo que interesa es el daño resarcible. El presupuesto más importante para la resarcibilidad del daño, es que este sea cierto. “Es menester que el daño sea real y efectivo, y no puramente eventual o hipotético” (Ghersi, Stiglitz, & Parellada, 1992, pág. 222).

1.6. Clasificación del daño. -

De acuerdo a nuestra legislación la clasificación del concepto de daño está dividida en daños objetivos o patrimoniales y daños subjetivos o no patrimoniales.

1.6.1. Daños Patrimoniales. –

El daño patrimonial “consiste en el menoscabo del patrimonio en sí mismo, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales y previstas” (Orgaz, 1980, pág. 19). Se le denomina también como daño objetivo, y abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante, puesto que son detrimentos que perjudican directamente el patrimonio de la persona. “Si una acción antijurídica menoscaba el patrimonio de una persona, susceptible de apreciación pecuniaria, estamos ante un daño patrimonial” (Tanzi, 2006, pág. 85).

Respecto a la calificación de los daños patrimoniales, Alfredo Orgaz (1980) señala que:

Puede manifestarse en dos formas típicas: o como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente o positivo), o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante) (pág. 20).

Estas son las dos concepciones que integran al daño no patrimonial en nuestro sistema jurídico, y que pasaremos a detallar a continuación.

a) Daño emergente:

El daño emergente se refiere “al costo de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio” (Trigo Represas & López Mesa, 2004, pág. 459). Se podría considerar este daño como la disminución patrimonial inmediata ocasionada por el hecho lesivo.

Otros autores como Fernández Cruz (2016) lo indican como: “el empobrecimiento que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa y súbita del daño... se trata entonces, de la sustracción de una utilidad económica ya existente en el patrimonio del sujeto al momento de verificarse el daño” (págs. 330-331). Esto incluye todos los costos derivados del evento que produce la lesión.

El daño emergente resguarda el valor de la cosa, mientras que el lucro cesante su uso y disfrute (Lorenzetti, 1995, pág. 87). Por ello, el primero es más fácil de estimar en números que el segundo. Esto se debe a que, al ser un menoscabo pecuniario directo del hecho lesivo, “tiene un límite cierto para su reclamo, por lo que no se puede inflar al antojo del demandante y su coste ha de ser previsible” (Trigo Represas & López Mesa, 2004, pág. 460).

b) Lucro cesante:

Se denomina lucro cesante a la suma económica que se deja de percibir por el daño causado. Esta “consiste en la privación o frustración de un empobrecimiento patrimonial” (Vásquez, 1993, pág. 178).

El mismo nombre de la figura explica que es un daño ligado al cese de la facultad lucrativa de la persona dañada. En otras palabras, es un tipo de detrimento económico específicamente relacionado al costo de oportunidad que se ve vulnerado, ya que la lesión causada al sujeto le impide generar dinero a través de las actividades en las que se desempeñaba antes del suceso.

Según Fernández Cruz (2016), el lucro cesante “afecta una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño evento, pero que bajo un juicio de probabilidad se habría obtenido de no haber tenido lugar el evento dañoso” (pág. 331). Esto explicaría porque se lo define también como una frustración a la expectativa económica del sujeto dañado.

1.6.2. Daños No Patrimoniales. –

Los daños no patrimoniales “son aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria” (Santos Briz, 1989, pág. 828).

Esta segunda parte de la clasificación del daño nos remite al aspecto subjetivo, que en la legislación peruana contiene el daño moral y el daño a la persona. Ambos tipos de daño son de naturaleza extrapatrimonial; y, por consiguiente, los criterios para lograr una cuantificación correcta han sido difíciles de acordar.

Se entiende al daño moral como el dolor o sufrimiento producido por el evento dañoso; este concepto lo convierte en un daño difícil de calcular debido a su naturaleza no económica. Lo mismo sucede respecto al daño a la persona, el cual incluye conceptos igual de subjetivos como lo son el proyecto de vida del sujeto dañado. Como indica Solf García (1945), “los daños no patrimoniales son aquellos que causan quebrantos de orden moral, sin perjuicio de que puedan o no causar menoscabos de orden económico”⁶ (pág.

⁶ Con ello hace alusión a que el mismo concepto de daño moral es aplicable tanto en la aflicción sufrida por el padre cuyo hijo ha muerto, como en el caso de un artista plástico que ha perdido un brazo, y que, por ende, sufrirá un detrimento económico ya que se verá imposibilitado de trabajar. En el primer supuesto, el daño moral no está relacionado a una pérdida económica, como si sucedería en el segundo caso por el concepto de lucro cesante.

27). Esto último hace referencia a que no siempre la aflicción proveniente del daño moral estará emparejada con el lucro cesante, o tendrá relación con un daño de índole económico. Habrá casos donde exista daño moral, sin la presencia de lucro cesante.

A diferencia de los daños objetivos, el cálculo de los daños no patrimoniales siempre será una paradoja en sí mismo por lo difícil que resulta valorizarlos.

a) Daño a la persona:

Se lo podría considerar como “todos los daños que se puede causar al ser humano entendido como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad” (Fernández Sessarego, 2003, pág. 17). Al denominarse como una lesión psicosomática, se entiende que afecta tanto el aspecto psicológico, como el corpóreo o físico. Estos dos ámbitos en su conjunto vendrían a constituir la humanidad de una persona.

De ahí que pueda ser lesionada tanto en su estructura psicosomática como en su libertad. Los daños psicosomáticos pueden incidir en el soma o cuerpo en sentido estricto, con repercusión en la psique, o a la inversa (Fernández Sessarego, 2009, pág. 26).

El daño a la persona “debe sistematizarse en concordancia con la naturaleza bidimensional de la estructura existencial del ser humano, en daño psicosomático y daño a la libertad fenoménica o daño al proyecto de vida” (Fernández Sessarego, 2009, pág. 480). Como señala el mismo autor, el ser

Al respecto, Santos Briz (1989) afirma que: es evidente que quien experimenta un daño o lesión corporal recibe al mismo tiempo en un gran número de casos un sufrimiento espiritual, sin que sea incompatible que el daño físico o moral coincida como derivado del mismo hecho con el daño puramente material (pág. 833)

humano “de un lado es un conjunto de órganos, funciones fisiológicas y un psiquismo y, del otro, es libertad, su centro espiritual” (pág. 481). Cuando este último punto se ve vulnerado, surge el denominado “daño al proyecto de vida”, lo cual se materializa en una de las varias formas de daño a la persona.

El profesor Carlos Fernández Sessarego, luego de su estadía por unos años en Italia, fue el gran impulsor de la concepción humanista en del derecho de daños, y por ende de la importancia que guardaban los daños a la persona, como, por ejemplo, el proyecto de vida.

Este tipo de daño está basado en una concepción filosófica de libertad del ser humano. De acuerdo al maestro Fernández Sessarego: “el ser libertad” supone la capacidad inherente al hombre de proyectar una manera de existir, un plan existencial (Fernández Sessarego, 2008, pág. 52). Es precisamente este plan existencial al que se denomina como proyecto de vida, y, que cuando se ve afectado, interfiere severamente con el desarrollo personal del damnificado.

La figura del daño a la persona, tiene su origen en Italia. Hubo un momento en la doctrina italiana, donde el daño moral quedó muy corto para contemplar otras voces de daño inmaterial. Es en ese tiempo, en que surge el denominado “daño biológico” o “daño a la salud”, el cual requerirá de una evaluación por parte de un médico legal. Es el concepto de daño a la salud, el que engloba una serie de daños que lesionaban el aspecto corpóreo de la persona como: daño estético, daño a la vida en relación, daño por estrés, daño sexual, etc.

Posteriormente, luego aparece el “daño existencial” como una tercera categoría del daño a la persona, “cuyo propósito es cubrir todos los daños que, generando consecuencias de orden no patrimonial, no se encontraban comprendidos dentro de los estrictos alcances del “daño moral” como “*pretium*

doloris” (Fernández Sessarego, Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral", 2003, pág. 20)

En síntesis, el modelo italiano considera tres tipos de daño a la persona: el daño biológico, el daño moral y el daño existencial (Fernández Sessarego, 2003, pág. 20).

Como puede verse, el daño a la persona en Italia, surgió y evolucionó de una manera algo distinta al modo casi espontáneo en que se incorporó a nuestra legislación, meses antes de la promulgación del Código Civil de 1984.

Dado que el concepto de daño a la persona fue importado del Código Civil Italiano, Fernández Cruz (2016) señala que debe ser entendido fiel a su raíz itálica, esto es, como un daño que:

- ✓ Afecta a la persona humana como entidad psico-física, comprendiendo a los daños inherentes a ésta (o daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psico-física, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros;
- ✓ Es normalmente -como regla general- el resultado de una función, de reparación del daño resarcible, por lo que es -contrariamente a lo que comúnmente se piensa- ordinariamente valuable y solo excepcionalmente estimable (pág. 332)

Se suponía que el daño a la persona debía de absorber el daño moral que incluyen las angustias, aflicciones, sufrimiento, fruto del hecho lesivo. Sin embargo, en nuestro país se maneja estos dos conceptos de daños inmateriales por separado, sin mayor detalle del contenido de cada uno, pero sí precisando que ambos son conceptos por los cuales se solicita resarcimiento.

Esto se debe a que, si bien la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 terminó aceptando la incorporación del “daño a la persona” propuesta por el profesor Carlos Fernández Sessarego, no hicieron lo mismo respecto a la sugerencia de eliminación del artículo atinente al daño moral. La razón fue porque varios miembros de la Comisión Revisora del momento, no comprendieron que “el daño moral es una de las tantas especies o modalidades del daño a la persona, por lo que debería eliminarse el artículo 1984 del Código Civil” (Fernández Sessarego, 2013, pág. 140)”

b) Daño moral:

El daño moral trae aparejado un desequilibrio emocional portado por el dolor sufrimiento o aflicción y que afecta a un aspecto de la unidad psicosomática (Tanzi, 2006, pág. 86). Esto es, la congoja originada por el evento dañoso y que repercute en la vida cotidiana del perjudicado, alterando su estado de ánimo e integridad emocional.

La relación entre el daño moral y daño a la persona, quedó zanjada en la sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil⁷, en su acápite 71, el cual detalla lo siguiente:

71. Se establece que el daño a la persona y el daño moral guardan una relación género-especie, precisándose que el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizable muchas veces tenga que ser cuantificado económicamente.

⁷ Tercer Pleno Casatorio Civil, realizados por la Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República del 18 de marzo del 2011. Indemnización en el Divorcio por Causal de Separación de Hecho (Casación N° 4664-2010-Puno).

Diez Picazo (2000) resalta que: “el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto, concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación” (Diéz-Picazo y Ponce de León, 2000, pág. 328)”. Esto significa que la concepción de daño moral debe abarcar lo suficiente como para llegar a resarcir en lo posible la esfera emocional de la víctima, sin excederla al punto de volverla lucrativa.

Como menciona Santos Briz (1989), se trata de “un conjunto de dolores físicos y morales, que objetivamente no pueden encontrar un equivalente en dinero, pero que aproximadamente y con un criterio equitativo pueden encontrar un equivalente subjetivo” (pág. 828).

Si bien es cierto que los sentimientos, en principio, no pueden ser valuados, esta medición del dolor que se ve materializada en una indemnización, no busca sustituir lo perdido o lesionado, sino más bien, satisfacer al ofendido a en una suerte de función aflictivo consolatoria.

Diversos autores han defendido una postura similar a esta que permita el resarcimiento pecuniario por concepto de daño moral. Nos parece acertada la opinión de Bustamante Alsina (1987), quien precisa lo siguiente:

El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función que en la indemnización de los daños materiales: en estos cumple una función de equivalencia, entre el daño y la reparación; en aquellos, en cambio, la función no es de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones (pág. 206).

Una similar postura en defensa de la indemnización económica por concepto de daño moral, es la que argumenta Zannoni (1982):

Es claro que la apreciación pecuniaria (del daño moral) 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. La apreciación pecuniaria cumple más bien un rol, 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” (pág. 244 y 245).

En resumen, el daño moral constituye todas las aflicciones y malestares provenientes del evento dañoso, que merecen ser resarcidos económicamente para procurar una satisfacción equiparable a las que fueron lesionadas.

1.7. La falta de predictibilidad en la cuantificación de daños en las sentencias

Lamentablemente, en el medio peruano, aun no se ve de forma mayoritaria la influencia de una corriente jurídica humanista. Esto se ve reflejado en la falta de atención que se les presta a los montos resarcitorios, precisamente porque no se tiene en claro la naturaleza del daño a la persona y su razón de ser. La mayoría de jueces parten de la antigua concepción patrimonialista del derecho de daños al momento de indemnizar, sin tomar en cuenta, que “la persona humana resulta ser un fin en sí misma, mientras que el patrimonio es de carácter instrumental” (Fernández Sessarego, 2013, pág. 117).

Si las indemnizaciones solo se cuantifican concienzudamente respecto a los daños patrimoniales, dejando de lado las afectaciones extrapatrimoniales del sujeto dañado, solo se demostraría que el fin del derecho no es la protección de la vida humana, sino solo el patrimonio de este cuando se ve vulnerado.

La finalidad de este realista enfoque centrado en el ser humano y no en el patrimonio, está dirigido a que no se le prive de una adecuada y oportuna indemnización por el daño injusto del cual ha sido víctima (Fernández Sessarego, 2013, pág. 117). He allí la importancia de que los jueces rompan con la pasada concepción economicista por una centrada en la integridad del ser humano.

La falta de uniformidad en nuestra jurisprudencia en torno a las indemnizaciones por daños no patrimoniales, ha hecho que día a día los más afectados sigan siendo los ciudadanos de a pie que van en busca de justicia. Personas que solo les queda someterse a la suerte o discrecionalidad del juez, ya que todo dependerá de que tan consciente y probo sea el magistrado que le toque ver el caso.

Para cumplir con la compleja y delicada labor de cuantificar los daños inmateriales, los jueces “deben estar dotados de una especial sensibilidad humana, que comprendan la importancia del ser humano, que vivencien intensamente la justicia, que estén jurídica y éticamente bien formados, debidamente capacitados en la materia” (Fernández Sessarego, 2009, pág. 38).

Si hubiera un método de cuantificación de daños no patrimoniales que marcara la pauta para que los jueces realicen una digna liquidación del daño, habría menos probabilidades de ser perjudicado por la desidia de alguno de ellos. Lo cual, a su vez conllevaría a una mayor predictibilidad en los montos resarcitorios; y por ende mayor seguridad jurídica, que es uno de los principales ideales que se busca al acudir al órgano jurisdiccional.

Otro factor no menos importante y que influye en esta suerte de caos de sumas indemnizatorias, es la carencia de abogados defensores que sepan diferenciar los tipos de daños no patrimoniales; y sobre todo acreditar que el monto resarcitorio va acorde a la magnitud del daño causado. La mayoría de abogados al momento de redactar la demanda, incluyen en un solo monto dinerario todos los tipos de daño, a modo de “*por todo concepto*” sin tomarse el tiempo de diferenciar las concepciones, distinguir las sumas para cada clase de daño y fundamentarlas correctamente.

Esta praxis cotidiana también ha ayudado a forjar un clima de inestabilidad y poca homogeneidad en las demandas por daño. Y, esto a su vez solo ha generado más desorden al momento que las demandas llegan a lectura de los jueces, quienes en muchos casos tampoco tienen la intención de profundizar en el tema y terminan otorgando montos irrisorios.

Para evidenciar el problema, haremos un breve análisis casuístico de algunas sentencias en materia de daños recopiladas por el profesor Juan Espinoza, quien hizo un interesante muestreo respecto a procesos civiles en caso de fallecimiento y lesiones, cuyos resultados están plasmados en los siguientes cuadros:

Tabla 1.1

Procesos civiles en caso de fallecimiento

Sujeto	Primera instancia	Segunda instancia	Procedencia
Niña 12 años	\$ 30,000.00	S/. 30,000.00	Lima
Técnico de tripulación	S/. 30,000.00	S/. 30,000.00	Lima
Varón de 23 años	S/. 25,000.00	S/. 25,000.00	Lima
Varón de 17 años	S/.50,000.00	S/.50,000.00	Lima
Varón de 43 años	S/.50,000.00	S/.150,000.00	Lima
Abogado de 46 años	\$ 100,000.00	S/. 100,000.00	Lima
Chofer profesional	S/. 40,000.00	S/.30,000.00	Lima

Fotógrafo	S/. 47,300.00	S/.47,300.00	Lima
Padre de 27 años	S/. 10,000.00	S/. 10,000.00	Piura
Hijo de 27 años	\$ 35,000.00	S/. 125,000.00	Lima
Piraña de 17 años	\$ 3,000.00	infundado	Lima
Padre de familia	S/. 100,000.00	¿?	Lima
Varón de 70 años	¿?	S/. 15,000.00	Lima
Varón	S/. 20,000.00	-----	Yauli

Fuente Espinoza (2016)

Los montos resarcitorios establecidos en cada uno de los casos de la tabla, nos generan los siguientes cuestionamientos: ¿Por qué la vida de una niña de 12 años vale menos que la de un hombre de 43 o 46 años?, ¿Cuál es el criterio para que se reciba S/. 10,000.00 por la muerte de padre joven de 27 años, y S/. 125,000.00 por el fallecimiento de un hombre cuya edad es la misma, y no tiene un hijo que dependa de él?, ¿Por qué la vida de un abogado profesional vale más que la vida un fotógrafo?

La muerte de un padre de familia de 27 años, que deja una viuda y una hija de 5 años de edad, resultó en una indemnización de S/10,000.00 por concepto de daño moral, la cual fue confirmada por la Corte Superior de Justicia de Piura (Espinoza, 2016, pág. 424). Mientras tanto, otra familia recibe un resarcimiento de S/. 125,000.00, por el fallecimiento de un chico de la misma edad, que no tenía un hijo. Al parecer no hay un criterio estándar entre los jueces para decidir si se deben valorar factores de relevancia, como lo sería la viudez y orfandad.

Del mismo modo, es casi un misterio saber por qué no se ha desarrollado un criterio entre los magistrados que ayude a entender porque la vida de un menor de edad vale lo mismo que el de un técnico de tripulación, ni tampoco, cuáles son los fundamentos para considerar una menor cuantía por la vida de un chofer profesional que deja dos hijos

huérfanos de 7 y 3 años, en comparación a un abogado de 46 años sin hijos por quienes velar.

Asimismo, es interesante ver que la vida de un chofer profesional vale un poco menos que la de un fotógrafo, y que la de este último, a su vez, vale bastante menos que la de un abogado (casi la mitad). A primera vista se podría, interpretar que los magistrados estarían valorando la vida humana en función al rédito o capacidad de producción de dinero, lo cual no compartimos porque se estaría cuantificando en virtud de una visión economicista centrada en la capacidad de producción, y no en el valor de la integridad de cada persona.

Todo esto demuestra que no hay un criterio homogenizado entre los jueces, que permita valorar las variables existentes en cada contexto de fallecimiento. Este mismo problema, se repite en los casos de lesiones que observaremos a continuación:

Tabla 1.2.

Procesos civiles en casos de lesiones

Sujeto	Primera instancia	Segunda instancia	Procedencia
Quemaduras entre las piernas de madre	\$ 5,500.00 \$ 3,754.85	S/. 25,000.00	Lima
Pérdida de sensibilidad de miembros inferiores	S/. 100,000.00	Infundada	Lima
53 días con un tratamiento equivocado	S/. 30,000.00	-----	Piura
Pérdida del ojo derecho de una conductora de combi	S/.20,000.00	-----	Piura
Prostactetomía	S/. 80,000.00	-----	Lima
Fractura de brazo izquierdo	\$ 5,000.00	-----	Lima
Fractura de brazo izquierdo a expendedor	S/. 8,000.00	S/. 6,000.00	Sullana
Fractura de brazo izquierdo de un chofer de 41 años	S/. 30,000.00	S/. 15,000.00	Lima

Pérdida del brazo derecho de cosedora de redes	S/. 35,000.00	S/. 35,000.00	Lima
Lesión en la pierna derecha de un ingeniero minero	S/. 100,000.00	S/.100,000.00	Lima
Lesión de pierna de varón	S/.70,000.00	S/. 10,000.00 (S/.50,000.00)	Lima
Lesión pierna de mujer	S/. 50,000.00	S/. 7,000.00 (S/.70,000.00)	Lima
Lesión en la pierna izquierda de una mujer de 63 años	\$ 6,000.00	S/. 20,000.00	Lima
Lesión en la pierna izquierda de una mujer de 63 años	S/.12,000.00	S/. 8,000.00	Lima
Politraumatismo en mandíbula, costillas y columna	S/. 30,000.00	S/. 30,000.00	Lima
Atropello de menor de 16 años	S/. 6,000.00	S/.4,000.00	Lima
Lesiones a dos niñas	Infundada	S/. 5,000.00	Lima

Fuente Espinoza (2016)

La ausencia de un mecanismo que brinde uniformidad en los montos resarcitorios, se ve materializado en el hecho que determinados tipos de lesiones como una fractura de un brazo (S/. 15,000.00), puedan llegar a superar el resarcimiento por muerte como el caso del padre de familia de 27 años (S/. 10,000.00). En la incongruencia de estas situaciones cabe preguntarnos: ¿una persona vale menos que un brazo fracturado? Incluso, algunos de los montos resarcitorios por lesiones se acercan demasiado en cuantía a las indemnizaciones que se ha dado en algunos casos de fallecimiento.

Por ejemplo: Se otorgó S/.25,000.00 a “una señora que fue internada en una clínica para el nacimiento de su hija y estando bajo los efectos de la anestesia, una técnica de enfermería le colocó negligentemente una bolsa de agua caliente en sus piernas, produciéndoles graves quemaduras” (Espinoza, 2016, pág. 420). Dicho monto es tan solo S/ 5,000.00 menor a la indemnización por muerte de S/. 30,000.00, que se ha dado en varios casos de la tabla anterior. Habría que ponderar lo siguiente: ¿realmente una

quemadura por bolsa de agua caliente es una lesión de tal magnitud que pueda ser casi semejante a la cuantía que se daría por un deceso? Pensamos que no.

La pérdida del brazo de una cosedora de redes es valorada en S/. 35,000.00, teniendo en cuenta que dicha invalidez afectará directamente la actividad a la que destinaba su vida, nos preguntamos: ¿parecería lógico ese quantum indemnizatorio, en comparación a la lesión sufrida en la pierna de un ingeniero de minas, quien no llega a perder su extremidad? Nuevamente parecería que los jueces estuvieran valorando el detrimento a la vida en función a la profesión o capacidad laboral.

Peor resulta ser la lógica que acompaña el hecho que la lesión en la pierna de un varón merezca mayor indemnización que la lesión en la pierna de una mujer:

Con resolución N° 12, del 06.09.95, el Juzgado Especializado en lo Civil de Sullana estableció por los daños sufridos a los padres de una menor de un año la cantidad de S/. 70,000.00 al padre (por traumatismo severo del pie izquierdo, con pérdida de partes blandas, trauma torácico y contusiones menores con un periodo de incapacidad de 90 días) y la de S/. 50,000.00 a la madre (enfermera, que sufrió la pérdida del miembro inferior derecho a nivel del tercio proximal de la pierna, con un periodo de incapacidad de un año). La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Piura, con Resolución N° 22, del 25.01.96, confirma la sentencia y reduce el monto a S/. 10,000.00 y S/. 7,000.00, respectivamente. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia casa esta resolución y dispone que se paguen S/. 50,000.00 y S/. 70,000.00, respectivamente (Espinoza, 2016, pág. 424).

Finalmente, la Corte Suprema ponderó los daños de una forma más lógica, disponiendo que se pague una cuantía mucho mayor y en proporción a la invalidez sufrida, que era mucho más severa que la del marido.

Otra incoherencia es el hecho que quienes tiene peor consideración son justo los lesionados que recién empiezan a vivir: los niños y jóvenes. De acuerdo a las indemnizaciones recogidas en las tablas, el atropello de un menor de 16 años fue indemnizado con S/. 4,000.00 y por las lesiones ocasionadas a dos niñas se otorgó S/, 5,000.00.

Consideramos que una lesión grave o una invalidez a temprana edad, es mucho más frustrante y traumatizante que, sufrir algo parecido cuando ya se ha tenido el chance de vivir un poco más y poder realizarse como persona. Esa frustración al disfrute de la vida de un niño o persona joven no debería ser infravalorado.

Lo que resulta aún más intrigante, es que algunos casos, se engloban tanto los daños patrimoniales, como los extrapatrimoniales bajo el paraguas de “por todo concepto”. Esto quiere decir que se fracciona y reduce aún más la cuantía originalmente pensada para ese daño, sea moral o a la persona.

1.7.1. Caso empresa de transporte Costeño S.R.L.

El año 2009 se produjo un fatal accidente de tránsito (choque por alcance con incendio) a la altura del Km 165 de la Panamericana Sur en la jurisdicción de San Vicente de Cañete. El bus interprovincial con pasajeros a bordo perteneciente a la empresa de transportes Costeño S.R.L., colisionó con el remolcador con semirremolque de la empresa Vitagas S.A.C., la cual transportaba gas licuado de petróleo. Fruto de la colisión se produjo un incendio de grandes magnitudes que causó la muerte de 20 personas, entre las cuales se encontraba Silvia La Torre Conislla (Expediente 26261-2010, 2010).

La víctima en mención tenía 25 años, era hija única, se encontraba cursando su último año universitario de la carrera de ingeniería pesquera y de alimentos, había realizado numerosos cursos de capacitación, y estaba en el octavo mes de gestación. Las condiciones de su fallecimiento fueron terribles, debido a que murió calcinada.

En primera instancia, en aras de la “valoración equitativa” del juez, se otorgó un monto indemnizatorio por daño moral de S/. 45,000, el cual fue revocado en segunda instancia para fijarlo en S/ 60,000. (Expediente 26261-2010, 2010)

Una chica joven de 25 años, con una carrera casi por culminar, que realizaba constantes cursos para capacitarse en su profesión, embarazada de 08 meses, y que murió en un contexto espantoso, vale menos que la lesión en la pierna de un ingeniero minero. Nuevamente ¿Por qué no se manejan criterios en común para cuantificar daños de acuerdo a las características de cada contexto? ¿por qué le lesión de una extremidad vale más que dos vidas truncadas? ¿Por qué la “valoración equitativa” de los jueces que emplean el artículo 1332 del Código Civil, es tan escasa justo en los casos que ameritaría un mayor resarcimiento?

Situaciones como las descritas, donde reina el desorden y la carencia de criterios comunes que fundamenten qué factores tomar en cuenta al momento de cuantificar, y la omisión en apreciar las características del contexto de cada evento dañoso, generan una jurisprudencia con resarcimientos ilógicos, lo cual deviene en un desafortunado clima de incertidumbre.

1.8. La importancia de un método de cuantificación para el daño a la persona y el daño moral

Si bien resulta difícil llegar a resarcir económicamente a un ente no patrimonial que ha sido afectado como lo es la vida humana; al menos es importante establecer una correcta cuantificación que permita una aproximación simbólica al sufrimiento ocasionado por el daño.

De acuerdo a Buendía de los Santos (2016) una fórmula aproximada para la valoración del daño, se podría sintetizar en dos hipótesis. La primera, se basaría en que la vida humana es incalculable, da tal forma que, al no poderle otorgar un valor dinerario, ésta se aproximaría a un valor infinito. Esto nos conllevaría a pensar en un resultado siempre positivo, independientemente del valor que se le quiera otorgar a la vida humana. La segunda hipótesis, nos explicaría que la vida no tiene un carácter patrimonial y por ende resultaría inmensurable el intentar aplicar un mecanismo que pudiera ponerle precio, de tal forma que el valor de la vida humana sería igual a cero (p. 131).

Ninguna de estas concepciones ayuda a establecer parámetros para calcular el quantum indemnizatorio, ya que una resulta incalculable y la otra nula de valor económico dado a su naturaleza no patrimonial. Sin embargo, se puede analizar diversas variables que ayuden a construir una fórmula para establecer un piso como monto referencial, a partir del cual se pueda indemnizar de acuerdo a cada caso.

Fernández Cruz (2016) se pronuncia al respecto mencionando que este tema siempre será debatible, siendo una alternativa realista la utilización de baremos, o cualquier método tabular para que las decisiones de los jueces no sean impredecibles. Sin embargo, creemos que no puede ser cuestionable que el sufrimiento se pueda traducir en algo digno de ser mitigado en dinero o través de cualquier valor de cambio, porque es cierto que el dinero no hace la felicidad pero, ¡por Dios, como ayuda! (pág. 333).

En ese sentido, creemos que no indemnizar los daños extrapatrimoniales, por considerarlos una contradicción a la naturaleza de los mismos, atentaría contra la función resarcitoria de la responsabilidad civil y negaría el derecho al damnificado de procurarse una satisfacción que si bien, en algunos casos no podrá deshacer el daño o reponer lo perdido, podrá ayudar a mitigar el menoscabo sufrido.

Además, como hemos mencionado en los acápites anteriores, reparar solo los daños patrimoniales haciendo caso omiso a los daños a la persona en sus distintas expresiones, estaría reafirmando la idea de que el ser humano solo puede ser dañado en función del patrimonio que posee mas no en su entidad psicofísica como ser, restándole importancia esta misma, y colocándola por debajo de los bienes que este tiene. Lo que se busca es precisamente lo contrario, una visión más humanista en la responsabilidad civil, donde la vida humana sea el eje central del resarcimiento, y subsidiariamente lo bienes que posee.

Esto nos lleva a un segundo paso, que sería disgregar las variables y seleccionar cuales aplicarían para daño moral, y cuáles serían las idóneas para ser consideradas en el daño a la persona. De esta forma, podríamos lograr establecer un mecanismo de cuantificación de daños aplicable al daño a la persona, y otro método de cuantificación aplicado al daño moral, el cual, si bien es aún más difícil de valorizar que el primero, resultará indispensable fijar una pauta para su resarcimiento.

Por lo expuesto anteriormente, empezaremos por mencionar los mecanismos de cuantificación que manejan los tribunales italianos, su historia y evolución, a modo de analizar los métodos y variables que usan, con la finalidad de estudiar lo que podría ser aplicables en nuestro país.

CAPÍTULO II

Métodos de Cuantificación de Daños No Patrimoniales en el Derecho Comparado

2.1. En el Derecho italiano

La figura del daño a la persona, tiene su origen en Italia en la década de los años setenta. Es en la doctrina italiana donde se empieza a forjar el concepto de daño a la persona, la cual tuvo diversas etapas en la búsqueda de una correcta regulación para este concepto. “Hasta 1974, la jurisprudencia italiana se atuvo a reparar el daño a la persona atendiendo al sexo, edad, y renta de la víctima. El *homo economicus* era el personaje resarcible, lo que implicaba reparaciones injustas a personas que no laboraban (...)” (Calderón Puertas, 2014, pág. 42 y 43)”

El artículo 2043 del Código Civil italiano de 1942, señalaba que “*cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño*”, mientras que el artículo 2059 del mismo *Codice*, preceptuaba que “*el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley.*” Según lo dispuesto en la ley, en el artículo 185° del Código Penal italiano, sólo los daños “morales” ocasionados a raíz de un delito merecen ser indemnizados (Fernández Sessarego, 2003, pág. 12). Ello daba a entender que el resto de daños a la persona de carácter extrapatrimonial, como el daño a la salud, no estaban destinados a ser reparados, pues solo mencionaba los daños morales y originados por un delito.

Fue precisamente esto lo que motivó que las escuelas genovesa y pisana, buscaran un fundamento legal adecuado para el efecto de proceder a la indemnización del “daño a la persona” de consecuencias no patrimoniales (Fernández Sessarego, 2003). De esta manera, la escuela pisana liderada por Francesco Busnelli, acuñó el nombre de “daño a la salud”, mientras que, Guido Alpa empleó la expresión “daño biológico” en la doctrina genovesa.

Hubo dos Tribunales italianos que intentaron que la Corte Constitucional declarara la inconstitucionalidad del artículo 2059, por contravenir con lo estipulado en el artículo 32 de la Carta Magna italiana⁸. Sin embargo, mediante sentencia N° 184 de 1986 “se dispuso que el daño a la persona de carácter psicosomático, bajo la denominación de “daño biológico”, debía repararse según lo dispuesto en el mencionado artículo constitucional” (Fernández Sessarego, 2003, pág. 12). También se estableció que cuando el artículo 2059° se refería al “daño no patrimonial”, se entendería que hacía referencia a la tradicional concepción de daño moral, excluyendo cualquier otro daño a la persona de consecuencias no patrimoniales.

En conclusión, a raíz de lo resuelto por la Corte Constitucional en 1986, existió en Italia hasta inicio de los años noventa, dos categorías de daños: el “daño biológico”, que cubría los daños psicosomáticos que generasen consecuencias no patrimoniales cuya indemnización se sustenta en el artículo 32° de la Constitución, y el “daño moral”, en tanto dolor o sufrimiento, que se regulaba por el restrictivo artículo 2059° del Código civil antes mencionado (Fernández Sessarego, 2003, pág. 13). Posteriormente, en los años noventa, se incorpora el daño existencial.

2.1.1. Cuantificación del daño biológico

La liquidación del daño biológico o daño a la salud es efectuada siguiendo dos pautas principales: criterio de uniformidad y la personalización del daño.

⁸ Art. 32.- “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

⁹ El jurista italiano Guido Alpa, por su parte empleó la expresión de “daño biológico” para referirse al daño a la salud, probablemente con el mismo propósito que Francesco Busnelli (Fernández Sessarego, 2013, pág. 136).

El criterio de uniformidad tiene como consigna respetar la integridad psicofísica de todos los seres humanos, independientemente de las condiciones sociales y económicas de cada uno. Incluso, está basado en principios constitucionales de igualdad y dignidad de las personas. En cambio, la personalización del daño es aplicable una vez que se garantice una base de partida homogénea, es decir luego de que se establezca un monto mínimo de fondo, sobre el que el juez tendrá facultad de aumentar el resarcimiento según cada caso en particular.

El primer criterio se materializa a través de las tablas de los tribunales, las cuales “están elaboradas por varias dependencias judiciales dirigidas a garantizar una uniformidad del resarcimiento por medio del denominado cálculo por punto de invalidez” (Gnani, 2006, pág. 241). La ciencia médica ofrece las bases para una evaluación objetiva mediante la elaboración de un baremo capaz de ponderar las lesiones a la integridad física y/o psíquica (Busnelli, 2006, pág. 229).

De acuerdo a Alessandro Gnani (2006), el cálculo del quantum indemnizatorio por invalidez permanente se haría de la siguiente manera:

La medicina legal ha permitido que se puedan clasificar las distintas lesiones dentro de una escala de gravedad que empieza con un valor mínimo de 1 hasta un valor máximo de 100 puntos, los cuales se denominan como puntos de invalidez. A cada uno de estos últimos, se le atribuye un importe resarcitorio, llamado valor del punto de invalidez, cuyo monto varía de acuerdo a la ciudad a la que pertenezca cada Tribunal.

Una vez que el asesor técnico ha determinado el número de puntos de invalidez, el juez deberá multiplicar este número por el valor del punto. El importe obtenido será corregido en función a la edad del sujeto dañado en el momento que sufrió la lesión, a través del coeficiente desmultiplicador. De tal manera que el cálculo final por invalidez responde a la siguiente fórmula: NP (Número de puntos

de invalidez) x VP (Valor del punto de invalidez) x CDE (Coeficiente desmultiplicador de edad). Por ejemplo: un sujeto que a sus 21 años sufre una invalidez equivalente a 8 puntos, de acuerdo, al Tribunal de Milán, el importe resarcitorio derivaría del siguiente cálculo: 8 (número de puntos) x €1599.73 (valor del punto) x 0.900 (coeficiente desmultiplicador por la edad) = €11,518.05. (págs. 241-242)

En cuanto a la invalidez temporal, esta trata de resarcir las consecuencias temporales generadas por el daño, como lo puede ser el periodo de tratamientos y terapias de rehabilitación hasta el momento en que ya no sean necesarias.

A su vez, la invalidez temporal puede ser parcial (ITP) o total (ITT), en el caso de la primera, se refiere a solo un porcentaje de la invalidez temporal total, acorde la gravedad del daño. Según Gnani (2006):

“Para cuantificar la ITT y la ITP el juez se sirve del asesor médico, que indicará los días del ITT y de ITP, además del porcentaje en el cual se debe la ITP. Sabiendo esto, el juez multiplicará el número de los días por un valor monetario diario que varía de tribunal a tribunal ... Así, el asesor afirma que el sujeto sufrió una ITT de 30 días, un periodo sucesivo de ITP al 75 % por 20 días, después de ITP al 50% por 30 días, y finalmente de ITP al 25% por 10 días, según la tabla milanesa se liquidarán €1950 (65 euros por día por 30 días) por ITT; €1125 (36 x 75% por 20 días) por ITP al 75%; €975 (65 x 50% por 30 días) por ITP al 50%; €162,50 (65 x 25x 10) por ITP al 25%. El juez, finalmente sumará ITT, ITP, e IP, resarciendo así el daño bilógico... (pág. 244)

2.1.2. Método genovés. -

La doctrina genovesa tenía como objetivo recobrar el valor constitucional de la salud en lo concerniente al resarcimiento del daño a la persona.

Según Buendía de los Santos (2016), en el año 1974 el Tribunal de Génova reconoció al daño biológico como mecanismo para que no hubiera tratamientos diferenciados que violaran el principio de igualdad consagrado en la Constitución italiana, tal y como venía sucediendo con los antiguos métodos consistentes en la liquidación basada en el rédito del sujeto dañado. Al ser la renta la base principal para realizar la liquidación y cuantificar el daño, los montos resarcitorios podían variar significativamente, dependiendo de la percepción económica del sujeto, lo cual lo convertía de cierta forma en discriminatorio, ya que solo se sustentaba en un aspecto meramente económico, donde no todos iban a poder aspirar montos indemnizatorios similares, habiendo sufrido daños semejantes (p. 146).

Respecto a este mismo tema, el profesor Espinoza (2016) señala:

El sistema genovés se fundó en una interpretación del art.4 de la Ley N°39 de 26.02.77, el cual después de haber establecido que para el trabajador dependiente y para el trabajador autónomo, el resarcimiento del daño patrimonial de invalidez laboral es medido con respecto al rédito percibido y a aquel declarado o acertado, dispuso que “en todos los demás casos”, se debe tener en cuenta el monto del triple de la pensión social. (p. 399).

El concepto de daño biológico, nombrado así por la escuela genovesa, buscaba abarcar todas las subvoces de daño que estaban apareciendo, como el daño estético, daño a la vida en relación, daño por luto, etc.

Esta nueva voz de daño concernía indistintamente a todos los sujetos y protegía su salud, tomando sustancia la concepción del daño biológico como producto de la ciencia médico legal (Paradiso, 1981, pág. 146).

2.1.3. Método Pisano. -

Siguiendo a Espinoza (2016), los tribunales pisanos establecieron el método de cálculo por puntos, en el cual se aplicaba el triple de la pensión social solo en los casos de lucro cesante, ya que este se encuentra vinculado directamente con la capacidad laboral. Este sistema de cálculo por puntos se basa en las decisiones jurisprudenciales, en las que el valor por cada punto de incapacidad, es el resultado de dividir la suma líquida por la invalidez permanente, por la tasa de invalidez reconocida, en cada caso por el juez. La diferencia entre ambos métodos, radica en que el método genovés se basa en la capacidad laboral genérica, mientras que el método pisano, tiene en cuenta la capacidad laboral específica. En el primero, se realiza una valorización cuantitativa; en el segundo, cualitativa porque surge la necesidad de personalizar el daño. (pp.399-400).

El término de “daño a la salud” se acuña por la escuela de Pisa (Fernández Sessarego, 2003). Fue así que Busnelli utilizó la etiqueta de “daño a la salud” para fundamentar legalmente el “daño a la persona” en el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 (Fernández Sessarego, 2013, pág. 136).

2.1.4. Criterio equitativo puro

Respecto al criterio equitativo puro, Espinoza (2016) manifiesta que:

Pese a que la Corte de Casación de Italia consideraba al método genovés como legítimo constitucionalmente de acuerdo a sentencia N° 102 de fecha 16.01.85, el derecho italiano continuó evolucionando hasta que la misma Corte estipuló que dicho método no podía ser considerado para la liquidación del daño

a la salud, motivo por el cual se decidió optar por el criterio equitativo puro. (p. 400).

Este criterio nuevo usado por las Cortes, consistía en que el juez realizaba la liquidación del daño de acuerdo a su apreciación y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Cabe mencionar que este método ha sido bastante criticado por el hecho que da pie a la subjetividad del juez.

La aplicación del criterio equitativo puro en nuestro país, está relacionada con el artículo 1332 del Código Civil, el cual maneja un concepto bastante parecido al del Código italiano que estipula lo siguiente:

“Artículo 1226 del Codice. - Valoración equitativa del daño.

Si el daño no puede ser probado en un monto preciso, es liquidado por el juez con valoración equitativa.”

Nuestra norma guarda mucha semejanza con la legislación italiana:

“Artículo 1332 del Código Civil Peruano. -

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

Como se puede apreciar, ambos artículos manejan conceptos similares respecto a la aplicación del criterio equitativo puro. No obstante, nuestra legislación aún no contempla otros principios o métodos ordenados que tomen en cuenta variables tanto cuantitativas como cualitativas, para realizar una correcta, o al menos aproximada cuantificación del daño no patrimonial.

2.1.5 Método tabular:

En la actualidad, Italia maneja un sistema de tablas llamado método tabular, el cual permite cuantificar los daños no patrimoniales de una forma mejor estructurada que la mera apreciación y discrecionalidad de un juez. De acuerdo al jurista italiano Alpa, (2001):

La liquidación del daño en la práctica se confía al médico legal, quien deberá constatar:

- a) Tipo de lesiones sufridas.
- b) Tiempo de duración de invalidez temporal (referida a la imposibilidad de realizar tareas cotidianas).
- c) Invalidez permanente, referida al detrimento funcional y disminución de la eficiencia psicofísica.
- d) Influencia de la invalidez sobre la actividad laboral del dañado, la cual deberá estar debidamente probada (p. 566).

Así, “el objetivo de un resarcimiento uniforme se puede lograr a través de la adopción de una tabla resarcitoria capaz de asignar un valor en dinero a los resultados de la evaluación médica (Busnelli, 2006, pág. 229).

Según el profesor Espinoza (2016), quien ha realizado una vasta investigación sobre este tema, sostiene que:

Los días de invalidez temporal son liquidados sobre la base del triple de la pensión social dividido entre 365; para la invalidez permanente se procede calculando el porcentaje, acertado por el perito, del valor de la validez correspondiente a la edad del dañado, según tablas elaboradas con los criterios ya indicados (p. 411).

A continuación, veremos algunas de las tablas que Espinoza, muestra a modo de ejemplo, para poder conceptualizar la practicidad del uso del método de tabular.

Tabla 2.1

Tribunal civil de Milano - Tabla de liquidación del daño biológico 2005

Porcentaje de invalidez	18	45	60
5%	5.630,00	4.799,00	4.338,00
30%	97.114,00	82.786,00	74.826,00
80%	484.974,00	413.420,00	373.668,00

Fuente: Espinoza (2016)

Siguiendo este baremo, Espinoza (2016) explica lo siguiente:

En este cuadro se detalla distintas posibilidades de indemnización sujetas a dos variables: la edad y el porcentaje de invalidez. Supongamos que una persona de 45 años sufre una invalidez del 30%, lo cual es determinado por un informe pericial, la indemnización por concepto de daño biológico será de 82.786,00 euros. Para los casos de invalidez temporal, el parámetro de referencia es de 65 euros al día, y se tiene que hacer una operación en la cual se multiplique este monto por el día y por el porcentaje de la invalidez. Así, si esta persona tiene 2 días de invalidez temporal total, se le pagarán 130; pero si además tiene 30 días de una invalidez del 30%, se multiplicará $65 \times 30 \times 0,30$, que dará un resultado de 585 euros. (p. 430).

Como vemos, las variables utilizadas en esta fórmula vienen a ser la referencia del monto de euros diarios, número de días de la invalidez, y el porcentaje de invalidez sufrido. Las cuales se reflejarían en la siguiente fórmula:

“Cuantificación del daño biológico= monto de euros diario*número de días de invalidez*porcentaje de invalidez”

El concepto de daño biológico en Italia, es bastante similar a lo que vendría a ser el daño a la persona en nuestra legislación. Para cuantificar este tipo de daño, las variables a tomar en cuenta se caracterizan por ser datos objetivos. Por ello, corresponde ahora indagar en el uso del método tabular aplicado al daño moral, cuyos cuadros reflejan montos indemnizatorios con límites y otras características, como los lazos familiares de la víctima. Cabe resaltar que dichos cuadros manejan montos indemnizatorios distintos de acuerdo a los tribunales de cada localidad.

En el siguiente ejemplo, veremos cómo los tribunales italianos aplican el método tabular para cuantificar el daño moral; para ello mostraremos el sistema de tablas de los Tribunales de Bologna y Cagliari, respectivamente

Tabla 2.2

Tribunal de Bologna – importes por daño moral por homicidio culposo (euros)

Familiares	Mínimo	Máximo
Muerte de un hijo (para cada padre)	89.616,74	143.929,93
Muerte del cónyuge conviviente	72.210,98	114.600,93

Muerte del padre con hijo de edad inferior a los 30 años (para cada hijo)	56.485,70	143.929,93
Muerte del padre con hijo de edad superior a los 30 años (para cada hijo)	33.674,16	63.546,42
Muerte de un hermano conviviente (para cada hermano)	19.552,74	31.501,64
Muerte de un hermano no conviviente (para cada hermano)	14.121,41	25.527,19

Fuente: Espinoza (2016)

Tabla 2.3

Tribunal de Calgari – valores de referencia de daño moral por la muerte de un familiar

A cada padre por la muerte de un hijo	Desde 100.000 hasta 200.000 euros
A cada hijo por la muerte de un padre	Desde 50.000 hasta 200.000 euros
Por la muerte de un cónyuge o del conviviente	Desde 50.000 hasta 200.000 euros
Por la muerte de un hermano	Desde 25.000 hasta 200.000 euros

Fuente: Espinoza (2016)

Las variables que influyen como fundamento para estipular dichas sumas de resarcimiento responden a factores como la convivencia y la edad. Asimismo, es interesante notar que las tablas de cuantificación italiana de ambos tribunales establecen montos de partida y un tope máximo a recibir como indemnización.

Coincido con el profesor Espinoza respecto a que no debería existir límites máximos para las indemnizaciones, puesto que esto reflejaría que se le estaría atribuyendo un valor pecuniario estricto a la vida humana, como si fuera algo absolutamente preciso de calcular, a tal punto que nos estaríamos aventurando a encasillarla dentro de una categoría numérica específica. Esto desnaturaliza aún más la intención de no ver a la persona humana como un objeto económico, lo cual desde un principio ya era una tarea difícil de llevar a cabo, dado que es sumamente paradójico pretender darle un valor pecuniario a lo no patrimonial.

Debido a la dificultad que esto último representa, pienso que la verdadera intención del resarcimiento es lograr una aproximación a la magnitud del dolor generado en la persona dañada, y no circunscribirlo a un determinado monto tope.

Una variable utilizada como fundamento para aumentar la cuantificación del daño, es la convivencia familiar. Sin embargo, difiero con que se analicen criterios como este para poder determinar la magnitud del sufrimiento de un ser querido. Con esto quiero decir que la indemnización por la pérdida de un familiar, no debería estar en función al factor de la convivencia; porque la pérdida de un hijo, padre o hermano, genera una terrible aflicción independientemente de las circunstancias de vida que hayan ocasionado que no se encuentren viviendo bajo el mismo techo.

Entiendo que en muchos casos el motivo de uso de esta variable, haga alusión a que la persona afligida por la pérdida ya no tendría a disposición suya a ese familiar con quien contaba diariamente como compañía, aun así, pienso que no es razón suficiente

como para dar por sentado que necesariamente los lazos afectivos van a ser más intensos que con un familiar que se encuentra lejos.

Pese a ello, considero que el factor de la edad y otras condiciones sí deberían ser tomadas en cuenta como criterios que ayuden a cuantificar o aumentar la magnitud del daño dependiendo de cada caso. Por ejemplo, el hecho que la persona afectada por la pérdida de un familiar, tenga una relación de estrecha dependencia ya sea por ser menor de edad o un sujeto de capacidad restringida (cuando la persona sufre de alguna condición psíquica que lo coloca en una posición de desventaja frente al resto).

El daño no patrimonial más complejo de calcular, es el daño moral, puesto que se basa aspectos completamente abstractos como lo son los sentimientos de dolor y pena. Hay que tener en cuenta que muchas veces el padecimiento de una aflicción es evidente por sí mismo. Este es el caso de los denominados daños *in rei ipsa*, estos son todos los sentimientos de tristeza y congoja que no son necesarios de ser probados para tomarse por ciertos. Naturalmente, si un padre pierde a su hijo el sufrimiento por ese hecho será más que evidente.

2.1.6. Cuantificación del daño moral

La liquidación del daño moral en Italia es realizada por el juez de forma equitativa, de acuerdo a la jurisprudencia de Casación de ese país.

Según la Casación la liquidación en porcentaje de daño biológico es legítima sólo si el juez demuestra que la fracción reconocida (1/2, 1/3, 1/4, etc.) responde al precitado criterio de gravedad del ilícito (en todas sus posibles manifestaciones concretas), adaptando así el daño moral a la peculiaridad del caso concreto (Cassazione 10035/04 y 7632/03, 2004, pág. 1078).

Sin embargo, no todos los daños morales producidos, están relacionados o derivan de un daño biológico. La cuantificación del daño moral, no necesariamente tiene que provenir de un porcentaje del daño biológico, puesto que:

La imposibilidad de una cuantificación en porcentaje se tiene todas las veces en las cuales el sujeto sufre sólo el daño moral, con exclusión del biológico. Los casos más frecuentes son aquellos de la muerte o de la macro lesión de un familiar (ejemplo: hijo) ...En estos casos la praxis del tribunal, ya en toda Italia, no es más aquella de liquidar el daño moral del padre en un porcentaje del daño biológico sufrido por la víctima primaria (el hijo). Se adopta al contrario una valoración equitativa que considera: a) la gravedad de la lesión; b) la entidad del elemento subjetivo; c) la intensidad del vínculo familiar (máximo entre padres e hijo o entre esposos; menor entre hermanos); d) la edad del hijo y de los padres; e) la viudez o no del padre (mayor es el daño moral de un padre ya viudo del cónyuge, que pierde también al hijo; menor para un padre todavía casado: el primero ya no tiene familia) (Gnani, 2006, págs. 246-247).

Al respecto, Gnani (2006) concluye que en estos casos las tablas de los tribunales “dan solo algunas indicaciones de máxima, o sea un valor mínimo y uno máximo, dentro de los cuales el juez determinará el importe del daño moral (pág. 247).

2.2. En el Derecho francés

La doctrina francesa en el ámbito de daños está basada en una sola norma que “reduce *ad unum* dos daños cuyas funciones son distintas, eminentemente compensatoria la del resarcimiento del daño patrimonial y esencialmente satisfactoria la del daño no patrimonial” (Cortés Moncayo, 2008, pág. 89).

Dicha norma es la plasmada en el artículo 1382 del Código de Napoleón de 1804, la cual señala: “*Tout fait quelconque del’homme, qui causé á autrui un dommage, oblige*

celui par la faute duquel il est arrive, á le réparer”. Es decir, en líneas generales el citado artículo dispone que ante cualquier eventualidad en la que el hombre cause daño a otro, se obliga al que tiene culpa, a repararlo.

Tal y como se puede ver, el artículo 1382 del Code de 1804 no hace distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino que menciona la necesidad de un resarcimiento en tanto se configure el daño, “porque si el precepto dice, <<Tout fait quelconque de l’homme...>>, es que tendrá que repararse, en principio, cualquier daño, en el supuesto que además concurren los demás requisitos que hacen nacer la responsabilidad civil” (Vicente Domingo, 1990, pág. 818).

Como no existe limitación alguna en la codificación francesa que niegue la posibilidad de resarcimiento en casos de daño no patrimonial, se le conocerá a este último bajo la denominación de daño moral. Así, de acuerdo a Mazeaud y Tunc (1977), “dentro de lo que viene a llamarse el patrimonio moral de los individuos, se hace una distinción entre la parte social y la parte afectiva del mismo” (págs. 425-426).

La parte social del patrimonio moral afecta a un individuo en su honor, en su reputación en su consideración; por otra parte, los que atañen a la “parte afectiva del patrimonio moral”, alcanzan a un individuo en sus afectos (Mazeaud & Tunc, 1977, págs. 425-426). Este daño, y el daño material, son dos categorías francesas, y, por lo tanto, la herencia que recibe la codificación civil peruana de la codificación napoleónica (Fernández Cruz, 2016, pág. 321).

Para el sistema francés los perjuicios extrapatrimoniales derivados del daño corporal están compuestos por: sufrimientos físicos y/o morales, perjuicio de agrado (préjudice d’agrément), perjuicio estético, perjuicio sexual, y otras categorías.

En materia de daño corporal, diversas son las leyes que rigen los casos en los cuales una víctima debe ser indemnizada no obstante ninguna de ella fija las reglas técnicas de evaluación del daño (Bibal, 2017, pág. 19).

El sufrimiento físico o moral suele medirse mediante las variables de intensidad y duración del padecimiento. Para determinar el grado de ese sufrimiento “los médicos generalmente emplean el llamado baremo Thierry, que contiene los calificativos de muy ligero, ligero, moderado, medio, medianamente importante, importante y muy importante” (Koteich Khatib, 2010, pág. 171). Ello impone al médico, la necesidad de describir la naturaleza de las lesiones, el número, y la relevancia respecto a la gravedad de estas.

Agotada esa primera etapa, subsigue la tarea, de exclusivo dominio del juez, de determinar el ‘precio del dolor’, para lo cual, si bien no existe baremo alguno, se conoce que los montos concedidos han oscilado generalmente entre los siguientes extremos (Le Roy, 1998, pág. 60).

Tabla 2.4

	<i>Sufrimientos</i>	<i>Extremos de las indemnizaciones</i>
1	Muy ligeros	600 a 1200 €
2	Ligeros	1000 a 2000 €
3	Moderados	2000 a 5000 €
4	Medios	5000 a 16000 €
5	Medianamente importantes	16000 a 20000 €
6	Importantes	20000 a 30000 €
7	Muy importantes	30000 € en adelante

Fuente: Le Roy (1998)

El perjuicio de agrado fue definido como la “disminución de los placeres de la vida, causada principalmente por la imposibilidad o la dificultad para entregarse al disfrute de ciertas actividades corrientes” (Koteich Khatib, 2010, págs. 172-173), mientras que los daños extrapatrimoniales restantes, como el daño estético y el daño sexual, hacen referencia al menoscabo en la armonía del atractivo físico, y al detrimento de la vida sexual de la persona.

Cabe resaltar que, para la doctrina francesa, “el daño es la lesión a la integridad de una persona o a una cosa, mientras que el perjuicio se encuentra dentro de las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de dicha lesión” (Brun, 2009, pág. 114). Al respecto, Fernández Cruz (2016) diferencia los conceptos de daño y perjuicio, en donde: “el daño estará referido a la lesión misma sufrida como hecho fáctico, mientras que el perjuicio estará referido a las consecuencias del daño” (pág. 321).

En cuanto al procedimiento para resarcir daños, el derecho francés “no contiene una disposición general que imponga a los jueces reglas de evaluación de la reparación; estas son dejadas a la apreciación soberana de los jueces de fondo, con un control muy limitado de la Corte de Casación” (Philippe, 2012, pág. 51). “A este arbitrio se deja también la determinación de la cuantía del daño moral; mostrándose la doctrina inclinada a depositar con entera confianza la solución de este problema en manos del juez” (Santos Briz, 1963, pág. 126)

El 05 de julio de 1985 se promulgó la Ley *Badinter* en Francia, la cual buscaba “mejorar la situación de las víctimas de accidentes de tránsito y agilizar los respectivos procedimientos de indemnización (antes de su promulgación se aplicaba, o podía aplicarse, el régimen común de responsabilidad, esto es, los artículos 1382 ss. del Code civil)” (Koteich Khatib, 2010, pág. 161). Sin embargo, dicha ley no contempló nada respecto a valoraciones de perjuicios extrapatrimoniales.

Pese a que la ley se refiere en particular a los accidentes de tránsito, sus disposiciones se aplican, además, de acuerdo con su artículo 28, al daño ocasionado en el marco de acontecimientos de otra naturaleza, es decir, al margen del origen del accidente: de tránsito, doméstico, deportivo, etc. (Flour, Aubert, , & Savaux,, 1998, pág. 152).

De acuerdo a Koteich Khatib (2010), el grupo de trabajo sobre la indemnización del daño corporal, presidido por Yvonne Lambert-Faivre, tuvo como objetivo arribar a disposiciones legales o reglamentarias sobre los diferentes rubros de perjuicio, así como distinguir con precisión los perjuicios estrictamente personales; y en segundo lugar, la elaboración de una referencia nacional acerca del valor del ‘punto’ de incapacidad que sirva de guía para los jueces y las partes. Teniendo en cuenta las conclusiones del informe citado, se encargó a otro grupo de trabajo esta vez presidido por Jean-Pierre Dintilhac, la elaboración de una lista de perjuicios corporales coherente, el cual se denominó Informe Dintilhac (págs. 162-163).

“El *Rapport* (o nomenclatura) *Dintilhac* es una clasificación de daños destinada a la evaluación e indemnización de los daños corporales. Este catálogo, que no tiene valor legal, es frecuentemente utilizado por jueces y abogados franceses” (Espinoza Espinoza, 2015, pág. 74). Esta lista de organización de daños corporales se agrupa en dos bloques que a su vez abarcan diversas voces de daño, las cuales el profesor Espinoza (2015) menciona de la siguiente manera:

1. Daños corporales de la víctima directa

A) Daños patrimoniales

- a) Daños patrimoniales temporales (antes de su consolidación).
- b) Daños patrimoniales permanentes (después de su consolidación)

B) Daños extrapatrimoniales

- a) Daños extrapatrimoniales temporales (antes de la consolidación)
- b) Daños extrapatrimoniales permanentes (después de la consolidación)
- c) Daños extrapatrimoniales evolutivos (aparte de la consolidación)

2. Daños corporales de las víctimas indirectas (víctimas reflejas)

A) Daños a las víctimas indirectas en caso de muerte de la víctima directa

- a) Daños patrimoniales
- b) Daños no patrimoniales

B) Daños de las víctimas indirectas en caso que la víctima directa sobreviva

- a) Daños patrimoniales
- b) Daños no patrimoniales (págs. 74-75)

La distribución interna del concepto de daño corporal a través de *Rapport Dintilhac*, constituye un aporte interesante y útil para efectos de lograr un mejor orden en la diferenciación de los distintos tipos de daños derivados de una lesión corpórea, los cuales, como ya hemos visto, pueden recaer en otras personas a parte de la víctima directa.

Otros aspectos interesantes del sistema de indemnizaciones francés, son el seguro de responsabilidad civil obligatorio para automóviles, la tarjeta verde en la circulación internacional y el fondo de garantía de los seguros obligatorios por daños (FGAO).

La Ley del 31 de diciembre de 1951 creó un fondo de garantía automovilístico encargado de indemnizar a las víctimas de accidentes de tránsito por lesiones corporales ocasionadas por responsables que no podían ser identificados ... (Ehrenfeld, 2017, pág. 59). Este fondo de garantía también incluía los supuestos en los que el causante del daño

fuera insolvente, no asegurado, o en su defecto, para el asegurado que estuviera respaldado por un asegurador no solvente.

Mediante la Ley del 27 de febrero de 1958 y su Decreto del 7 de enero de 1959, el Gobierno impuso los seguros obligatorios vehiculares repitiendo en su gran mayoría las cláusulas que existían hasta dicho momento en los contratos de las aseguradoras (Ehrenfeld, 2017, pág. 60). Estos textos establecieron una cobertura mínima de garantía, así como una que contenía las únicas exclusiones autorizadas.

En el caso de la tarjeta verde para circulación internacional, resulta ser un atractivo mecanismo para asegurar a las personas que sufren un accidente en la comunidad europea. Consiste en que cada país tiene una oficina encargada de resolver los casos de accidentes donde se involucra un automovilista extranjero. Estas oficinas son unos consorcios de aseguradoras nacionales de riesgo automovilístico y expiden en favor de los automovilistas de los países que forman parte de este consorcio, un documento que constata la existencia de esta garantía (Ehrenfeld, 2017, pág. 75).

Es decir, la tarjeta verde es un documento emitido por cada aseguradora en nombre de su oficina nacional, lo cual acredita la existencia de una garantía de responsabilidad civil en el país de origen, y compromete a la aseguradora de esa nación, a garantizar el mínimo de seguro obligatorio estipulado en el país visitado.

Finalmente, podemos concluir respecto a este último punto, que tanto el seguro obligatorio automovilístico de responsabilidad civil, como la tarjeta verde y el fondo de garantía de los seguros obligatorios por daños, son unos buenos métodos para salvaguardar la seguridad general y el bien común ciudadano.

2.3. En el Derecho español

Para el sistema español, los daños no patrimoniales abarcan: los daños corporales y los daños morales. Los primeros se describen como “atentados o lesiones a la salud, tanto física como psíquica de las personas; mientras que el segundo tipo de daño, hace alusión a aquellos en que el interés afectado recae en la esfera puramente espiritual de la persona” (Vicente Domingo, 1994, págs. 49-50).

El daño corporal es un daño extrapatrimonial y personal que recae en la esfera del propio cuerpo o en la integridad física y psíquica de la persona (Parra Sepúlveda, 2011, pág. 84). La valoración del daño corporal ha dado un giro importantísimo en España desde la instauración del sistema legal de valoración del daño creado por la Ley 30/1995 (Parra Sepúlveda, 2011, pág. 89). En líneas generales, se puede decir que la evolución de los métodos de estimación del daño, se dio de la siguiente forma en el ámbito de circulación:

Se aprecian marcadamente tres etapas en la ardua tarea de la valoración del daño personal en el ámbito de los accidentes de circulación en el sistema español. La primera constituye la etapa más amplia y se extiende precisamente hasta marzo de 1991, le sigue un periodo intermedio de aproximadamente cinco años de duración, en el cual los baremos tienen un carácter meramente orientativo. Finalmente, la tercera etapa se inicia con la entrada en vigor de la nueva normativa el 10 de noviembre de 1995 (Parra Sepúlveda, 2011, pág. 91).

Esta última norma, en su octava disposición final, modifica y cambia la denominación de la “Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor”, por el nombre “Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” (en adelante, LRCSVM), dentro de la cual figura a modo de anexo el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”.

El citado sistema aplica para valorar todos los perjuicios causados a las personas por hechos de circulación regulados por la LRCSVM, siendo vinculantes para jueces y tribunales con la finalidad que no quepan indemnizaciones fuera de lo contemplado en los baremos. El baremo es un elemento genérico de medida que permite cuantificar la entidad del daño sobre el patrimonio biológico de la persona. Es por tanto una herramienta que permite uniformar los criterios que se aplican en la valoración de los daños a las personas (Hernández Cueto, 1995, pág. 219).

Los pilares fundamentales sobre los que versa el sistema de valoración, son el principio de reparación integral del daño y el de integración. Dicho principio de integración, “consiste en valorar por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales, y dentro de cada clase, separar los distintos subconceptos de reparación del daño” (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 29). Mientras tanto, la reparación integral del daño busca colocar a la víctima en una situación lo más parecida a la que tenía antes de haberse producido el daño, lo cual resulta ilusorio en muchos casos donde solo queda compensar porque resulta físicamente imposible restituir.

Respecto a la distribución general de los daños en sistema español, Parra Sepúlveda (2011) explica que:

Se distinguen fundamentalmente dos tipos de daños: A) los daños “*a las personas*” que también es aludido con la expresión daños personales, incluyéndose dentro de estos supuestos “*al valor de la pérdida sufrida*” (normalmente gastos de asistencia médico-hospitalaria y los de entierro y funeral), “*las ganancias que se hayan dejado de obtener*” (lucro cesante) y los “*daños morales*”; y B) los daños “*a los bienes*”. De los dos tipos de daños mencionados (a las personas y a los bienes), solo respecto de los primeros su cuantificación ha de realizarse según los criterios del sistema de valoración de los “*daños a las personas*” establecidos en el anexo de la LRCSVM (pág. 92).

Esta clasificación va en función de la entidad en la que recae el daño, que puede ser tanto la persona humana, como el patrimonio de esta. Los criterios del sistema de valoración del anexo la LRCSCVM, solo aplicaran para la cuantificación de los menoscabos sufridos en los “daños a la persona”.

Los daños que serán objeto de valoración resultan ser la muerte, secuelas y las lesiones temporales. Cada uno de estos conceptos se encuentran clasificados en las tablas 1, 2, y 3 en el anexo de la mencionada ley. Estas tablas describen de manera separada los perjuicios personales básicos (1.A, 2.A y 3.A), de los perjuicios personales particulares (1.B, 2.B y 3.B) y de los perjuicios patrimoniales (1.C, 2.C y 3.C).

Los perjuicios personales básicos están referidos a los que afectan directamente a: cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, y allegados. Es decir, “son unas cantidades fijas para cada tipología de perjudicado, interpretándose, por tanto, que el concepto que está indemnizándose es el daño moral o *pretium doloris*” (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 112)

Respecto a los perjuicios personales particulares, Pomares Barriocanal (2018) señala que: “son perjuicios que complementan, incrementando la indemnización por el perjuicio personal básico, de ahí que compartan su naturaleza de daño moral, y como tales sean iguales para todos los perjudicados de la misma categoría” (pág. 112). Esto quiere decir que los perjuicios personales particulares buscan aumentar las indemnizaciones sobre la base ya establecida en la tabla 1.A, según lo estipulado en el artículo 68, numeral primero de la ley.

Para la aplicación del sistema de valoración, se requiere que los criterios empleados para valorar el resarcimiento se realicen con tratamiento independiente. “El principio de vertebración, recogido en el artículo 33 de la Ley, requiere que la valoración de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales se realice separada e

individualizadamente” (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 37). De esta forma, se rompe con el sistema anterior, en el que para algunos casos había resarcimientos mixtos.

En su lugar se instaura un sistema de indemnizaciones estructurado en nueve tablas principales sistematizadas por la entidad del daño (muerte, secuelas y lesiones temporales) y por el concepto indemnizatorio (perjuicio personal básico, particular y patrimonial) (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 37).

2.3.1. La valorización de indemnizaciones por causa de muerte

El artículo 61 de la Ley contiene la sistematización de las indemnizaciones por muerte. Hay que distinguir, por un lado, el texto normativo, que comprende los criterios y reglas del sistema; y, por otro lado, la tabla 1 con sus diferentes apartados, que no tienen carácter normativo, limitándose a recoger las cuantías económicas.

Tabla 2.5

INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE TABLA 1.A

Perjuicio personal básico

Categoría 1. El Cónyuge viudo	
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía hasta 67 años	90.000 €
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía desde 67 hasta 80 años	70.000 €
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía más de 80 años	50.000 €
Por cada año adicional de convivencia o fracción con independencia de la edad de la víctima	1.000 €
Categoría 2. Los Ascendientes	
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía hasta 30 años	70.000 €
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía más de 30 años	40.000 €
A cada abuelo, sólo en caso de premoriencia del progenitor de su rama familiar	20.000 €

Categoría 3. Los Descendientes	
A cada hijo que tenga hasta 14 años	90.000 €
A cada hijo que tenga desde 14 hasta 20 años	80.000 €
A cada hijo que tenga desde 20 hasta 30 años	50.000 €
A cada hijo que tenga más de 30 años	20.000 €
A cada nieto, sólo en caso de premoriencia del progenitor hijo del abuelo fallecido	15.000 €
Categoría 4. Los Hermanos	
A cada hermano que tenga hasta 30 años.	20.000 €
A cada hermano que tenga más de 30 años	15.000 €
Categoría 5. Los Allegados	
A cada allegado	10.000 €

Fuente “Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” (España)

Tabla 2.6

INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE TABLA 1.B

Perjuicio personal particular

Perjuicios particulares	Incrementos sobre perjuicio personal básico
1. Discapacidad física o psíquica del perjudicado previa o a resultas del accidente.	Del 25% al 75%
2. Convivencia del perjudicado con la víctima.	
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía más de 30 años.	30.000 €
A cada abuelo, en su caso.	10.000 €
A cada hijo que tenga más de 30 años.	30.000 €
A cada nieto, en su caso.	7.500 €
A cada hermano que tenga más de 30 años.	5.000 €
3. Perjudicado único de su categoría	25%

4. Perjudicado único familiar	25%
5. Fallecimiento del progenitor único	
A cada hijo que tenga hasta 20 años	50%
A cada hijo que tenga más de 20 años	25%
6. Fallecimiento de ambos progenitores en accidente:	
A cada hijo que tenga hasta 20 años	70%
A cada hijo que tenga más de 20 años	35%
7. Fallecimiento del único hijo	25%
8. Fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto:	
Si la pérdida tuvo lugar en las primeras 12 semanas de gestación	15.000 €
Si la pérdida tuvo lugar a partir de las 12 semanas de gestación	30.000 €
9. Perjuicio Excepcional	Hasta 25%

Fuente “Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” (España)

2.3.2. Indemnización por secuelas

El artículo 93 de la norma define a las secuelas como *“deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales, y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación. El material de osteosíntesis que permanece al término de este proceso tiene la consideración de secuela.”*

Del citado texto se desprende que las secuelas abarcan todas las formas posibles de detrimento a la persona, “tanto las de carácter anatómico y/o funcional como las estéticas y, además, el material de osteosíntesis, el cual, sin constituir una secuela propiamente dicha, si tiene tal consideración a efectos de valoración e indemnización” (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 221).

En resumen, de lo expuesto, Pomares Barriocanal (2018) señala 4 esferas que junto al perjuicio estético integran el concepto de secuelas de la siguiente manera:

- Física: afecta normalmente a las extremidades y aparato locomotor
- Intelectual: comprende déficits mentales o cognitivos
- Sensorial: se refiere a trastornos relacionados con los sentidos
- Orgánica: son menoscabos que afectan a los órganos internos del cuerpo (insuficiencias cardíacas, renales, hepáticas, respiratorias...) (pág. 222)

El segundo y tercer párrafo del artículo 93, explica cómo se cuantifican las secuelas en los distintos apartados de la tabla 2 del anexo. Se menciona 3 partes en las que se establecen las cuantías para el perjuicio personal básico, el perjuicio personal particular y perjuicio económico.

La siguiente tabla detalla las cuantías por conceptos de perjuicios personales particulares.

Tabla 2.7

INDEMNIZACIONES POR SECUELAS

TABLA 2.B

Perjuicio personal particular

PERJUICIOS PARTICULARES	
1. Daños morales complementarios por perjuicio psicofísico	
Cuando una sola secuela alcanza al menos 60 puntos o el resultado de las concurrentes alcanza al menos 80 puntos.	De 19.200 € hasta 96.000 €
2. Daños morales complementarios por perjuicio estético	
Cuando alcanza al menos 36 puntos.	De 9.600 € hasta 48.000 €
3. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas	

Muy Grave	De 90.000 € hasta 150.000 €
Grave	De 40.000 € hasta 100.000 €
Moderado	De 10.000 € hasta 50.000 €
Leve	De 1.500 € hasta 15.000 €
4. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados	De 30.000 € hasta 145.000 €
5. Pérdida de feto a consecuencia del accidente	
Si la pérdida tuvo lugar en las primeras 12 semanas de gestación	15.000 €
Si la pérdida tuvo lugar a partir de las 12 semanas de gestación	30.000 €
6. Perjuicio Excepcional	Hasta 25%

Fuente “Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” (España)

Respecto a los perjuicios personales básico que resultan ser la base del quantum indemnizatorio, la norma ha determinado un baremo médico para las secuelas, cuya función es englobar el perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial permanente, para la clasificación, descripción y medición de los mismos.

Dicha medición se realiza a través de un porcentaje de menoscabo expresado en puntos, donde hay un máximo de 100. Además, se incluye un capítulo especial dedicado al perjuicio estético que también posee un propio sistema de medición por puntos, con 50 como máximo correspondiente a un porcentaje del 100 %.

En resumen, en las tablas 2.A del anexo se configura el perjuicio personal básico “mediante desdoblamiento en dos tablas: 2.A.1 relativa al baremo médico y la tabla 2.A.2, correspondiente al baremo económico” (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 224). Por lo tanto, la determinación de la indemnización del perjuicio personal básico,

dependerá tanto de las reglas determinadas en el baremo médico, como en el baremo económico.

Para la aplicación de las reglas del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial, el artículo 97 ha detallado lo siguiente:

Artículo 97. Reglas de aplicación del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial.

1. La puntuación otorgada al perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial de cada secuela, según criterio clínico, tiene en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista anatómico-funcional, sin tomar en consideración la edad o el sexo del lesionado, ni la repercusión de la secuela en sus diversas actividades.

2. Se adjudica a cada secuela una puntuación fija o la que corresponda dentro de una horquilla con una puntuación mínima y máxima.

3. Una secuela debe valorarse una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados del baremo médico, sin perjuicio de lo establecido respecto del perjuicio estético. No se valoran las secuelas que estén incluidas o se deriven de otras, aunque estén descritas de forma independiente.

4. La puntuación de una o varias secuelas de una articulación, miembro, aparato o sistema no puede sobrepasar la correspondiente a la pérdida total, anatómica o funcional, de esa articulación, miembro, aparato o sistema.

5. Las secuelas no incluidas en ninguno de los conceptos del baremo médico se miden con criterios analógicos a los previstos en él.

La primera parte del artículo enfatiza que, para lograr una puntuación adecuada a las secuelas, se tomará en cuenta, la intensidad y gravedad desde una perspectiva anatómico funcional del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial de cada secuela. A esta se le otorgará una puntuación fija dentro del rango de la mínima y máxima establecida.

Es importante recalcar el hecho que una secuela solo pueda valorarse una sola vez, aunque su sintomatología este en otros apartados del baremo médico. De esta forma, se “pretende evitar la sobrevaloración del perjuicio psicofísico, orgánico, y sensorial mediante el solapamiento de sintomatologías que obedezcan a una sola secuela”

(Pomares Barriocanal, 2018, pág. 234). De igual manera resulta interesante que se establezca la puntuación de una o varias secuelas no deba sobrepasar la correspondiente pérdida total, anatómica o funcional.

En líneas generales, se puede notar que el legislador ha buscado que nada quede fuera del sistema de valoración. Así se ve establecido en el numeral quinto del artículo, cuando dice que las secuelas no previstas en el baremo médico se miden por criterios analógicos a los previstos en el.

En el caso de secuelas derivadas de un mismo accidente, el artículo 97 prevé la siguiente fórmula:

$$[[(100 - M) \times m] / 100] + M$$

Donde "M" es la puntuación de la secuela mayor y "m" la puntuación de la secuela menor.

Según el numeral segundo, si las secuelas son más de dos, para usar la fórmula se partirá de la secuela de mayor puntuación y las operaciones se realizarán en orden inverso a su importancia. De obtenerse fracciones decimales, el resultado de cada operación se redondeará a la unidad más alta.

Como menciona Pomares Barriocanal (2018), “la puntuación final obtenida se lleva a la tabla 2.A.2 para cuantificar el valor económico en función de la edad del lesionado, obteniendo la retribución correspondiente al perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial” (pág. 237).

El artículo 104 de la LRCSCVM, explica el régimen de valoración económica de las secuelas, señalando lo siguiente:

Artículo 104. Régimen de valoración económica de las secuelas.

1. *El régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral ordinario que le es inherente, y del perjuicio estético se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2, cuyas filas de puntuación y columnas de edad expresan, respectivamente, la extensión e intensidad del perjuicio y su duración.*

2. *Esta valoración es inversamente proporcional a la edad del lesionado y se incrementa a medida que aumenta la puntuación.*

3. *Las filas de puntuación se articulan de punto en punto desde uno hasta cien y las columnas de edad de año en año desde cero hasta cien.*

4. *El importe del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial consta en la intersección de la fila y columna correspondientes. Este importe es el resultado de haber multiplicado el valor de cada punto, en función de la edad del lesionado, por el número total de puntos obtenidos de acuerdo con el baremo médico.*

5. *El importe del perjuicio estético consta en la intersección de la fila y columna correspondientes. Este importe es el resultado de haber multiplicado el valor de cada punto, en función de la edad del lesionado, por el número total de puntos obtenidos de acuerdo con el baremo médico, teniendo en cuenta el máximo de cincuenta puntos.*

6. *La indemnización básica por secuelas, en su doble dimensión psicofísica, orgánica y sensorial, por un lado, y estética, por otro, está constituida por el importe que resulta de sumar las cantidades de los dos apartados anteriores.*

El artículo 104, comienza haciendo alusión a la aplicación del baremo económico que es donde se establece las cuantías económicas, a diferencia del baremo médico donde se clasifica y determina los puntos de acuerdo al tipo de lesión, y, por ende, al detrimento anatómico funcional sufrido.

El baremo económico contiene 100 filas y 100 columnas, que representan, la puntuación de las secuelas del 1 al 100, y, por otra parte, la edad del lesionado que va desde 2 años hasta los 100 a más. La cuantía de perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial será la resultante de la intersección entre fila y columna, según los puntos de la lesión y edad del individuo.

Como se verá a continuación, la valoración es inversamente proporcional a la edad del lesionado y se incrementa a medida que aumenta la puntuación.

Tabla 2.8

Baremo económico¹⁰

Puntos	Edad del lesionado							
	Hasta 2	2	3	4	5	6	7	8
1	900,00 €	897,22 €	894,44 €	891,67 €	888,89 €	886,11 €	883,33 €	880,56 €
2	1.855,53 €	1.849,81 €	1.844,08 €	1.838,35 €	1.832,63 €	1.826,90 €	1.821,17 €	1.815,45 €
3	2.858,09 €	2.849,27 €	2.840,45 €	2.831,63 €	2.822,80 €	2.813,98 €	2.805,16 €	2.796,34 €
4	3.899,19 €	3.887,16 €	3.875,12 €	3.863,09 €	3.851,05 €	3.839,02 €	3.826,98 €	3.814,95 €
5	4.970,25 €	4.954,91 €	4.939,57 €	4.924,23 €	4.908,89 €	4.893,55 €	4.878,21 €	4.862,87 €

Fuente “Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” (España)

Así, por ejemplo, “para una víctima de 8 años de edad y 3 puntos de secuelas, la indemnización a percibir por perjuicio personal básico sería la de 2.796,34 euros (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 247)”

Los importes por perjuicio psicofísico, orgánico y funcional se suman a los resultantes por perjuicio estético para obtener la indemnización total por perjuicio personal básico (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 248). De tal manera que, se deseche la opción de sumar los puntos de ambos tipos de perjuicio, para luego cuantificarlos económicamente en la tabla.

¹⁰ Este cuadro es solo un extracto del baremo económico original detallado en el anexo de la norma, que por fines prácticos hemos decidido recortar debido a que el completo consta de 100 filas y 100 columnas. De igual manera, hemos omitido la cita literal del baremo médico contenido en la ley, por motivo de la gran extensión del mismo.

Las secuelas que producen un perjuicio estético, pueden definírselas “como toda modificación peyorativa a la imagen corporal (Saavedra Madrid, 2014, pág. 37)”. El artículo 101, precisa que el perjuicio estético es el existente a la finalización del proceso de curación del lesionado y que empeora la imagen de la persona. Es decir, un deterioro que persiste y afecta la armonía y proporciones del físico humano.

En estos casos, la norma además de contemplar diversos grados de perjuicio estético, ha desarrollado algunas reglas de aplicación. Algunas de ellas, indican que si un perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial permanente conlleva a su vez un perjuicio estético, se fijará de forma separada la puntuación correspondiente de cada una. Dicha puntuación de perjuicio estético se realiza según la tabla 2.A.1 de la norma, mediante ponderación conjunta, sin atribuir ponderación a cada uno de sus componentes.

Además, ni la edad o el sexo de la víctima se toma en cuenta para medir la intensidad del perjuicio estético, esto precisamente para evitar discriminación alguna, ya que se parte de la premisa que el sentimiento generado por el perjuicio estético es igual para todos. Finalmente, la puntuación establecida se lleva a la tabla 2.A.2 que fija el valor económico del perjuicio estético siguiendo lo previsto en el artículo 104.5.

2.3.3. Indemnización por lesiones temporales

El artículo 134 denomina como lesiones temporales a todas las que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela.

La valoración de indemnizaciones por lesiones temporales se regula en la tabla 3 del anexo, que a su vez consta de tres apartados, como veremos a continuación:

Tabla 2.9

INDEMNIZACIONES POR LESIONES TEMPORALES

Tabla 3

Tabla 3.A Perjuicio Personal Básico	
Indemnización por día	30 €
Tabla 3.B Perjuicio Personal Particular	
Por pérdida temporal de calidad de vida	
Indemnización por día (incluye la indemnización por perjuicio básico)	
Muy Grave	100 €
Grave	75 €
Moderado	52 €
Por cada intervención quirúrgica	De 400 € hasta 1.600 €
Tabla 3.C Perjuicio Patrimonial	
Gastos de asistencia sanitaria	su importe
Gastos diversos resarcibles	su importe
Lucro cesante	su importe

Fuente “Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” (España)

El apartado 3.A de la tabla en mención, establece la cuantía diaria por perjuicio personal básico, la cual se obtendrá multiplicando el monto fijado (30 €) por los días en los que se padece la lesión temporal.

En el apartado 3.B, se regula el perjuicio personal particular, que abarca tres grados dentro de lo que se denomina pérdida de calidad de vida: muy grave, grave, y moderado. Dependiendo de cada caso en particular y la magnitud de la lesión se procederá a escoger el monto de la categoría que se ajuste más a la lesión. Finalmente, el perjuicio personal particular derivado de las intervenciones quirúrgicas busca “compensar el sufrimiento que experimenta la víctima por cada intervención quirúrgica a la que se ve sometido como consecuencia de sus lesiones” (Pomares Barriocanal, 2018, pág. 342)

CAPÍTULO III

Determinación de un método de cuantificación del daño a la persona y daño moral

3.1. Algunos aportes que podrían ser relevantes para la determinación del método de cuantificación de estos daños extrapatrimoniales

En esta parte de la tesis, evaluaremos ciertos aportes y temas que podrían ser de utilidad para articular un método de cálculo para el daño a la persona y el daño moral. Dichos aportes comprenden nuevos temas a analizar como los contratos de seguros. Asimismo, se analizará qué variables y métodos de los sistemas extranjeros expuestos en el capítulo anterior, serían los más idóneos para elaborar un mecanismo de cuantificación de daños no patrimoniales¹¹ en nuestro país.

3.1.1. Análisis del contrato de seguro

La Ley 29946¹² define al contrato de seguro en su primer artículo como “aquel por que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, e indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital , una renta u otras prestaciones convenidas”.

En líneas generales, se podría decir que “es un contrato por el cual una persona jurídica que se llama “la aseguradora”, ofrece a otra, denominada “el asegurado”, efectuar una prestación, subordinada a la realización de un riesgo y previo el pago de una determinada suma de dinero”. (Rodríguez Pastor, 1987, pág. 82). Los elementos

¹¹ Específicamente el daño a la persona y el daño moral.

¹² Ley de Contrato de Seguro, promulgada el 27 de noviembre del 2012.

específicos del contrato de seguro, consisten en: la prima, el interés asegurado, y el riesgo (Meilij & Barbato, 1975, pág. 49).

El objeto del contrato de seguro es la cobertura contra un riesgo que amenaza un interés económico, el cual debe ser lícito (Meilij & Barbato, 1975, pág. 47). Dicho riesgo, es la eventualidad de confirmarse un hecho incierto que originaría un daño.

Cuando el evento correspondiente se produce en las circunstancias previstas, o sea, dentro del marco de delimitación emergente de la ley y del contrato de seguro, se hace exigible la obligación del asegurador de ejecutar su prestación (Stiglitz & Stiglitz, 1994, pág. 212).

Por lo tanto, el riesgo asegurable “es la eventualidad que llegue a verificarse el acontecimiento incierto previsto en el contrato de seguro: un acontecimiento susceptible de ocasionar daño, una consecuencia económicamente desventajosa, cuya realización ha de obligar al asegurador a cumplir su prestación indemnizatoria”. (Stiglitz & Stiglitz, 1994, pág. 211)

El interés asegurado vendría ser lo que se busca proteger a través de la cobertura del contrato de seguro en el supuesto que llegue a suceder el daño. Dicho interés asegurable puede ser el interés económico que tenga una persona sobre un bien, o la persona misma que se encuentra expuesta un riesgo. En otras palabras, el interés se torna en asegurable cuando el objeto o persona sobre la que recae, se encuentra en un contexto con potencialidad de peligro, o riesgo de que se genere un daño que cause un detrimento patrimonial o personal.

La prima se encuentra en estrecha relación con el riesgo, constituyendo la medida económica del mismo en función de la mayor o menor probabilidad de que acontezca el siniestro. (Meilij & Barbato, 1975, pág. 49) Para ello, se realiza un cálculo de

probabilidades que envuelve diversos factores que acrecientan o disminuyen el riesgo, los cuales ayudan a determinar la prima a pagar.

Se la puede entender en dos acepciones: “una amplia, que hace referencia al precio del seguro, es decir, a lo que el asegurado debe pagar por el mismo. Y la otra restringida, técnica, que menciona el costo del riesgo conforme a los análisis y cálculos estadísticos” (Meilij & Barbato, 1975, pág. 49). Las experiencias obtenidas estadísticamente han demostrado que, a mayor número de hechos comprobados, es posible predecir el momento en que se produciría la ocurrencia (Rodríguez Pastor, 1987, pág. 63).

La póliza es el documento que prueba la existencia de la celebración del contrato de seguro, el cual va a contener los derechos y obligaciones a las que se comprometen las partes (Alfaro Rosas, Bossio Bossio, Guillén Lazo, Martínez Ventura, & Tomaguillo Vásquez, 2014, pág. 117). Esto evidencia que la póliza no es sinónimo de contrato de seguro, sino que constituye una parte de este último.

Usualmente, existe en las pólizas de seguro cláusulas generales, especiales y particulares. Las cláusulas generales están destinadas a estar incluidas en todos los contratos futuros que concerten, estas condiciones generales significan la elaboración por el predisponente, sobre las cuales se otorga la aprobación administrativa (González Barrón, 2002, pág. 153). En cuanto a las cláusulas especiales y particulares, Cieza (2006) señala que las primeras se refieren a una determinada especie de cobertura o aspectos especiales de una cobertura en común; mientras que, las cláusulas particulares sirven de complemento y se caracterizan por ser establecidas específicamente para cada contrato, porque se trata de aspectos singulares que no pueden ser tipificados de antemano (pág. 336).

La Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) es la entidad estatal encargada de la supervisión de las compañías aseguradoras. Como se mencionó en el párrafo anterior, la SBS es el organismo que otorga la aprobación administrativa de las cláusulas generales contenidas en los contratos de seguro, ejerciendo un control administrativo a modo de

prevención. Además, tiene la facultad de fiscalizar y dictar normas que regulan a las empresas del sistema financiero.

Respecto al tipo de contrato que revisten los seguros, un sector de la doctrina y la misma Ley 29946 tiende a identificarlos como contratos de adhesión. Según el artículo 1390 del Código Civil, “el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”. Esto supone que solo una de las partes fija unilateralmente las disposiciones contractuales sin participación de la otra.

Pese a que el artículo III de la Ley, estipula que el contrato de seguro se celebra por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y que difieran sustancialmente con las prerredactadas, consideramos que el seguro es un contrato celebrado por cláusulas generales y no mediante un contrato de adhesión, por lo siguiente:

Se considera que el seguro es un contrato celebrado por cláusulas generales, ya que en éste existen condiciones propias de cada relación singular y que nunca están tipificados de antemano, tales como la individualización del interés asegurable, la suma asegurada, la prima, la duración del contrato, etc. (Cieza Mora, 2006, pág. 344)

La existencia de las cláusulas particulares referidas anteriormente, revalida la idea que el contrato de seguro no es un contrato de adhesión, puesto que la naturaleza de estas cláusulas es regular aspectos específicos en cada contrato, que no pudieron ser estipulados previamente.

Es así como las cláusulas contractuales particulares juegan un papel muy importante, ya que varían según el requerimiento de cada caso y el tipo de seguro que se solicita. Esto quiere decir que la determinación de la suma asegurada, prima, duración del contrato, entre otras condiciones particulares responden al tipo de actividad riesgosa que se pretende coberturar.

No todas las actividades tienen el mismo nivel de riesgo, ergo, no todos los tipos de seguros tendrán montos de cobertura iguales. Además, no solo se toma en cuenta el nivel del riesgo sino la frecuencia de la actividad riesgosa, intensidad del impacto que potencialmente se podría generar, cantidad de personas que potencialmente resultarían afectadas, el valor económico de lo perdido, entre otros. Son estos factores los que influyen en la determinación del monto de cobertura, el cual está ligado a la prima que se paga.

Por este motivo, resulta muy difícil predecir de forma general cuanto es la suma asegurada promedio en todos los contratos de seguro. Como “la prima pura representa el valor del riesgo, a base de cálculos estadísticos y financieros” (Rodríguez Pastor, 1987, pág. 105), un índice de siniestralidad alto en determinada actividad provocará primas más elevadas.

Hay muchos tipos de contratos de seguro, algunos de los más conocidos son el seguro de vida o el de accidentes personales, así como también, los de índole obligatorio como el SOAT (Seguro Obligatorio de Transporte Terrestre) o el SIS (Seguro Integral de Salud). En la misma página web de la SBS, podemos encontrar la relación de productos de seguros que se ofrecen en el mercado peruano, las empresas que los brindan y las condiciones de la póliza, tanto las cláusulas generales como particulares de cada compañía aseguradora.

Debido a la naturaleza del trabajo, nos centraremos en el seguro contra responsabilidad civil extracontractual, para analizar su contenido y algunas de las cláusulas más importantes en los modelos de póliza de algunas empresas aseguradoras. Sin embargo, también tomaremos en cuenta lo establecido en otras pólizas como las pertenecientes a los seguros contra accidentes.

a) El seguro contra responsabilidad civil extracontractual

El seguro contra la responsabilidad civil es un instrumento jurídico que despliega típicamente una función resarcitoria. Impone al asegurador, como objeto de su obligación contractual, la indemnización de los daños sufridos por el tercero-víctima, que el asegurado debe reparar (Stiglitz & Stiglitz, 1994, pág. 545). En otras palabras, este tipo de seguro obliga al asegurador a mantener indemne al asegurado, frente a una eventualidad donde quede sujeto a un resarcimiento.

Los elementos constitutivos o estructurales del contrato de seguro contra la responsabilidad civil son el consentimiento, el riesgo asegurado (objeto) y el interés asegurable (causa) (Stiglitz & Stiglitz, 1994, pág. 20). El riesgo en el seguro contra responsabilidad civil consiste pues, en la eventualidad que el asegurado vulnere un deber jurídico, dañando a un tercero (con lo cual nace su deuda resarcitoria) (Stiglitz & Stiglitz, 1994, pág. 212).

A continuación, veremos las condiciones generales en los seguros contra responsabilidad civil de las compañías aseguradoras Rímac y Mapfre. Nos centraremos exactamente en los artículos relacionados a la cobertura, bases de la indemnización, y definiciones de los tipos de daño según los contratos.

Luego de ello, examinaremos el contenido de dichas cláusulas para hacer una comparación entre los conceptos de daños estipulados allí, con la clasificación de daños utilizada dentro de la responsabilidad civil. Del mismo modo, haremos hincapié en los alcances de las coberturas e indemnizaciones.

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

CONDICIONES GENERALES



INTRODUCCIÓN

De conformidad con las declaraciones contenidas en la Solicitud de Seguro o en la comunicación suscrita por el CONTRATANTE y/o ASEGURADO, y presentada a la COMPAÑÍA por ellos o por su Corredor de Seguros, la cual se adhiere y forma parte integrante de este Contrato de Seguro, y cuya veracidad constituye causa determinante para su celebración; y, asimismo, de acuerdo a lo estipulado tanto en las Condiciones Generales de Contratación, así como en las presentes **CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**, Cláusulas Adicionales, Condiciones Especiales y en los Endosos y Anexos que se adhieran a esta Póliza; RÍMAC SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante, simplemente la COMPAÑÍA) conviene en amparar al ASEGURADO contra los riesgos expresamente contemplados en la Póliza en los términos y condiciones siguientes:

ARTÍCULO N° 1 COBERTURA

Sujeto a todos los términos y condiciones que forman parte de la presente Póliza, la COMPAÑÍA cubre al ASEGURADO contra las reclamaciones de Terceros por concepto de Responsabilidad Civil Extracontractual, exclusivamente a consecuencia de Daños Personales y/o Daños Materiales causados involuntariamente a dichos Terceros por un accidente ocurrido durante la vigencia de la Póliza, como resultado directo de las actividades o negocios declarados en las Condiciones Particulares.

ARTÍCULO N° 7 BASES DE LA INDEMNIZACIÓN

Sujeto a los demás términos y condiciones de la Póliza, el importe base de la indemnización bajo los alcances de la cobertura otorgada por esta Póliza corresponderá a:

- A. Las indemnizaciones que el ASEGURADO haya efectivamente pagado a Terceros en virtud de una sentencia judicial ejecutoriada o de una transacción expresamente autorizada por el COMPAÑÍA.
- B. El monto pagado por concepto de costas y gastos judiciales o extrajudiciales a que fuera sentenciado el ASEGURADO en el mismo juicio mencionado en A.
- C. Los honorarios y gastos pagados por el ASEGURADO a los abogados que hubieren participado en su defensa judicial, en la medida que el COMPAÑÍA haya aprobado la designación de los abogados y las condiciones de su contratación.
- D. Los pagos efectivamente realizados, a clínicas, hospitales, funerarias, u otros, siempre y cuando hayan sido expresamente autorizados por el COMPAÑÍA.

**ARTÍCULO N° 9
DEFINICIONES**

Complementando las definiciones señaladas en el Artículo 27° de las Condiciones Generales de Contratación, queda convenido entre las partes que el significado de las palabras más adelante indicadas es el siguiente:

- **DAÑO MATERIAL**
El daño, deterioro, pérdida o destrucción de un bien, así como el daño ocasionado a los animales.
- **DAÑO PERSONAL**
Lesión corporal – *excluyendo enfermedades* – o muerte causadas a personas naturales.

**SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
CONDICIONES GENERALES**

 **MAPFRE** | PERÚ

SEGURO CONTRA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

En virtud de las declaraciones contenidas en la **Solicitud de Seguro** o en la comunicación escrita presentada por el **CONTRATANTE** y/o **ASEGURADO** y/o por el **Corredor de Seguros**, la cual se adhiere y forma parte integrante de este **Contrato de Seguro**, y cuya veracidad constituye causa determinante para su celebración, y de acuerdo a lo estipulado en las **Cláusulas Generales de Contratación**, en las presentes **CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO CONTRA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**, así como también en las **Cláusulas Adicionales, Condiciones Particulares, Condiciones Especiales, Endosos y Anexos** adjuntos; **MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS**, en adelante denominada la **COMPAÑÍA**, conviene en amparar al **ASEGURADO** contra los riesgos expresamente contemplados en la **Póliza**, en los términos y condiciones siguientes:

CONDICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1°.- COBERTURA

LA **COMPAÑÍA** conviene en amparar al **ASEGURADO**, hasta el límite nominal de la **Suma Asegurada**, contra reclamaciones de indemnización por los daños materiales o daños personales causados a terceros como consecuencia directa de accidentes, súbitos e imprevistos, ocurridos durante la vigencia de la **Póliza** en el ejercicio de sus actividades o negocios declarados en las **Condiciones Particulares**, respecto de los cuales sea declarado civilmente responsable en aplicación de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil Peruano de 1984.



ARTÍCULO 2º.- ALCANCE DE LA COBERTURA

- 2.1 LA COMPAÑÍA mantendrá indemne el patrimonio del ASEGURADO frente a las reclamaciones descritas en el artículo 1º de esta Póliza, siempre que el accidente que las motiven hubiere acaecido dentro del territorio del Perú y durante la vigencia de la Póliza.**
- 2.2 Dentro de los límites estipulados en el presente contrato, LA COMPAÑÍA se obliga a:**
- a) Abonar al tercero damnificado la indemnización por daños y perjuicios que se ordene pagar al ASEGURADO mediante la sentencia ejecutoriada emanada de un Tribunal Civil de la República del Perú o que se acuerde mediante una transacción celebrada en la forma de ley, previa autorización escrita de LA COMPAÑÍA.**
 - b) Sufragar las costas y costos del proceso judicial. Prestar garantía a favor del ASEGURADO para evitar medidas cautelares o embargos sobre su patrimonio por parte del tercero damnificado.**
 - c) Procurar la defensa del ASEGURADO sufragando todos los gastos que demanda el proceso judicial, aún cuando no fuere hallado responsable por el órgano jurisdiccional.**

ARTÍCULO 4º.- DAÑOS PERSONALES Y DAÑOS MATERIALES

- 4.1 Los daños personales, cuya indemnización ampara esta Póliza, están limitados a la muerte o lesiones físicas causadas a personas naturales.**
- 4.2 La responsabilidad por daños materiales amparada por esta Póliza, está limitada a los daños físicos causados a cosas o animales pertenecientes a terceros.**

13

Como podemos notar, ambas empresas de seguro enfatizan el hecho que la aseguradora solo se obliga a indemnizar hasta el monto de cobertura previsto en el contrato. Estas cláusulas están amparadas en el artículo 107 inciso primero de la Ley de Contrato de Seguros, el cual menciona expresamente que “la cobertura de la póliza comprende el importe de las sumas a que se encuentra obligado el asegurado por concepto

¹³ Los modelos de contrato de seguro pertenecientes a las empresas Rímac y Mapfre respectivamente, han sido recogidos de la página web de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS): <http://www.sbs.gob.pe/sistema-de-seguros/relacion-de-productos-de-seguros-que-se-ofrecen-en-el-mercado-peruano>

de indemnización de daños y perjuicios ocasionados a tercero, más las costas y costos del proceso, **hasta el límite de la suma asegurada**” (el subrayado es nuestro).

Además, las bases de indemnización incluidas en la cobertura, suelen abarcar: costas y gastos judiciales o extrajudiciales, honorarios de los abogados cuya designación haya sido aprobada por la aseguradora, y pagos realizados a clínicas, hospitales y funerarias expresamente autorizados por la compañía.

Respecto a los conceptos de daños materiales y personales, se puede ver que no corresponden a la clasificación utilizada en el ámbito jurídico de responsabilidad civil. Sin embargo, en las cláusulas de definiciones de las compañías citadas en el ejemplo, se determina como daños personales a las lesiones físicas o corporales causadas a la persona natural, incluyendo la muerte de ésta. No precisa si dichas lesiones incluyen solo el daño emergente derivado de estas, o también el daño psicosomático que vendría a ser el daño a la persona. Por ende, podría interpretarse que abarca ambos conceptos, dado que solo se limita a definirlos como lesiones físicas o muerte del damnificado.

Otra observación interesante es que, si bien estaríamos interpretando que el daño a la persona se encuentra incluido dentro del concepto de daños personales en los contratos de seguro, al ocurrir la muerte del damnificado, la indemnización por ese concepto dejaría de ser por daño a la persona, para pasar a convertirse en un daño moral, que no está comprendido en las definiciones de las condiciones de la póliza. Es decir, se podría hablar de un eventual daño emergente por todos los gastos inmediatos generados en atender a la víctima, y un daño moral que vendría ser el concepto por el cual se indemniza a los familiares cuando finalmente muere la persona fruto del accidente.

Si las aseguradoras se negaran a pagar el monto indemnizatorio en caso de deceso aduciendo que el daño moral a los familiares no se encuentra estipulado en las definiciones de la póliza, sería una contradicción, porque no tendría sentido alguno que hayan determinado dentro de los daños personales el fallecimiento como un factor a

indemnizar. Es evidente, pues, que la razón de dicha indemnización en caso de muerte, no es resarcir al fallecido sino a los familiares de éste (si es que existen).

En consecuencia, interpretamos que los daños materiales engloban un daño emergente respecto al detrimento económico inmediato ocasionado al patrimonio de un tercero, y que debe repararse para dejarlo en la misma situación que se encontraba antes del siniestro. Mientras tanto, debido a que los daños personales se definen como las lesiones físicas o muerte causadas a la persona, interpretaremos que dichas lesiones contendrán el concepto de daño a la persona como daño psicosomático, así como también, el daño emergente como gasto directo proveniente de atenciones a sus lesiones corporales.

Excepcionalmente en caso de fallecimiento del perjudicado, el cual se encuentra expresamente incluido dentro de los daños personales, se tomará la indemnización como un daño moral para resarcir a la familia.

Según algunos corredores de seguro entrevistados¹⁴, resulta difícil poder establecer un monto de cobertura promedio de los seguros contra responsabilidad civil, por el mismo hecho, que, como habíamos explicado anteriormente, hay muchos factores ligados al tipo de actividad riesgosa que se realiza, y que, por ende, no concluye en coberturas homogéneas. Aun así, se estima que el promedio de suma asegurada en este tipo de seguros oscila entre \$100,000 y \$200,000.

¹⁴ Los corredores de seguros consultados para la realización del presente trabajo se encuentran registrados y habilitados en la SBS bajo los siguientes nombres y códigos: Víctor Hugo Rentería Piérola (N3431) y Guillermo Vermejo Razzeto (N2220).

b) Seguro de accidentes

Ahora, pasaremos a ver, los montos indemnizatorios correspondientes a los seguros contra accidentes, para lo cual, tomaremos como ejemplo un cuadro de indemnizaciones recogido por el profesor Jairo Cieza en su trabajo sobre “Pólizas de seguro y cuantificación de daños en el Perú”.

PLANES INDIVIDUALES			
COBERTURAS Y BENEFICIOS	SILVER (U\$S)	GOLD(U\$S)	PLATINUM (U\$S)
GASTOS MEDICOS			
Gastos médicos por enfermedad *	12,000	20,000	30,000
Gastos médicos por Accidente *	15,000	50,000	100,000
Evacuación Medica *	15,000	25,000	50,000
Gastos Odontológicos por accidente *	1,000	2,500	5,000
máximo U\$S por diente	200	200	200
Gastos Odontológicos por Enfermedad *	250	500	1,000
máximo U\$S por diente	200	200	200
Medicamentos (prescripción médica) *	1,000	2,500	5,000
Recuperación en Hotel (máximo 10 días)	1,000	1,000	1,000
Acompañamiento en caso Hospitalización	Clase Económica	Clase Económica	Clase Económica
Acompañamiento de menores	Clase Económica	Clase Económica	Clase Económica
Monto máximo Garantizado (MMG)	25,000	65,000	120,000
IMPREVISTOS EN EL VIAJE			
Perdida de equipaje (U\$S 50 por Kg)	1,000 (complementaria)	2,000 (complementaria)	4,000 (supletoria)
Retrazo del viaje (clima, falla del equipo, huelga)	500 (U\$S 100 por día)	1,000 (U\$S 200 por día)	2,000 (U\$S 400 por día)
Cancelación del viaje (accidente muerte o enfermedad)	1,000	2,500	5,000
Interrupción del viaje (accidente muerte o enfermedad)	1,000	1,000	1,000
Regreso anticipado	Clase económica	Clase económica	Clase económica
Servicio de asistencia 24 horas	Incluido	Incluido	Incluido
Transmisión de mensajes urgentes	Incluido	Incluido	Incluido
Asistencia en caso de pérdida o daño de documentos	Incluido	Incluido	Incluido
Asistencia legal	500	1,000	2,500
Pago de fianzas	500	1,000	2,000
ACCIDENTES PERSONALES			
Muerte accidental (Incapacidad Total y Permanente / Desmembramiento *			
a) en transporte público autorizado	40,000	100,000	250,000
b) Por asalto	20,000	50,000	250,000
c) Cualquier otro tipo de accidente	10,000	25,000	250,000
Preparación de restos mortales	5,000	10,000	25,000

Fuente “La póliza de seguros y la cuantificación de daños en el Perú” (pág. 364)

La suma indemnizatoria que se recibe en casos de accidente, evidentemente responde a la prima que se pague. Como menciona Cieza (2006) “lo que interesa para determinar el monto de la cobertura máxima del riesgo, es la cantidad que se paga como prima, pues es en virtud a la prima que se otorgue que subirá o bajará la cobertura al asegurado” (pág. 363).

Se puede observar, que lo que se otorga como indemnización por fallecimiento de persona en caso de accidentes, va desde \$ 40,000 perteneciente a la cobertura Silver, hasta los \$ 250,000 de la cobertura Platinum. A partir de esto se podría dilucidar que sumas entre esos dos extremos son aproximadamente las más recurrentes al momento de indemnizar por muerte.

En conclusión, el seguro contra responsabilidad civil podría resultar como un buen indicador para extraer ciertos aspectos relevantes del mismo y trasladarlos a la aplicación del método que se pretende diseñar. De la misma forma, consideramos como buena referencia los montos que se dan por fallecimiento de persona, en los seguros contra accidentes personales.

3.1.2. Análisis de variables y métodos recogidos del derecho comparado para aplicar al cálculo del daño a la persona y daño moral

El análisis de las variables objetivas y subjetivas, así como los métodos de cuantificación de daños extrapatrimoniales procedentes de sistemas extranjeros, se centrará en elegir qué variables aplicar al daño a la persona y cuáles al daño moral. Asimismo, será de suma importancia establecer cuál de los métodos explicados en el capítulo segundo de la tesis, será el más adecuado para elaborar el mecanismo de cálculo de daños extrapatrimoniales.

Vamos a denominar como variables a aquellos factores que puedan cambiar, dependiendo de ciertos elementos inherentes a la persona, el tipo de hecho lesivo y su impacto. En los siguientes párrafos clasificaremos estos conceptos en variables objetivas y variables subjetivas, para poder dar con una mejor definición de cada uno.

a) Variables objetivas

Las variables objetivas hacen referencia a factores basados en hechos que son inmutables al momento del hecho dañoso y la intensidad del impacto que genera éste. Tales pueden ser la edad, sexo, profesión, oficio, capacidad laboral, por citar algunos, que, si bien van a variar dependiendo de la víctima, siguen siendo conceptos fijos e inherentes a la persona desde un análisis individual del damnificado.

Otros factores objetivos de valoración, son los concernientes al impacto que genera el evento dañoso en la persona, como, por ejemplo, el porcentaje de invalidez (temporal o permanente), gravedad, etc.

Según lo que hemos podido evaluar en los sistemas de cuantificación desarrollados en Italia, reconocemos a la edad, y el porcentaje de invalidez, como las variables objetivas más relevantes y útiles para aplicar al mecanismo de cuantificación de daños a la persona. La razón se debe a que la edad del damnificado suele relacionarse con un menoscabo a su proyecto de vida, y porque el porcentaje de invalidez puede llegar a agravar este hecho.

Asimismo, consideramos importante, variables como el número de días de invalidez temporal para poder calcular un monto indemnizatorio al daño a la persona. Este mismo factor objetivo influye en el estado de ánimo del damnificado, dependiendo de la cantidad de días en el que se encuentre inhabilitado de realizar sus actividades cotidianas, por lo que estimamos que eventualmente también podría ser aplicado al daño moral. Respecto a este último

tipo de daño, la edad y nivel de invalidez ocasionado en el damnificado también jugarán un papel importante en ascenso del monto resarcitorio.

No creemos que el sexo deba ser utilizado como un factor fundamental para determinar la suma indemnizatoria por concepto de daño a la persona, a menos que hubiera prueba científica que concluya que cierto tipo de daños afectan más a un género que a otro. De lo contrario, se estaría haciendo uso discriminatorio de esta variable objetiva para calcular un detrimento, que, al fin y al cabo, afecta al ser humano como tal, antes que a su sexo.

Por último, descartamos a cabalidad el uso de cualquier variable relacionada al rédito percibido. Esto se debe a que se trataría de un valor económico ligado a la capacidad laboral, no apto para la cuantificación de un daño extrapatrimonial, sino más bien, para un lucro cesante que se encuentra comprendido en la categoría de daños patrimoniales, que no son materia de análisis en este trabajo.

b) Variables subjetivas

Las variables subjetivas aludirán a circunstancias presentes al instante del daño. Es decir, cualquier elemento o carácter distintivo del contexto, que juegue un papel importante en agravar o disminuir el impacto de la lesión en la persona.

Algunos factores subjetivos que podrían ser contemplados a la hora de establecer el daño moral, son, dependiendo del tipo de detrimento originado, el grado familiar con la víctima (en caso de muerte de este último), minoría de edad respecto al hijo que queda huérfano, sujetos de capacidad restringida que quedan sin padres o el único familiar del que dependía, etc.

Como podemos observar, las variables subjetivas son aún más amplias que las objetivas, precisamente porque siempre están en estrecha relación con el contexto del evento dañoso, y serán a partir de este, que irán surgiendo. Esto quiere decir, que el juez deberá ir contemplando cada una de las posibles variables subjetivas que puedan ir sucintándose por el daño acaecido, y deberá decidir cuáles será susceptibles de ser tomadas en cuenta para un incremento en la indemnización.

Las variables subjetivas, tienden a influir más en el daño moral. Son factores relativos al hecho mismo, concernientes al tiempo de curación o rehabilitación, y relacionados con algún detrimento subsistente al daño. Es más, el mismo padecimiento derivado de la convalecencia o tratamiento rehabilitador, podría ser tomado en cuenta como una variable subjetiva, en función a la magnitud que efectivamente signifique estar sometido a ciertos procedimientos médicos dolorosos.

En las tablas italianas, se indica el factor convivencia como un criterio subjetivo a considerar para el daño moral por pérdida de un familiar. Sin embargo, como había mencionado en el capítulo anterior, rechazo el uso de esa variable por considerar que el hecho de encontrarte lejos de tu familia no resta la intensidad del afecto que se tenga por ella.

En la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor española, se toma en consideración otro factor subjetivo como lo es la pérdida del feto por parte de la lesionada, o peor aún, el fallecimiento de esta misma estando embarazada. Esta variable evidentemente aumenta el monto del daño moral.

Son muchas las variables subjetivas a recalcar al momento de la ocurrencia del siniestro, pero estimamos que, entre las más comunes, se encuentran las que hemos recogido y mencionado de las tablas italianas y españolas.

c) Método tabular

Dentro de todos los métodos de cuantificación de daños expuestos en el segundo capítulo de la tesis, hemos decidido optar por el método tabular utilizado en Italia y España, como el más apto para poder plasmar nuestros montos indemnizatorios por conceptos de daño a la persona y daño moral. Esto obedece a que las tablas ayudan a organizar de mejor manera los rangos de edades, porcentajes de invalidez y sumas resarcitorias.

A diferencia de otros métodos como la valorización de la vida humana en función a su capacidad de producción (lo cual rechazamos), el método tabular resulta ser el más idóneo si se toma en cuenta que utilizaremos algunos aportes del sistema de seguros, precisamente lo atinente a las indemnizaciones, para ordenarlas en función a una escala de edades.

En cuanto al sistema francés, creemos que es un aporte bastante interesante respecto a la forma de organización de los conceptos de daño provenientes del *Rapport Dinthilhac*. No obstante, no lo consideramos como el más idóneo para la realización de un sistema de tablas con variables que ayuden a determinar los montos resarcitorios, como si ocurre en el sistema italiano y español.

Por todo lo expuesto consideramos que las variables objetivas como edad, porcentaje de invalidez y cantidad de días de convalecencia, constituyen un buen material para la realización de las tablas de indemnizaciones por daño a la persona. Las cuales también serán de gran utilidad para dar una pista a la cuantificación del daño moral.

3.2. Aplicación de los aportes de seguros, variables y método elegidos

En el siguiente apartado, explicaremos nuestras propuestas a utilizar para elaborar el mecanismo de cuantificación de daños aplicado al detrimento no patrimonial, que comprende el daño a la persona y el daño moral. Para ello, nos valdremos de algunas variables escogidas que influirán en la determinación de montos indemnizatorios, y el método tabular recogido del sistema italiano y español.

3.2.1. Una aproximación al método tabular en el Perú

Aunque en Perú, también manejamos un sistema tabular, a través del baremo legal del SOAT, este se encuentra diseñado para situaciones específicas y solo podría ser tomado como referencia. Resulta perjudicial que aún no manejemos un sistema de baremos o fórmulas que pueda ser aplicable a los procesos judiciales.

De acuerdo al Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, se estableció el siguiente baremo:

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

Tal y como se puede apreciar, la unidad de referencia utilizada para estipular el quantum indemnizatorio en el SOAT, es la unidad impositiva tributaria del año correspondiente (UIT)¹⁵. Esta obedece a una naturaleza tributaria sancionadora, que para efectos de este trabajo no resulta útil, ya que la responsabilidad civil tiene una función resarcitoria y no sancionadora. Por esta razón es que descartaría usar como referencia la UIT, no solamente porque su naturaleza no responde la función primordial de la responsabilidad civil, sino también por la característica impositiva que esta maneja. Al ser un valor de referencia impuesto anualmente, no va a reflejar la verdadera voluntad de la población respecto a cómo valorizar una pérdida o la invalidez humana.

Otro punto relevante, es que algunas de las sumas resarcitorias son iguales, aun cuando ocurren eventos dañosos distintos. Un ejemplo de ello, es que la indemnización por fallecimiento resulta ser exactamente igual, que si la persona hubiera quedado inválida de forma permanente.

Respecto a este último punto, pienso que equiparar el monto indemnizatorio por concepto de muerte al de invalidez permanente, puede derivar en algo injusto. Principalmente porque no se estaría teniendo en cuenta que la persona con invalidez permanente aún está viva, y que a medida que la tecnología avanza puede surgir un atisbo de esperanza respecto a su recuperación. Esto último no puede suceder en los casos de muerte, ya que esta es el fin de la persona humana.

Siguiendo esta premisa, considero que el monto resarcitorio más alto debería otorgarse en caso de fallecimiento de la persona, cuya indemnización responderá al concepto de daño moral y deberá ser destinada a resarcir la aflicción generada a la familia. Evidentemente no podríamos hablar de daño a la persona en este supuesto, ya que el fallecimiento marca el fin de ésta.

¹⁵ La Unidad Impositiva Tributaria al año 2019 es de S/4.200 según D.S. N° 298-2018-EF.

Asimismo, hay que tener en cuenta que proponer un monto indemnizatorio que supere el resarcimiento fijado para los casos de muerte, puede resultar contraproducente, ya que no podemos ignorar la posibilidad de que muchos individuos realicen un repudiable análisis de costo-beneficio y decidan acabar con la vida de la persona que han dañado. En cambio, si estipulamos una suma resarcitoria más elevada para los supuestos de fallecimiento que para los casos de invalidez, estaríamos previniendo este tipo de conductas abominables.

3.2.2. Método tabular aplicado al daño a la persona

Como hemos decidido descartar la UIT como medio para indemnizar daños, estimo pertinente tomar como referencia la cobertura promedio de las pólizas de seguro contra responsabilidad civil y las indemnizaciones que otorgan los seguros contra accidente, en casos de deceso en el Perú. Para ser más específico: cuánto es el promedio que pagan las empresas de seguros por la muerte de una persona, lo cual evidentemente responde a factores de mercado.

La razón que motiva mi propuesta es que, a diferencia de la UIT cuya naturaleza es impositiva, los seguros de vida no son algo impuesto, sino que responden netamente a la voluntad de quienes lo contratan. Es decir, las pólizas de seguro reflejan lo que la gente en promedio está dispuesta a pagar por daños o fallecimiento de una persona. Esto se revela en cuánto es lo que la mayoría de personas invierte para que, en caso de una situación adversa, puedan recibir por la pérdida de una vida o detrimento de esta.

Según lo consultado con dos corredores de seguro¹⁶, la suma promedio que se otorga como indemnización en los seguros contra responsabilidad civil y los seguros

¹⁶ Los corredores de seguros consultados para la realización del presente trabajo se encuentran registrados y habilitados en la SBS bajo los siguientes nombres y códigos: Víctor Hugo Rentería Piérola (N3431) y Guillermo Vermejo Razzeto (N2220).

contra accidentes, es aproximadamente \$ 100,000 en el peor de los casos, que resulta ser el fallecimiento de la víctima. De acuerdo a lo que hemos visto en el cuadro de coberturas ateniendo a la parte de accidentes, \$ 100,000 también era el monto máximo que se daba por deceso de la persona, escogiendo el plan intermedio (cobertura Gold):

	SILVER (U\$)	GOLD(U\$)	PLATINUM (U\$)
ACCIDENTES PERSONALES			
Muerte accidental (Incapacidad Total y Permanente / Desmembramiento *			
a) en transporte público autorizado	40,000	100,000	250,000
b) Por asalto	20,000	50,000	250,000
c) Cualquier otro tipo de accidente	10,000	25,000	250,000
Preparación de restos mortales	5,000	10,000	25,000

Este será el importe que escogeremos para realizar el cálculo de daños a la persona en el método tabular, dado que reflejaría cuánto es lo que el asegurado promedio valora la vida humana. Con esto me refiero a que cuando las personas están dispuestas a pagar primas un poco más altas con tal de tener un mayor monto asegurado, se evidencia en dicha cobertura cuánto es lo que en promedio valoran una vida.

Como habíamos mencionado anteriormente que no íbamos a equiparar la indemnización por muerte con el monto resarcitorio por invalidez total permanente, tendremos que fijar un monto menor a \$100,000, a partir del cual podremos efectuar nuestro mecanismo de cuantificación. Debido a que en la tabla partiremos del rango de edad de adultos mayores, la suma base elegida por invalidez total en esos casos es de \$ 45,000.

La razón por la cual estipulo esta suma es porque si escogiéramos un monto superior, el cálculo del quantum resarcitorio en el caso de personas más jóvenes llegaría a superar la suma indemnizatoria establecida para los casos de muerte. Por lo tanto, para evitar este problema en el proceso de cálculo, partiremos de la suma de \$45,000 cuyo equivalente aproximado en nuestra moneda es S/ 150,826.

El cuadro adjunto muestra que las variables a utilizar para realizar el cálculo son el porcentaje de invalidez y los rangos de edades en los que se encontraría el individuo afectado. A continuación, explicaré el procedimiento de cuantificación que he realizado para obtener los montos de la tabla.

Escala de porcentajes de invalidez	Rango de edad: 19 – 45	Rango de edad: 46 – 65	66 años en adelante
	Media: 32 años	Media: 56 años	Media: 66 años
5%	\$ 4,641	\$ 2,651	\$ 2,250
30%	\$ 27,844	\$ 15,910	\$ 13,500
80%	\$ 74,249	\$ 42,428	\$ 36,000
Invalidez completa	\$ 92,812	\$ 53,035	\$ 45,000

La suma base de \$ 45,000, está indicada en la parte inferior de la última columna, y los montos que aparecen en la parte superior, corresponden al resarcimiento que recibiría el adulto mayor de 66 años a más, dependiendo del porcentaje de invalidez que haya sufrido. Como el presente método es aplicable para el daño a la persona, es decir, daño psicosomático, los rangos de edades han sido establecidos en función al detrimento anatómico natural que sufre el ser humano a medida que envejece.

Según lo citado en un estudio de la Revista Cubana de Medicina General Integral de La Habana, “la etapa del desarrollo humano que marca la transición entre la edad adulta y la vejez, se puede dividir de la siguiente manera: los primeros diez años (35 a 45) el climaterio temprano, los segundos diez años (45 a 55) el climaterio perimenopáusico, y los últimos diez (55 a 65) el climaterio tardío” (Capote Bueno,

Segredo Pérez, & Gómez Zayas, 2011, pág. s/p). En el caso de los hombres, el envejecimiento tanto anatómico como fisiológico ocurre a partir de los 30 y se intensifica un poco más a partir de los 50 años (Rangel Negrín & Hernández Gutiérrez, 2015, pág. 3E).

Por ello, hemos estipulado el rango de 19-45 años de modo que comprenda la juventud hasta lo que vendría ser el inicio del primer declive de la anatomía humana (climaterio temprano en algunos casos), para luego pasar a la adultez intermedia donde los cambios fisiológicos son más evidentes porque abarca los 46 hasta 65 años, siendo ésta última inclusive la edad de jubilación. Por último, se encuentra el rango de edad de 66 años en adelante perteneciente al adulto mayor, y a partir del cual empezaremos a llenar el resto de la tabla.

He ubicado el monto mínimo de resarcimiento en la columna de 66 años, porque la intención es que la suma indemnizatoria vaya aumentando conforme a qué tan joven es la víctima. Para lo cual, he realizado una regla de tres simple de forma inversamente proporcional, de tal manera que las víctimas más jóvenes sean quienes reciban los montos indemnizatorios más elevados.

Regla de tres simples inversamente proporcional

Edad		Monto indemnizatorio base
66	➡	\$ 45,000
56	➡	X

$66 \times \$ 45,000 = 56X \rightarrow X = \$ 53,035$

Además, hemos sacado el promedio a cada uno de los rangos de edades ubicados en la parte superior de las dos columnas de la tabla de indemnizaciones. Dichas medias, servirán para aplicarles una regla de tres simples inversamente proporcional, y poder hallar el monto indemnizatorio base que servirá de guía para todas las edades

comprendidas dentro de cada uno de esos rangos. Finalmente, una vez establecido el monto indemnizatorio base en cada rango, se podrá calcular la suma pertinente a los distintos porcentajes de invalidez.

El fundamento de este criterio radica en que es mucho más trágico y desventajoso sufrir una invalidez permanente en edad joven, que siendo más veterano. Una persona joven tiene toda una vida por delante, en comparación a un adulto mayor que ha vivido más y ha podido realizarse como ser humano.

Por esta razón, y como se puede apreciar en la tabla de indemnizaciones, no he considerado una columna con un rango perteneciente a menores de edad. Pienso que una invalidez permanente en el caso de un menor puede llegar a ser aún más traumatizante que para un adulto.

Es así que hemos estimado la suma resarcitoria por invalidez total y permanente en estos casos, un aproximado de \$ 96,406. De tal forma que oscila entre los \$ 92,812 del rango perteneciente de los 19 y 45 años, y los \$ 100,000 que habíamos estipulado como monto promedio de cobertura por muerte. Para ello, hicimos el cálculo del promedio entre ambos montos ($\$ 92,812 + \$ 100,000 = \$ 192,812 / 2 = \$ 96,406$). Dicho esto, la tabla para el caso de menores de edad quedaría de la siguiente manera:

Escala de porcentajes de invalidez	Rango de edad: 0 – 18
5%	\$ 4,820
30%	\$ 28,922
80%	\$ 77,125
Invalidez completa	\$ 96,406

Cabe resaltar, que los montos establecidos en ambas tablas servirán a modo de guía y que podrían variar un poco a discrecionalidad del juez, siempre que estos se encuentren en función a las edades comprendidas dentro de los rangos y no excedan el importe del rango de al lado. Esta variación dependerá del proyecto de vida vulnerado de la persona, intentando también que no sobrepase el límite establecido de \$100,000 referente al resarcimiento por muerte.

En otras palabras, como estamos cuantificando el daño a la persona y el fallecimiento significa el fin de ésta, el importe de \$ 100,000 (promedio de indemnización de los seguros en caso de muerte) sirve como tope para que un detrimento psicofísico como lo es una invalidez (esto es, daño a la persona), no supere el resarcimiento fijado para el cese del funcionamiento de la anatomía humana (deceso).

Esto no quiere decir que el juez no podrá determinar una indemnización superior a \$100,000 en caso de fallecimiento del damnificado, pues esta suma fijada solo nos servirá para efectos de calcular el daño a la persona. Como veremos más adelante, ese importe no es el único quantum indemnizatorio que el juez podrá establecer en caso de defunción, sino que constituirá un monto de partida.

Por otro lado, hay que considerar que el juez podrá añadir a estos montos base, otras sumas dinerarias que correspondan a diversos factores que hayan influido en cada caso, ya sea un detrimento acreditado al proyecto de vida, o duras circunstancias de fallecimiento de la persona.

Estas variables a tomar en cuenta podrían ser todas las que estén ligadas al proyecto de vida de la víctima o cualquier otra que haya ocasionado que la magnitud del daño sea mayor. En el supuesto de indemnización por defunción del damnificado, no podríamos hablar de daño a la persona, puesto que está ya no existe. En todo caso, el resarcimiento correspondiente se tornaría en un daño moral destinado a los familiares

y que podrá ser aumentado en función a las variables subjetivas que detallen el contexto del fallecimiento.

Resulta imposible contemplar en una lista taxativa todas las variables que se pueden generar en un supuesto de responsabilidad civil. En ese sentido, el Juez deberá analizar los factores que se susciten en cada caso particular y aplicar su discrecionalidad para determinar el incremento del monto de resarcimiento.

Respecto al supuesto de invalidez temporal tomaremos en cuenta la fórmula italiana donde la cuantificación del daño a la persona que se mide multiplicando el importe diario en soles por el número de días de invalidez y el porcentaje de ésta.

Una fórmula adecuada para establecer el importe diario, sería dividir el total del monto base por invalidez permanente dependiendo de la edad, por ejemplo, \$ 53,035, entre los 365 días del año. El importe diario aproximado sería \$ 145.30 ($\$ 53,035 / 365 = \$ 145.30$). La fórmula sería la siguiente:

Cuantificación de invalidez temporal = importe por día x % de invalidez x número de días de invalidez

Supongamos que Juan sufrió un accidente que lo dejó con una invalidez temporal del 30% de su cuerpo durante 60 días. La aplicación de la fórmula sería: $\$ 145.30 \times 0,30 \times 60 = \$ 2,615$. El total a pagar como indemnización por invalidez temporal sería \$ 2,615.

3.2.3. Daño al proyecto de vida

El daño al proyecto de vida, es la otra parte del corazón del daño a la persona, es el hecho lesivo que trunca la vida del sujeto dañado de tal forma que le hace imposible alcanzar sus metas a corto y a largo plazo.

Para el Profesor Fernández Sessarego (2015), quien ha desarrollado de forma extensa este concepto, “el daño al proyecto de vida genera como consecuencias la frustración, el menoscabo o retardo de la misión existencial de la persona, y de su libertad fenoménica” (p. 298).

Siguiendo estas líneas, el daño al proyecto de vida no es solo un daño existencial a la persona, sino también la lesión a toda futura oportunidad de desarrollarse en el campo que había estado desempeñándose antes del hecho lesivo. Es la situación de frustración de ya no poder realizar las actividades a las que había destinado emplear su vida.

Un aspecto muy importante a tener en cuenta, es que el daño al proyecto de vida debe ser acreditado, para así evitar la confusión entre este concepto con el mero sueño de una persona que no ha demostrado ni siquiera que estaba siguiendo los pasos para alcanzarlo. Hay que saber diferenciar entre hechos e incertidumbre, porque la línea que divide a ambos respecto a la noción de proyecto de vida, es bastante delgada.

Tampoco se puede solicitar un aumento en la indemnización base por concepto de daño al proyecto de vida, si es que la persona que lo solicita no es quien recibió el daño directamente. Por ejemplo, un padre no puede pedir resarcimiento por daño al proyecto de vida de su hijo, ya que este concepto es personalísimo y solo le corresponde al directamente afectado.

3.2.4. Método tabular aplicado al Daño moral

En cuanto al daño moral, no nos podemos basar en el mismo esquema que el daño a la persona, toda vez que el daño moral responde a criterios de aflicción y dolor generado a la víctima. Es precisamente esto lo que lo convierte en el daño no patrimonial más difícil de calcular.

Para ello, lo analizaremos disgregándolo en dos supuestos: daño moral derivado del daño a la persona, y daño moral por fallecimiento de la persona.

a) Daño moral derivado del daño a la persona

Un menoscabo en la unidad psicosomática del ser humano, siempre va a generar un dolor o sufrimiento. Es muy difícil, por no decir imposible, que el daño a la persona no genere aflicción en el sujeto dañado. Esto sucede porque al perjudicar la psiquis o físico de la persona, se le resta habilidades que tenía antes y que resultan necesarias para la vida cotidiana.

Al restringirse parte de las actividades que el sujeto dañado estaba acostumbrado a realizar en plenitud de su cuerpo y mente, se produce una frustración y dolor.

Por ello, creemos que un mecanismo adecuado para cuantificar de forma aproximada el daño moral sería buscando el origen del sufrimiento, esto sería: el daño a la persona. Debido a que este último tipo de daño comprende el daño al proyecto de vida, y que la frustración de éste genera pena (daño moral), podría usarse esta relación como referencia para calcular el daño moral.

Una vez hallada la fuente que produce el sufrimiento, podemos calcular un resarcimiento en función a esa raíz. Es aquí donde entran a jugar un papel muy importante las variables subjetivas para determinar un monto por daño moral.

Algunas de estas pueden ser: minoría de edad, casos de sujetos de capacidad restringida, si el afectado ya presentaba un estado de salud deteriorado que agrava aún más su situación, las circunstancias en las que se dio el daño o la magnitud del sufrimiento que conlleva el tipo de lesión, etc.

Entonces, al saber que el origen de la aflicción está basado en el daño a la persona, nos resulta lógico proponer que el daño moral se calcule en función de un porcentaje del daño a la persona, el cual será añadido a este concepto al momento de la liquidación total del daño extrapatrimonial.

La determinación de cuánto será el porcentaje del daño a la persona que se usará como suma por concepto de daño moral, será escogida a criterio del juez. Evidentemente, deberá tener en cuenta que esta no sea equivalente a la totalidad del daño a la persona.

Supongamos que Carlos es un pintor de 31 años que sufrió un accidente que lo dejó con un 30% de invalidez permanente en el cuerpo, justo respecto a la parte del brazo derecho con el que pinta. De acuerdo al método tabular explicado anteriormente, le correspondería \$27,844 por la invalidez permanente sufrida. Debido a que es pintor de profesión, obviamente su proyecto de vida se ve mellado, por lo que el juez decide aumentar al monto base, \$ 10,000 como suma de dinero correspondiente a ese concepto. La vulneración a su proyecto de vida, le genera una terrible aflicción ya que se verá obligado a abandonar la pasión de su vida: la pintura. El daño moral será el dolor causado por esa afectación en sus planes de vida. Supongamos que el juez estima pertinente añadir por ese dolor el 40% del monto por daño a la persona, tendríamos el siguiente esquema:

Daño a la persona (por invalidez permanente):	\$27,844
Daño a la persona (por proyecto de vida frustrado):	\$10,000
Daño moral (40% de \$27,844):	\$11,138
Total:	<u>\$48,982</u>

El daño moral y el daño al proyecto de vida se diferencian en que este último, hace referencia a todas las actividades que la víctima venía realizando y los objetivos que no podrá desarrollar durante su existencia, mientras que el daño moral abarcará todo el dolor generado por esa frustración.

b) Daño moral derivado del fallecimiento

En los casos de defunción de la víctima, evidentemente el daño moral no podrá ser percibido por ella, motivo por el cual las indemnizaciones en estos casos se otorgan a los familiares del occiso.

Cuando mencionamos la suma de \$ 100,000 como el promedio de indemnización que otorgaban los seguros citados anteriormente por fallecimiento, lo tomamos como monto tope sobre el cual no debería exceder el resarcimiento por invalidez total. No obstante, la otra función que cumple este importe, es servir de base para de indemnización por daño moral.

Con esto nos referimos a que \$100,000 sería la base a partir de la cual, el juez podrá aumentar el quantum resarcitorio, dependiendo de las variables subjetivas y objetivas que surjan en contexto de cada siniestro.

Hay que tener en cuenta que existen los casos de daños *in rei ipsa*, como lo es por ejemplo la pérdida de un hijo por parte de un padre, donde es evidente el dolor causado a este último. Es decir, hay algunos sufrimientos que resultan demasiado obvios, como para ser probados. Aun así, somos conscientes de la existencia de casos, donde el padre abandonó al hijo o nunca demostró señal alguna de preocupación por él, para lo cual el tema de probanza será fundamental.

Igualmente, creo que se podría considerar ciertos factores del método tabular usado en la legislación italiana, como por ejemplo algunos de los señalados en la tabla de liquidaciones del Tribunal de Bologna. Las variables a considerar como aumento indemnizatorio en el daño moral, serían:

- Muerte del padre con hijo menor de 30 años
- Muerte del único hijo
- Muerte del único hijo de madre soltera
- Muerte del único hijo de padre soltero
- Muerte de hija en estado de gestación.
- Muerte de hija única en estado de gestación

Estos son algunos de los factores que podrían influir en que el monto indemnizatorio por daño moral sea mayor, es casi imposible hacer referencia a todos los supuestos adversos que podrían generar en un incremento del resarcimiento, por lo que nuevamente solo queda que se examinen las variables de cada caso. Por lo tanto, el método tabular para calcular el daño moral sería:

Daño moral	
Derivado del daño a la persona	Un % del daño a la persona, estipulado a criterio del juez
Derivado del fallecimiento	Monto de cobertura promedio de los seguros por fallecimiento: \$100,000 (como suma base)
En ausencia de los dos conceptos anteriores	Un % del daño de fuente, es decir del detrimento que origine la aflicción

3.3. El método de cuantificación del daño a la persona y daño moral explicado desde el enfoque del análisis económico del derecho

En este último apartado, explicaremos cómo el método de cuantificación de daños propuesto, ayudaría a internalizar los costos derivados de los eventos dañosos originados por quienes los producen o crean una potencial situación de contingencia. Esto, a través de un sistema de distribución del riesgo enfocado en los seguros, y la función preventiva de daños.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, podemos decir que “nos encontramos frente a una situación eficiente cuando los beneficios derivados de ella, superan a los costos empleados en alcanzarla” (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 39). La intención del mecanismo de cuantificación de daños creado, es alcanzar una situación más eficiente a la que se tiene actualmente, la cual no ayuda mucho a internalizar las externalidades negativas producidos por los agentes dañantes.

Resulta que las personas que originan externalidades negativas a través de sus actividades imponen el costo de estas a terceros, quienes usualmente son los damnificados. Según Valenzuela Gómez (2004), para poder comprender la dimensión del problema que originan las externalidades debemos acudir a la distinción entre costo privado y costo social. El primero es lo que nos cuesta realizar ciertas conductas, el segundo, viene a ser la suma de nuestro costo privado más el costo que imponemos a los demás (pág. 59).

Al respecto Bullard (1992) nos ofrece un didáctico ejemplo, muy recurrente en nuestro país:

No mantener los frenos en buen estado incrementa las posibilidades de causar un accidente. De otro lado, imaginemos que los microbuseros no respondan por los accidentes que ocasionan, ya sea por la inexistencia de una regla de responsabilidad o, aunque existiendo, no se cumple por X razones. Si ocurre un

accidente bajo las condiciones explicadas, el microbusero externaliza parte del costo de su actividad a la víctima. Ante tal situación el microbusero no hará las reparaciones del caso a sus frenos, pues nada lo obliga a asumir el costo de los accidentes que ocasiona. Supongamos que el microbusero obtenga una utilidad de S/. 1000 por el uso del vehículo. No reparar los frenos ocasiona que los daños esperados de las víctimas se eleven en S/. 2000 (Esto quiere decir que por no tener frenos se incrementa en 20% las posibilidades sufrir un daño de S/ 10,000. Así $0.2 \times 10,000 = 2,000$). Reparar los frenos solamente cuesta S/.200. La reparación de los daños aparece como socialmente deseable pues representa un ahorro de S/. 1,800 a la sociedad (con una inversión de S/. 200 se evita una pérdida de S/. 2,000) El problema radica en que los S/. 2,000 son parte del costo social pero no del costo privado, por lo cual el microbusero no gastará S/.200 (pág. 96).

Es deseable la creación de un mecanismo que haga que los conductores asuman el costo de los accidentes pues los beneficios derivados de ello (el ahorro S/.1800), superan el monto de los recursos invertidos (los S/.200 de la reparación) (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 61).

El accidente, como externalidad de carácter negativo que impone un costo a un tercero, tiene tres tipos de costos vinculados. Calabresi los clasifica de la siguiente manera:

a) Costos primarios

Los costos primarios son “el número y gravedad de accidentes producidos y los costos derivados de evitarlos” (Calabresi, 1984, pág. 44). Por ejemplo, en el caso de los accidentes de tránsito, el costo primario viene a ser el daño producido: el choque, muerte, pérdida patrimonial etc.; pero además los costos de prevención en los que se ha incurrido (Valenzuela Gómez, 2004, págs. 144-145). Esto independientemente de que dichos costos de prevención hayan surtido efecto o no, puede ser el mantenimiento a los frenos del auto por citar alguno.

b) Costos secundarios

Son los costos generados por el hecho de decidir quién soporta el daño, ya sea si los soporta la víctima o si debe trasladarse a otra persona con la finalidad de indemnizar a la primera. Los costos secundarios vienen a ser, entonces, el costo social que surge como consecuencia del trastorno económico derivado de tomar la decisión señalada (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 145).

c) Costos terciarios o administrativos

Se les denomina costos administrativos, pues resultan de la inversión de recursos (dinero, tiempo, etc.) empleados en el diseño y funcionamiento, en este caso, de un sistema de responsabilidad civil (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 146). Además, comprenden el gasto realizado en la reducción de los costos primarios y secundarios.

Debemos ser honestos y reconocer que no es posible encontrar una fórmula que logre reducir al mínimo los tres tipos de costos (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 147). Sin embargo, si bien los costos primarios no pueden ser eliminados, al menos pueden ser optimizados al tratar de reducirlos. Para ello es fundamental la prevención o disuasión de los costos primarios.

Existen dos mecanismos que nos pueden ayudar en la reducción de los costos primarios de los accidentes: la prevención general (*general deterrence*) y la prevención específica (*specific deterrence*). (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 148).

La prevención general, llamada también método de mercado, “consiste en imputar a las actividades el costo de los accidentes que generan. Se obliga así a quienes realicen aquellas actividades, considerar dentro de la “contabilidad” de las mismas el costo de las externalidades que producen” (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 151). He aquí un punto sumamente importante para avalar la importancia del método de cuantificación de daños elaborado, ya que, si no hubiera montos resarcitorios establecidos o estos fueran muy

bajos, la actividad de las personas que eventualmente podría causar un detrimento, se abarataría y conllevaría a actuaciones poco precavidas, precisamente porque no se ha internalizado el costo potencial de ocasionar un daño.

Esta situación es explicada de forma muy precisa por Valenzuela Gómez (2004), quien señala que:

Si estamos frente a bienes subsidiados las personas consumirían una cantidad mayor de la que estarían dispuestos a consumir si tuvieran que pagar su precio real. Ello es ineficiente, pues existe alguien más que paga el precio pero que no recibe los beneficios. En los accidentes de tránsito, una mala asignación de recursos se produciría en los casos en los que las indemnizaciones establecieran montos bajos con lo cual el manejo de autos se “abataría”, generando un aumento en la cantidad de manejo y en el descuido de los conductores. Por otra parte, y como vimos anteriormente, si el monto de las indemnizaciones fuera elevado, muchos conductores se verían tentados a conducir menos o dejar de hacerlo lo cual es también un costo a considerar (pág. 149).

Por otro lado, estipular indemnizaciones excesivamente elevadas sería irse al otro extremo, ya que generaría un costo social fuerte porque la mayoría optaría por evitar el uso de automóviles o incluso actividades cotidianas no necesariamente riesgosas, pero que igual podrían dañar a alguien. Esto limitaría el uso de ciertos bienes o actividades a la sociedad, lo cual no resulta eficiente.

Es por ello, que, al momento de determinar los montos indemnizatorios en la tabla, hemos procurado que estos respondan al promedio de cobertura que generalmente contratan las personas cuando solicitan un seguro, y que esperan recibir a modo de indemnización (ya sea a la familia por si el asegurado fallece, o el aseguramiento del patrimonio de este por si causa daño a un tercero). De esta forma, estaríamos partiendo de sumas que reflejan la voluntad de lo que la persona promedio está dispuesta a pagar en una prima por estar asegurada.

Por lo tanto, si las sumas resarcitorias del método tabular se basan en lo que la gente usualmente pacta como cobertura en seguros, no podríamos hablar de importes demasiado altos, ya que, para obtener dicho monto asegurado, han tenido que abonar primas proporcionales al riesgo que implica la actividad que realizan y a la cobertura asegurada. En resumen, dichos importes establecidos en la tabla representarían lo que en promedio se espera recibir, en función a lo que el asegurado está dispuesto a desembolsar.

Mientras que la prevención general busca incentivar la seguridad dejando que sea el mercado el que establezca qué tanto se desea desplegar una actividad determinada, la prevención específica implica una intervención mayor del sistema jurídico (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 146). Esto significa que tendrá como finalidad señalar el nivel que debe desplegarse para soportar el costo de los accidentes y como se tendrán que regular o desarrollar las actividades.

1.3.1. La distribución social del riesgo

El riesgo opera como criterio atributivo de responsabilidad y los sistemas de seguros son vistos como manifestaciones indubitables de este fenómeno de la masificación de los riesgos (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 105 y 119).

El seguro es una acumulación de aportes voluntarios u obligatorios efectuada por un grupo de personas con la finalidad de evitar sufrir un menoscabo importante o, eventualmente, la desaparición de su patrimonio frente al imperativo de cubrir el pago de los daños ocasionados (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 189). Dado que, en el caso de los automóviles, son un medio utilizado de forma masiva en la sociedad, sería lógico que los conductores de vehículos internalizaran los costos de un eventual siniestro (por considerarse actividad riesgosa), a través de la prima que se paga por la obtención de un seguro.

Aquella persona que crea dentro de la vida social y en su propio beneficio una situación de riesgo o de peligro, debe cargar con los inconvenientes que dicha situación produce (Diez Picaso & Gullon , 1986, pág. 603). Es decir, que quien se beneficia de una actividad (por ejemplo, la conducción de un automóvil), debe soportar también las cargas de la misma, las cuales serían el costo de ocurrir un accidente.

Entonces, podemos ver al seguro como “mecanismo de fraccionamiento del costo de los daños a través del aporte de varias personas a un fondo destinado a cubrir las sumas dirigidas al pago de indemnizaciones por daños y perjuicios” (Valenzuela Gómez, 2004, pág. 189). Estas personas son las que realizan la actividad que en algún momento produciría un daño, por lo que, para no trasladar el costo derivado de dicha actividad a terceros que no se benefician de esta, deciden contratar un seguro que cubra una futura externalidad.

Nuevamente, en el caso de los automóviles, Fernando de Trazegnies (1990), ha precisado que:

“... los atropellos automovilísticos deben ser cubiertos por seguros de los propietarios de automóviles y no por seguros de los peatones. Ambos sistemas podrían resolver el problema de la difusión del riesgo: si los propietarios de los automóviles son obligados a asegurarse, serán ellos quienes cargarán ese costo adicional de las primas de seguro a las actividades económicas que ellos realizan y así difundirán el riesgo; si los peatones son obligados a asegurarse, harán lo propio y también difundirán el riesgo. Pero es indudable que el propietario de un automóvil puede contribuir más fácilmente y a más bajo costo a evitar daños a peatones, que lo que pueden hacer los peatones mismos: los propietarios tienen cierto control sobre la potencialidad riesgosa del automóvil, ya que están en aptitud de revisar periódicamente sus frenos y su dirección, usar llantas en buen estado, contratar choferes expertos, conducir a baja velocidad, etc. (págs. 56-57).

El precio que paga el individuo por la protección, significa una restricción en su consumo, en forma de ahorro (Bande, 1953, pág. 191). Esto por el mismo hecho que el sujeto valora más el asegurarse, antes que emplear ese dinero en cualquier otro tipo de adquisición. Ello significa no solo un incentivo a la precaución, sino también el reflejo de cuanto está dispuesta la persona a pagar por una prima que cumpla con el monto de cobertura con el que esté de acuerdo de recibir en caso de siniestro, o cuánto valora lo que sus familiares obtengan por el fallecimiento de esta.

Por último, si bien todos los sistemas implican un costo en emplearlos, consideramos que el método escogido resultaría más beneficioso que costoso, puesto que implementar un sistema de compensación de daños basado en un método tabular que contenga indemnizaciones, ayudaría a que las personas conozcan los montos resarcitorios por el hecho que si los potenciales responsables saben cuánto habrán de desembolsar si eventualmente generan un daño, esto podría llevar a que la gente adopte precauciones respecto a su conducta.

3.4. Conclusiones

La ausencia de un método de cuantificación de daños no patrimoniales o una escala ordenada de montos resarcitorios en nuestro país, ha generado un clima de incertidumbre y poca predictibilidad en cuanto a los fallos judiciales que establecen cuantías indemnizatorias. Esto se ve materializado en la falta de una jurisprudencia uniforme respecto al tema, y el perjuicio generado a las víctimas, ya que dicho desorden no les otorga seguridad jurídica.

La primera conclusión a la que arribamos es que, para lograr una mayor homogeneidad y predictibilidad en las indemnizaciones por concepto de daños extrapatrimoniales, es necesaria la creación de un método de cálculos resarcitorios aplicados a este tipo de daños, en concreto el daño a la persona y el daño moral.

El método elaborado deberá ser de obligatoria aplicación por parte de los jueces para poder uniformizar la jurisprudencia y generar mayor seguridad jurídica. Sin embargo, en aras de la autonomía del juez, los montos base plasmados en el método diseñado, servirán como pauta y estarán sujetos a aumentos en función a la aplicación de las variables subjetivas que los jueces estimen pertinentes. Esto quiere decir, que los importes resarcitorios base no son inmutables, sino que constituyen una guía para los magistrados.

El mecanismo diseñado para cuantificar los daños extrapatrimoniales está basado en método tabular, el cual es similar a los sistemas de tablas usados en Italia y España, y constituye el método más ordenado para establecer los montos resarcitorios base. El método tabular aplicado al daño a la persona cuenta con variables objetivas como lo son la edad y el porcentaje de invalidez. La suma indemnizatoria base es utilizada referencialmente para realizar una regla de tres simple inversamente proporcional a la edad promedio de cada rango, de tal forma que las edades pertenecientes a personas más jóvenes, obtengan importes resarcitorios más elevados.

La determinación de las sumas resarcitorias, usando como referencia la cobertura las indemnizaciones que en promedio otorgan los seguros, resulta un buen indicador para establecer un monto base a partir del cual se calcule la indemnización por daños. Todo esto está influenciado por un tema social, dado que en una sociedad como la nuestra donde la calidad de vida de muchos es baja, no es de extrañar que el valor de una vida sea tan escaso, en comparación con otros países. Además, cabe hacer hincapié en que un sistema de cuantificaciones débil, en el que los montos resarcitorios son demasiado bajos, solo incentiva a conductas negligentes e irresponsables.

Los seguros son un reflejo de cuánto es lo que la persona promedio valora una vida o el detrimento de ésta, ya que se parte de la cobertura media que la gente contrata al momento de elegir un seguro. Tanto la edad, como el porcentaje de invalidez y el promedio de cobertura de los seguros, resultan las variables más importantes para la determinación del daño a la persona. Para los casos de invalidez temporal, se multiplica el importe diario por el porcentaje de invalidez y el número de días inhabilitado.

El método utilizado para el daño moral, está en función de un porcentaje de lo establecido por concepto de daño a la persona, para los casos en que el damnificado permanezca con vida. Para los supuestos de fallecimiento, el daño moral tiene como monto de partida la cobertura promedio de seguros en caso de muerte (\$100,000), a partir de la cual el juez podrá evaluar aumentarla dependiendo de las circunstancias de cada caso. La lógica de esta propuesta radica en que la pena que responde al concepto de daño moral debe calcularse en función a la fuente que la produce, como por ejemplo el daño a la persona.

La segunda conclusión demuestra que el método tabular recogido del sistema italiano y español, es el más idóneo para la elaboración del mecanismo resarcitorio extrapatrimonial, ya que genera mayor orden y permite a través del cuadro de doble entrada, el uso de dos variables muy importantes: porcentaje de invalidez y rangos de edades.

El tercer punto a concluir, son las variables elegidas para ser utilizadas en el sistema de cálculos extrapatrimoniales diseñado. La edad y porcentaje de invalidez son vitales porque representan de forma objetiva los factores predeterminados al momento del evento dañoso. Son elementos inherentes y recaen directamente en la víctima. En cambio, las variables subjetivas, como su nombre lo dicen son relativas y no son tan indispensables para hallar un monto base puesto que muchas de ellas no están presentes o son evaluadas en todos los individuos lesionados. Por este motivo no pueden ser mencionadas absolutamente todas de manera taxativa, ya que surgen dependiendo de las circunstancias.

El último punto como conclusión es que, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, el método elegido resulta ser beneficioso en el sentido que permite conocer los importes indemnizatorios para que las personas sepan aproximadamente cuánto habrán de pagar si eventualmente ocasionan un daño. Además, la gente empezaría a internalizar los costos de las actividades que podrían generar un daño, en vez de imponerle ese costo a terceros, perjudicando al resto que no se beneficia de dicha actividad, y creando situaciones ineficientes.

Finalmente, considero que es de suma importancia que se diseñe un mecanismo como el mencionado en este trabajo, para que se brinde predictibilidad y seguridad jurídica a los derechos lesionados de las personas, de tal forma que genere certeza en la satisfacción del resarcimiento, y ayude a aumentar la calidad de vida de la gente.

3.5. Bibliografía

Bibliografía

- Alfaro Rosas, P., Bossio Bossio, C., Guillén Lazo, A., Martínez Ventura, J., & Tomaguillo Vásquez, A. (2014). Apuntes sobre la nueva Ley de Contrato de Seguro: Análisis y críticas a dos años de su publicación. *Revista de Actualidad Mercantil*(III), 110-124.
- Alpa, G. (2001). *Responsabilidad civil y daño, lineamientos y cuestiones*. Lima: Gaceta jurídica.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Bande, J. (1953). *"La política del seguro privado"*. Santiago de Chile: Universitaria.
- Bibal, F. (2017). Evaluación del daño corporal en Francia. En J. E. Espinoza, *Daño Corporal, Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana* (págs. 19-39). Lima: Instituto Pacífico.
- Brun, P. (2009). *Responsabilité civile extracontractuelle* (2da ed.). Paris, Francia: Lexis Nexis-Litec.
- Buendía de los Santos, E. (2016). La paradoja de la reparación de los daños no patrimoniales y el problema de la cuantificación del daño ¿cuánto vale tu mano derecha?., *Gaceta Civil y Procesal civil*, 131.
- Bullard Gonzalez, A. (marzo de 1992). ¡Al fondo hay sitio!: ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público? *Thémis*(21), 93-100.
- Busnelli, F. (2006). Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico. En J. E. Espinoza, Gnani, A. (2006). *Cuantificación del daño no patrimonial por parte del juez italiano*. En J. E. Espinoza, *Responsabilidad Civil II: hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral* (págs. 225-238). Lima: Rhodas.
- Bustamante Alsina, J. (1987). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeldo Perrot.

- Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Ariel.
- Calderón Puertas, C. (2014). *Daño a la Persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*. Lima, Perú: Motivensa.
- Capote Bueno, M., Segredo Pérez, A., & Gómez Zayas, O. (octubre-diciembre de 2011). Climaterio y menopausia. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 27(4), s/p.
- Cárdenas Krenz, R., & Della Rossa Leciñana, A. (Noviembre de 2018). Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad. *Gaceta Civil y Procesal Civil*(65), 101-116.
- Cassazione 10035/04 y 7632/03. (2004). *Danno e responsabilità*, 1078.
- Cieza Mora, J. (2006). La póliza de seguros y la cuantificación de daños en el Perú. En J. Espinoza Espinoza, *Responsabilidad civil II : hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral* (pág. 447). Lima: Rhodas.
- Cortés Moncayo, É. (octubre de 2008). El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. *Athina, Año 3*(5), 83-100.
- De Cupis, A. (1975). *El daño*. Barcelona: Bosch.
- De Trazegnies, F. (1990). *"La Responsabilidad Extracontractual"* (4ta ed., Vol. IV). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- De Trazegnies, F. (1999). *La Responsabilidad Extracontractual* (Vol. I). Santa fe de Bogotá: Temis.
- Diez Picaso, L., & Gullon , A. (1986). *"Sistema de Derecho Civil"* (5ta ed., Vol. II). Madrid: Tecnos.
- Diéz-Picazo y Ponce de León, L. (2000). *Derecho de Daños*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
- Domínguez Hidalgo, C. (1999). Aspectos modernos de la reparación por daño moral. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte Sede Coquimbo*(6), 29-46.

- Ehrenfeld, M. (2017). El seguro vehicular obligatorio de responsabilidad civil en Francia. En J. E. Espinoza, *"Daño Corporal, Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana"* (págs. 59-90). Lima: Instituto Pacífico.
- Espinoza Espinoza, J. (diciembre de 2015). La experiencia jurídica francesa en materia de daños corporales. *El Rapport Dinthillac. Actualidad Jurídica*(265), 73-80.
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Expediente 26261-2010, 26621 (Décimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima 13 de diciembre de 2010).
- Fernández Cruz, G. (abril de 2016). La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. *Advocatus*(31), 317-338.
- Fernández Sessarego, C. (setiembre de 2003). Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". *Revista Jurídica del Perú*, 3-82.
- Fernández Sessarego, C. (2008). ¿Es posible proteger jurídicamente el "Proyecto de vida"? *Foro Jurídico*(8), 48-60.
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Lima, Perú: Motivensa Editora Jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (junio de 2009). Los jueces y la reparación del "Daño al proyecto de vida". *Athina*(6), 17-41.
- Fernández Sessarego, C. (agosto de 2013). El daño moral en el Derecho peruano, Comentarios al artículo 1984 del Código Civil. *Gaceta Civil y Procesal Civil*(2), 113-144.
- Fernández Sessarego, C. (2015). El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. En C. Fernández Sessarego, *Daño extrapatrimonial; Daño moral; Daño a la persona* (pág. 298). Lima: Jurivec.
- Flour, J., Aubert, J.-I., & Savaux, É. (1998). *Les obligations*. Francia.
- Gherzi, C., Stiglitz, G., & Parellada, C. (1992). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Benavent Hnos.

- Gnani, A. (2006). Cuantificación del daño no patrimonial por parte del juez italiano. En J. E. Espinoza, *Responsabilidad Civil II: hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral* (págs. 239-249). Lima: Rhodas.
- González Barrón, G. (2002). *El Contrato de Seguro en el Perú*. Lima: Jurista Editores.
- Henri, M., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Hernández Cueto, C. (1995). Breve revisión crítica del actual sistema de valoración médica de los daños corporales en España. *Derecho y Salud*, 3(1), 205-224.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2006). ¿Es posible el resarcimiento del daño inmaterial? En J. Espinoza Espinoza, *Responsabilidad Civil II. Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral* (pág. 221). Lima: Rhodas SAC.
- Koteich Khatib, M. (2010). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado*(18), 159-204.
- Le Roy, M. (1998). *L'évaluation du préjudice corporel*. Litec.
- López Herrera, E. (2006). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina: LexiNexis Argentina S.A.
- Lorenzetti, R. (enero-marzo de 1995). El daño a la persona. *Revista jurídica del Perú*(1), 81-89.
- Mazeaud, H., & Tunc, A. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Meilij, G., & Barbato, N. (1975). *Tratado de Derecho de Seguros*. Rosario: Zeus Editora.
- Morales Godo, J. (2006). Naturaleza del daño moral, ¿punitiva o resarcitoria?, y criterios de cuantificación. En J. E. Espinoza, *Responsabilidad Civil II. Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral* (pág. 185). Lima: Rhodas.

- Mosset Iturraspe, J. (1979). *Responsabilidad por daños (Parte General)* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: EDIAR.
- Orgaz, A. (1980). *El daño resarcible: correcciones e índices a cargo del abogado Miguel Domingo Ramírez*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Paradiso, M. (1981). *Il danno alla persona*. Milán, Italia: Giuffrè editore, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania.
- Parra Sepúlveda, D. (2011). Los daños corporales y su valoración, una mirada desde el derecho español. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2(2), 81-104.
- Pascual Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A.
- Pazos Hayashida, J. (2003). Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. En *Comentario al artículo 1321* (Vol. VI, págs. 915-923). Lima: Gaceta Jurídica.
- Philippe, P. (2012). La mise en oeuvre de la réparation intégrale. En P. Philippe, & F. Leduc, *La réparation intégrale en Europe. Études comparatives des droits nationaux*. Larcier.
- Pintos Ager, J. (2000). *Baremos, seguros y derecho de daños*. (U. C. Instituto Universitario de Derecho y Economía, Ed.) Madrid, España: Civitas Ediciones SL.
- Pomares Barriocanal, J. (2018). *Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*. Madrid, España: Dykinson S.L.
- Rangel Negrín, A., & Hernández Gutiérrez, E. (10 de noviembre de 2015). Testosterona, reproducción y vejez. *Diario Xalapa*, pág. 3E.
- Restrepo Rodríguez, T. (enero-junio de 2008). El remedio preventivo en la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*(14), 219-238.
- Rodríguez Pastor, C. (1987). *Derecho de Seguros y Reaseguros*. Lima, Perú: Fundación M.J. De La Fuente.
- Saavedra Madrid, C. (2014). El perjuicio estético y su test de valoración pecuniaria. (U. d. Cali, Ed.) *Contextos*, 3(9), 31-41.
- Sandoval Garrido, D. (julio - diciembre de 2013). Reparación Integral y Responsabilidad Civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños

- extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas.
Revista de Derecho Privado(25), 235 - 271.
- Santos Briz, J. (1963). *Derecho de daños*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Santos Briz, J. (1989). Los daños morales y su incidencia en el derecho de la circulación.
Revista de Derecho Privado(73), 827-839.
- Solf García Calderón, A. (1945). *Daño moral*. Lima, Perú: Lumen.
- Stiglitz, R., & Stiglitz, G. (1994). *Seguro contra la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Tanzi, S. (2006). *Rubros de la cuenta indemnizatoria de los daños a las personas*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Trigo Represas, F., & López Mesa, M. (2004). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. I). Buenos Aires: La ley.
- Valenzuela Gómez, H. (2004). *Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito y Seguro Obligatorio*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Vásquez, F. R. (1993). *Responsabilidad por Daños (Elementos)*. Buenos Aires: Depalma.
- Vega Mere, Y. (2003). *El Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Velásquez Posada, O. (julio de 2003). El daño extrapatrimonial en la jurisprudencia colombiana. *Revista Jurídica del Perú*(48), 3-25.
- Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis: Universidad de La Sabana.
- Vicente Domingo, E. (enero-diciembre de 1990). El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal. *Revista de derecho privado*, 74, 812-839.
- Vicente Domingo, E. (1994). *Los daños corporales: tipología y valoración*. Madrid: Bosch.
- Zannoni, E. (1982). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Zavala de González, M. (1990). *Daños a las personas (Integridad sicofísica)* (Vol. 2a).
Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi S.R.L.

