



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**El quantum indemnizatorio en el daño moral y la
prueba que lo sustenta en la jurisprudencia peruana**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Procesal

AUTOR

Bruno Alonso Samuel TAPIA CORNEJO

ASESOR

Mg. Héctor Elvis MARTÍNEZ FLORES

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Tapia, B. (2021). *El quantum indemnizatorio en el daño moral y la prueba que lo sustenta en la jurisprudencia peruana*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Bruno Alonso Samuel TAPIA CORNEJO
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	47714342
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-9253-2914
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Héctor Elvis MARTÍNEZ FLORES
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08629852
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-2048-5343
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	07526100
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Víctor Enrique TORO LLANOS
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10331309
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Jorge Guillermo GUTIERREZ TUDELA
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06155396
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Jorge Alberto BELTRÁN PACHECO
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	09867532
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.2. Derecho Procesal
Grupo de investigación	—
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Lugar País: Perú. Departamento: Lima. Provincia: Lima. Distrito: Chorrillos. Coordenadas geográficas Latitud: -12.056445. Longitud: - 77.085994.
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2017-2020
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe_repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veinticuatro días del mes de setiembre del año dos mil veintiuno, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos y con la asistencia de los Profesores Dr. Víctor Enrique Toro Llanos, Mg. Jorge Guillermo Gutiérrez Tudela, Mg. Héctor Elvis Martínez Flores, Mg. Jorge Alberto Beltrán Pacheco y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal, Bachiller don **Bruno Alonso Samuel TAPIA CORNEJO**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EN EL DAÑO MORAL Y LA PRUEBA QUE LO SUSTENTA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de muy bueno con nota de dieciocho (18)

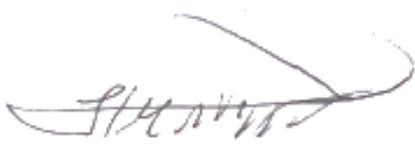
A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal al Bachiller en Derecho don **Bruno Alonso Samuel TAPIA CORNEJO**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Víctor Enrique TORO LLANOS
Miembro
Profesor Principal


Mg. Jorge Guillermo GUTIERREZ TUDELA
Jurado Informante
Profesor Principal


Mg. Héctor Elvis MARTÍNEZ FLORES
Asesor
Profesor Principal


Mg. Jorge Alberto BELTRÁN PACHECO
Miembro
Profesor Auxiliar

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, quiero agradecer a Dios porque con él todo lo puedo, y a la Comunidad Primera de Corintios Trece por todos aquellos momentos de enseñanza sobre su religión, visión de renovación de fe y cercanía a Cristo.

A mi padre, por el apoyo constante en el ámbito académico que me brinda día a día: no me alcanzan las palabras para decir lo muy agradecido que estoy contigo. A mi madre, por la fortaleza que me demuestra todos los días y por enseñarme que si uno se esfuerza logra lo que se propone. A mi hermano, por las conversaciones que me llevaron a pensar otros puntos de vista sobre temas jurídicos y por su voluntad para cumplir cada uno de sus objetivos. A toda mi familia porque comprendemos que nuestros logros también son sus logros. A mis abuelitas Olga e Hilda por todo lo que me enseñaron y aprendí de ellas, porque sé que desde el cielo iluminan cada uno de mis pasos. A Diana, por su amor y apoyo incondicional. A Toby, por su amor y alegría cada vez que salimos a pasear. Al señor Ivan por su paciencia para poder consultar la más reciente doctrina.

A la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, porque cada clase me ayudó a pensar en cómo abordar de una mejor manera el aspecto procesal de la presente tesis. A los encargados de la sede central de la Biblioteca del Ministerio Público de Lima, por la amabilidad que tuvieron para poder revisar cada libro. A los encargados de la Biblioteca de la Academia de la Magistratura, por la paciencia para revisar la variedad de libros y revistas. A Librería De La Cruz, porque hacen que diversos materiales que parecen inaccesibles sean accesibles para el beneficio de cada uno de nosotros en materia académica. A la librería Communitas, por tener lo más reciente en la colección de filosofía y derecho que sin duda ha enriquecido el trabajo de la presente tesis. Por último, y no por ello menos importante, a la biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por su amabilidad para recopilar información como lector externo.

ÍNDICE GENERAL

a. Parte Preliminar

Carátula Externa.....	I
Página en blanco.....	II
Carátula.....	III
Veredicto de la tesis por los miembros del jurado examinador.....	IV
Dedicatoria.....	V
Agradecimiento.....	VI
Índice General.....	VII
Resumen con palabras clave o descrito en una sola página.....	IX
Resumen traducido al idioma inglés.....	X

CUERPO DE LA TESIS

Introducción.....	11
-------------------	----

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. Situación problemática.....	13
II. Formulación del problema.....	14
III. Objetivos	
III. A. Objetivo General.....	15
III. B. Objetivos específicos.....	15
IV. Metodología aplicada.....	16

CAPITULO 1: ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1 Antecedentes de la investigación.....	17
1.2 Estado Actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema.....	28
1.3 Orientación Jurisprudencial entorno a la aplicación normativa.....	81

CAPITULO 2: TOMA DE POSTURA/ SOLUCIÓN/TESIS

2.1 Análisis, interpretación de la información.....	102
2.2 Presentación de la propuesta de solución del problema-postura personal con Fundamento teórico.....	113

CAPITULO 3: CONSECUENCIAS

3.1 Consecuencias de la implementación de la propuesta.....	125
3.2 Beneficios que aporta la propuesta.....	126
4. Conclusiones.....	128
5. Recomendaciones.....	129
6. Bibliografía.....	130
7. Anexos.....	134

**RESUMEN CON PALABRAS CLAVES O DESCRIPTAS EN UNA SOLA
PÁGINA**

La presente tesis está justificada en la necesidad de diálogo entre el derecho privado y las reglas del proceso que se encuentran plasmado en las normas procesales. Muchos de los problemas que han ido *in creciendo* en la judicatura se deben quizás a un no consenso por parte de la doctrina sobre determinados conceptos del derecho sustantivo y su necesaria vinculación con el derecho procesal. Por ello es necesario analizar la doctrina sobre el daño moral. Asimismo, ver cuáles de estas son o no recogidas en resoluciones a nivel de Corte Suprema. Adicionalmente, debatir sobre la coherencia entre una delimitación conceptual sobre el daño moral y su necesidad para lograr uno de los fines del proceso: la verdad. Por otro lado, es necesario analizar los medios de prueba que se han utilizado en la jurisprudencia y determinar el idóneo para solicitar el daño moral. Además, veremos si es necesario tener los dos conceptos (daño moral y daño a la persona) en el Código Civil, esto siempre teniendo presente que prueban en el ámbito de la judicatura las partes y que dan por probado los órganos jurisdiccionales. Por último, creemos que existe la necesidad de establecer la diferencia entre tres palabras claves en los procesos de daños y perjuicios: indemnización-reparar, resarcir y compensación. Esta acción nos llevará a determinar si es que acaso pueden usarse de manera indistinta o es que están definidos para un perjuicio en particular.

Palabras claves: Indemnización- reparación- resarcimiento-

Daño moral-Daño a la persona

RESUMEN TRADUCIDO AL IDIOMA INGLÉS

This thesis is justified in the need for dialogue between substantive and procedural law, many of the problems that have been growing in the judiciary are perhaps due to a non-consensus on the part of the doctrine on certain concepts of substantive law and its necessary link with procedural law. Therefore it is necessary to analyze the doctrine about moral damage. Also, see which of these are or not included in resolutions at the level of supreme court. Also, discuss the coherence between a conceptual delimitation on moral damage and its need to achieve one of the ends of the process that is the truth. On the other hand, it is necessary to analyze the means of proof that have been used in the jurisprudence and determine the appropriate one to request the moral damage. We will also see if it is necessary to have the 2 concepts (moral damage and harm to the person), in the civil code, this always bearing in mind that the parties prove in the field of the judiciary and that the jurisdictional bodies are proven. Finally, we believe that there is a need to establish a difference between three key words in the processes of damages such as: compensation, reparation and compensation. If I can use it interchangeably or if they are defined for a particular damage.

Keywords: Compensation- repair- compensation-

Moral damage-Damage to the person

X

INTRODUCCIÓN

La institución de la responsabilidad extracontractual es una de las más dinámicas del derecho privado. Esta institución avanza a grandes pasos debido a que existen en ella diversos problemas: las cláusulas generales de su normativa, las teorías causales, si es que debería ser un sistema intervencionista o no intervencionista, la infrainclusión o sobre-inclusión normativa, sus conceptos indeterminados (razonabilidad, diligencia) y también su aplicabilidad.

El daño moral se encuentra en el problema de la indeterminación (¿Qué abarca?) y también tiene el problema de la sobre-inclusión, tal como lo podemos ver en el artículo 1984 del Código Civil: “El daño moral se cuantifica en razón de su magnitud”; es decir, no tiene límites en cuanto a qué casos debe aplicarse.

Por otro lado, tenemos el problema de hasta qué grado de la familia debería abarcar. Asimismo, en la lectura del artículo 1984, no podemos determinar bajo qué mecanismo el afectado puede probar su dolor o sufrimiento.

El tema que abordaremos en la presente tesis sigue generando confusión hasta el día de hoy, en principio, conceptual, y como consecuencia, desconcierto en la aplicación a nivel probatorio (para los abogados) y casuístico (para los jueces).

Si no existen muchas conferencias o diplomados sobre Responsabilidad Civil en nuestro medio debemos contribuir, desde la tribuna académica, para que tenga incidencia en la práctica, a la comunidad jurídica (jueces y abogados) con el análisis de diversas resoluciones para una aproximación del sentido mismo del daño moral, asimismo, mostrar cómo se han venido resolviendo y con qué criterio se da la aplicación del daño moral.

Esta tesis tiene una incidencia totalmente práctica. ¿Qué medios debemos usar para probar el daño moral? ¿Debe presumirse el daño moral? Si es que se establecen montos altos por este concepto ¿Qué genera en las víctimas? ¿Quién debería probar el daño moral? ¿Qué medio probatorio sería el adecuado para acreditarlo?

El daño moral es un tema regulado concretamente, pero sin limitaciones o criterios de alguna manera uniforme de su comprensión y por ende de su aplicación. Asimismo, en un artículo de un magistrado podemos observar la no claridad sobre el tema:

“El daño moral es uno de los aspectos menos desarrollados en las resoluciones judiciales, pues carece de una idónea fundamentación y debida motivación”

(Poma Valdivieso F. D., 2012-2013., págs. 95-117.)

Por ello es necesaria la conexión entre el derecho y el derecho procesal, por lo que, desde esta última perspectiva, se requiere el principio de necesidad de prueba. Esto tiene como precepto que el juez no puede ni debería decidir si es que las partes no han aportado pruebas que persuadan al juez sobre qué hechos ocurrieron.

La idea de prueba pasa por tres etapas en el proceso: 1) Admisibilidad, 2) Valoración y 3) Decisión.

Desde hace unos años la idea de analizar el derecho procesal a partir del razonamiento probatorio resulta indispensable, ello porque se ha cambiado la forma de pensar solo a partir de las reglas del proceso y se ha propuesto una línea de razonar a partir de los hechos. En los procesos de daños y perjuicios, en específico cuando se pide un monto sobre el daño moral, muchas veces no se presenta prueba por la parte demandante, siendo que las pretensiones son claras en cuanto a qué conceptos pretenden se les sea otorgados, mas no cómo llegan a los montos que solicitan, ni menos aun cuando desglosan el monto para cada concepto y bajo qué medio de prueba el juez debería amparar su pretensión.

La presente tesis se ha dado cuenta del problema de la tradición de mirar el derecho procesal solo desde sus reglas, olvidando que un aporte al sistema no solo parte por saber bien el procedimiento, sino también de este intercambio de ver lo que pasa en la parte material del Código Civil, para llegar a una solución más completa y sólida a partir del diálogo entre el derecho sustantivo y el derecho procesal.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. Situación Problemática

El problema de la prueba del daño moral pasa en primer término por su indeterminación regulado en el artículo 1984 del Código Civil Peruano: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud”, esta regulación extensiva no permite a los justiciables, y menos aún a los magistrados, determinar en qué casos la decisión de estos últimos debe declararse la estimación o desestimación de la pretensión de daño moral. La mencionada norma tampoco determina bajo qué medio o medios de prueba deberá proceder el reconocimiento del daño moral, de lo cual no puede inferirse una presunción *iuris tantum* y menos aún *iure et de iure*, ya que tendría que estar establecida en la norma.

Por otro lado, a través de la presente tesis hemos considerado necesario ver qué criterio(s) se ha venido teniendo en la jurisprudencia peruana, sin dejar de observar qué concepto de daño moral se usa en los distintos fallos. En muchos casos solo se menciona “daño moral” en la demanda, existiendo una presunción por parte de los demandantes de que debe otorgarse sin ninguna prueba, más que la descripción de -daño moral-, lo cual haría notar una suerte de presunción práctica, dejando en una suerte de indefensión a la otra parte, la cual afecta la opción de contradicción adecuada del demandado. Usar la figura de la presunción, aun observando que la parte demandante solo expresa el concepto, sin ninguna intento de definición y medio de prueba que acredite aquella afectación, hará ver en los casos que esto sea peor aún si se pretende montos altos sobre este perjuicio sin saber por qué se pide o qué comprende.

Es ciertamente difícil indemnizar aquello que no se puede definir (Gómez Ligüerre, El daño moral y su cuantificación, 2017). Por otro lado, existe un gran problema al buscar una delimitación dogmática de lo que implica el perjuicio moral: a pesar del tiempo transcurrido sigue siendo un tema que la doctrina no ha logrado superar (Casado Andrés, 2016).

Para una primera aproximación hacia su definición, es necesario partir de dos términos que usualmente son mencionados al hablar del daño moral: Dolor y Sufrimiento. Han pasado 39 años de la dación del Código Civil Peruano de 1984, pero aún los estudios sobre responsabilidad extracontractual en nuestro país no llegan a ser numerosos. Uno de los grandes problemas poco tocados es justamente el *quantum* y la prueba del daño moral:

diversa jurisprudencia muestra la no uniformidad en cuanto a montos, ni en cuanto a conceptos.

Por otro lado, desde el derecho procesal tenemos el principio de presentación de pruebas al proceso por cada una de las partes (carga de la prueba). En trabajos recientes (Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán, & Gianni, 2019) se ha comenzado a cuestionar si debería mantenerse la visión clásica o debería cambiar a una carga de la prueba dinámica, según la cual el juez determinará el valor y quién deberá probar en el caso concreto la afectación de daño moral. En caso de muerte por accidente de tránsito, evidentemente, habrán terceros legitimados; respecto a estos últimos, cabe la pregunta, ¿hasta qué grado?

II. Formulación del Problema

Los problemas probatorios son de algún modo inescindibles de la parte sustantiva, la razón es porque de alguna manera los aspectos probatorios derivan del derecho sustantivo. Al momento de legislar la parte sustantiva es imprescindible tener en cuenta los problemas probatorios consustanciales. Las situaciones problemáticas desarrolladas pueden ser planteadas mediante las siguientes interrogantes:

F1. ¿La postulación de las demandas de pretensiones indemnizatorias ha merecido la reflexión o preocupación constante de los académicos respecto a la acreditación del daño moral?

F2 ¿Qué parámetros consideran los jueces en la valoración y determinación del quantum indemnizatorio?

F3 ¿El Tercer pleno Casatorio en sus fundamentos doctrinarios y parte resolutive ayudó a resolver el problema del quantum del daño moral?

F4 ¿Qué funciones tiene la responsabilidad extracontractual en los daños no patrimoniales y cuál es la posición de la legislación, la doctrina, y la jurisprudencia?

III. Hipótesis

Hipótesis (F1)

La postulación de las demandas sobre pretensiones indemnizatorias no ha merecido la preocupación sostenida de los académicos en lo concerniente a la acreditación del daño moral.

Hipótesis (F2)

Los jueces aun cuando están aplicando la valoración racional de la prueba terminan resolviendo conforme a parámetros de la íntima convicción, lo cual evidencia una motivación conforme a los medios de prueba que se desprendan del proceso, lo cual refleja una decisión arbitraria y discriminatoria.

Hipótesis (F3)

El Tercer Pleno Casatorio ha determinado que el daño moral se subsume en el daño a la persona, según lo previsto en el artículo 1985 (Código Civil). Y en cuanto a la naturaleza del daño moral y al quantum indemnizatorio no contribuyó con aportes relevantes.

Hipótesis (F4)

La responsabilidad extracontractual en el daño moral tiene una función aflitivo-consolatoria, tal como lo sustenta la legislación, doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

IV. OBJETIVOS

4.1 Objetivo General:

Determinar y explicar los problemas de la prueba del daño moral respecto a su connotación semántica, criterios de cuantificación por parte de la judicatura y sus funciones.

4.2 Objetivos Específicos:

- 1) Establecer una mejor delimitación semántica del daño moral y evaluar la adopción de un término más adecuado o pertinente a su naturaleza indemnizatoria.
- 2) Evaluar qué medio de prueba es pertinente para los procesos de daños y perjuicios en los cuales se solicita y busca determinar el daño moral.
- 3) Conocer si la jurisprudencia a través de los precedentes casatorios vinculantes, ha contribuido a solucionar los inconvenientes relacionados con el concepto, valoración y cuantificación del daño moral.
- 4) Determinar como se ha venido tratando la función aflicto-consolatoria del daño moral en la jurisprudencia, en la doctrina y en la legislación.

V. METODOLOGÍA APLICADA

La presente tesis es de tipo **jurídico-dogmática** con aproximación empírica, es decir, que plantea un problema **normativo-doctrinario**, cuya propuesta será expuesta y fundamentada a lo largo de la misma.

Esta determinación por aplicar una tesis jurídico-dogmática está basada en que los problemas conceptuales en la responsabilidad extracontractual pueden llevar a errores graves, esto por no saber qué y hasta dónde abarca el criterio del daño moral.

Sin embargo, las concepciones doctrinarias y normativas serán contrastadas con la casuística plasma en las demandas indemnizatorias y las correspondientes sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República.

CAPÍTULO 1: ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Antecedentes Nacionales

1) (Galvez, 2019), en su tesis intitulada “Criterios de determinación del daño moral derivados de los accidentes de tránsito en la ciudad de Trujillo durante los años 2013 y 2014” (Tesis de Maestría). Recuperado del repositorio de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Tuvo como problema general analizar las incidencias que tiene la adopción de criterios de valoración del daño moral con relación al resarcimiento en los procesos civiles, cuál es el contenido del daño moral, y quién tiene la carga de la prueba del daño moral en los procesos por responsabilidad civil extracontractual. Se utiliza como guía 10 sentencias emitidas por 7 juzgados, en cuyos procesos los jueces de juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de la Libertad se pronuncian acerca de pretensiones indemnizatorias por daños extrapatrimoniales. Su investigación determinó que no existen criterios objetivos que sirvan para la valoración del daño moral, siendo que los jueces hacen un empleo inadecuado de la discrecionalidad judicial al momento de valorar los daños extrapatrimoniales en general alegados por la víctima. Asimismo, esto revela que los avances en materia doctrinaria sobre este punto no encuentran eco en la jurisprudencia.

2) (Aguinaga, 2019), en su tesis de intitulada “Criterios para la cuantificación equitativa del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil” (Tesis de Maestría). Recuperado del Repositorio de la Universidad Privada Antenor Orrego. Ha tenido como objetivos determinar cuáles serían los criterios que deben utilizar los jueces para cuantificar de manera equitativa el resarcimiento del daño moral en la responsabilidad. Por otro lado, tuvo como problema el esclarecimiento del *quantum* indemnizatorio. La técnica utilizada fue la revisión documentaria que le permitió la consulta y extracción de información, los cuales han servido de sustento para el marco teórico y para todo el desarrollo de la tesis. El método utilizado en la tesis fue el dogmático. Su investigación determinó que el juez debe utilizar las pruebas presentadas por las partes y que se debería incorporar un nuevo artículo en nuestro Código Civil que contenga los 5 criterios objetivos propuestos en la presente investigación para determinar la cuantificación equitativa del resarcimiento por daño moral en la Responsabilidad Civil. Se pretende que

no haya falta de predictibilidad en los fallos judiciales, pues con estos criterios se tiene que uniformizar los montos que se otorgan por el resarcimiento por daño moral, ya que se tendrán parámetros a seguir para determinar dichos montos, pero sobre todo se pretende que los jueces, a través de sus resoluciones judiciales, motiven la decisión que obtienen respecto al tema de daño moral.

3) (Lozano Vasquez, 2018), en su tesis intitulada “El daño moral en la sentencia penal condenatoria” (Tesis de Maestría). Recuperado del Repositorio de la Universidad Nacional Federico Villareal. Tuvo como objetivo investigar la situación problemática de la falta de reparación del daño moral en la sentencia penal condenatoria de primera instancia, dado que esta providencia señala a título de reparación civil una suma de dinero sin discriminar los rubros que la componen. Como posible solución se planteó que en la reparación civil fijada en la sentencia condenatoria penal de primera instancia no se incluya el daño moral. Se tuvo como técnica de análisis la encuesta que se realizó a 80 personas. Asimismo, tuvo como metodología de análisis la interpretación de las encuestas a través del instrumento cuestionario. Se concluyó que el porcentaje de jueces penales que se refieren al daño moral como uno de los que se debe indemnizar a través de la reparación civil es muy bajo, y cuando lo hacen, en la mayoría de los casos, no se fundamenta adecuadamente, pues se recurre a criterios errados como la capacidad económica del condenado.

4) (Tirado, 2018) en su tesis de maestría intitulada “Necesidad de distinguir el daño moral con daño a la persona en nuestro Ordenamiento criterios para la Determinación del Monto Indemnizatorio en el Daño Moral”. Recuperado del Repositorio de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Tuvo como problema general establecer la diferencia conceptual del **daño moral** y el **daño a la persona**. Utilizó la guía de tablas, baremos y otros métodos para cuantificar el daño moral. Su investigación llegó a determinar que los jueces otorgan muchas veces indemnizaciones cuyo *quantum* no se encuentra debidamente motivado, no existiendo forma de establecer si el monto otorgado por concepto de indemnización por daño moral, y en el caso particular, resulta verdaderamente resarcitorio del daño ocasionado a los ofendidos, debido a que las sumas asignadas se basan estrictamente en el criterio discrecional del juez, las mismas que en su mayoría son consignadas sin la debida motivación, por lo que es necesario establecer criterios básicos y fundamentales a seguir al momento de establecer el *quantum* indemnizatorio por daño moral.

5) (Camus, 2016) en su tesis intitulada “La relatividad de la Prueba en el Daño Moral (Encuentros y desencuentros de la Casación Civil)” (Tesis de Maestría). Recuperado del Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tuvo como objetivos: 1) Entender la prueba del daño moral en la Jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 2) Determinar los criterios para probar el daño moral en la Jurisprudencia Civil; y, 3) Realizar una propuesta de mecanismo para probar el daño moral. Tuvo como problema general la evaluación de la relatividad en que se encuentra la prueba del daño moral en la jurisprudencia de la Casación Civil. Se tuvo como técnica el análisis de diversas ejecutorias expedidas tanto por la Sala Civil Transitoria como la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Asimismo, tuvo una metodología de análisis de documentos. Su investigación llegó a concluir que no hay consenso para tratar con detenimiento los medios probatorios que pueden consolidar un tratamiento del daño moral.

1.2 Antecedentes legislativos

Código Civil de 1852:

No fue regulada específicamente en el primer código civil peruano.

la prueba del daño moral:

Código Civil de 1936:

Artículo 1148:

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

Código Civil de 1984:

Artículo 1322:

“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Artículo 1984:

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

1.3 Tratamiento Normativo En La Legislación Extranjera

1.3.1 Código Civil Español de 1889:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”

1.3.2 Código Civil Italiano de 1942:

Artículo 2059:

“El daño inmaterial debe ser compensado sólo debe ser compensado sólo en ciertos casos por la ley”.

1.3.3 Código Civil de Paraguay de 1985:

Artículo 1835:

“Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio de posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificar directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

1.3.4 Código Civil Alemán de 2008:

Artículo 253:

“(1) Por razón de un daño que no es patrimonial sólo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previsto por la ley.

“(2) Si por razón de una lesión corporal, a la salud, a la libertad o a la libertad sexual debe prestar resarcimiento de un daño que no es patrimonial, puede Exigirse una indemnización equitativa en dinero”.

1.3.5 Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2016:

Artículo 744

[...]

“f) Las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica”

1.4 La importancia de la responsabilidad extracontractual.

“La responsabilidad extracontractual, es un área del derecho de características muy especiales porque no requiere la voluntad de las partes para entrar en acción”

(Trazegnies Granda F. , La responsabilidad extracontractual, 2016).

“El profesor Taboada también hace mención a que uno de los asuntos más importantes del derecho civil patrimonial lo constituye sin punto a sospechas el de la problemática de la responsabilidad civil”

(Taboada Córdoba, 2003, pág. 11.).

“La responsabilidad civil es una de las más importantes y recurridas instituciones del Derecho”.

(Fernández Sessarego, 2011, pág. 169.).

“La responsabilidad civil comprende todo el campo del derecho privado que actualmente se ubica en la zona de movimiento, para llamarlo de alguna manera, es decir, el campo en el cual el derecho cobra una vitalidad extraordinaria”.

(Soto Coaguila, Trazegnies Granda de, Prieto Pantaleón, & Lorenzetti, 2015).

Conforme lo expresa el profesor Trazegnies:

“La responsabilidad extracontractual es, para decirlo paradójicamente, el auxilio del derecho ahí donde no hay derecho”

(Trazegnies Granda F. , Estudios sobre la responsabilidad civil., 2001, pág. 6.).

“Se produce ahí donde no existía ninguna norma específica previa, ni legal ni contractual”. (León, 2001, pág. 6.). Es una dicotomía la que tenemos a la hora de hablar de responsabilidad civil, ya que es el área más dinámica del derecho civil; sin embargo,

se otorgan tantos diplomados o cursos de especialización sobre este tema para su constante actualización y por ende aplicación.

1.5 El daño en el Derecho Romano:

Era netamente patrimonial. Un daño meramente espiritual era impensable (en tanto que resarcible para el Derecho) (Trazegnies Granda, La responsabilidad extracontractual, 2016, págs. 93, Tomo II.) La lesión extrapatrimonial se pensó para los casos en los que existía comisión de un delito: el dinero, antes que una reparación, era una pena. El deseo de la indemnización por daño moral era que el agresor sufra al menos en su patrimonio.

- El daño moral en la cultura de la Aidos (Cavallero, El ultraje de Aquileo: El daño moral en la cultura de la aidós., 2002):

Esta obra literaria, expresa el autor, nos puede brindar una iluminación sobre el resarcimiento del daño moral. El trabajo se basa en la necesidad e importancia que tiene el tema del daño moral en la jurisprudencia, por lo que el autor ha investigado sobre la literatura antigua para ver el entendimiento respecto a diversas expresiones de consuelo que afectan lo que en Derecho se regula como daño moral. Veamos la historia:

Aquileo aconseja a Agamenón que devuelva a Criseida. Asimismo, le propone que los aqueos le pagarán a cambio el cuádruple. El átrida (Agamenón) toma el consejo como un mal deseo contra él y amenaza a Aquileo con quitarle a él o a otro su recompensa. Aunque este lo había tratado bien - dato importante ya que la ausencia de provocación es un agravante de la ofensa - Aquileo amenaza con irse y utiliza adjetivos insultantes (vulneración del derecho al honor). Una vez que Agamenón lo desprecia y anuncia que se llevara a Briseida, Aquileo duda entre matarlo y refrenar la cólera y furor.

En aquel momento aparece Atenea, y Aquileo le expresa que Agamenón merece morir porque le ha infligido un ultraje y actuó con insolencias. La diosa Atenea le aconseja contenerse y le promete que por ese ultraje le ofrecerán tres veces la cantidad de espléndidos dones. En este caso lo que está en juego, más allá del perjuicio material, es el detrimento moral.

En boca de Atenea aparece la opción de resarcimiento, la cual es un reconocimiento de su honra. En una asamblea pública Agamenón reconoce su error y declara su oferta de resarcimiento. La valoración del daño moral sufrido por Aquileo está basada en el ultraje

en palabras y el arrebató de Briseida, ello significó para Aquileo (rey - héroe), ofensa hecha en público y con una acusación injustificada.

Cuando se afecta el daño moral desde el derecho al honor, el argumento de Aquileo, que puede servir en la jurisprudencia, es que “de nada valen sus esfuerzos” (entendemos sus esfuerzos como la reputación que tiene frente a la sociedad). Sobre ello manifiesta el autor:

“El daño moral reside en que no se valoren sus esfuerzos y se lo considere un cualquiera, que no se reconozca su valía, su honra y que este desprecio se haya hecho en público, público que además no reacciono a su favor”

(Cavallero, El ultraje de Aquileo: El daño moral en la cultura de la aidós., 2002, pág. 87.)

En este artículo también podemos apreciar que con la muerte de un hermano o un hijo se recibe una compensación. Luego vuelve al uso el término resarcimiento y destaca que aquel resarcimiento monetario importante debe conformar al deudo, pero una vez satisfecho, éste debe contentarse con él y apaciguarse. El monto deberá permitir al matador permanecer en la comunidad sin problemas.

Sobre la forma en que debe realizarse el resarcimiento monetario o de bienes material, se dice que debe ser tan grande como la honra ofendida y tan públicamente hecho como la ofensa infligida.

Termina el autor indicando que:

“Si la honra es un valor esencial a la persona, su ofensa injustificada merece una compensación, ésta no puede ser una venganza homicida, pero si un resarcimiento material importante y público, que deje limpia la fama”.

(Cavallero, El ultraje de Aquileo: El daño moral en la cultura de la aidós., 2002, pág. 95.)

➤ Exposición de motivos del Código Civil de 1984

En primer lugar, podemos referirnos a la exposición de motivos del daño moral en el ámbito de inexecución de obligaciones, en específico la interpretación del artículo 1322 (Osterling, 2016.):

“El daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de realidad económica. (...) Aunque es poco frecuente en materia de inexecución de obligaciones, ello no es objeto para que no se reparen cuando se demuestre su existencia”.

Podemos observar que se refiere también al daño a la persona en el ámbito de inexecución de obligaciones, aunque en el artículo no esté regulado taxativamente.

En el ámbito extracontractual, veamos en específico la exposición de motivos realizada por el profesor (León Barandiaran, 2016.):

“Compete al juez señalar el monto de la reparación por daño moral, actuando con criterio discrecional, esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado quantum pecuniario. (...) Solo puede repararse mediante una reparación de carácter patrimonial; de otro modo el daño moral no podría ser reparable, salvo casos muy singulares en que cupiese la reparación in natura; así el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia”.

Aquí se puede observar que el criterio para establecer el *quantum* del daño moral es muy genérico, como el uso de la discrecionalidad por parte del juez. Además, se puede percibir la ausencia del diálogo con el derecho procesal porque no se establece si esta discrecionalidad es de oficio, o cuando la parte lo solicite y además lo prueba, siguiendo la línea de interpretación por parte del artículo 1322.

1.6 Inicios de la regulación del daño moral

El daño moral iba a ser un recurso excepcional, pero no se dio debido a que muchos juristas consideraban que se atentaba contra las bases de la responsabilidad extracontractual.

El daño moral, desde la propuesta que hemos tenido conocimiento que se presentó por la comisión del código civil (1936), era un dilema, más aún cuando algunos juristas exigían su regulación y no de manera excepcional, pero no se ponían de acuerdo en torno a ella ni en la misma forma. (Trazegnies Granda F. D., 2016., pág. 91.)

Desde sus inicios se pudo observar que intentaron dar una solución, el cual apuntaba que “no es reparable económicamente”. En ese sentido, existían dos caminos a seguir:

1) Basado en la teoría de la reparación integral, mediante la cual todo daño que se causa a una persona debe ser reparado, es decir, volver al estado en que se encontraba la persona afectada antes de que se produjese dicho daño; por lo que, al no poder hablarse de reparar la afectación de los sentimientos, entonces no se debía regular porque se contradecía esta figura.

2) Si solo el dinero es la única forma de reparar, y en este caso estamos ante una afectación no material, y por ende debemos encontrar otros mecanismos para no dejar con el perjuicio ocasionado al damnificado y/o víctima, entonces deberíamos pensar cómo es que debe probar al damnificado, asimismo, en caso de que sea víctima, cómo es que prueban los familiares de este último.

Posteriormente, se reguló como categoría de perjuicio, pero carente de análisis de la necesidad de ver la figura desde la parte sustancial y procesal. Las preguntas que se plantearán en un juicio son: ¿Cuánto vale el dolor? Aun cuando se asigne el valor ¿Se regresará al estado anterior?

Creo en la necesidad de darle otro concepto al establecido en el libro de Trazegnies. El autor menciona que regresar al estado anterior es una función reparadora. Creo que el término más exacto para hablar de funciones y qué rol cumple el daño moral es *compensar*: tratar de mantener ese equilibrio, que, por cierto, no sabemos cuál era.

1.7 Dos perspectivas nacionales del concepto del daño moral

1.7.1 Profesor Taboada

El profesor nos brinda una definición de daño moral:

“Es una lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima”.

(Taboada Córdova, 2003, págs. 64-72.):

Entiende asimismo el profesor que el daño moral, como línea a trazar en los procesos, debe estar encaminado a que se determine en qué medida se han afectado los sentimientos (sobre acciones que en la sociedad son aceptadas como resultados que afectan las emociones). Esto nos lleva a reflexionar que desde su posición sería mejor una delimitación de los casos en los que pueda establecerse daño moral y no una cláusula abierta como tenemos en el actual artículo 1984.

Asimismo, nos permite una interpretación de lo que abarcaría el término *familia*, no haciendo un número *clausus* en los miembros de la familia, ni basándose netamente en familiares que estén vinculados hereditariamente.

El profesor detectaba, ya los grandes problemas que justifican la presente tesis, al mencionar que:

“La categoría del daño moral presenta dos grandes problemas: El primero de ellos referido a la forma de probarlo y el segundo referido a la forma de cuantificarlo”.

(Taboada, 2003. Pág. 66).

Hace mención de que la judicatura ha optado por usar como regla del daño moral la presunción, una que no está plasmada en el articulado en los casos de fallecimiento de un pariente o una persona muy cercana, pero deja en el aire como es que el monto establecido en la jurisprudencia pueda terminar siendo discrecional.

Para el profesor, tanto el daño moral como el daño a la persona son categorías independientes, basado en que una cosa es persona y proyecto de vida y otra muy distintas son sus sentimientos.

Discrepamos del autor, en primer lugar, cuando hace mención de que en el ámbito extracontractual se indemnizan todos los daños, ya que tiene que existir una justificación para que el afectado asuma los costes y sea trasladado a una persona a la que tendrá que probarse que fue el agente dañador. En segundo término, que no interesa la calificación de previsible e imprevisible, ya que la responsabilidad extracontractual por naturaleza es un daño imprevisible. Veamos el sentido de la no consideración de los daños previsible en el ámbito extracontractual (Art. 1986 CC): “Que son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable”.

Por último, hace mención de que la Teoría de la Causalidad (adecuada) es aplicable en lo regulado en las fuentes de las obligaciones (responsabilidad extracontractual); sin embargo, no permite ser concordante con su defensa de la reparación integración, en el sentido de que se aleja de la probanza del daño moral y se centra solo en el vínculo facto, mas no en la acreditación del concepto que se reclama.

1.7.2 Profesor Sessarego:

El profesor es el propulsor de la regulación del daño a la persona en nuestro actual Código Civil, por lo que siempre ha tenido interés en que esta nueva categoría de daño se encuentre desligada a la clasificación del daño moral. La concepción inicial respecto al daño moral es del *pretium doloris* (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 683.), el cual menciona que históricamente este término se refería al sufrimiento que cada ser humano podía experimentar, y que esta referencia histórica debe seguir manteniendo esta concepción en cuanto al carácter subjetivo y que conlleva afectación a emociones psíquicas, es decir, la esfera de los sentimientos. El profesor, años atrás, en el Tercer Pleno Casatorio, tenía la posición de que la única voz autónoma era el daño a la persona y dentro de esta podría considerarse el menoscabo moral. En cuanto a la duración del daño moral, nos expresa que es de naturaleza temporal y tiende a disiparse en el tiempo (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 686.).

Respecto a su *raigambre* psicológica, hace mención de que es un peldaño anterior a que se llegue a considerar psicopatía en primer término, luego pudiese exponerse en esta última si es que la o las afectaciones emocionales son persistentes.

En cuanto a su aplicación en la jurisprudencia peruana, el profesor hace mención de que se ha consolidado a través del pronunciamiento del tercer pleno Casatorio y que, en cuanto a su concepto, este abarca el campo interno del individuo, es decir, el de las emociones.

Sessarego realiza en su libro (Fernandez Sessarego, 2011) unos importantes apuntes del Congreso Internacional de Trier del año 2000, en el cual participaron diversos profesores de Europa y fue coordinado por el profesor Busnelli (Italia).

En este congreso la posición adoptada respecto al daño moral es que es una simple perturbación psíquica. Adoptaron la posición que es un índole emocional y no patológico, por lo que no entra en la clasificación de enfermedad mental (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 695.).

Conforme a los expertos reunidos en el Congreso, nos ilustra Sessarego, los peritos diferencian entre daño psíquico o patológico. En el primer tipo de daño estamos ante un

supuesto de una afectación más temporal; en cambio, en el segundo, estamos frente a un patrón que podría requerir tratamientos psiquiátricos.

Cada persona externaliza de manera distinta sus sentimientos, por lo que, aun encontrándonos ante situaciones similares, el diagnóstico que pueda brindar un psicólogo será fundamental para acreditar las afectaciones morales que se pretenden en el proceso.

Se hace mención en los acuerdos adoptados del congreso que el daño moral ha sobrepasado el límite de la objetividad, por lo que debemos alejarnos de pretender objetividad esa clase de daño, ya que generaríamos un perjuicio al sistema jurídico cuando se deja carta abierta a que la evaluación dependa de criterios netamente subjetivos por parte de cada juez, solo teniendo ahora una suerte de parámetro en el ámbito de la responsabilidad por incumpliendo de obligaciones: la equidad. (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 696.).

El daño moral, expresa el profesor, es una afectación subjetiva. En ese sentido es difícil cuadrar su cálculo (existencia-magnitud) en cada caso. Una de sus características principales que hemos podido observar de este daño es su temporalidad.

El profesor establece que cuando uno pierde a un ser querido sufre, pero pasado el tiempo, el cual es variable, el daño desaparece o va reduciéndose, convirtiéndose en otros sentimientos como los del orgullo, gratitud, nostalgia (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 733.).

Expresa que en el Perú la clasificación (genero-especie) de los daños no patrimoniales está resuelta de forma satisfactoria de acuerdo con la realidad de la vida y de la estructura misma del ser humano. Esta precisión fue el fundamento por el considerando 74 del Tercer Pleno Casatorio, cuando ahí se expresa que “el daño moral se halla comprendido dentro del daño a la persona”.

Respecto al concepto de moral, el profesor expresa que se encuentra al interior de cada uno de los seres humanos (confundiendo la moral con la ética). Posteriormente parece definir la ética dentro de su definición del ámbito moral, ya que expresa “la moral tiene que ver con el mundo de la subjetividad”. (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 858.).

Sessarego expresa que:

“La posición clásica de este tipo de daño, se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia; sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional”.

El profesor menciona que los avances teóricos y de la judicatura existente no se encuentran al alcance libre de la mayoría de los que ejercen la judicatura. (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 860.).

El profesor difunde la posición de diversos autores, comenzando por la posición de Mosset Iturraspe. La posición del profesor argentino en principio es la seguida por Sessarego, es decir, que el concepto que preocupa y justifica a la presente tesis (daño moral), es la especie y la figura incorporada por Sessarego (daño a la persona): el género; fundamentando que esta autonomía del daño moral debe ser dejada de lado porque “el daño moral, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación desde su comprensión” (Fernandez Sessarego, 2011, págs. 862-863.).

2. Derecho comparado:

2.1 En Suiza (Artículo 28) y Alemania (Artículo 253):

El derecho de acción para presentar una demanda de daños y perjuicios por reparación de daño moral solo es viable en los casos establecidos por ley.

2.2 Italia

En el derecho italiano, para los hechos ilícitos existen dos normas específicas que resultan relevantes para la presente tesis, tal como son:

Artículo 2043:

“Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

Artículo 2059:

El daño no patrimonial debe resarcirse solo en los casos determinados por ley

2.3 En el sistema del *common law* (1997):

En una publicación se manifestaban en contra de que se pueda dar unos montos económicos por conceptos morales al pensar que las cortes no podrían levantar el ego de las personas (Trazegnies Granda F. , La responsabilidad extracontractual, 2016, pág. 96.).

Posteriormente se comenzó a admitir las perturbaciones psíquicas, pero no de manera general, ya que en sus inicios tenía que estar vinculado a un daño material para que procedieran, luego ya se pudo postular al proceso teniendo como pretensión el daño moral o perturbación psíquica como se denominaba en ese entonces.

Para poder evaluar de una mejor manera el daño moral en el proceso, es interesante ver lo que se realiza en el derecho anglosajón:

En este sistema, cuando se tiene como pretensión el daño moral, puede estar psicológicamente establecido, llegando incluso a trasladarse del perjuicio psicológico (daño no patrimonial) al perjuicio material, como es cuando se paga lo que ha dejado de percibir al estar imposibilitada de trabajar por las afectaciones psicológicas (lucro cesante).

Por otro lado, cuando un juez norteamericano establece montos simbólicos (1 dólar), es que tienen muy en claro que no se puede establecer montón sin acreditaciones del menoscabo (Trazegnies Granda F. , La responsabilidad extracontractual, 2016, pág. 98.)

2.4 Argentina:

Se presentó un caso que para ese entonces era considerado (Rivera, 1997) un caso único (*leading case*). En él se evaluó si es que en el cónyuge inocente va a tener derecho a que se le indemnice daños por el cónyuge culpable del divorcio. Un caso complejo ya que se tuvieron varias posiciones sobre el tema. Para ese entonces se cuestionaba si era posible la reparación del daño moral, pues resulta complejo atribuir toda la responsabilidad a un cónyuge sobre la posible causa de divorcio salvo que acredite el adulterio o algún otro criterio que indique el desinterés por parte de uno de ellos respecto a su cónyuge.

Decidieron en mayoría, en este caso en concreto, determinar que si es susceptible el daño moral con la minoría opuesta este criterio.

Uno de los fundamentos de la minoría resulta interesante:

“Quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido con todo lo que ello implica. Si por distintas circunstancias, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias deben ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso tan trascendental”

El daño moral es un daño aflictivo-consolatorio, y debe entenderse como un monto que se otorga por el perjuicio ocasionado, el cual no era previsible o calculable (Derecho Contractual), es decir, la posición de minoría establece que no se puede pensar en que la persona con quien contraigamos matrimonio va a durar para toda la vida y va a ser la mujer o el hombre perfecto: ¿No es acaso al menos una probabilidad que un matrimonio no dure para siempre? ¿Cuándo valora el ordenamiento jurídico nuestros sentimientos? ¿Sólo cuando nos casamos nuestros sentimientos son sinceros?

Hoy en día la convivencia es creciente y el matrimonio decreciente, es decir, la gente prefiere convivir por sobre la tradicional formalidad del matrimonio. Qué pasa con los casos en los que existe una separación y se otorga el daño moral; sin embargo, no se justifica debido a que, con el monto, el vencido acredita que se ha dedicado a otras cosas.

Consideramos que el monto del daño moral debe ser para llevar un tratamiento psicológico y no solamente otorgar un monto consolatorio. Si no se da para la finalidad de un tratamiento entonces estaríamos desnaturalizando el “consolar o reparar” a la persona que lidia con la separación, porque cuando tiene problemas es cuando más se siente “triste” y por ende no desea realizar actividades. Si es lo contrario, entonces el monto es como un olvido de la tristeza y el dinero puede ser utilizado para otras actividades que no reflejan el daño moral el cual se exigió.

El voto en minoría establece otra opinión:

“Acordar por vía jurisprudencial una indemnización, significaría asegurarle a quien se equivocó en su elección una reparación pretendida paliativa de los agravios sufridos”.

2.5 Derecho Español

En la jurisprudencia española (STS 29 de abril de 1988), alude al prudente arbitrio de los tribunales, la equidad, las circunstancias de cada caso, etc. (Manzanares Campos, 2008, pág. 30.).

Por otro lado, existen dos sentencias del Tribunal Supremo (28 de febrero de 1959 y 28 de febrero de 1964), que colocan el daño moral en los perjuicios espirituales que se pueden ver materializados en la afectación al honor, la libertad y otros análogos que son los más estimados (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, págs. 79-80.)

En las sentencias del Tribunal Supremo Español, desde el año 1959, ya se hablaba de - *pretium doloris*- (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 84.)

2. ESTADO ACTUAL DE LAS PROPUESTAS DOCTRINARIAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA.

2.1 Perspectiva sustantiva del Daño moral

En nuestro ordenamiento jurídico no existe consenso sobre la noción del daño moral, ni en la inexecución de obligaciones y tampoco en responsabilidad extracontractual (Campos García H. , 2019).

Un artículo publicado en el año 2016 sobre el daño moral y en el 2019 en un compendio de artículos nos hace mención del estado del daño moral:

“Es muy frecuente afirmar la dificultad de definir éste, hasta el punto de que no pocos autores solo encuentran posible una definición negativa-moral sería lo que no es material”
(Rogel Vide C. , 2019, pág. 55.)

Sin embargo, coincidimos con la posición del autor líneas seguidas (Rogel Vide C. , 2019, pág. 56), en la cual menciona que el daño moral merece ser definido para evitar distintos montos en los procesos de daños y perjuicios por conceptos no unificados, y que parecen más bien ser confusos.

A través de la RAE el autor cita el significado de moral: “Es el estado de ánimo individual o colectivo. Esto termina siendo muy relativo. Otras acepciones son: el alma, lo espiritual, que difiere tanto de lo material como lo corporal”.

Si se responsabiliza por responsabilidad objetiva o por hecho ajeno ¿Cómo probar con qué estado de ánimo se encontraba previo al accidente de tránsito o fallecimiento de un familiar?

En todo caso, para llegar a la verdad, tendríamos que ser un país que usualmente tenga terapias psicológicas y especialistas que se encarguen de la evaluación de la afectación emocional por la parte que exija daño moral, adicionalmente, contar con las terapias necesarias, según sea indicado por el especialista.

Un gran problema que trae a nivel de la judicatura es justamente su delimitación, pero debemos tener un concepto que sea aceptado mayoritariamente, asimismo, que tenga sentido y coherencia.

En esta línea un autor español, nos expresa una definición:

“Perjuicio, injusto, relevante, persistente y extrapatrimonial, que una persona experimente en su ánimo a consecuencia de una omisión, acción o intromisión ilegítima de otra, que ha de responder por ello”

(Rogel Vide C. , 2019, pág. 58.)

No compartimos esta definición por lo siguiente: para exigir la compensación de este tipo de daño, la otra parte tendrá que acreditar que no existía justificado.

Respecto a lo persistente, sabemos que el dolor a causa de una lesión o pérdida de un familiar no es reemplazable, pero con el tiempo se va apaciguando, razón por la que se tendría que englobarse más en sesiones psicológicas sobre la afectación emocional, que en una persistencia que podría llevar a gastos no cuantificables.

La responsabilidad civil (comienza a denominarse “derecho de daños”) se encuentra actualmente en un entorchado de indefinición, puesto que convergen en él las carencias teóricas y los fallos de la judicatura que han forzado en los últimos años a una transformación significativa ampliación y, al mismo periodo, aspectos que aconsejan someterlo como una suerte de limitaciones.

(Diez Picazo, Derecho de Daños., 1999, pág. 19.).

Habiendo mencionado la relevancia de la institución de la responsabilidad, y que se encuentra en constante movimiento y evolución, sabemos que la responsabilidad civil tiene temas a los que se está buscando soluciones en un futuro no muy lejano, como la deformación por la que ha pasado el concepto de culpa gravedad de las culpas, asimismo, el concepto de daño moral, siendo este último el tema que justifica en gran medida el tema de tesis (Diez Picazo, Derecho de Daños., 1999, pág. 225 y ss.).

La tesis busca dar una perspectiva distinta a lo que se ha escrito hasta el momento, teniendo claro que un principal problema del daño moral es:

“No preocuparse por el razonamiento probatorio, es decir: trabajar con hechos y su prueba”

(Vázquez, 2019).

Consideramos que la mejor forma de contribuir a un problema jurídico parte por tener una clara delimitación conceptual, trabajar en base a los hechos y su prueba (razonamiento probatorio), ver el derecho probatorio (las reglas de cada ordenamiento), y por último, ver cómo este ha sido recogido por la doctrina. Es necesario ver qué delimitaciones sobre el daño moral se han formado en la jurisprudencia a partir de posiciones doctrinarias.

Con el transcurrir de los años el daño moral y su cuantificación ha sido uno de los temas más complejos que no se ha desarrollado en muchos libros solo a nivel nacional, es por ello que cuando se tiene el acceso a un libro que desarrolla específicamente el tema hay que analizarlo de manera minuciosa para con ello saber de qué manera se puede contribuir a la judicatura.

2.1.1 Profesora Manzanares Campos:

“El daño moral ésta referido al dolor, sufrimiento, que le causa un daño a un ser humano, considerado esto no como una enfermedad psíquica, sino por el solo hecho de sentir”

(Manzanares Campos, 2008, pág. 71.).

La profesora es de la posición asumida por el Tercer Pleno Casatorio, es decir, que el daño moral debe estar dentro de lo que abarca el daño a la persona. Lo más importante, independientemente de la clasificación, es que no se quede en ello, sino que el juez deberá valorar cada concepto que integra el daño a la persona, es decir, debe haber un medio probatorio que haya sido admitido para que lógicamente pueda ser valorado.

Por otro lado, en cuanto a cómo se debe compensar el daño moral, no existe una única forma, ello debido a que, en un primer nivel, el daño no patrimonial no puede ser cuantificado en dinero, y desde esa premisa el profesor Trazegnies hace mención de que, si no puede ser valorizado en dinero, entonces tampoco puede ser indemnizado en dinero. Continúa la autora:

“Desde esta perspectiva incluso el profesor afirma que cuando se “indemniza” con dinero un bien extrapatrimonial afectivamente, ciertamente no se está reparando nada. Todo lo que se está haciendo es castigar pecuniariamente al culpable (Responsabilidad por culpa) y gratificando la sed de venganza (Quizá inconsciente) de la víctima, motivos ambos inaceptables para justificar una indemnización”

(Manzanares Campos, 2008, págs. 22-23.)

La teoría que rige en nuestro ordenamiento, conforme a la tutela restitutoria, es el de la reparación integral, es decir, colocar en la misma situación que estuvo la persona antes del daño. Ello no es posible en específico sobre el daño moral, por lo tanto, esa aplicación de la reparación integral del daño moral solo se compensará en la medida de lo posible.

La profesora afirma que en los casos de daño moral es imposible medir el dolor, por lo que la valoración por parte de los jueces parte de principios generales como son: 1) prudencia, 2) equidad y 3) el criterio de discrecionalidad. (Manzanares Campos, 2008,

pág. 27.). Los montos, expresa la profesora, pueden variar de una instancia a otra, lo que hace visible la falta de motivación en las resoluciones judiciales.

Respecto a la cuantificación, la profesora es enfática en que el monto no es revisable en sede de casación, pues en esta instancia solo cabe observar si es que procede la indemnización a partir de los conceptos que la integran.

Sobre el concepto del daño moral, la profesora expresa lo siguiente:

“El daño moral debe integrar el concepto del daño a la persona, enriqueciéndolo sin excluirlo, toda vez que el sufrimiento o dolor es también inherente a la naturaleza humana, pero no necesariamente quien lo sufre debe tener alteraciones psíquicas y por lo tanto el concepto del daño a la persona debe comprender todos los aspectos del ser humano: moral, psíquico, biológico y proyecto de vida, acercándonos cada vez más a tratar de reparar con mayor realismo el daño a la persona”

(Manzanares Campos, 2008, pág. 72.)

Desde una línea del derecho comparado, hace unos años, antes de la Ley del Baremo para accidentes de tránsito, en España la estimación del daño moral era discrecionalidad y prudente arbitrio del juez (Manzanares Campos, 2008, pág. 100.).

Pareciera que, aunque se intente cumplir la aplicación del principio de la reparación integral aplicado al daño moral, presenta una dificultad, porque resarcir es regresar al estado anterior que no se conocía. En el daño moral son criterios muy subjetivos a la hora de establecer un monto y por ende depende de la discrecionalidad del juzgador (Manzanares Campos, 2008, pág. 139.).

En el ámbito de la aportación de prueba para acreditar las afectaciones emocionales, expresa la profesora que por dificultad que presenta la probanza del daño moral, el demandante acredite solo de manera genérica este hecho (Manzanares Campos, 2008, pág. 148.). Al perjudicado en la situación que se encontraba, anterior al daño y esto no es posible establecerlo (Manzanares Campos, 2008, pág. 263.).

En el ámbito de la forma de cumplir las finalidades que se dice que cumple la responsabilidad civil, queda claro que el daño moral no se puede reparar, ya que significa intentar colocar en un estado que no se conocía.

La profesora termina expresando que sigue existiendo discusión en cuanto al daño extrapatrimonial, la misma posición que el profesor Sessarego en lo que se refiere a la clasificación de los daños extrapatrimoniales (Manzanares Campos, 2008, pág. 322.).

El diagnóstico desde judicatura, esencialmente de segunda instancia, revisada por la profesora, es que no existe sentencias uniformes ni resoluciones que motiven los criterios para determinar tal o cual monto (Manzanares Campos, 2008, pág. 324.).

Por otro lado, un criterio usado por la judicatura es de las máximas de experiencia, esto de acuerdo con su leal saber y entender. Este criterio es adecuado si hace referencias a otras decisiones judiciales y/o en todo desde el ámbito conceptual, como es que desprende su real saber y entender.

El real saber y entender no favorece a la uniformidad de criterios para la valoración del daño moral si a nivel de la judicatura (respecto a las máximas de experiencia) la motivación es un mero enunciado de este criterio.

2.1.2 Abrevaya Alejandra D.

La autora argentina expresa que resulta muy difícil conceptualizar el daño moral (Abrevaya, 2011), y aquí detectamos el problema en la práctica. Aunque el concepto resulte complejo de definir, se percibe que en la práctica se resuelve por una intuición, y esa intuición llega a tal punto que hace presumir la existencia de este daño sin prueba, lo cual seguirá yendo por un camino que consideramos inadecuado si es que no entra a tallar la idea epistemológica del dolor.

El dolor y el sufrimiento son de carácter subjetivo, por ende, en primera línea se puede manifestar que se siente un dolor. Esa afirmación hace que no pueda ser cuestionada antes de ir a juicio, pues cuando uno va juicio entiende que ese sentimiento tiene que ser demostrado a través de algún medio probatorio. El problema de entender que este criterio subjetivo pertenece a la presunta víctima de daño emocional y también dejar al juez esa

valoración subjetiva (Abrevaya, 2011) hace que se otorgue un monto que se aleja de al menos el intento por resolver bajo ciertos parámetros (test psicológicos), objetivos.

La autora define al daño moral como:

“Una alteración disvaliosa del espíritu que se traduce en un perturbado desarrollo de la capacidad de sentir, del modo de estar de la persona en relación al que se hallaba con anterioridad al hecho lesivo, como consecuencia de éste. En definitiva, que importa la pérdida de un estado anímico estable y valioso para el sujeto; el quebranto de la posibilidad de desenvolver las potencialidades intelectuales afectivas o volitivas, se dice, con que la vida ha dotado a los seres humanos”

(Abrevaya, 2011, pág. 401.)

En líneas seguidas, la autora parecería contradecir esta afirmación, ya que si se quisiese compensar la “alteración disvaliosa” no debería pensarse en otorgarle al damnificado/víctima una suma que signifique goce en bienes que compense de alguna manera tales padecimientos, las cuales de por sí son imposibles de cuantificar.

La definición del daño moral es muy relevante para las decisiones en las prácticas judiciales, ya que esta definición permitirá justificar qué funciones de la responsabilidad civil extracontractual cumple en este tipo de daño. La autora expresa que este derecho sea ponderado en base a los sentimientos comúnmente resentidos (idea social) por un atentado similar y no por lo que supone la víctima (Abrevaya, 2011, pág. 403.).

Por otro lado, existe un tema que en los últimos años se ha venido debatiendo, es decir, si el daño moral debe tener una idea ejemplificadora (Abrevaya, 2011, pág. 405.). Es importante mencionar el sentido que tienen las ideas de ejemplificar y sancionar. Desde la idea de ejemplificar es la de establecer una pena al autor del hecho. Desde el lado de la sanción que recaerá en una reparación a la víctima.

La autora nos explica lo que abarca la indemnización punitiva, lo cual -satisface- un triple propósito:

- a) Sancionar al dañador. - Apuntando al que el dañador quede con ventajas.
- b) Prevenir sucesos lesivos similares. – esto es el impacto psíquico que crea la condena punitiva.
- c) Eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa.

(Abrevaya, 2011, pág. 407.)

El tema de tener un objetivo punitivo, expresa la autora, posee temas muy riesgosos como cuándo y en qué condiciones imponerlo, asimismo, es importante determinar su reglamentación. Por otro lado, la autora expresa que el “resarcimiento” del daño moral involucra la gravedad objetiva del hecho dañoso, lo cual significa abarcar más de lo que ha podido producir como sufrimiento en la víctima.

2.1.3 Profesor Diez Picazo

El profesor reflexiona sobre la figura sobre el daño moral, expresando:

“En los últimos tiempos, se han ido produciendo o se están produciendo, decisiones de los tribunales en que la figura del daño moral se ha aplicado o se aplica con escasa coherencia”

(Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 13)

La relevancia del tema ha justificado que el profesor español dedique un solo libro a la institución del daño moral respecto a casos judiciales de la jurisprudencia española. Lo que a este segmento corresponde, delimitaremos encontrar el concepto de daño moral que sostiene el profesor, como a su vez criterios para su cuantificación.

El autor busca regresar de la figura sobre el daño moral, manifestando que no es fácil saber cuándo y por qué se incorporó las indemnizaciones por daños moral en Europa (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 59.)

El autor hace una precisión importante: además de los perjuicios económicos directos se podía reclamar (en dinero) por las afectaciones emocionales (*schmerzengeld*). Esta última no se otorgaba a título de pena, sino de resarcimiento.

En el derecho francés se dio germen a lo que específicamente se llamó deterioro moral (*dommage moral*). La decisión más antigua fecha del 13 de febrero de 1923, que estableció como traumatismo moral el resentimiento experimentado por los hijos de la desaparecida de un accidente perjudicial.

En frase la clasificación de los daños en el área extracontractual, son:

- 1) Daño material
- 2) Daño moral.

En Francia, el daño moral podía revestir 2 aspectos diferentes:

- 1) Una persona podía ser atacada en su honor.
- 2) Una persona podía ser atacada en su reputación.

Josserand era de la perspectiva que un afecto moral, no justifica un pago (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 13). Sin embargo, la jurisprudencia francesa estableció que el interés moral sí justifica el pago, el mismo que no tiene título de compensación sino de satisfacción (lo cual consideramos que, entrar al terreno de la satisfacción es un ámbito muy subjetivo) y representan el precio del dolor.

El precio del dolor abarca:

- 1) Daño físico
- 2) Daño psicológico.

En el derecho italiano la expresión para este tipo de daño es el daño no patrimonial, y ahí se encuentran los padecimientos del ánimo como la nostalgia, la amargura, la zozobra, la inquietud y los disgustos físicos.

En el derecho español el reconocimiento del daño moral se da con la STS del 6 del último mes del año de 1912, una decisión como podremos observar del derecho al honor:

“Un importante periódico de difusión nacional había publicado una falsa noticia en que, con gran alarde tipográfico, se decía de un capuchino que era fraile raptor y suicida y se ponía en tela de juicio el honor y la fama de una señorita con la que se pretendía que el fraile había tenido escandalosa sucesión”.

(Diez Picazo, 2008, pág. 67.)

En el año 1944 se realiza la primera referencia del daño moral en el Código Penal Español. Haciendo una referencia a la legislación alemana o italiana, el autor expresa que en esos

países el perjuicio moral únicamente se otorga si el supuesto está regulado, alejándose evidentemente este criterio restrictivo de nuestro artículo 1984.

El autor en esa comparación de definiciones sobre el daño moral llega a una reflexión muy interesante:

“El problema del límite de la resarcibilidad del daño moral, está implícito en la investigación del concepto y es inseparable de él”.

(Diez Picazo, 2008, pág. 77.)

Asimismo, el profesor tiene una visión francesa cuando expresa que este tipo de daño (moral) es aquella afectación a la esfera inmaterial, incorporal o invisible.

Por otro lado, comienza a hacer las delimitaciones del daño moral y no solo hablar, como lo expresa nuestro artículo 1984 de “magnitud” del daño, dando a pie a que se dé un abanico infinito de posibilidades para reclamar el daño moral. Nos expresa que el daño moral puede darse cuando se afecta el honor de una persona o bien, desde el lado afectivo, cuando un cónyuge o pariente próximo a perecido un accidente (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 78.). El profesor parece alejarse de esta idea de presunción del daño moral, al expresar lo siguiente:

“Continuamos sin saber los límites de la resarcibilidad, es decir, si todos los daños morales cualesquiera que sean resultan indemnizados, todos ellos o algunos de ellos y bajo qué condiciones y que características se indemnizan”

(Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 13).

Si es que en la motivación de una sentencia sobre el daño moral se evalúa el beneficio obtenido por la persona que se ha determinado que es responsable, el autor considera que se estaría regresando al damnificado y/o víctima lo que el responsable obtuvo (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 82.). Consideramos que esto pasa más por tener una idea de función disuasiva y sancionadora.

No toda alegación de daño moral debe presumir su existencia. Al respecto sobre la tolerancia de determinadas afectaciones, el autor expresa:

“Tampoco es fácilmente pensable que el ordenamiento quiera que los sujetos, miembros activos de la comunidad jurídica, no puedan sufrir desolaciones, disgustos o quebraderos de cabeza como es normal que los sufran los partícipes en el tráfico. Hay, en todos estos campos un riesgo permitido y toda actuación en el marco del riesgo permitido no genera daño ni, por consiguiente, daño moral”

(Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 88.)

El profesor español expresa que la no presunción del daño moral en todos los casos que se pretenda el mismo, permite no dar a paso a una motivación a partir de puras ficciones y que a su vez aumente el número de pleitos (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 93).

Como podemos observar, la contribución a partir de ciertos criterios mencionados líneas atrás no llega a una definición del daño moral.

En términos generales, expresa el autor, parece que para que el juez declare fundada el petitorio del daño moral deben darse dos características:

- 1) Lesión de la personalidad que se encuentre reguladas en la ley.
- 2) Afectación de la esfera psicofísica.

3. Estado actual en la doctrina nacional sobre el concepto de daño moral

3.1 Profesor Espinoza Espinoza

El profesor Espinoza comienza haciendo una clasificación de daño patrimonial y extrapatrimonial (Espinoza Espinoza, 2016.). Nos corresponde plasmar la posición del autor sobre el daño extrapatrimonial, ya que esto abarca una lesión a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico e inmaterial, entendiéndose esto como daño moral.

El profesor expresa una definición del daño moral, siguiente la línea de la Corte Constitucional Italiana:

“El daño moral definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc. Padecidos por la víctima, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos. Dentro

del daño moral, se distingue en su concepción subjetiva, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, y, por otro lado, la concepción afectiva, entendida como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes”.

(Espinoza Espinoza, 2016., pág. 302.)

Con base a la lógica y la justicia, el profesor aconseja que no se pueda ser tan expansivo en admitir el resarcimiento en este tipo de daños, por cuanto llegaríamos a situaciones inverosímiles, como que el mero susto ocasione la presunción de daño moral.

Por otro lado, el profesor considera que la relación entre daño a la persona y daño moral es de género a especie. El profesor, atento a los avances de la doctrina argentina, ha expresado que en esta se pretende dejar la categoría del daño moral para sustituirla por el daño a la persona, posición que el profesor no comparte.

Expresa el profesor que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia admiten tanto el daño a la persona como el daño moral, por lo que el verdadero problema, expresa el autor, es que los operadores brinden una tutela efectiva (Espinoza Espinoza, 2016., pág. 309.)

3.2 Profesor Leysser León

Sobre el punto del daño moral, el profesor comienza la distinción entre el daño que tienen los colegas argentinos, dividiéndose en 1) Daño patrimonial y 2) Daño no patrimonial. Esto conforme lo expresa el autor es contradictorio a la normativa vigente, ya que su código civil no expresa la categoría del daño no patrimonial (origen alemán)

(León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., págs. 302-303.)

En el sistema italiano, su código penal (art. 185), regula el daño no patrimonial y también lo tienen regulado en el ámbito privado (artículo 2059 CC). En este último podemos observar como el ordenamiento italiano, en cuanto al ámbito del daño no patrimonial se refiere, ha establecido una cláusula cerrada (solo para los supuestos establecidos en la ley).

Por tradición, nos expresa el profesor, la doctrina y jurisprudencia italiana ha entendido estos casos como aquellos en los que está de por medio la comisión de un delito.

Una delimitación importante es que cuando una persona fallece producto de un accidente de tránsito se debe usar el término víctima y no de damnificada, ya que el primero ha dejado de existir y no puede seguir ostentando intereses.

El artículo 1984 del Código Civil del Perú permite tener una noción amplia de familia, por lo que se puede alegar la afectación vía acreditación del vínculo afectivo, no limitándose en ese sentido como el derecho argentino a los herederos forzosos.

El profesor comenta un caso italiano en el que se expone una forma de acreditar la legitimidad de una madre (Panio vs Padula). Esta última había cumplido a cabalidad el papel de madre del fallecido, como la firma de la libreta por parte de la demandante (durante los años de escuela del accidentado). El resultado fue ser beneficiaria del seguro de vida de la víctima.

El profesor define al daño moral como:

“Una afección del estado de ánimo, la cual se traduce en dolor y sufrimiento, y que, por ser inestimable debe cuantificarse, inevitablemente, según criterios de equidad, para efectos de compensación”

(León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 317.)

El profesor nos expresa la diferencia en cuanto a la posición de doctrinas:

Doctrina francesa: daño material (Artículo 1969) - daño moral (Artículo 1984).

Doctrina alemana e italiana: daño patrimonial (Artículo 1969) - daño no patrimonial (Artículo 1984).

Respecto a la bipartición del daño moral - daño a la persona, según la perspectiva del profesor, tiene que eliminarse uno de los dos. Si se elimina el daño a la persona quedará de todas formas protegido el individuo por nuestro primer artículo de las fuentes de obligaciones, en lo que concierne a la responsabilidad extracontractual (art.1969). Y si se elimina el daño moral, pasará a entenderse dentro del daño a la persona (León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 327.).

“El daño moral en sentido propio, no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte en los sentidos externos, sino que se siente interiormente.

En sentido impropio, es todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque ni lo disminuya”

(León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 350.).

Siguiendo la doctrina italiana (Francesco Gabba), el profesor entiende que la concepción del daño moral abarca el daño a la persona. Por otro lado, el profesor plasma un texto de Wenceslao Roces, quien menciona que la pretensión del daño moral, al ser un tópico irreparable, no permite sobreponerse a una vaguedad de contornos difícilmente medibles por su propia naturaleza.

(León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 352.).

El profesor habla de las funciones de la responsabilidad civil como las siguientes: (León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 354.):

- Función de reparación. - Porque aspira a reconstruir para el damnificado la situación. Preexistente a la producción del efecto dañoso.
- Función de Prevención. - En el sentido de cumplir con el deber de reparar el detrimento generado induce a optimizar sus propias precauciones con las medidas que sean razonablemente exigibles, para evitar posibles episodios dañosos para otros.
- Función de Punición. - Encontrándose con el límite de que resulte desproporcionado a lo que el dañador pueda pagar.
- Función de distribución. - Porque la regulación hace que el magullamiento recaiga en algunas habitantes que son eficientes de soportarlo en ética de la ocupación desarrollada (empresarial), y de la consiguiente alternativa de que tienen para redistribuir entre otros (Consumidores), el quebranto compensado.
- Función aflictivo – consolatoria. - Sancionadora y mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” este, en sentido estricto.

El profesor hace hincapié que cuando nos vamos a referir al daño moral solo debemos hacer referencia a la satisfacción, y deja de lado los conceptos de resarcimiento e indemnización (si es que la satisfacción parte por una concepción de beneficio económico

no podremos llegar a una unificación, ya que a no todos satisface del mismo monto económico).

Siguiendo el hilo del párrafo anterior, es importante la distinción que expresa el profesor entre resarcir e indemnizar. Resarcir abarca todo aquel título de responsabilidad por daños; por otro lado, indemnizar abarca traslados económicos, teniendo un abanico de supuestos tales como la expropiación, el despido injustificado, etc.

(León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 356.).

El profesor hace unas reflexiones del sistema francés a partir de su entrada en vigor. La discusión sobre el daño moral tuvo dos posiciones:

- 1) Negación de la posibilidad para resarcir un daño moral, porque no se podía concebir en dinero y;
- 2) La plena resarcibilidad de los daños moral, limitados a ciertas hipótesis, solo cuando este tenía una consecuencia material

Pasado el tiempo, expresa el profesor, la jurisprudencia francesa reconoce que el daño moral es resarcible. En el daño moral en Francia los autores de ese país no hablan de patrimonio cuando se refieren al daño a la persona, sino de la distinción entre daño material e inmaterial (León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 357.).

Por último, hemos tenido a la mano un reciente material del autor sobre un curso dictado y dirigido a jueces (Amag) (León Hilario, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual., 2016).

En el material el profesor define al daño moral como:

“Desasosiego, angustia, melancolía, desazón, malestar anímico provocado por evento que no necesariamente están ligados con la responsabilidad civil, como los amores no correspondidos”

(León Hilario, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual., 2016, pág. 62.)

El autor continúa expresando que los daños morales se referían a daños sociales, es decir, que el agravio estaba enfocado en el perjuicio social, antes que al agravio de la víctima.

El daño moral estaba enfocado en el ámbito penal, es decir, en el daño que un delito produce, el cual va ligado a tener una función disuasiva para la sociedad que no la ha cometido.

Con vistas a la fijación de un monto, el profesor desglosa los siguientes conceptos (León Hilario, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual., 2016, pág. 64.):

a) El daño moral en sentido estricto. – El cual está centrado en las afectaciones emocionales que tienen carácter temporal.

b) El daño moral en sentido amplio. – Que consiste en la violación de derechos de la personalidad. (Daño a la persona), hablando en un sentido progresivo, primero estuvo el honor y la reputación, así como las ofensas públicas, calumnias, difamaciones.

En el Perú, expresa el profesor, el daño moral se comenzó a hablar en perspectiva afrancesada, con el Código Penal de 1924:

“Art 66. – La reparación civil comprende:

[...]

3. – La indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia o a un tercero.

Art. 67. – El juez ordenará en la sentencia penal la restitución y la reparación del daño y determinará prudencialmente, a falta de prueba, el valor de la indemnización del perjuicio material o moral originado por el hecho punible.

Art. 79. – Cuando el matrimonio deje de celebrarse por culpa exclusivamente imputable a uno de los desposados, y su no celebración dañe gravemente los derechos inherentes a la personalidad del otro, el juez podrá conceder al inocente una suma de dinero en concepto de reparación del daño moral.

Art. 111. – Cuando se declare infundada la oposición, el opositor, no siendo un ascendiente, ni el ministerio fiscal, o el denunciante, si la denuncia hubiese sido maliciosa, quedará obligado a la indemnización de daños y perjuicios que fije prudencialmente el juez teniendo en cuenta el daño moral.

Art. 156. – Las indemnizaciones reclamadas por los cónyuges a título de pensión alimenticia o de reparación del daño moral, se regirán por lo estatuido para el divorcio.

Art. 264. – Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente, el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación del daño moral.

Art. 370. – La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de promesa de matrimonio, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción.

Art. 1148.- Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”.

Son sumas desprovistas de toda finalidad resarcitoria, expresa el autor, y que más bien persiguen, desenvolviéndose como penas privadas, sancionar al responsable y modelar su comportamiento hacia el futuro.

Sobre el Tercer Pleno Casatorio, el autor aclara que el artículo 345-A es una obligación indemnizatoria por solidaridad familiar, por lo que no estamos ante un caso de responsabilidad civil, ya que, conforme las parejas se unen voluntariamente, no puede ser que el acto de no querer continuar con el vínculo legalmente establecido no sea considerado una decisión válida para efectos legales. Lamentablemente si la persona que quiere separarse observa que para que esta acción se vea materializada tendrá una obligación resarcitoria, aun en el ejercicio regular de un derecho, estamos forzando que existan vínculos involuntarios. (León Hilario, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual., 2016).

Por otro lado, el autor nos da un criterio interesante para la cuantificación del daño moral:

“El daño moral en sentido estricto, el cual, forzosamente tendrá que ser de cuantía menor que el daño a la persona dado su carácter pasajero y ajenidad a funciones propiamente reparadoras”

(León Hilario, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual., 2016, pág. 69.)

3.3 Profesor Fernández Cruz:

El profesor sigue una definición ya mencionada líneas arriba, pero no vemos la necesaria vinculación con el derecho procesal, en específico sobre la prueba del daño moral. Veamos:

“El daño moral, afecta la parte intrínseca del sujeto. Se plantea inicialmente como un tipo de afectación a la entidad psíquica del sujeto con imposibilidad de trasladarse a la faz externa, es decir, a la fase de la productividad. Cuando afecta la faz interna, nos encontramos ante un daño moral objetivo y cuando queda en la interna nos encontramos ante un daño moral subjetivo. El daño moral será aquel que la psiquis y sentimiento de la persona humano, el cual conforme a su origen conceptual refleja un padecimiento y dolor espiritual”.

(Fernandez Cruz, 2019, págs. 98-105.)

El profesor, en su propuesta de reclasificación del daño, ve la necesidad de que cualquier voz del daño no patrimonial represente una unidad, lo cual, desde su perspectiva, está englobada en la categoría introducida por el profesor Sessarego (D. a la persona), es decir, la parte interna (psíquica) del individuo, concepto que también abarcaría las afectaciones temporales (D. moral). En el ámbito de las funciones de la responsabilidad civil, el profesor menciona que la función satisfactoria del daño resarcible cumple una función aflictivo-consolatoria, la cual está destinada a mitigar, esto es, reducir los daños sufridos, en una perspectiva tuitiva de la víctima (Fernandez Cruz, 2019, pág. 103.).

El profesor expresa que las siguientes características singularizan el daño moral (Fernandez Cruz, 2019, pág. 105.):

- ✓ Afecta la faz interior del sujeto.
- ✓ Tiene siempre naturaleza temporal.
- ✓ Tiene siempre causalidad atributiva legal o jurídica en sus consecuencias patrimoniales.

Respecto a su opción de resarcimiento, el profesor expresa que sí se resarce el *pretium doloris*. Asimismo, expresa que este (resarcimiento) no puede ser cuestionado ya que el sufrimiento es algo legítimo de ser protegido, sea en dinero o través de cualquier valor de cambio (Fernandez Cruz, 2019, pág. 106.).

4. Nuestra posición doctrinal:

Luego de haber revisar y reflexionado sobre las definiciones del daño moral, consideramos que el mismo debe considerar y tener en cuenta para su aportación y valoración probatoria lo siguiente:

El daño moral es la afectación de ánimo individual, los cuales, de manera genérica y no cerrada, comprenden el dolor y sufrimiento que se le causa a un ser humano. El monto a percibir por una empresa que alega desprestigio colectivo encajaría mejor en el lucro cesante por esa afectación al honor, el cual sería mejor remediado vía acreditación de lo que dejó de percibir y unas disculpas públicas. El daño moral tiene una función compensatoria que será acreditado vía diagnóstico de un psicólogo, por lo que tiene que probarse, la afectación moral, buscando ser acreditado al momento del perjuicio, ya que esta afectación tiene el carácter de temporal.

3. La responsabilidad extracontractual y sus funciones vinculadas al daño moral

Es importante saber qué función, según la doctrina, tiene la responsabilidad civil para que, partiendo de ello, podamos decir qué funciones son las coherentes y que vayan vinculadas al otorgamiento del daño moral.

3.1 Función Reparadora

“Cabe reflexionar si es que en el daño moral podemos hablar de reparación, como función primordial”

(León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017., pág. 324.) .

Debemos tener en cuenta que no se puede saber el estado en el que se encontraba la persona emocionalmente antes del perjuicio. Se parte entonces desde si en los procesos judiciales se expresa la función reparadora del daño moral, asimismo, se entiende que se asume que previo al accidente tenía un buen estado moral.

El profesor Espinoza, siguiendo la corriente italiana sobre este punto, expresa que lo que se pretende es resarcir a las personas a las que se les acredite haber sufrido un daño. En el ámbito de los daños materiales o patrimoniales estaríamos hablando de retrotraernos a la situación que se encontraba la persona antes del perjuicio.

(Espinoza Espinoza, 2016., pág. 55.)

Creemos que es el camino correcto para establecer una indemnización, quiere decir otorgar un monto de dinero en los supuestos normativos establecidos en la ley, es decir, que el término indemnización no es de exclusividad a la mera aplicación del daño moral.

También está justificado usar la función compensadora porque lo que intenta es buscar un equilibrio, del cual, conforme a la poca preocupación que tienen muchas personas por su salud mental, no llegaremos a saber el punto de partida, que refiriéndose al ordenamiento jurídico parece ser el óptimo, porque ese intento por equilibrar la función más acorde con el daño moral es el de compensar.

Por otro lado, para el autor la suma pecuniaria permite compensar el daño moral (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 96.). Esto evidencia el no interés por no tratar ese plano inmaterial, sino más bien alejarse de esta compensación moral y buscar distractores para no pensar y, en teoría, “no sentir” el dolor que me causó determinado perjuicio.

3.2 Función Satisfactiva

La idea de satisfacción puede orientarnos a saber qué función tiene el daño moral. La idea de satisfacción encaja en el mismo concepto que el daño moral, es decir, ambos están en criterios estrictamente subjetivos y, en todo caso, aplicando esta función, el juez pretenderá reducir el dolor en la medida de lo posible, pero serán montos orientativos, que a determinadas personas la idea de que se cumpla satisfacción sí se dará, pero no en otros casos.

3.3 Función Punitiva:

Según el profesor Diez Picazo, siempre ha existido un criterio punitivo en el daño moral (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 99.). Ni la norma ni exposición de motivos explica qué funciones debe cumplir la responsabilidad civil, pero si esta función se aplica en la práctica, entonces el daño moral no puede tener una función compensatoria, y se estaría estableciendo un monto por aparente aplicación de un concepto, pero que poco o nada preocupa su verdadero tratamiento, sino más bien disuadir y sancionar, que como se sabe se contradicen con la función compensatoria.

En este punto de análisis cabe anotar que, como experiencia histórica, el llamado resarcimiento de los daños morales puede considerarse como una medida de orden penal, pero el monto a otorgarse por daño moral no tendría la idea de daño moral, sino más bien

de la exigencia de compensar a la víctima (Diez Picazo, El Escandalo del daño moral., 2008, pág. 101.).

4. Las funciones de la responsabilidad civil desde el derecho argentino

A lo largo de los códigos más influyentes en el Perú (Francia, Italia, Alemania), y conforme avanzan los estudios del tema, se ha permitido constatar que la responsabilidad civil transitó una etapa de revisión en todo el mundo (De Estrella Gutierrez, 2000, pág. 37.)

En el derecho argentino, por ejemplo, han sido explícitos en que la responsabilidad está enfocada en la sanción (De Estrella Gutierrez, 2000, pág. 38), por lo que la aplicación de montos elevados por concepto de daño moral estaría justificada si aceptamos la perspectiva disuasión-sanción.

Ha medida que transcurre el tiempo existe un aumento de los supuestos de los daños indemnizables; en ese sentido, en el derecho argentino se habla de resarcibilidad del daño moral (De Estrella Gutierrez, 2000, pág. 44.), concepto con el que discrepamos al no saber en qué estado se encontraba emocionalmente en la mayoría de los casos el damnificado o las víctimas, por lo que preferimos expresarnos de la siguiente manera: compensación del daño moral.

La jurisprudencia argentina carece de base firme, por lo que se podría sospechar de una arbitrariedad (Iribarne, 2000, pág. 192.), lo cual nos permite constatar que no estamos tan alejados de la experiencia comparada en el derecho peruano, ya que no existe uniformidad sobre el daño moral en nuestra jurisprudencia, y también existe debate si se debería usar o no un cálculo matemático para determinar el monto de las indemnizaciones, tal como sucede con la experiencia argentina (Iribarne, 2000, pág. 193.).

La idea que consideramos pertinente para explicar la aplicación de establecer cálculos matemáticos en la responsabilidad civil es la idea (incompleta, por cierto), de cómo obtener un justo monto indemnizatorio. Es sobre este sentido que concordamos con la doctrina argentina, cuando expresa:

“La impresión subjetiva de justicia de la prestación es suficiente para establecerla, a pesar de que esa discrecionalidad la torna insusceptible de todo control de razonabilidad”

(Iribarne, 2000, pág. 194.)

Por este motivo, intentar establecer un monto basado en criterios subjetivos sobre el daño reafirmaría la idea de Jouvenel, quien expresa que la fórmula matemática no es muy precisa (Iribarne, 2000, pág. 198.). Debe tenerse en cuenta que a la hora de usar los cálculos matemáticos estos no deben estar basado en una libre valoración por parte del juzgador, conforme lo ha valorado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba:

“Se debe valorar que elementos se han tenido en cuenta para arribar aquel monto” (Iribarne, 2000, pág. 212.)

Por otro lado, cuando se busque determinar qué corresponde en cuanto al daño moral, debe quedar apartado la idea de clasificarlo como bien extrapatrimonial (Brebbia, 2020), sino que nos referimos a daños extrapatrimoniales. La importancia de tener clara esta diferencia es que al manifestar el término daño todavía no atribuimos como una única fuente de compensación la asignación de un monto económico.

Siguiendo esta línea, no se podría aseverar que debido a que la extrapatrimonialidad es considerada *erga omnes* (Brebbia, 2020, pág. 231.), se debe presumir la afectación sin presentar ningún medio de prueba.

Por último, delimitar las funciones tiene una enorme relevancia práctica, ya que desde la misma se tendrá que analizar si su dirección (funcional) solo pretende abarcar a los que se les atribuye derechos personalísimos (personas naturales), o es que acaso también cabría pensar en un daño moral de la persona jurídica.

Para ello, antes de la cuantificación se deberá establecer si es que el daño moral es sanción o reparación (Cifuentes, 2000, pág. 395.). Si es que se parte de que el daño moral forma parte de la teoría de la reparación, la cual reconoce que no es posible la reparación integral, se alejaría de la valoración matemática para el daño moral; por otro lado, para reparar se debe conocer el estado en el que se encontraba antes de la afectación, siendo ello más coherente solo para las personas naturales a través de diagnósticos psicológicos, y si es que se quiere aplicar la misma evaluación a la persona jurídica no es posible.

Cuando la persona jurídica denuncie delitos contra el honor el criterio es otro, y deberá acreditarse con documentos y estadísticas cómo determinada afirmación hizo caer sus ventas y/o socios.

Asimismo, lo que engloba el daño moral parecería no encajar con criterios que sí se justifican en una persona natural, pero no en una persona jurídica, tales como que este último pueda sustentar en un proceso de daños y perjuicios, daño moral por tradición, recuerdos y afectos hereditarios (Cifuentes, 2000, pág. 401.).

Es por ello que coincidimos con el siguiente párrafo del profesor Cifuentes:

“El bien u objeto inmaterial pasible de daño, en rigor de verdad, aparece como propio de la persona física; frente a la ideal se diluye. En ésta no hay nada de anímico, de psíquico, de espiritual o sentimental; nada de orgánicamente corporal y sexual; de la posibilidad de sentir dolor. Si no hay base anímica, sensibilidad moral, sentido o percepción de los padecimientos físicos, sentimientos y afectos, tampoco podrá ser posible sostener un daño inmaterial. Esta posición ha sido respaldada por los fallos de jurisprudencia el cual ha negado el daño moral a la persona ideal o colectiva”

(Cifuentes, 2000, págs. 406-407.)

5. Los problemas filosóficos del daño moral

Las siguientes reflexiones parten de un artículo elaborado por el profesor Papayannis (responsabilidad por el dolor causado y sufrido), el cual no está publicado aún en una revista, pero la exposición puede verse en (Papayannis D. M., 2018).

Los problemas filosóficos permiten explicar la indemnización del daño moral en los sistemas liberales o no intervencionistas, es decir, que para reclamar los daños y perjuicios requieren demandar a la otra parte.

Las reflexiones del artículo resultan enriquecedoras para la presente tesis, porque 1) habla del problema probatorio, 2) nos hace una diferencia entre el dolor causado y el dolor sufrido, 3) menciona que no todo daño es reparable, y por último, 4) que en los casos de daño moral irreparable la compensación monetaria cumple una función normativa importante (Papayannis D. M., 2018).

La responsabilidad civil extracontractual tiene implícito el deber de no dañar, ya que, aunque no esté de manera expresa en nuestro código (artículo 1969), si causamos daño, debemos repararlo, por lo que cumple un rol subsidiario de remediar o enmendar las infracciones a las normas.

La idea de reparar, corregir o enmendar, en específico en el daño moral, habla de una compensación, ya que al no saber el estado anterior en el que se encontraba la persona antes del perjuicio, la compensación es intentar establecer un equilibrio que no se conocía. El motivo es porque el daño, la falta de respeto o el dolor causados en las interacciones injustas (porque no tenía legitimidad para causar el daño) no pueden ser completamente erradicados del mundo (Papayannis D. M., 2018, pág. 2.).

La práctica judicial pareciera entender que el concepto de daño moral ha sido creado para erradicar aquel dolor, o en todo caso, establecer montos en base a criterios no objetivos que se alejan del concepto de daño moral, es decir, determinar montos para distraer a la persona de su sufrimiento, pretendiendo que realice otras actividades. Esto nos permite apreciar la falta de comprensión en cuanto a los remedios, ya que los remedios terminan siendo siempre imperfectos, por lo que esa forma de ver el daño moral no permite apreciar su entendimiento en la práctica.

Expresa el autor que solo puede evitarse que una injusticia del pasado se eternice a futuro atacando la fuente de la injusticia en la medida de lo posible. (Papayannis D. M., 2018, pág. 3.).

El aspecto emocional es un tema mucho más complejo ¿Cómo reparar la causación y el correlativo sufrimiento de dolor? Aquí, expresa el autor, parece que entramos en el reino de la subjetividad y la arbitrariedad. ¿Tiene algún sentido transferir dinero como indemnización del dolor sufrido?

Los criterios de valoración del daño moral son amplios y confusos (Papayannis D. M., 2018, pág. 6.). El autor está centrado en el dolor, más que la amplitud del daño moral, pero el dolor engloba la definición de daño moral. El dolor parte del valor que le asignamos a cada aspecto de nuestras vidas (personales, propósitos y aspiraciones en la vida).

El autor expresa que la ausencia de dolor deshumaniza. También creemos que las personas bajo un mismo suceso no tienden a sentir igual, por esa razón la idea de deshumanización permite, al menos desde el ámbito psicológico, que se puedan cuantificar menos sesiones terapéuticas o que lleguen a ser patológicas, lo cual derivaría un tratamiento con el psiquiatra.

El dolor puede estar dividido en dolor físico, emocional y otras sensaciones. Aunque son las mismas áreas del cerebro las que se activan frente al dolor físico y emocional, todo dolor depende de la mente y la mente no puede operar sin un cuerpo debido a que hay interconexión cuando hablamos de dolor físico y emocional.

Por otro lado, el dolor físico puede ser más contrastable vía exámenes médicos y resultan ser más exactos que la magnitud de un dolor emocional, el cual llegará a ser cada vez más profundo o aparentar serlo mientras no se le realice un diagnóstico psicológico.

El contexto cultural expresa la normalidad del dolor, este punto es importante para ver de qué forma se conecta con la o las funciones que ocupa la responsabilidad civil cuando se otorga daño moral.

Precisa el autor que el dolor emocional, a diferencia del físico, no tiene una ubicación concreta más allá de una vaga referencia a un dolor en el alma (Papayannis D. M., 2018, pág. 8.)

Puede existir dolor emocional sin experimentar un dolor físico, como en los accidentes de un familiar cercano. La comprensión del dolor emocional requiere indagar en la psicología de la persona. Esta indagación no puede confundirse con una presunción por parte de la judicatura, vulnerando el derecho al contradictorio y equilibrando la balanza a favor del demandante por la mera alegación.

Es interesante plasmar que cuando un dolor físico, por la magnitud del daño, suele tener un carácter temporal, y no un diagnóstico tan severo, puede no ameritar daño moral, por lo que comenzamos a ver pasos de que no toda pretensión de daño moral debe presumirse y otorgarse, sin mayor motivación.

Desde el ámbito emocional, la afectación a la misma suele ser un perjuicio de mayor magnitud en el ámbito físico (invalidez), que sí requerirá un mayor tratamiento psicológico por aquella afectación.

El autor considera imposible distinguir el dolor emocional de otro conjunto de emociones, algunas claramente negativas como el rencor, el resentimiento, la indignación, la desazón, el desánimo, la vergüenza, la humillación, etc. (Papayannis D. M., 2018, pág. 9.)

Consideramos que, dependiendo del caso en concreto, podríamos delimitar mejor cada sensación de emoción sufrida, como en la afectación del honor, el accidente de tránsito de un pariente, que se llegue a cometer el delito de estafa, entre otras.

Este resultado se podrá identificar en el progreso de cada tratamiento psicológico, en el cual, el paciente, con la ayuda del psicólogo, puede delimitar mejor su emoción para que esa sensación no sea expresada en el test o informe psicológico de manera irracional, y que no se desprenda del caso. El dolor como sentimiento llega a ser distinto en cada una de las personas, por lo que la duración y el significado de cada dolor, expresa el autor, son completamente diferentes (Papayannis D. M., 2018, pág. 9.).

Si es que la clase de dolor puede conocerse solo vía experimentación, ya que el dolor es un fenómeno privado con carácter subjetivo (Papayannis D. M., 2018, pág. 10.), lo que podría hacerse cuando se tengan varios casos es poner una delimitación de personas que hayan sufrido por la muerte de un familiar, posteriormente, poder observar en cuántas sesiones psicológicas en promedio se podría observar una mejora general, y poder cuantificar las sesiones que tienen debido a ese episodio.

Por otro lado, menciona el autor, existen los dolores reflejos y los dolores que se conocen como el miembro fantasma (Papayannis D. M., 2018, págs. 10-11.). Los dolores reflejos son los que se producen en un lugar distinto del cual se sitúa el estímulo generador del dolor, por otro lado, el dolor fantasma se refiere a un dolor que se siente en una parte del cuerpo que le fue amputada.

Creemos que el primero podría delimitarse, en cuanto a perjuicio, en el daño emergente por los dolores manifestados que deberían ser contrastados con máximas de experiencia que fortalezcan el argumento de que el estímulo generador del dolor usualmente puede expandirse a determinadas zonas del cuerpo y, por último, realizar exámenes pertinentes que puedan hacer más sólido aún el argumento de las máximas de experiencia.

Respecto al dolor fantasma, creemos que nos fortalece con la idea de la aplicación del daño moral vía criterio de sesiones psicológicas, ya que esa persona puede llegar a sentir tristeza, depresión y/o quizás impotencia, pero que esos sentimientos se queden en su interior hacen el daño inmaterial más incuantificable aun cuando se intente vía terapias, ya que esa persona debe expresar sus sentimientos con la finalidad de que llegue a ser tratada mediante terapias psicológicas, y poder encontrar la liberación de todas aquellas

sensaciones de dolor que se atraviesan mediante el luto, pérdida o tristeza, y por otro lado, fortalecerlo emocionalmente de los acontecimientos que ha sufrido.

Por otro lado, el autor expresa (Papayannis D. M., 2018, pág. 15.) que, ante una barrera epistémica, las reglas procesales no hacen prevalecer los intereses de uno por sobre los otros. Afirma que la dificultad probatoria no debería operar sin más a favor de ninguna de las partes. Aquí tenemos dos puntos interesantes:

1) La necesaria vinculación que se debe tener entre el derecho sustantivo y derecho procesal. Lo que sucede es que pareciera que el daño moral solo se debería apreciar como un daño que se sobreentiende de los hechos. Esto haría que nos desentendamos del derecho procesal, lo cual es incorrecto.

2) El daño moral puede significar dificultad en cuanto a su probanza, pero ello no puede entenderse como imposibilidad de prueba, porque algo que no se puede probar afecta las reglas procesales y el debido proceso en sí, por lo que tiene que haber una forma de acreditar que se sufrió una afectación emocional, no cuánta se sufrió, porque al fin y al cabo son sentimientos y, si bien tienen carácter inmaterial en el ordenamiento jurídico, deben tener al menos un diagnóstico psicológico de esa presunta afectación.

Respecto a las exigencias probatorias, el autor (Papayannis D. M., 2018, págs. 15-16.) hace reflexiones interesantes que podemos ver ya en la judicatura peruana:

1) Si se relajan las exigencias probatorias muchos oportunistas (demandantes) aprovecharían para iniciar demandas por completo infundadas o exagerar la magnitud de su sufrimiento.

2) La opción de no indemnizarlo con certeza dejará sin respuesta adecuada un número considerable de daños efectivamente sufridos por las víctimas. Esto no quiere decir que se siga indemnizando todos los casos que se pretenda en el daño moral, ya que se puede optar por no admitir estos reclamos, expresa el autor, cuando uno cree que la indemnización del dolor generaría más perjuicios sociales en términos de demandas fraudulentas que en términos de dolores no resarcidos.

La justificación de que se compense el daño moral es que en sus picos más agudos el dolor emocional priva al individuo de la estructura psicológica adecuada para prosperar

en su entorno (Papayannis D. M., 2018, pág. 17.).Respecto a la delimitación del problema de prueba, el autor expresa lo siguiente (Papayannis D. M., 2018, pág. 17.):

1) Hay que determinar si existe dolor y cuál es su intensidad aproximada.

El autor hace una importante reflexión sobre la prueba de los estados mentales:

“Si la prueba de los estados mentales fuese imposible, entonces, no podría nunca condenarse por delitos dolosos, ni juzgarse la posesión de mala fe, el ánimo de lucro o el error excusable, entre muchísimos otros supuestos tantos del derecho público como del derecho privado. El dolor, al igual que estos otros estados mentales, no son comprobables mediante la mera observación, sino que son inferidos de otros hechos que podemos observar directamente, El conocimiento del dolor, en ese sentido, es indirecto. Que sea indirecto solo significa que su constatación depende de una inferencia inductiva, realizada a partir de otros hechos y otras máximas de experiencia”

(Papayannis D. M., 2018, pág. 18.)

Respecto a las máximas, el autor expresa que uno debe ser cauteloso para elegir una máxima y qué opiniones, juicios o conocimientos comunes deben resistirse a la prueba del dolor. Solo debería confiar sobre las que exista una conocida y, por qué no, mayoritaria aceptación (no se observa la judicatura sobre el daño moral) en la civilización media del sitio y del término en que se tomará el fallo.

2) Establecer, valorar o juzgar su razonabilidad.

Es importante determinar si lo que uno ha sufrido ha sido injustamente causado. La vulneración de un derecho es una consideración bilateral, pues los derechos funcionan como un límite a la libertad de acción de otros.

Quien infringe un derecho a la vez infringe sus deberes (Papayannis D. M., 2018, pág. 20.).

Por otro lado, expresa el autor, en principio, no todo dolor causado por una interacción injusta es resarcible, ya que en un mundo en el cual la responsabilidad alcanza todas las consecuencias de nuestras acciones incorrectas hace inviable nuestro modo de vida.

El autor expresa que existen sufrimientos que no podrían pretenderse en vía judicial como un perjuicio moral (Papayannis D. M., 2018, pág. 22.), como la ruptura de una relación de amistad.

La evaluación psicológica es determinante, expresa el autor, ya que lo que expresen en sus respuestas las damnificadas y/o víctimas podría determinar que el perjuicio moral no se desprende de las afirmaciones de los hechos, sino de un desequilibrio psicológico previo.

Las emociones antes de un evento pueden ser controladas, aunque llegar a ello resulte difícil, sin que ello sea una justificación para que se evaluara si el sufrimiento emocional por un determinado acontecimiento se aleje de la razón.

3) Cuantificarlo.

El autor expresa que cualquier propuesta que pretenda encontrar una cifra de dinero que indemnice en sentido estricto el dolor sufrido resultará insatisfactorio por razones conceptuales (Papayannis D. M., 2018, pág. 26.). La reparación del daño moral, expresa el autor, opera en un terreno incómodo. Ello le hace reflexionar en una pregunta interesante: ¿por qué dinero?

Si es que una afectación interna está en equivalencia a lo que se puede entregar en dinero, sería una medida de indemnizar materialmente correcta una afectación no material, pero, conforme lo expresa el autor, conceptualmente están en posiciones diferentes. La pregunta que se tiene que hacer cuando se alega el daño moral es: ¿cuánto dolor ha sufrido X?

Que no se pueda responder esta pregunta no quiere decir que se invierta a una presunción del daño moral. La línea “si se sufrió mucho, entonces necesita mucho dinero” no completa la respuesta de cuantificación. Conforme lo expresa el profesor, esta inferencia es bastante débil (Papayannis D. M., 2018, pág. 27.). El dinero, conforme expresa el profesor, media entre dos valores: el dolor y el placer. Argentina (Artículo 1741 del Código Civil y Comercial Argentino) tiene un método de placer compensatorio con el que el Perú no cuenta. Según la idea del placer compensatorio, entregar dinero está justificado para generar placeres hasta cierto punto (Papayannis D. M., 2018, pág. 28.).

La idea de que el dinero está justificado en cuanto se tenga el criterio de placeres compensatorios, hasta cierto punto, está centrado en que existen dolores emocionales reparables y dolores irreparables.

Para poner un ejemplo de dolor reparable, podemos hablar de un estrés sufrido, las lesiones que invalidan temporalmente a la víctima o las injurias de las cuales somos objeto. Por otro lado, expresa el profesor, un daño irreparable puede representarse en un caso de la pérdida de un familiar, el cual difícilmente puede ser reparado mediante otras experiencias placenteras.

¿Cuánto placer produce una cifra de dinero? Dependerá de la situación económica precedente de la víctima. En este punto consideramos que la idea de tabular el daño moral evidentemente se alejaría y/o en todo caso, solo como criterios mínimos.

Por otro lado, el profesor expresa que el argumento económico muestra algo usualmente no advertido en el daño moral, es decir, su efecto patrimonial, pero no su efecto puramente emocional que es el característico del concepto. Y aquí una anotación totalmente relevante del profesor: “En la responsabilidad civil sigue siendo el dinero nuestra respuesta preferida para el dolor irreparable, ¿por qué?” (Papayannis D. M., 2018, pág. 31.)

Parece que esta respuesta, expresada por el profesor, es que no terminamos de aceptar que existen daños irreparables, sino que debemos abandonar la idea de que todo daño moral es reparable.

Volviendo al tema de los daños irreparables, se debe establecer una indemnización en mejora de las víctimas, no porque repare su daño, sino porque mejora sus opciones a futuro, manifiesta el autor.

Es preciso hacer una diferencia terminológica (Papayannis D. M., 2018, pág. 33.) para saber qué solicitar cuando se pide daño moral:

- a) Reintegrar. – Tendencial restablecimiento de la situación anterior.
- b) Reparación. – Subsidio económico dirigida a aliviar la situación lesiva del evento.

En ese sentido, la pretensión y correspondiente acreditación del daño moral buscará la reparación.

Desde el punto de vista de la indemnización justa, el profesor expresa que un baremo no permitirá lograr ello en cuanto a daños irreparables, porque no estamos en un supuesto de daño moral reparable (Papayannis D. M., 2018, pág. 35.).

En el daño moral reparable, el monto pecuniario tiene un sentido indemnizatorio; mientras que en el daño moral irreparable, tiene un sentido de fortalecimiento de la víctima (consideramos que el daño moral al ser el ámbito espiritual tiene en ambos lados un fortalecimiento del ámbito espiritual).

El profesor concluye que el tema del daño moral en el dolor sufrido es altamente complejo y que el dolor no puede comprobarse directamente, pero que pueden inferir con determinados medios probatorios usualmente disponibles junto a máximas de experiencia mayoritariamente aceptadas (Papayannis D. M., 2018, pág. 36.).

6. PERSPECTIVA PROCESAL

6.1 La verdad, los hechos y el derecho procesal

6.1.1 La importancia de la búsqueda de la verdad en el proceso

Para hablar de prueba debemos considerar qué es lo que se persigue con el proceso, y para responder ello debe analizarse si es que la función principal del proceso es la búsqueda de la verdad. La verdad es una, es decir, lo que realmente aconteció.

La limitación que nosotros tenemos en un proceso judicial es el tiempo para recabar las pruebas para que beneficien a nuestro patrocinado (por lo que desde el punto de vista de las partes en el proceso civil que perjudiquen al patrocinado de una de las partes no las presentara), por lo que las partes solo afirmarán que buscan la verdad si es que esa posición los favorece. Desde la perspectiva del juez (heterocomposición) no tiene un interés en que gane uno u otro. Esto dependerá en gran medida de los medios probatorios que presenten y cómo es que estos se conectan con los fundamentos ya que estos son de vital importancia y serán sujeto de prueba en el proceso.

A su vez, se afirma que lo que se prueban son las afirmaciones; no obstante, somos de la idea de que se prueban los hechos, ya que las afirmaciones están basadas en lo que sucedió en un determinado momento, lo cual buscará ser acreditado mediante los medios

probatorios. Debemos ser enfáticos en señalar que no podrán existir alegaciones sin hechos, por ende, los medios probatorios admitidos buscarán persuadir al juez sobre el daño moral aparentemente sufridos. El juez valorará a partir de las pruebas de ambas partes. (Tapia Cornejo, 2017).

6.2 Los hechos

“El derecho no solo tiene que percatar con las regulaciones (normas), sino todavía con los acontecimientos (hechos)”

(Gonzales Lagier, 2018).

El análisis de estos últimos, hace unos 50 o 40 años atrás, no eran tomados en cuenta a la hora del análisis por parte de la cultura jurídica. Ello ha llevado, por ejemplo a España, a la creación del máster en razonamiento probatorio, en el cual se busca que tengamos mejores justificaciones de las premisas fácticas de las decisiones judiciales.

Desde nuestra experiencia como estudiantes de uno de los cursos más fundamentales del proceso (Teoría General del Proceso), hemos podido observar que usualmente parten de una descomposición solo de las ordenanzas (normas). Al respecto hemos percibido que existe una suerte de desinterés de la descomposición fáctica.

Preguntas pertinentes para realizar en la presente investigación son:

1. ¿Cuándo el juez puede decir que tiene por corroborado la existencia del daño moral?
2. ¿Cómo se acreditan las afectaciones emocionales?
3. ¿Acaso podemos observar en la judicatura una correcta motivación cuando se pretende el daño moral?

Las respuestas de estas preguntas se analizan, según el profesor Gonzales Lagier, a partir de la decisión en dos comités:

- 1) El trance del saber (y su ayuda o motivación), de los percances y;
- 2) La osadía universal de distintos apartados de argumentos que pueden constituir ámbito de la prueba.

La definición de una clase de hechos, en la alegación del daño moral, por ejemplo, incide en su prueba. Desde la teoría de la prueba se evitar pensar en que existe solo una clase de hechos homogénea.

Por ello, el profesor Lagier propone una teoría de la prueba desde los hechos, es decir, a partir de las distintas índoles de actos, el desasosiego de su saber, la cuestión de

su imparcialidad y su vinculación con cuestiones interpretativas (Gonzales Lagier, 2018, pág. 15.)

6.2.1 El hecho como objeto de prueba

El término “hecho” es ambiguo, pero en el ámbito del derecho tiene un contorno más definido, el cual está delimitado a un “evento”. Cuando afirmamos la ocurrencia a un hecho solo estamos diciendo que algo aconteció y debe ser posible de corroboración, por lo que, si seguimos en esta línea, los hechos y los objetos son cosas distintas. De ello podemos aducir que los objetos no necesariamente generan verdad de nuestras valoraciones. Centrándonos en el tema del daño moral, si es que nosotros afirmamos que hemos sufrido un gran dolor, aflicción y otros tipos de sentimientos a consecuencia de un acontecimiento, entonces ello debe ser posible de constatación como lo es el daño moral, vía test psicológico.

Se suele decir que la idea de la indagación sirve para cuidar de uno o más sucesos relevantes para la posibilidad. El hecho es el objetivo de la evidencia o su guía importante, en el sentido que es lo probado en el ámbito judicial (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005), y conforme a la valoración de la prueba y el derecho al contradictorio, la persona que dirige el proceso (juez) no puede ponerse su propia erudición (sin que estén acreditados por las partes).

El proceso busca resolver controversias jurídicas, tal como lo expresa nuestro Título Preliminar del Código Procesal Civil (Artículo V).

6.2.3 Hechos genéricos y hechos individuales

El daño moral (CC. Art.1984) regula de manera muy general cuándo y cuánto corresponde el mismo, al usar la expresión “dependiendo de su magnitud”.

El daño moral no está delimitado a los casos establecidos por ley, sino por los casos en los que se puede alegar daño moral, tales como: fallecimiento de un familiar, vulneración del honor, accidente de tránsito, afectación a la intimidad, quedar con secuelas entre otros. Por lo tanto, al usar cualquiera de esos supuestos en la casuística podemos decir que uno de ellos sería el hecho genérico.

Cuando se dice que un hecho ha sido probado o debe ser probado, se está haciendo referencia al hecho individual.

6.2.4 Distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado

Esta distinción (Gonzales Lagier, 2018, pág. 26.) es importante para una mejor justificación fáctica cuando se pretende daño moral:

- **Hecho externo.** – Lo que efectivamente ocurrió (No permite valoraciones de las partes.
- **Hecho Percibido.** – Información procesada por nosotros de lo que ocurrió en el exterior.
- **Hecho Interpretado.** – Darle una significación al desglosa o forme de percibir los actos que han transcurrido en el exterior.

En los supuestos mencionados (de daño moral), que usualmente acontecen en la casuística, se puede percibir que los hechos externos (accidentes de tránsito, afectación al honor, intimidad) necesitan de algún medio probatorio como lo son: atestado policial, peritos de accidente, videos difundidos o exposición de mensajes privados.

El problema de la casuística es que pareciera ser que la percepción de una persona sobre la afectación de estos hechos externos se encuentra en la misma percepción que tienen ellos o los jueces, ya que la interpretación no se puede percatar desde el otorgamiento de un monto sin motivación de este.

El juez debe hacer la interpretación, pero partiendo de la información y medios probatorios, es decir, los hechos presentados y su acreditación.

Lo que parece sorprendente es el poco análisis fáctico desde la teoría de la prueba, ya que el desarrollo de las decisiones judiciales sobre el daño moral parece solo centrarse en el supuesto de daño moral y la percepción del demandante, mas no en su efectiva acreditación de la afectación psicológica.

6.2.5 La identificación valorativa del hecho

La primacía jurídica de lo que se afirma que ha ocurrido no depende de nuestras percepciones, sino más bien de cómo es que realiza su valoración, por ejemplo, del “daño grave” (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 125.), asimismo, existe una distinción muy puntual que realizar:

Una cosa es acreditar que el perjuicio se ha causado y otra es clasificar la magnitud del daño; esto es relevante respecto al daño moral ya que se puede acreditar por poner un ejemplo, lo siguiente: se puede acreditar un accidente de tránsito, pero otra cosa es presumir el daño moral. Si es que nosotros pretendemos que valore nuestra posición sobre un determinado hecho, estaríamos desequilibrando la visión imparcial que debe tener el juez. En ese sentido solo podrá admitirse y posteriormente valorarle si es que ocurrió o no un determinado acto. La elección del criterio de valoración por parte del juez puede resultar de distintas fuentes, por ejemplo: estándares sociales, la valoración que realicen las partes, etc.

Taruffo nos da un ejemplo muy interesante para graficar las líneas anteriores acerca del criterio teórico. En el caso conocido como la convivencia intolerable se sostiene:

“El hecho a probar no puede ser toda la convivencia entre los cónyuges, en su desarrollo temporal y con la infinidad de hechos, eventos y circunstancias de los que ésta compuesta. Al respecto, es necesario un criterio de selección que permita establecer cuáles de estos hechos deben ser probados por ser relevantes a los efectos de la eventual aplicación de la norma: este criterio es evidentemente la intolerabilidad. El hecho está constituido por el conjunto de circunstancias específicas (no directamente identificadas por la norma) que, si son probadas, pueden hacer considerar como intolerable la convivencia de los cónyuges según algún parámetro de intolerabilidad”

(Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 132.).

Ahora bien, respecto a los medios probatorios de conformidad con el artículo 190 del Código Procesal Civil tenemos:

“Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustente la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes

por el juez. Son también improcedentes los hechos no controvertidos, imposibles o que sean notorios o de pública evidencia. No serán hechos controvertidos los que el demandado al contestar la demanda admite como ciertos estos hechos o afirmaciones como se entiende lo que se prueba no serán objeto de prueba”.

Al respecto del presente artículo me genera las siguientes preguntas: ¿Podrán presumirse de determinados casos el daño moral? ¿Acaso no estaría a cargo de la parte acreditar su sufrimiento? ¿Podría revertirse la carga de la prueba al demandado?

6.2.6 Hechos evidentes

También se excluye de prueba a los hechos evidentes, es decir, aquellos hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario.

Definición de presunción en el CPC (Art. 277):

“El razonamiento lógico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza de los hechos”.

Al respecto del artículo debemos mencionar que el dolor o sufrimiento no se puede presumir, pues de alguna forma debe ser acreditada por la parte. Esto puede ser ejemplificado para su mejor comprensión: un peatón imprudente cruza la pista, por manejar sin licencia de conducir y sufre un accidente de tránsito, el monto de concepto se verá reducido si es que no, eliminado cuando el juez atribuye toda la responsabilidad al peatón.

Elementos de la presunción:

- Un hecho conocido
- Un hecho desconocido.
- Una relación de causalidad entre ambos hechos. El único que es objeto de prueba es el primero, y los otros dos elementos quedan fuera del objeto de prueba.

Clases de presunciones:

- La presunción legal (Ejm: art. 386 del CPC)

- La presunción judicial.

Respecto a la primera existe dos categorías: 1) *iure et de iure* y 2) *Iurism Tantum*

Veamos un ejemplo *iure et de iure*

Artículo 386 (Código Civil Peruano):

“Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Este hecho no admite prueba en contrario”.

Por otro lado, tenemos un ejemplo *iuris tantum*:

Como el artículo 1971, casos en los cuales, si pruebas bajo esos preceptos, no se llega a tener responsabilidad.

7. Prueba

Conforme nos dice Taruffo: “La literatura de las últimas décadas existen muchas definiciones sobre prueba, existen 2 concepciones fundamentales sobre prueba 1) una concepción epistémica sobre los hechos y 2) La prueba es una herramienta retorico persuasiva que tiene como función no determinar el conocimiento de un hecho sino crear en la cabeza del juez una creencia sobre algo” (Taruffo, Poder Judicial De Chile, “Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho”., 2016), esta última fue muy utilizada en el derecho griego, en el cual no existían reglas probatorias, pues bastaba que el jurado creyera en tu teoría y aunque no estuviese regulada te daban la razón.

Conforme a esta segunda concepción, encontramos en el artículo III del Código Procesal Civil lo siguiente: “El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica”.

Lo que busca la actividad probatoria es persuadir al juez. Desde este segundo enfoque podemos decir que no se busca la verdad de los hechos, y el abogado llega a utilizar la verdad como un método retórico persuasivo. La búsqueda de la verdad de los hechos es

una de las tareas fundamentales del juez, según Taruffo, pues si no se busca la verdad sobre los hechos es casi imposible aplicar la voluntad de la ley.

Al respecto, es interesante apuntar la posición del profesor Ferrer (Ferrer Beltran, Cuestiones sobre la admisibilidad de las pruebas. Carmen Vázquez, Michele Taruffo y Jordi Ferrer”: 2016) sobre verdad y proceso:

“Lo que me aportan las normas son amenazas de sanción. Poniendo un ejemplo muy interesante para entender la idea plasmada si es que en una ciudad o lugar determinado no existiría radares para determinar cuando un vehículo va a excesiva velocidad y se atribuyese la sanción a cuestiones subjetivas como el color del carro, antigüedad, modelo y de cada 10 a uno sancione basado en esos criterios subjetivos entonces yo no tengo motivos para ir más lento o más rápido ya que será aleatorio la sanción que puede que se me aplique no debe existir entonces en ningún ordenamiento el alejamiento hacia la búsqueda de la verdad, el proceso a través de la prueba lo que busca es alcanzar la verdad llegara está a su máxima proximidad dependiendo de la restricción en cuanto a plazos y medios probatorios válidos para alcanzarla”.

Conforme se ha expresado: “No existe en la legislación nacional ni comparada un concepto integral de prueba” (Carrión Lugo, 2017). Lo que se tiene que concebir es una serie de aspectos comunes a las pruebas en las distintas especialidades del Derecho (Ferrer Beltrán, 2005.).

En el proceso se produce una actividad dialéctica sobre la base de afirmaciones y negaciones, la cual genera en el juez una incertidumbre de los hechos ocurridos, debido a que sobre el hecho fáctico las partes pueden realizar afirmaciones contradictorias. Las partes tienden a probar los hechos que convienen a la posición que asumen en el proceso. La actividad probatoria busca reconstruir los hechos, lo cual es distinto a la convicción de los hechos, pues esta es una de las fases más importantes del proceso. Probar es acreditar, desarrollar una actividad para demostrar la verdad de una afirmación, y a través de la prueba se reduce el espacio entre lo probado y la verdad. La prueba son las razones o motivos que llevan al juez a la certeza sobre los hechos. Cuando el juez establece “está probado que [...]”, existe una gradualidad de la fuerza del enunciado que son las siguientes (Ferrer Beltrán, 2005., pág. 20.):

- Enunciado constitutivo: Referido a establecer lo que ocurrió en un caso que se viene llevando en la vía judicial.
- Enunciado normativo: Determina de los hechos presupone la interpretación de las normas.
- Enunciado descriptivo: Se busca expresar lo que ocurrió, independientemente de nuestras interpretaciones.

La palabra prueba es utilizada en tres sentidos fundamentales (Ferrer Beltrán, 2005., pág. 27.):

- Los medios que se presentan para fortalecer los elementos que se pueden presentar en juicio en aras de que se establezca una inclinación del caso a favor de la persona que lo presente.
- Describir la actividad la actual mediante la cual se genera una aportación (de medios de prueba), en aras de que se favorezca una determinada hipótesis.
- Como la etapa final (resultado), de los medios que se hubieren pretendido corroborar en el juicio.

Teleológicamente, se dice que la intención de la evidencia es la profundización de la certeza sobre la gracia de determinados sucesos a los impactos de aplicarles, como consecuencia jurídica, determinadas respuestas normativas.

Conforme lo establece Carnelutti, “probar” significa acreditar (si es que se busca la verdad) lo que se afirma. Por otro lado, desde el Derecho, el control de acontecimientos que resulten complejos puede no realizarse con la búsqueda de la verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal (Carnelutti, 1982).

El objeto del proceso es todo aquello que puede ser susceptible de demostración de los hechos en el tiempo.

Todo lo que sucede en el proceso no es más que un juego retórico-persuasivo. El abogado que pretende persuadir al juez de que tiene la razón, y el juez al motivar la sentencia pretende persuadir a las partes de la bondad de la decisión tomada. El elemento más importante viene a ser las afirmaciones (de las partes) que se afirman han ocurrido, las

mismas que son presentadas frente al director del proceso (juez) (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 49.), y que tienen por finalidad convencer al juez. Todo esto es concordante con la finalidad que le otorga nuestro Código Procesal Civil a los medios probatorios. Cabe anotar que con la persuasión se busca que el juez le otorgue la razón a alguna de las partes, mas no demostrar la verdad de los hechos.

A continuación, citaremos las funciones de la prueba (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 80.):

- Una primera, afirma que no existe, y en caso fuera lo contrario, no debiera ser tomada en cuenta.
- Una concepción distinta surge de las concepciones semióticas o narrativas. Se considera fundamental la parte descriptiva (lingüística-narrativa), que se realiza durante el desarrollo del caso (proceso)
- Una concepción que se encuentra a favor de alcanzar la verdad en el ámbito del derecho.

8. Verdad

La verdad es una sola, y es los hechos que ocurrieron. Ahora bien, lo que es relativo es nuestro conocimiento sobre la verdad. Sobre la verdad existen tres teorías sobre qué se entiende por verdad:

- Teoría de verdad por consenso: Si un grupo de personas está de acuerdo sobre un determinado hecho o sobre algún acontecimiento este debe ser tomado como verdad.
- Teoría de la verdad por coherencia: Tiene sentido en los ordenamientos donde no existe algo más fuerte que la coherencia de un enunciado muy concreto.
- Teoría por correspondencia: Es aplicable cuando lo que se afirma corresponde con lo que aconteció en el mundo externo.

En el proceso siguen y seguirán existiendo dos procesos de ciertas formas conectados, como son buscar la verdad y determinar lo que ocurrió. Conforme (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 23.) son dos las razones:

- La supuesta existencia entre 2 verdades (material y procesal).

□ El lugar de la verdad de los acontecimientos en la TGP (Teoría General del Proceso).

Existe una postura conocida de negación de la verdad. Es una postura defendida por los abogados, la cual busca obtener el resultado que más beneficie a su cliente, sin importar que los mismos se encuentren alejados de los fines epistémicos. (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 28.).

Respecto a la teoría negativa sobre la salida de una definición de la veracidad de los acontecimientos, se da por excluido la aceptación de premisas filosóficas que excluyan la alternativa de un concepto razonable. Esto hace considerar que un juicio razonable de los fenómenos jurídicos no puede pretender obtener una seguridad razonable, a su vez, hace citar a la doctrina del perfeccionista desilusionado que son las personas que, habiendo constatado que la certeza absoluta debe ser dejada de lado ya que no es posible, pasan al extremo opuesto y sostienen que el conocimiento racional no es posible. (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 30.).

Es importante ver cómo otras profesiones tales como la psicología o sociología pueden ayudar a la determinación de la verdad de los hechos. De la primera se demostró los números de la falibilidad, la vaguedad, la riqueza y la ligereza de las diligencias cognoscitivas para colegir de ahí la consecuencia de que, por ello, no se puede retener un saber verdadero de los acontecimientos en general y en singular en el ámbito del sumario. Del segundo se usa la disección de los recursos de locución de la existencia respecto a los condicionamientos sociales para documentar que no existe ningún concepto absoluto de la verdad.

Desde un punto de vista ideológico se establece la imposibilidad de alcanzar la verdad debido a que no debe ser perseguida. Ya que el proceso civil tiene como función principal resolver conflictos, y al ser esa su función principal, la verdad no puede ser un objetivo. El problema de la determinación de lo que efectivamente ocurrió pasa por los altos costos relevantes que puede irrogar en términos de tiempo, gastos y todo lo que esto desprende a las partes.

Obsérvese que las partes se encuentran interesadas en que se otorgue una solución aceptable (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 40.), pero no hacia la búsqueda objetiva de la verdad. Es importante mencionar lo dicho por Taruffo:

“Decir abiertamente que la verdad no debe ser alcanzada y ni siquiera perseguida: a pesar de todo, [verdad] continúa siendo una de esas palabras- eslogan que no pueden ser abiertamente rechazadas ni siquiera por quien no cree que tengan sentido alguno. La verdad de los hechos no puede ser obtenida esencialmente por razones prácticas, se subraya que el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación de los que disponen el científico o el historiador”

(Taruffo, La prueba de los hechos, 2005, pág. 45.).

Si no se puede alcanzar la verdad absoluta solo tiene sentido hablar de grados de certeza, ya que conforme se mencionó líneas arriba los instrumentos y el tiempo son limitados. Desde este punto de vista nuestro conocimiento sobre lo que ocurrió en un caso tendrá grados de certeza dependiendo de qué medios tengamos para acreditar lo que afirmarnos que ocurrió.

9. Problemas desde las reglas procesales

Cuando uno inicia un proceso por daños y perjuicios busca obtener una tutela jurisdiccional efectiva (Artículo 1 C.P.C). Al buscar pretender algo de alguien, debe ser atendido por el órgano jurisdiccional (Monroy Gálvez, 2010), esto en congruencia con que tiene que respetar las reglas del art. 424 (CPC).

Los principales problemas que se desprenden de este último artículo mencionado son los siguientes:

a) Aunque el petitorio sea claro y preciso: “Interpongo demanda de daños y perjuicios a fin de solicitar las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante , el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”, el problema viene cuando los hechos que se pretenden acreditar no son convalidados por algún medio probatorio, y cuando en la fundamentación jurídica solo hace mención a la norma y no a algún concepto que se tenga sobre el daño moral; lo cual no permite al juez tener mejores luces de interpretación sobre lo establecido en el artículo 1984, cuando se dice: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

La mera mención de las afectaciones emocionales (daño moral) para pretender que se declare fundada una demanda parte de presuponer que el juez debe deducir que del caso en concreto se desprende un efectivo sufrimiento del daño moral, lo cual termina siendo una falacia por la ausencia de análisis sobre lo que engloba el daño moral y su falta de probanza. Lo que haría el juez es intuir su existencia, es decir, sin tener premisas que lo lleven o los lleven en casos de salas a esas conclusiones.

Si es que esta es la forma de fundamentar, entonces, aunque existe el derecho a la doble instancia, no tendría sentido. Cuando una de las partes realiza el petitorio de esta forma se desprende una consecuencia lógica que confía en la libre valoración por parte del juez en la interpretación del siguiente articulado: 1984 y 1985 (CC). A partir del primer artículo vemos que la forma de determinar este concepto es compleja, esencialmente por su indeterminación.

10. El Modelo de Proceso

En los procesos de daños y perjuicios, en específico sobre el daño moral, debe definirse frente a qué tipo de modelo y de juez estamos. Al respecto debemos destacar por el profesor Ferrer:

“Los primeros 20 años del siglo XXI, se han realizado reformas procesales, a raíz, de ello, han vuelto al debate ciertos debates antiguos tales como saber que poderes en cuanto al ámbito de prueba tiene el juez”.

(Ferrer Beltran, Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso., 2017.),

10.1 Formas de actuar por parte del juez:

Existe un modelo que tiene un rol pasivo en el proceso judicial, actuando de forma tal que se desprenda una suerte de guerra entre los abogados que defienden a cada una de las partes, resultando una actuación del juez a un mero espectador (como si fuese un árbitro) y que le concierne establecer quién vence.

Por otro lado, si es que se tiene un modelo de proceso gobernado por la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas, requeriría que la prueba en el proceso tenga como uno de sus objetivos averiguar lo que efectivamente ocurrió (la verdad), tal como lo expresa el profesor Ferrer:

“Sólo si atribuye la consecuencia jurídica prevista para quien cause daño a un tercero a quien lo haya causado realmente y no se aplica a quien no lo haya causado podrá decirse, en definitiva, que el proceso ha cumplido con su función de aplicar el derecho vigente”.

(Ferrer Beltran, Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso., 2017.)

Al juez tendrá que importarle que las partes actúen acordes con la normativa que se encuentre vigente, y que los medios probatorios que presenten acrediten lo que afirman en el juicio. Exigir que se busque la verdad independientemente de a quién beneficie.

Si en el proceso se atribuye responsabilidad, y por ende un monto pecuniario, aun en los casos que no se acredite el daño moral, consecuentemente en aquellos procesos por parte de la parte demandante se aleja el objetivo de la actividad probatoria para comprobar los hechos condicionantes.

11. ¿Quién es el protagonista en el proceso?

De acuerdo con el profesor Ferrer va a depender del tipo de proceso de jurisdicción en el que nos encontremos saber si estamos en un proceso situado enteramente entre las partes o en el juez, o en alguna combinación entre ellas (Ferrer Beltran, Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso., 2017.)

Permitir la aportación de pruebas de parte no necesariamente rechaza que el juez pueda tener poderes probatorios de oficio. Cuando se habla de las partes nos referimos a que no solo el que alega daño moral puede presentarlo ante el órgano judicial.

Por otro lado, alegar la afectación del daño moral no puede considerar que existe un conjunto de acreditaciones con el que se dirima el proceso. Si es que existen medios probatorios el proceso practicará el contradictorio de las pruebas, sin que esto excluya la participación del juez. En la etapa del contradictorio tendría que observarse de qué manera interviene el juez.

Cuando en el contradictorio se postule el daño moral, se debe tener mucha cautela si es que el juez ordena de oficio la práctica de esta prueba no presentada por la parte y consecuentemente no solicitada.

11.1 Principales poderes probatorios del juez (Ferrer Beltran, 2017., págs. 88-108.):

1) La potestad de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes. – Si es que esta potestad se ejerce a criterios subjetivos del juzgador, hablamos de una discrecionalidad muy débil, ¿será prueba la mera afirmación del daño moral?

2) La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba. – Respecto al daño moral, es pertinente saber las preguntas que el juez puede realizar, y también hacer que la parte que lo alego brinde mayores precisiones sobre el porqué del monto. Aquí es importante la implementación del principio de contradicción para la fiabilidad de las pruebas.

3) La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias. – Pudiendo incluso determinar qué pruebas concretas deberían aportar y no han aportado al proceso, tiene por finalidad aumentar el peso probatorio. Si es que el juez indicará la laguna probatoria existente en la proposición de prueba formulada por la parte (pretensión de daño moral), quedará como una discreción por parte del juez al utilizarla o no. Desde esta capacidad, si es que el juez encontrara una laguna probatoria del daño moral (para esto, el juez entiende que solo se han alegado hechos) entonces debería desestimar la pretensión. Es mejor concebir esta potestad por parte del juez como poder y no como deber, ya que ello conllevaría a una impugnación porque el juez no le indicó a la parte que debió haber presentado.

4) La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes. - En el daño moral pedir la incorporación de pruebas es de alguna u otra manera favorecer a la parte demandante. Lo que sería más idóneo, en primer lugar, es que la parte demandada pueda alegar, en principio, la no acreditación del daño moral, o en caso se presentara la evaluación psicológica por la parte demandante; para poder ser observado el método del test psicológico, y en todo caso tener el juez un equipo multidisciplinario para contrarrestar ambos informes psicológicos.

5) La capacidad del juez de alterar la carga de la prueba. – Aquí se hace referencia a las cargas probatorias dinámicas de la prueba, según fueran las circunstancias del caso, en quien está en mejores condiciones técnicas de probarlo. En lo que concierne al daño moral, al ser algo interno que abarca los sentimientos, de los cuales se desprende las emociones, dolores y otros, corresponderá al demandante, sin que ello implique que el

demandado no pueda objetar aquel diagnóstico emocional. La carga de la prueba (El deber de aportar), estará a cargo del demandante y respecto a su interpretación en el sentido estricto, nos referimos a quien pierde si no aporta; evidentemente en el ámbito del daño moral pierde el demandante. En la distribución de los poderes probatorios, en específico del daño moral, es la parte demandante, que se encuentra en una mejor posición para producir la parte, realizarla de oficio es inclinarse a favor de una de las partes.

6) El juez está en la obligación de tomar una decisión basado en las hipótesis que considere probadas. - Se pueden presentar 2 situaciones:

a) Las malas decisiones están más allá de la interpretación que puede haber tenido uno o varios jueces para un caso concreto. Pasa también por saber qué técnica, pero sobre todo qué salida legislativa para la norma que se aplica a un caso concreto, si es que esto último es deficiente, entonces la aplicación de las normas que se encuentran vacías de contenido (resolver basado en la sana crítica) resultan siendo insuficientes (como la lógica o el concepto científico, o totalmente caprichosos (como la certidumbre judicial, decisiones basados en meros convencimiento no contrastables, la esperanza o el más allá de toda sospecha racional).

b) Las partes se rigen por las normas que se interpretarán en cada uno de sus casos, pero también deben revisar que asignaciones normativas tiene el juez de manera expresa o indirecta, de forma tal que puedan saber qué nivel de prueba se les exige para su caso. Aquí el juez dispone de un inmenso poder, que a decir del profesor Ferrer, se contradice con el debido proceso y la seguridad jurídica.

Respecto a los poderes probatorios, es relevante lo expresado por el profesor Ferrer:

“El riesgo de que un mal uso de la potestad haga cruzar la línea de la parcialidad es mayor cuanto mayor es la intensidad del poder probatorio otorgado el juez y menores son los contrapesos de poder probatorio de las partes”

(Ferrer Beltran, Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso., 2017.)

12. Sobre Los Procedimientos Probatorios¹

PRUEBA TASADA	LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA
No existiendo una confianza en la interpretación que el juez pueda brindar a las pruebas presentar.	Se confía en que el juez puede valorar e interpretar de manera adecuada lo que se afirma que ocurrió.
El parlamentario (de turno) es quien decide la consecuencia de un determinado medio de prueba. El juzgador no tendría que realizar ningún razonamiento probatorio.	Pudiendo existir 2 tipos de interpretaciones: 1) Independientemente de lo que se pretenda acreditar en el juicio, el juez es el máximo intérprete de establecer que afirmaciones de hechos ocurrieron o no. 2) Como toda decisión del ser humano, la limitación está establecida por la racionalidad.
Antes de que el juez pueda valorar cada uno de los medios de prueba admitidos, el juez ya se encuentra delimitado en la interpretación que le tiene que dar a un determinado medio de prueba.	Aquí nos aproximado a la imparcialidad e independencia del juez, ya que, el juez decidirá basado en la valoración que haya realizado en juicio, por lo que no tiene un resultado previo a la valoración de la prueba, en ese sentido nos encontramos ante un juez libre.
Tipos de pruebas: a) Documento público b) Prueba testifical.	Tipos de pruebas: a) Una concreta presentación de un perito. b) Un concreto escrito (documento)

¹ El presente cuadro es realizado a partir de los apuntes del Curso: Fundamentos Epistemológicos de la Responsabilidad Civil, dictador por el Profesor Dr. Jordi Ferrer Beltran, en el Master de Derecho de daños que curse en el año 2019. Desde luego que las referencias obligatorias y para reflexionar con mayor profundidad al respecto son los 2 libros del profesor Jordi Ferrer Beltran: Prueba y verdad en el Derecho (2005). Madrid. Marcial Pons. Y el libro La valoración racional de la prueba (2007). Madrid. Marcial Pons.

13. Tercer Pleno Casatorio Civil

En el año 2010, la Corte Suprema, haciendo uso de sus atribuciones conforme al artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a propósito de la CAS N°4664-2010-Puno, el Tercer Pleno en material civil para dilucidar dos puntos en particular:

- 1) Sobre quién de los cónyuges tiene una adjudicación preferente sobre los bienes de la sociedad de gananciales.
- 2) Si corresponde o no una indemnización a favor del cónyuge que resulte perjudicado, a propósito del divorcio por separación de hecho. Nos centraremos en este segundo porque está vinculado con el tema de la presente tesis, ya que abarca el daño moral, para cual cabe analizar lo que se determinó por este concepto en la primera y segunda instancia y que interpretación ha brindado la Corte Suprema a partir del Tercer Pleno Casatorio Civil.

13.1 El Caso

René pretende que se dé a su favor una pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativo al lecho, habitación y del vínculo matrimonial, además solicito, según consta en el expediente, que se le otorgue un cronograma (régimen) para que pueda pasar días con sus menores hijos “R” y “M”. Adicionalmente sostiene que contrajo nupcias con la demandada (Catalina) el último mes del año, allá por el año 1989.

Alega que desde 1997 ya no convive con la otra parte del proceso (parte demandada).

La demandada alega que desde 1980 ya convivía con René, ya que tenía las expectativas de que con él podía tener una mejora en la calidad de familia (que siempre quiso) por lo le propuso al demandante que ella produciría el dinero mientras él se dedicaba a estudiar.

La demandada alega que siempre le daba apoyo económico a René. Señaló además que, a estos actos de desprendimiento y apoyo de pareja, René los habría dejado de lado (abandono) para iniciar una relación con otra persona, forzándola esta situación a iniciar el derecho de acción vía pretensión de alimentos. Por último, la demanda ha solicitado como consecuencia de esta ruptura implícita de la relación, un monto ascendente a

doscientos cincuenta mil soles, por el concepto que hoy se debate su problemática en la presente tesis (daño moral).

13.1.2 Primera Instancia:

Decidió dar por concluido el vínculo que existía entre René y Catalina. Estimando en parte la compensación por daño moral, resolviendo que se le otorgue a Catalina (demandada) el monto ascendente a diez mil soles.

La primera instancia estima el daño moral basado en la apreciación del juez, sin prueba de parte, tal como se desprende del siguiente párrafo:

“De los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco. *Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada*”.

Pasaremos a analizar qué criterios no deberían abarcar para la valoración del daño moral:

1) En la doctrina existen dos posiciones sobre la división de los perjuicios causados: 1) La regulación francesa que hace una división de los perjuicios causados en daños personales y morales; y 2) La regulación italiana que hace alusión a los daños patrimoniales y no patrimoniales. Parece que la nomenclatura usada en primera instancia corresponde más a la corriente francesa, cuando hace alusión a la “naturaleza extrapersonal”. Esta precisión cabe destacarla porque haría entender que el género es la afectación a los sentimientos (categoría de perjuicio plasmado en nuestro artículo 1984 CC), y la especie la categoría implementada por el profesor Sessarego (D. Persona). En el actual anteproyecto del Código Civil del Perú (2019), podemos observar que sigue la corriente italiana:

Artículo 1984°. - Daño indemnizable

“El daño puede consistir en una afectación patrimonial o extrapatrimonial”.

De la parte justificativa cabe destacar que hacen una precisión fundamental sobre su diferencia con el código italiano, ya que en este los daños extrapatrimoniales, solo se dan para los casos bajo reserva de ley. En el anteproyecto del código Civil del Perú no sigue esta forma expresa de los casos en que se puede pretender daños extrapatrimoniales, por lo que no hay un número cerrado de casos en que se pueda considerar este tipo de daños.

2) El término “discrecionalidad”, no está basado en la regulación del artículo 1332:

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

El término equidad, conforme a la RAE, significa igualdad de ánimo (RAE., 2001), lo cual, como sabemos, no es posible predeterminedar que todos sufriremos igual por un daño causado a consecuencia de una infracción de la norma o del ejercicio legítimo de un derecho, por lo que lo más coherente es la acreditación de parte sobre la afectación psicológica sufrida.

3) Tomar en consideración el tiempo que ha transcurrido desde la separación no determina cómo ni cuánto sufrió una o ambas partes. Sin un diagnóstico psicológico de depresión, ansiedad y/o diagnóstico psiquiátrico, lo que estaría reflejando es únicamente establecer un monto por la separación, es decir, sancionar indirectamente que una de las partes tome la decisión legítima de no continuar con el matrimonio.

4) El tiempo que desatendió las necesidades básicas y pensión alimentaria entraría en otro concepto que no engloba el daño moral.

13.1.3 Sentencia De Segunda Instancia:

1) Catalina interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria.

2) La Sala expidió la sentencia (solo nos centraremos en lo que compete al daño moral), con los siguientes argumentos:

- a) Conforme a las afirmaciones realizadas por René, se puede establecer quién fue la cónyuge perjudicada, ya que, Catalina fue la que costeo los gastos para la obtención del título de docente del demandante
- b) El juez ha decidido establece un montó económico por compensación, basado en la frustración del proyecto de vida familiar
- c) El abandono moral de la familia que dejo Rene, ha sido un criterio que se ha tenido en para establecer el monto.
- d) A criterio de la Sala, la indemnización fijada por el juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso.

13.1.4 Recurso De Casación:

René Huaquipaco (demandante), interpuso recurso de casación por la incorrecta interpretación del artículo 345-a (CC), toda vez que la reconvención se pretendió justificar en una infidelidad que no se llegó acreditar. Asimismo, agrega que el sistema de prueba basado en criterios muy subjetivos se puede ver en la decisión emitida por la Sala Superior, al no haber acreditados los perjuicios morales que se pretendía.

13.1.5 Estimación Del Recurso De Casación Y Tercer Pleno Casatorio:

La Sala Suprema estimó procedente el recurso de casación (16 de noviembre del 2010), a fin de plantear la correcta interpretación del artículo 345-A (CC). El día 3 de noviembre del 2010, acorde con lo dispuesto por el art. 400 (CPC), se convocó a que la otra Sala (Civil Permanente) acuda a la sesión del Pleno Casatorio (diciembre 2010).

El caso versó sobre un divorcio por la causal de separación de hecho mediante el cual se pretendía uniformizar criterios interpretativos sobre la categoría del cónyuge perjudicado, por lo que resultado necesario establecer pautas para una interpretación vinculante. A continuación, citaremos fundamentos que nos parecen fundamentales para la determinación de esta llamada indemnización:

Fundamento 22:

Clasificación del divorcio:

1) Divorcio Sanción. – Se tiene que determinar la responsabilidad o corresponsabilidad de la pareja matrimonial por la falta de cumplimiento a los deberes que se comprometieron a la hora de contraer matrimonio o por una inmoralidad que un juez pueda considerar. En ese sentido, el divorcio es guerra de que se establezca quién tuvo la culpa de que se disuelva el vínculo matrimonial, llegando lamentablemente a extremos, a veces escandalosos sobre y los más escondidos pliegues de la vida conyugal.

2) Divorcio Remedio. - El proceso judicial no se preocupa aquí en determinar por quién se disolvió el vínculo. El simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio.

Fundamento 25:

Para verificar qué sentido de divorcio debe ser recogido e interpretada por nuestra legislación, es necesario establecer qué tipo de corriente ha sido recogida a nivel comparado, pudiendo observar que las más actuales van en línea de la segunda corriente (divorcio remedio). Esta línea está justificada en que, así como se unieron libremente, puedan separarse también en aras de que se eviten constantes e interminables pleitos si se piensa en que acojamos la primera línea (divorcio sanción).

Fundamento 29:

En el año 2001 se incorporó vía Ley N°27495 una nueva causal para que proceda el divorcio, la cual es la falta de seguir haciendo vida en común y alejarse de aquella convivencia que algún día existió, es decir, la causal por separación fáctica.

Fundamento 31:

“La ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la reparación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubiera hijos menores de edad. Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A), con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”.

Fundamento 49:

“Como se puede desprender del código civil, la separación de hecho no tiene como objetivo en delimitar quien es el responsable; por cuánto cualquier de los que forme parte del vínculo matrimonial, podría iniciar acciones judiciales para la separación (divorcio) y aun cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el no patrimonial “.

Fundamento 50 (Contradictorio):

“No obstante, ello es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho, sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluido el daño moral”.

Fundamento 54:

“Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo, pero a la vez con el carácter alternativo y también con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema, esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...) El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen ser desiguales”.

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y quantum indemnizatorio.

Fundamento 56:

“El plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable- como fundamentos los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal”. (...) La indemnización debe comprender no solo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo.

Fundamento 57:

El artículo 345-A del Código Civil es una obligación legal basada en la solidaridad familiar, en consecuencia, no podemos decir que nos encontramos frente a un supuesto en el cual sea viable aplicar las reglas de la responsabilidad civil.

Fundamento 58:

(...) “La indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el equilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir de naturaleza legal”.

Fundamento 59:

“No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de tal forma que, si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría”.

Fundamento 63:

“Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica. Para la primera se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica”.

Fundamento 66:

Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por disposición del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos conceptos.

Considerando 71:

“Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. El daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica”.

Considerando 73:

“Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y lo que resulta del proceso”.

Considerando 74:

“Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros”.

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

Considerando 77:

“El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural”.

Considerando 79:

(...) “¿Es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma? Y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?”

13.1.6 Decisión sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil

Primero. – Declarar Infundado el recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco.

Segundo. – Constituye precedente judicial vinculante:

(...) Fundamento 4:

“Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes del proceso, debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acreditan la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El juez apreciará, en el caso concreto si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) El grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar, c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una

manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes”.

15. Orientación Jurisprudencial Entorno A La Aplicación Normativa.

La jurisprudencia, entendida como un conjunto de fallos judiciales respecto al daño moral, y en específico sobre sus montos, son muy dispersos y no predecibles (Manzanares Campos, 2008, pág. 27.), por lo que, a partir de los criterios existentes en las diversas casaciones, se podrá elaborar una propuesta para el *quantum* indemnizatorio. En ese sentido se han identificado 3 fuentes de investigación sobre el tema:

- 1) Jurisprudencia Nacional Sistematizada. – Tiene por finalidad exponer los preceptos jurídicos vigentes en nuestro sistema de derecho orientado a litigantes, abogados y ciudadanos. (Judicial., 2019)
- 2) Doctrina. – Los que se han considerado relevantes en cuanto al pronunciamiento del quantum sobre el daño moral.
- 3) Diario Oficial El peruano.

El periodo que comprende la jurisprudencia citada en la presente tesis es de 1985 hasta el 2016, encontrándose justificada por contener los siguientes criterios:

- 1) Concepto de daño moral;
- 2) Pretender establecer un solo concepto de daños no patrimonial (unificación de daño a la persona y el daño moral);
- 3) La dificultad probatoria del daño moral, hace que se aplique el criterio de equidad;
- 4) Una de las partes pretende un monto por daño moral, alegando que el mismo cumple una función sancionadora;
- 5) Determinados jueces tienden a presumir el daño moral;
- 6) Pretensión del daño moral, por la mera descripción de los sentimientos;
- 7) La corte suprema ha pretendido valorar prueba;
- 8) Establecimiento de montos sin motivación
- 9) Lo que implica la debida motivación
- 10) Montos globales sin desglose, por cada concepto.

- 11) No acreditación del daño moral
- 12) Incremento del monto en segunda instancia sin medios de prueba.

Veamos:

15.1 Casación N°48-2005 Moquegua

Ha quedado establecido en la sentencia de primera instancia, recogida por la Sala, que, si existe daño moral sufrido por la familia del occiso a través de accidente de tránsito que ocasionó su muerte, siendo incorrecta la afirmación de que no existe daño o que el accidente en sí no se puede considerar como daño; para eso tenemos en cuenta que el accidente produjo la muerte de un ser humano por la negligencia del recurrente.

15.2 Casación N°1270-2005- Lima

Se trata de valoración del daño moral de los actores en su calidad de esposa e hijos por la muerte de “E”. En primera instancia se estableció el monto de S/ 20,000.00 soles (por todo concepto), y en segunda instancia fijaron el monto de S/ 30,000.00 soles (por todo concepto).

15.3 Casación N°1701-2006- Arequipa

La debida motivación no implica la arbitrariedad del juzgador, sino la debida ponderación de los hechos probados, los que deben quedar explícitos en su motivación. La relevancia de esto en casos de indemnización por daños y perjuicios es innegable.

15.4 Casación N°47-2010 Del Santa:

Es un caso de responsabilidad solidaria contra las empresas “X” y “Y”, interpuesto por la señora “M”, la demandante alego que su esposo laboró como electricista y sufrió un accidente. En particular, sobre el monto a determinar por el daño moral, se percibe que en primera instancia se estableció el pago en forma solidaria de S/ 15,000.00 soles. Este monto abarca daño emergente, lucro cesante y daño moral; sin embargo, no se llega a determinar cómo es que llega a ese monto y cuánto corresponde al daño moral. En

segunda instancia hay una confirmación de la responsabilidad solidaria, pero se da un aumento de S/ 15,000.00 a S/ 60,000.00 soles, el cual abarca los mismos conceptos.

15.5 Casación N°78-2010 Lima:

Frente a un supuesto de tránsito debe tenerse en cuenta el pago abonado por un determinado seguro, en específico un monto por concepto de cobertura por muerte y gastos de sepelio. El monto fijado por segunda instancia no es mencionado en la casación; sin embargo, cabe deducir que en uno de los conceptos se ha fijado el daño moral. La parte recurrente (demandado) no está conforme con el monto y, como sucede en algunos casos desde la parte demandante, tampoco acredita por qué debería existir una reducción del monto indemnizatorio. Otra vez falta de argumentos en la pretensión.

15.5 Casación N°0071-2010 Lima:

Es un proceso de indemnización por daños y perjuicios por la responsabilidad del Ministerio de Justicia y no del ministro, en el cual en primera instancia se fija un monto ascendente de S/15,000.00 soles, siendo revocado en segunda instancia y ascendiendo el monto a S/30,000.00 soles. Entre los conceptos desglosados en el monto por reparación civil está el de daño moral. Hubiese sido interesante que se establezca por qué y cómo se ha llegado al monto de S/. 30,000.000 soles, y la interpretación de los conceptos que engloban, dejando de lado su vinculación con las pruebas para las instancias de mérito.

15.6 Casación N°108-2010 La Libertad:

El presente proceso es de un señor "X", de estado civil casado, el cual falleció a consecuencia de una actividad riesgosa que realizaba para la empresa demandada, y el hecho de que la conducción se encontraba a cargo de la empresa recurrente, la cual no tomó las previsiones del caso para evitar que el retorno de la corriente eléctrica fuera por acción de un tercero. Se sostiene la inaplicación del artículo 1985(CC). Como sabemos este artículo comprende los perjuicios patrimoniales y morales; sin embargo, como se puede deducir del recurso, solo existió un análisis del lucro cesante y del daño a la persona, dejando de lado si es que interpretaron de manera correcta el daño moral, no llegando a convencer que se aplique el artículo sin que la Corte Suprema cumpla uno de sus fines que es la adecuada aplicación del derecho objetivo.

15.7 Casación 1070-95 Arequipa

Considerando Quinto:

“Si bien no existe un concepto unívoco del daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la efectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”

Considerando décimo hace mención de lo que abarca el daño moral:

“Que, el dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido”

Consideramos que la prueba del daño moral resulta totalmente controversial. Debemos pensar ya no en establecer montos similares a casos anteriores sino justificar cada sol que se otorga a una presunta víctima que aclama afectación moral”.

15.8 (Exp: 286-95, Resolución N° 10, Callao, 2 de febrero de 1996) En el ámbito del matrimonio (Bajonero Manrique, 1998, pág. 182.):

“Rosa interpone Demanda contra Luis y Gloria a fin de que se anule el matrimonio civil contraído por los demandados ante el Concejo distrital de Bellavista y asimismo se le indemnice con una suma de quinientos mil dólares americanos por los daños y perjuicios que se le ha ocasionado. El tema es que el Señor Luis cuando contrae matrimonio con Gloria ya estaba casado con Rosa teniendo dos hijos, se ha acreditado las nupcias con Rosa por parte de Luis, en la parte específica del daño señala en el considerando sexto: Que, respecto de la indemnización solicitada debe ampararse, en razón de que las nuevas nupcias que han contraído los demandados le han producido un perjuicio que debe ser evaluado por el Juzgador para señalar una suma dineraria prudente que sirva para resarcirlo. En el fallo se declaró nulo el matrimonio celebrado por Luis y Gloria, señalándose como indemnización la suma de Ochenta Mil nuevos soles; con costos y costas”.

15.9 Casación N°1318-2016 Huancavelica:

“El presente proceso de indemnización por daños y perjuicios, el demandante Gaspar Huamán y el demandado Seguro de Salud- Essalud Huancavelica interponen una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la sentencia de vista, que confirma en parte la sentencia.

El caso consta que el demandante ingreso el día 9 de octubre del 2013 por el servicio de Emergencia y se le diagnosticó “Obstrucción Urinaria Severa y Próstata”.

Indica que procedieron a intervenirlo quirúrgicamente por “Hipertrofia Benigna de Próstata” pese a que no existía evidencia del mismo, procedieron a colocarle una sonda Foley en su Uretra, previo a la operación dañando más su órgano, ante el rebosamiento de orinar por el miembro reproductor y talla vesical, fue retirado la sonda sin indicación médica y que posteriormente intentaron recolocar la sonda sin éxito, debido a la estrechez uretral próxima post traumática.

El demandante solicito por concepto de daño moral S/.400, 000.00. Respecto al daño moral señala que se siente emocionalmente débil, angustiado, ansioso y constantemente sujeto a la depresión, con baja autoestima, sintiéndose un ser raro. (Criterio subjetivo).

La parte demanda arguye que no se ha demostrado la aflicción sufrida y menos el perjuicio moral ocasionada a su familia”.

En los puntos controvertidos se fijaron los siguientes:

- ✓ Determinar si corresponde a la entidad demandada indemnizar por daños y perjuicios, en sus componentes de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, por incumplimiento de obligaciones.
- ✓ Determinar el *quantum* de la indemnización por cada componente del caso.

15.9.1 Sentencia de Primera Instancia

“Se declaró fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios. Respecto al daño moral se estableció el monto de S/ 200,000.00, basado en que de las audiencias realizadas a las que ha concurrido el demandante se tiene que dicho demandante presenta signos de tristeza, aflicción, señalando repetidamente que ha sido objeto de un experimento humano por parte de los médicos, aspecto que se ven reflejados

en el seno familiar” (criterio subjetivo basado en la íntima convicción del juez, sin medios de prueba).

15.9.1.1 Fundamentos de la apelación por parte del demandante

(respecto al daño moral):

Respecto al daño moral, señala que debe incrementarse el monto fijado en la sentencia (sin argumentos sustentados por medios probatorios).

15.9.2 Sentencia de segunda instancia

Respecto al daño moral considera el monto de S/.250,000.00, a su vez, que la sentencia de primera instancia ha justificado cómo ha establecido el daño (sin argumentar en que parte se acredita el daño moral).

El fundamento del monto de daño moral es el siguiente:

“La víctima se siente emocionalmente débil, angustiado, ansioso y constantemente sujeto a la depresión con labilidad emocional, con tendencia a tener una personalidad inestable, sintiéndose raro cada vez que la orina excede la talla vesical y sale el oro fétido, más aun que no puede cumplir como varón con su cónyuge; estando demostrado que el incumplimiento de la demandada ha generado un menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva del reclamante, lo cual constituye una variación sustancial en las condiciones de existencia del reclamante por la afectación anormal y negativa corresponde estimar la indemnización por daño moral” (criterio subjetivo).

15.9.3 Fundamento de la Sala Suprema:

“La recurrente (demandando) señala que ha existido una infracción normativa de los artículos 13331 y 196 del Código Procesal Civil. Sosteniendo que ha existido en la sentencia de vista una motivación aparente para justificar el pago del resarcimiento por lucro cesante y daño moral. Que en cuanto al daño moral no se ha acreditado la afectación psicológica o el sufrimiento, pues la sola alegación no puede servir para habilitar el criterio de “valoración equitativa” y conllevar a estimar la cantidad de S/. 250,000.00, como monto para reparar ese aparente daño”.

15.9.3.1 Infracción normativa del artículo 1332 del Código Civil:

“La recurrente alega que la Sala superior de manera indebida el criterio de “Valoración equitativa” para considerar que los daños al demandante deben ser reparados con montos exorbitantes, como S/.250,000.00 por daño moral, ya que la decisión impugnada no contiene una línea argumentativa objetiva. Agrega, en cuanto al daño moral, que no hay fundamento que justifique fáctica y jurídicamente cómo se llega a la conclusión que el daño en ese aspecto, sea de tal proporción que inevitablemente tenga que ser reparado con S/.250,000.00, sino que solo se recurre a la fórmula de la “valoración equitativa”, para arribar a una decisión arbitraria y considerar subjetivamente un monto circunstancial”.

15.9.3.2 Considerando Séptimo:

6. “ En el caso en cuestión, el tribunal supremo considera que la única solución válida para quien ha sufrido severos perjuicios en su organismo, que repercuten en su estructura psíquica y en su entidad corporal, solo puede consistir en otorgar una indemnización que comprenda tanto lo que comúnmente se ha entendido como daño moral (aflicción, pena), como el perjuicio psicosomático sufrido y el daño al proyecto de vida, pues entonces la víctima recibe una reparación acorde con el daño sufrido” .

9 (a)” Lo expuesto permite con el principio de reparación integral que se traduce en colocar materialmente a la víctima en la misma (o similar situación en la que se encontraría de no haber sufrido el daño. Es obvio que eso es más difícil tratándose de daños extrapatrimoniales, pero ello no impide otorgar suma indemnizatoria que tenga el carácter de compensadora por el daño ocasionado”.

15.9.3.3 Considerando Octavo:

“De la lectura del demandante se entiende que le daño que le ha causado sufrimiento y que ese perjuicio se extiende a su integridad física con carácter de permanencia y a su propio proyecto existencial. El daño moral, comprende la aflicción, el daño psicosomático y el proyecto de vida, que lo valoriza en un millón de soles teniendo en cuenta los daños antes”.

15.9.3.4 Considerando Noveno:

(2) “En el campo del daño moral se está ante subjetividades que son a menudo inasibles e imprecisas”.

(3) “Que ello sea así impone una exigencia mayor para evitar arbitrariedad al momento de fijar la indemnización, razón por la cual deben tenerse en cuenta circunstancias tales como “valorar la situación dañosa” y “como la intimidad de la víctima no es accesible con métodos jurídicos, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo que experimentaría el común de las personas en similar situación leve”.

(4) “Ha dicho parámetro se le agregará la verificación de la gravedad objetiva del menoscabo, las circunstancias de la víctima y los propios niveles de nocividad del daño, así como la extensión temporal del perjuicio. Tales valores nos permiten apreciar, en el daño en cuestión, que una persona común resentiría gravemente una lesión de las características sufridas por el demandante y que lo han colocado en un estado en el que el propio contacto con los demás le es motivo de zozobra económica por la sonda que lleva incorporada y por la posibilidad de despedir olores fétidos de manera circunstancia. Se trata, además, de una persona que tenía 46 años de edad y cuyo malestar se extenderá en el tiempo. Hay, por tanto, claramente, una afección anímica que debe”.

(7) “La indemnización que debe otorgarse, debe tener en cuenta:

a. Lo perdurable del daño y la imposibilidad de la víctima de rehacer a plenitud su proyecto original.

b. La edad de la víctima (46 años al momento de la producción del daño), y el tiempo que mantendrá la lesión, así como las escasas posibilidades de rehacer su periplo vital.

c. Esta Sala Suprema considera que por concepto de daño moral la demanda debe pagar el monto de S/.800,000.00”. (La corte suprema en daño moral está valorando prueba cuando no es su función)”.

15.10 Casación N°2084-2015 Lima

Sumilla: el daño moral (artículo 1984 del Código Civil), es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. Es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas material. Esta categoría del daño es

difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo inclusive fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan en la realidad. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

Se trata del recurso de casación interpuesto por Félix Alméstar contra la sentencia de vista, que confirma la sentencia apelada, que declara infundada la demanda; en los seguidos por Félix Alméstar Roa contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y otro, sobre indemnización por daños y perjuicios.

Hechos:

Félix Alméstar Roa solicita que se le paguen la suma de S/ 360,000.00 soles, como indemnización por daño moral; y S/ 360,000.00 soles, por daño a la persona. Los fundamentos son los siguientes:

Se le otorgó una pensión de jubilación, pero la entidad no ha cumplido con reajustar la citada pensión, así como tampoco reajustó la pensión de viudez del demandante, afectando con ello su derecho a la dignidad y provocando un severo daño a la persona, quien se ha visto menoscabada al fallecer su cónyuge.

15.10. 1 Primera instancia:

- ✓ El derecho de pensión y jubilación nunca le fue negado al actor y su reajuste tampoco.
- ✓ No se aprecia una conducta dolosa de la demandada, tampoco se aprecia la culpa, dado que el acto no ha presentado prueba instrumental alguna.
- ✓ No se ha probado el nexo causal entre el hecho y el daño.
- ✓ Por lo que se desestima la demanda al no haberse establecido que la entidad demandada haya ocasionado daño alguno al actor (artículo 200 del Código Procesal Civil), al no concurrir en el presente proceso los requisitos exigibles para el resarcimiento económico.
- ✓ Apelada la decisión por parte de Félix.

15.10.2 Segunda instancia:

“No se puede apreciar los detrimentos sufridos por el acto y que la sola declamación o aflicción no son suficientes para acreditar su pretensión; máxime que ni siquiera se tiene

conocimiento de alguna información adicional que permita establecer el nexo causal. Tampoco se tiene información de cómo se perjudicaron sus intereses extrapatrimoniales”.

15.10. 3 Corte Suprema:

15.10.3.1 Fundamento sexto:

“Ante la dificultad para probar el daño moral, esta Sala suprema ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo.

- Nótese que en autos se encuentra acreditado que el demandante tuvo que acudir al Poder Judicial.

- La Sala suprema considera que, por haber acudido el demandante a las instancias judiciales, se desprende que el accionante haya podido sufrir daño moral”.

15.10.3.2 Fundamento sétimo:

“Por consiguiente, se advierte que el *Ad quem* ha vulnerado el principio de motivación de las resoluciones judiciales, por cuanto el razonamiento que expone en su fallo no es congruente, con una auténtica concepción del daño moral y su acreditación que deben ser concebidos bajo los parámetros indicados en el considerando precedente”.

- Se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Félix, en consecuencia, nula la sentencia de vista.

15. 11Voto en Minoría del Juez Supremo Yaya Zumaeta:

15.11.1 Fundamento Décimo Tercero:

El Colegiado Superior ha expuesto las razones y/o motivos por las que arriba a la conclusión que contiene su pronunciamiento, explicando con suficiencia por qué a su criterio los agravios que sostienen el recurso de apelación ejercitado por el ciudadano Félix Alméstar Roa no desvirtúan lo analizado y concluido por el juez de la causa, en lo referido a la no probanza del daño moral y el daño a la persona.

15.11.2 Fundamento Décimo Cuarto:

La sentencia de vista no vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ni incurre en la falta de motivación que se denuncia.

15.11.3 Fundamento Décimo Quinto:

“Lo realmente pretendido por el impugnante a partir del recurso interpuesto, es que se modifique la situación fáctica establecida en el proceso (cuando alega que sí se han producido los daños morales y personas que invoca y que por ello si tiene derecho a un resarcimiento económico vía indemnización), no obstante que se ha determinado a nivel de instancia que esos daños no están probados, aspecto que no sólo es ajeno al debate en sede Casatorio, al no tener esta Sala suprema la calidad de instancia de mérito, sino que además es contrario a la finalidad del Recurso de Casación, circunscrita a la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y a la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte suprema” .

16. Casación N°2782-2014 Lambayeque

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por la Sucesión de Marco Isla (21 de enero del 2014), contra la Sentencia de Vista, que declaró infundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Argumentación y prueba de la parte demandante, respecto al daño moral:

- “Solicita que se ordena a la demandada cumpla con otorgarle un resarcimiento económico ascendente a la suma de S/ 80,000.00 por concepto de daño moral y daño a la persona, como consecuencia de los actos ilegales realizados por la entidad demandada”.

“Son más de tres años que se ha prolongado su proceso, en los que ha recibido una pensión ínfima que ha ocasionado deterioro moral y personal”.

- “Sobrevivió a la caridad de sus familiares y amigos, lo que generó angustia, preocupación, sufrimiento”.

- “El acto ilícito consistente en dilatar su proceso judicial, le ha ocasionado daño moral, pues al percibir una pensión por debajo del mínimo legal, le ocasiono sufrimiento lo cual afectó su autoestima”.

16.1 Puntos Controvertidos:

- “Determinar si corresponde que la demandada otorgue al demandante un resarcimiento económico ascendente a 800,000.00 soles por concepto de daño moral y daño a la persona”.

16.2 Sentencia De Primera Instancia:

“El juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, declaró infundada la demanda tras considerar lo siguiente”:

“A pesar de que el recurrente argumenta haber sufrido daño moral y personal, no ha logrado acreditar con medios probatorios idóneos la existencia de dichos daños”.

“La parte demandante no ha acreditado con medios probatorios idóneos los hechos que configuran sus respectivas pretensiones. Siendo así y de conformidad con lo que señala el artículo 200 del código procesal civil, en su artículo 200: “Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada”

La sucesión de Marco Isla, interpone recurso de apelación.

16.3 Sentencia de Segunda instancia:

Confirmó la sentencia impugnada, al considerar lo siguiente:

- “No se ha llegado a acreditar los daños alegados por el demandante. Dentro de este contexto se determina que la parte demandante no ha absuelto esta carga procesal, puesto que el daño moral y el daño a la persona, no han sido acreditados en forma alguna, como bien se analiza en la recurrida; situación que no ha sido revertida en modo alguno por la apelación, recurso que se ha limitado a reproducir en gran parte los argumentos de la demanda”.

- Existe un “deber de realizar actividad probatoria tendiente a la comprobación indirecta de las afectaciones, pues en un proceso existe la carga de la prueba y ello implica que no es posible disponer el pago de daños ante la simple afirmación de que se han producido los mismos, al menos debe existir algún medio probatorio del cual se pueda extraer indicios razonables, lo cual no existe en el proceso”.

16.4 Casación

Considerando Vigésimo Quinto. – El rotular del daño moral como un daño psicosomático es una visión que no concuerda, ni con la historia, ni con la importante función que cumple esta categoría, en atención a la finalidad preventiva y sancionadora.

“Considerando Vigésimo Séptimo. – En el caso sub examine, la configuración del daño moral infringido a la parte demandante, sin necesidad de demostración objetiva y

específica distinta, se determina a partir de la forma y circunstancias en que se produce la falta de reajuste conforme a los lineamientos previsto, pues por máximas de experiencia es posible conducir que cualquier personas en las condiciones antes aludida, verá perturbado su ánimo, causándole la situación adversa e injusta por la que pasa el sufrimiento que debe ser indemnizado, más aún si la pensión representa una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales orientado a la protección de la dignidad de la persona humana”.

“Vigésimo Octavo. – Queda la tarea de determinar el quantum, que por su naturaleza y contenido debe ser establecido en proporción al marco que surge de la disposición general contenida en el artículo 1332 del Código civil, es decir, atribuye al juez la facultad para establecer su alcance y extensión sin limitación legal tarifada o tasada salvo aquella que se deriva en forma proporcional y razonable de su criterio estimativo que se forja claro está en función a la entidad, alcances y gravedad de los perjuicios acreditados; en ese sentido, el quantum indemnizatorio debe ser determinado atendiendo a lo objetivamente causado a la accionante, teniendo en cuenta que no existe en el sistema jurídico nacional un parámetro fijado para la determinación y cuantificación del daño moral, por lo que se estima procedente otorgar a la recurrente por el daño padecido atendiendo a las circunstancias del caso concreto la suma ascendente a S/ 15,000.00”.

Decisión:

Fundado el recurso de casación

17. Casación 3824-2013 Ica

- “Se trata del recurso de casación interpuesto por Fátima Misajel contra la sentencia de vista, dictada por la Corte Superior de Ica (1era Sala civil), que revoca la sentencia apelada, que declaró fundada en parte la demanda y ordenó que los demandados paguen en forma solidaria la cantidad de S/.40.000, y reformando la recurrida declara improcedente la incoada en todos sus extremos”.

Hechos:

“Fátima Misajel solicita se le otorgue una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tránsito terrestre- fallecimiento por atropello- la cual dirige contra Ángel Espinoza y la Empresa Municipal de agua

potable y Alcantarillado de Ica sociedad anónima EMPAICA por homicidio culposo a efectos que se ordene a los demandados le paguen la suma de S/.200,000.00 más los intereses”.

Argumentos de Fátima Misajel:

- “En primera instancia se acreditó incuestionablemente que su hijo fue víctima de un homicidio culposo a consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido a la altura de la intersección que forma las Calle Pisco y Ayacucho cometido por el camión cisterna “Isuzu” acoplado con remolque”.

- “El remolque acoplado a la cisterna no contaba con autorización para circular ni con otro dispositivo de señalización lo que pone en evidencia que el demandando principal (chofer) sabía perfectamente que el camión cisterna que manejaba no contaba con autorización además de haber incurrido en imprudencia por transitar en el cercado de la ciudad en la que necesariamente tenía que observar las reglas de tránsito al conducir contra el tráfico”.

17.1 Sentencia Primera Instancia:

- “Alega que se le estableció el pago irrisorio de s/15,000.00, debiendo resarcírsele conforme a ley por el gravísimo daño moral, social y familiar que se le ha causado, por lo que la suma mencionada le parece injusta (La demandante interpreta que el daño moral tiene una función sancionadora)”.

- No formuló apelación oportuna a dicha sentencia.

17.2 Sentencia de Segunda Instancia:

- “La demandante ejerció su derecho de obtener la reparación civil por daños y perjuicios que sufrió por la pérdida de su hijo lo cual fue satisfecho en el proceso penal en el que inclusive alegó que como parte agraviada sólo espera que al momento de resolver se tome en cuenta la gravedad del daño ocasionado concluyéndose al reexaminar la apelada que no queda duda respecto a que la demandada no se encuentra en la necesidad real y oportuna de acudir al órgano jurisdiccional dado que su pretensión invocada ya fue satisfecha”.

17.3 Casación

Considerado Octavo. – La recurrente pretende se le conceda indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tránsito, a fin de que se le indemnice por el daño moral, social y familiar resultando por ende necesario un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

- Declaro fundado el recurso de apelación.

18. Casación 4045-2016 Lima

“Se trata del recurso de Casación interpuesto por la Caja de Pensiones Militar Policial, contra la sentencia de vista , expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la apelada en el extremo que declaró fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios y la revocó en el extremo que ordenó que la demandada pague a favor de la demandante la suma de S/ 50,000.00 por daño moral y reformándola ordenaron que el monto a pagar por daño moral sea S/ 25,000.00”.

Hechos:

- María Cajusol interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la recurrente derivada de los actos de despojo que realizó esta última contra su persona respecto de un inmueble, a pesar de que existía un contrato de compraventa.

- La demandada contesta la demanda, precisando que el contrato fue resuelto por falta de pago de la accionante.

18.1 Primera Instancia:

Se declaró fundada la demanda, ordenando el pago de S/ 50,000.00 soles por daño moral, sustentando su decisión en que la demandada no podía despojar del inmueble a la demandante sin una orden judicial previa, a pesar de que el contrato de compraventa celebrado entre ellos haya sido resuelto, a lo que abunda el hecho de que la accionante obtuvo con posterioridad sentencia favorable en el proceso de interdicto de recobrar lo que instauró contra la demandada.

18.2 Segunda Instancia:

- Se confirmó lo apelado reformando los montos correspondientes. [...] En específico sobre el daño moral lo redujo a S/ 25,000.00 soles.

Fundamento de la pretensión Casatorio (María Cajusol):

- La Sala de Mérito omite realizar un análisis sobre la cuantificación del daño moral, no existiendo fundamentación alguna en relación con los aspectos tomados en consideración a fin de determinar el monto indemnizatorio.

18.3 Corte Suprema:

Fundamento séptimo. –

“Que, respecto al daño moral, la doctrina es unánime al precisar la dificultad de sustentarlo en razón a su propia concepción. El daño moral es definido en sentido estricto como el menoscabo del estado de ánimo, padecimiento interior o sentimiento de desasosiego que subsigue a la comisión de un hecho generador de responsabilidad. El daño moral se concreta en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por la comisión de cierto evento dañoso en su contra. En ese sentido, se conviene en reconocer que el daño moral constituye una afección del estado de ánimo, la cual se traduce en dolor y sufrimiento, y que, por ser inestimable, debe cuantificarse, inevitablemente, según criterios de equidad, para efectos de su compensación”.

En consonancia con lo descrito en la Casación número 949-95 señala que:

“El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc.; son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través, de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador”.

El daño moral, en principio inestimable, es materia de cuantificación por parte del juzgador en atención a su criterio, siendo necesaria su incorporación en el monto indemnizatorio conforme al artículo 1985 del Código Civil.

Fundamento octavo. – A fin de no exorbitar la protección legal, corresponde que el mismo se fije de manera prudencial señalándose la suma de S/ 25,000.00 soles, es decir, a reducir el monto establecido por el mismo concepto en la sentencia de primera instancia. En consecuencia, teniendo en consideración que la cuantificación del monto indemnizatorio por concepto de daño moral debe efectuarse en base a criterios de equidad, se concluye que la sentencia impugnada no adolece de indebida motivación habiendo cumplido con ponderar la cuantificación, reduciéndola al monto indicado en el presente fundamento.

Fundamento noveno. – El daño se ha concretado por el despojo efectuado contra la accionante y no por la resolución del contrato.

- Se declaró infundado el recurso de casación.

19. Casación N°4122-2014 Tumbes

“Se trata del Recurso de casación interpuesto por Enrique Boggio, contra la resolución de vista, que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda interpuesta por Enrique Boggio sobre divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial; confirma la sentencia que declara infundada la reconvencción, en el extremo que se pretende divorcio por la causal de abandono injustificado de hogar. Revoca la sentencia en cuanto declara infundada la reconvencción, en el extremo que peticiona el pago de indemnización por daño moral a favor de la demandada; reformándola, declara fundada en parte la reconvencción en el extremo que peticiona el pago de indemnización por daño moral, fijándolo en la suma de S/ 20,000.00”.

Hechos:

“Enrique Boggio interpone demanda contra Maritza León, solicitando que se declare disuelto el vínculo matrimonial existente entre ambos y acumulativamente exoneración de alimentos”.

19.1 Sentencia de Primera instancia:

“Declara fundada la demanda interpuesta por Enrique Boggio sobre divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial. Declara infundada la reconvencción, en el extremo que se pretende divorcio por la causal de abandono injustificado de hogar. Declara infundada la reconvencción en el extremo que peticiona el pago de indemnización por daño moral”.

19.2 Segunda de instancia:

“Revoca la sentencia en cuanto declara infundada la reconvenición, en el extremo que peticiona el pago de indemnización por daño moral fijándolo en la suma de S/.20,000.00”.

19.3 Casación:

19.3.1 Considerando Séptimo:

“El daño moral está configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona”.

Considerando Octavo.

“El Tribunal Supremo (Tercer Pleno Casatorio), ha establecido, inclusiva, que debe tenderse al establecimiento, cuando corresponda fijar indemnización luego de la valoración de la prueba actuada. Estableciendo un solo monto dinerario que abarquen ambos conceptos”.

19.3.2 Considerando Noveno:

“La sentencia apelada, en clara transgresión a lo anteriormente indicada, revoca la apelada y fija montos diferenciados por dichos conceptos (daño a la persona y daño moral). Al fijar por concepto de indemnización por daño moral el monto de S/.20,000.00; expone, en esencia, los mismos elementos justificantes que dieron lugar al otorgamiento de la indemnización por daño a la persona, Es decir, se otorga indemnización separadamente por ambos conceptos, pero las circunstancias que justifican tal concesión son, en esencia, las mismas, dándose el caso que por los mismos hechos se estaría otorgando una doble indemnización”.

Considerando Décimo. –

“En consecuencia, se advierte la incongruencia en la motivación consignada por el *ad quem*, lo cual importa la vulneración del Principio de Motivación de las resoluciones judiciales”.

- Declararon fundado el recurso de Casación.

20. Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso Nulidad N°. 1358-2018/Lima.

Difamación agravada y reparación civil

Sumilla.

“Por la naturaleza del bien jurídico afectado – el honor- es posible la configuración de un daño moral. Este es un daño no patrimonial producido en la esfera de la personalidad o la afectividad de la víctima; constituye el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos padecidos por la víctima o su familia. El derecho al honor, en su contenido esencial, lo viene a constituir la dignidad de la persona en cuanto tal; que la lesión al derecho al honor afecta a la dignidad de su persona, al reconocimiento que los demás tienen de él, de su integridad moral o de su consideración social. Por ello, la reiteración de expresiones ofensivas contra una persona que realiza sus actividades laborales en el sector del espectáculo y realizadas por un conductor de un programa de ese mismo rubro le ocasiona un claro daño moral indemnizable”.

Fundamento primero (7). –

“La sentencia de vista careció de motivación, al confirmar el pago de la reparación civil sin pronunciarse respecto al sustento probatorio para determinarlo. No se justificó el monto señalado por concepto de reparación civil. No se cumplió el estándar mínimo de motivación”.

Fundamento undécimo. –

La reparación civil comprende la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 93 del Código Penal). El daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos y legítimos intereses existenciales no patrimoniales de las personas.

1. “Por la naturaleza del bien jurídico afectado- el honor- es posible la configuración de un daño moral, indemnizable conforme al artículo 1984 del Código Civil. Este es un daño no patrimonial producido en la esfera de la personalidad o la afectividad de la víctima; constituye el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos padecidos por la víctima o su familia”.

(Sentencia Casatoria civil 227-2013/Ica).

“En este supuesto, el monto indemnizatorio correspondiente es establecido a criterio del juez considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, el cual deberá ser resuelto con criterio de conciencia y equidad, en cada caso en particular puesto que no existe fórmula matemática y exacta para cada supuesto (sentencia Casatoria civil 3689-2013/ La libertad. La excepción a una probanza específica para acreditar daños reales y ciertos- otros tipos de daños, se sustenta en que pertenece al campo afectivo, por que cabe la inferencia”.

2. “En relación a los daños morales, por consiguiente, es de aplicación la doctrina *in re ipsa Loquitur*, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar “evidente”, es decir, “Cuando resulta evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado”.

(Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Primera).

“El daño moral, entonces, no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad”

(Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, 264/2009, de doce de marzo).

“El daño moral, en estos, casos, resultad de la importancia del bien jurídico protegido y de la afectación al mismo; no deriva de prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima”

(Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala segunda, 445/2018, de nueve de octubre de dos mil dieciocho).

“Para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas, siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad”.

(Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, 1490/2005).

3. “La lesión al derecho al honor afecta la dignidad de su persona, al reconocimiento que los demás tienen de él, de su integridad moral o de su consideración social”.

Fundamento duodécimo. –

“No hace falta pruebas específicas para apreciar el daño moral”.

Las siguientes casaciones son extraídas de:

(León Hilario, La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas., 2017.):

21. Casación 949-95-Arequipa

“El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. Son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador”.

22. Casación 1070-95-Arequipa

“Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derecho de la personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”.

23. Casación 1125-95- Arequipa

“La impugnada emite una errada apreciación conceptual del daño moral al señalar que este, no teniendo contenido patrimonial, no puede ser expresado en término económicos, toda vez que el daño material no ha sido probado; por lo que, de esta manera, se desconoce la autonomía del daño moral como auténtico instrumento reparador del perjuicio ocasionado en la víctima cuando dicho daño efectivamente se ha irrogado”.

24. Pleno Jurisdiccional del 1997 (Lima):

El artículo 116 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) regula los Plenos Jurisdiccionales, prescribiendo que: «Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial». En ese sentido a través del portal del poder judicial, vía su centro de investigaciones judiciales, podemos tener acceso entre otras a sus plenos jurisdiccionales (Poder Judicial., 2010). Sobre el tema que corresponde a la presente tesis, cabe mencionar el Pleno Jurisdiccional Civil de 1997, tema 6, relativo a la prueba del daño en la responsabilidad extracontractual. Al respecto cabe mencionar que los casos de indemnización son los establecidos por la ley. Respecto a la prueba del daño moral, el pleno jurisdiccional hace bien en delimitar, antes de tocar el tema de prueba, que funciones tiene la responsabilidad extracontractual, porque eso permitirá saber para qué serviría cada medio de prueba en un caso de responsabilidad extracontractual. El pleno jurisdiccional desde su interpretación (ya que ni el código ni la exposición de motivos delimita sus funciones), la indemnización tiene una función reparadora antes que punitiva. Esta percepción, aunque no se ha expresado en el pleno es excluyente, es decir, si cumple una función reparadora no podría posteriormente el juez pretender establecer una función sancionadora. Ahora bien, pasaremos a describir los criterios establecidos en aquel pleno jurisdiccional:

I. “ Que el daño es una deuda de valor y no una deuda de dinero, y que por lo tanto, en concordancia con la función esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización, debe buscarse la actualización del monto de la indemnización al momento en que ésta es pagada, de modo tal que el perjudicado vea verdaderamente satisfecha su pretensión indemnizatoria, recibiendo un importe que efectivamente lo restituya o lo aproxime lo más posible a la situación en que se encontraba antes del hecho dañoso” .

II. “Que para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño”.

III. “Que la prueba de los daños es posible a través de los medios probatorios típicos, atípicos y los sucedáneos de los medios probatorios”.

IV. “Que para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones (enfaticado del suscrito)”.

V. “Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas”.

El Pleno jurisdiccional tenía ya para aquel entonces (1997), una aproximación correcta sobre cómo puede ser valorado el daño, es en ese sentido que el pleno comprende que el daño no es únicamente una deuda de dinero (Punto I), por lo que al expresar que el daño es una deuda de valor, abría ya, el camino hacia una forma de cumplir la norma donde se establezca otorgar indemnización, de una forma diferente a la dineraria. Si es que seguimos el argumento del pleno jurisdiccional (Punto II), para cuantificar el daño moral hay que tener presente la situación de cada una de las personas que hayan sido afectadas como a su vez del demandado (posible productor del daño). A su vez, debemos expresar que, sobre el establecimiento pecuniario del daño, deberá necesariamente hacer una evaluación psicológica ¿Por qué? Porque esto nos permitiría ser congruentes con la idea de compensar el daño moral. La prueba, entendida como la afirmación de los hechos, debe ser acreditada a través de los medios probatorios pertinentes, sin excluir su origen, ya sean que estén plasmados en la norma (típicos), o no (atípicos) y los denominados sucedáneos (Punto III). Pasado el pleno jurisdiccional a la materialización de la prueba sobre el daño moral, establecieron que, para acreditarlo bastaría la prueba indirecta, de indicios y presunciones (Punto IV). No compartimos la posición de materializar la acreditación del daño moral, porque esto ha llevado al resultado que tenemos hoy en la jurisprudencia, es decir, a que la mera afirmación del daño moral pueda hacer que se pasen por alto, todas las etapas del proceso, arriesgándonos a seguir en una suerte de indefensión para el demandado y también pasar por alto el principio del contradictorio. Por último, establece un criterio (Punto V), el consideramos correcto, que las afectaciones emocionales (daño moral) no es posible de sufrimiento por entes abstractos (Personas Jurídicas), ya que el concepto de daño moral está delimitado a una afectación de los sentimientos, los cuales solo pueden ser evaluados a personas naturales. Las personas jurídicas podrían pedir una rectificación pública de afirmaciones realizadas por otra persona y/o empresa, y, en el caso más grave de afectaciones a las ganancias y/o ingresos de una empresa, correspondería realizar una denuncia contra el honor por parte de la empresa hacia la persona o empresa que haya realizado declaraciones o publicaciones en agravio de determinada empresa.

CAPITULO 2: TOMA DE POSTURA / SOLUCIÓN / TESIS

2.1 Análisis, interpretación de la información

La presente tesis ha tenido como propósito observar la necesidad de diálogo entre el derecho sustantivo y el derecho procesal. La praxis necesita del derecho sustantivo, pues el derecho procesal no puede resolverse sin el primero. Por conocer el derecho procesal, no debemos delimitarnos a reglas normativas sobre esta parte del código y es fundamental razonar las pruebas a partir de los hechos, es decir, desde el razonamiento probatorio.

El problema del daño moral en cuanto a su cuantificación parte de delimitar su concepto, pues también ha sido necesario determinar que el juez debe lograr uno o varios de los fines del proceso, esperando también un comportamiento procesal de las partes, en el cual busquen o al menos intenten acreditar sus pretensiones a través de determinados medios probatorios.

Aunque se ha intentado tener una definición clara, concreta y precisa sobre lo que abarca el daño moral, podemos observar desde la evolución de la doctrina como la jurisprudencia, que su definición no es unánime, por lo que su interpretación tampoco lo es. Abordar el tema del daño moral vinculado a la jurisprudencia ha resultado necesario, ya que, como pasaremos a interpretar, siguen persistiendo muchos problemas que se deriva de la complejidad del tema.

Se parte de la idea de que todas las personas antes de un accidente o perjuicio se encuentran emocionalmente estables. Esta presunción no se encuentra justificada ya que no existe una cultura de velar por nuestra estabilidad emocional, menos aún un registro de cómo es que se encuentran las personas emocionalmente (vía test psicológico) cada cierto tiempo. Si es que fuera claro la afectación en determinados supuestos de hecho, estas son meras afirmaciones, los cuales deben acreditarlos por algún medio de prueba.

El manifestar que se otorgue dinero para el goce de bienes hace regresar al entendimiento del daño moral, esto es, pagar para distraer ese sentimiento de desequilibrio interno lo que hace esto es alejarse del mismo concepto de daño.

Pasada esta distracción (gocce de bienes), se entenderá que no se tuvo la intención de tratar esa estabilidad emocional, sino simplemente distraerla, y cuando ya no se tenga el monto económico determinado, en muchos casos, no se llegar a tratar esa afectación psicológica.

La definición debe ir a que el daño moral es un aspecto que no se puede detectar inmediatamente por todos. Podemos tener nociones de qué sentimientos manifiesta una persona a partir de expresiones gestuales, corporales, tipo de lenguaje, baja autoestima entre otras; sin embargo, seguimos siendo inexpertos al lado de los psicólogos que podrían dar un diagnóstico más preciso, sobre lo que pasa por la mente de esa persona.

Por otro lado, buscar una definición permite también delimitar qué función tiene la responsabilidad extracontractual en cuanto a daño moral se refiere. Si es que se acepta la idea social de cuantificación del daño moral, estamos hablando de que el daño moral abarcada una función disuasiva y sancionadora. Si es que este argumento es el correcto no podremos si quiera acercarnos a una compensación de la alteración disvaliosa, vía tratamiento psicológico.

Desde el lado de la clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales, se ha visto la necesidad de ver si es que existe la necesidad de seguir teniendo el concepto del daño moral, si debe estar comprendido en el daño propuesto por el profesor Sessarego (daño a la persona) o este último, en el perjuicio moral, o finalmente que coexistan los dos como conceptos autónomos.

Como se ha podido apreciar, el ámbito de la responsabilidad civil se usa mucho los términos resarcir-indemnizar-compensar, como si fueran lo mismo. Cuando se pretende el reconocimiento del daño moral debe tenerse presente que no se puede volver al estado anterior, porque, en líneas generales, en la mayoría de los casos en los que se piden por esa función el daño moral, no se sabía cómo es que se encontraba emocionalmente, ¿y por qué? Porque esto no podrá determinarse sin un diagnóstico médico.

El daño moral, interpretando los conceptos definidos, podríamos decir que es aquel perjuicio jurídico que abarca la esfera interna de la persona, en la cual están involucradas una serie de sentimientos y afectaciones que podrán los hechos ser una línea en primera base de qué afectaciones se podrían desprender del caso, pero que necesariamente deben ser confirmado, esta presunta afectación emocional, vía test psicológico.

Los casos en que pueda pretenderse el daño moral es *numerus clausus*, ya que el artículo 1984 nos habla de que su cuantificación depende de su magnitud y no se encuentra delimitado por una serie de casos.

2.1.2 Daño moral y su prueba

Llegado a este punto hemos podido ver la necesaria vinculación que deben tener el derecho sustantivo y el derecho procesal; en consecuencia, consideramos necesario reflexionar a partir de una última publicación en nuestro país (Vargas-Machuca, 2020).

El daño moral abarca un aspecto interno-psicológico, y a partir de las reflexiones brindadas en la presente tesis, se tienen que realizar pruebas psicológicas para saber cuánto es el *quantum* del daño moral (Odar., 2020).

Cuando se hace mención del perjuicio moral, y que debe tener en cuenta la gravedad objetiva (Manzanares Campos, 2008, pág. 96.), ello evidentemente va a variar de acuerdo con las diferentes personas que pasen por el test psicológico para valorar su afectación emocional.

El problema del daño moral se debe también a que no existen muchas conferencias y/o diplomados sobre responsabilidad civil extracontractual, lo que llega a generar una desactualización del tema, y por otro lado, confusión en la práctica para interpretar determinados conceptos que suelen ser indeterminados en el ámbito extracontractual.

Siguiendo con la línea de la práctica, nos debe interesar qué medio de prueba podemos usar para intentar acreditar el daño moral. Si es que esta posición es la que se adopte de aquí hacia adelante, entonces no podrá existir (y de hecho no existe en la norma presunción sobre el daño moral). El interés por la jurisprudencia parte por observar qué montos están siendo otorgados en daño moral y bajo qué razonamiento probatorio, es decir, que se halla seguido un razonamiento con medios que permitan acreditar la prueba.

Cuando se otorgan montos por daño moral es importante saber bajo qué motivación, parámetros y/o criterios se otorgan. La importancia es saber qué está motivando otorgar tal monto y basado en qué pruebas. En algunos casos pueden otorgarse montos alto que podríamos pensar en una aplicación de la función punitiva en el daño moral, lo cual estaría en contra del principio de la reparación integral.

En el ámbito de la prueba, se tendrá que determinar quién tiene la carga de la prueba en dos sentidos:

1) Carga de la prueba (objetiva), en el sentido que si no prueba la afectación que solicita (daño moral), entonces pierde el caso; esta concepción de carga de la prueba es una facultad del interesado, pero no hacerlo lo deriva perder el caso.

2) Carga de la prueba (subjetiva), en el sentido de quién tiene mayor posibilidad de acreditar ese daño, es decir el daño moral, y este al ser algo interno, tiene una forma de probarlo, la cual es vía test psicológico, sería el presunto perjudicado y no el damnificado.

La carga de la prueba es un aspecto fundamental para fortalecer el argumento de la necesidad de la comunicación entre el derecho sustantivo y derecho procesal, si es que existen resoluciones judiciales, en que se presume el daño moral, sería una regla que no se podría haber establecido de la propia lectura del artículo 1984 ni 1985 del Código Civil.

La presunción del daño moral va en contra del principio de necesidad de prueba, incluso esta presunción hace que desde la pretensión del daño moral se pase inmediatamente a su admisibilidad sin valoración y con una decisión a favor, sin respetar la idea de la prueba ni sus etapas en el proceso.

La presente tesis se ha dado cuenta del problema de la tradición de mirar el derecho procesal solo desde sus reglas, olvidando que un aporte al sistema no solo parte por saber bien el procedimiento, sino también de este intercambio de ver lo que pasa en la parte material del Código Civil, para llegar a una solución más completa y sólida a partir del diálogo entre el derecho sustantivo y el derecho procesal.

El artículo 1984 de nuestro Código Civil nos permite observar que en el daño moral estamos en un supuesto de casos indeterminados en que se puedan pretender (Sobre inclusión).

2.1.3 Debido proceso y daño moral

El derecho al debido proceso no abarca un único derecho, sino que está constituido por un conjunto de garantías que deben presentarse en el proceso. En el daño moral, la parte que manifiesta haber sufrido un perjuicio buscará una tutela jurisdiccional efectiva, el cual parece confundirse en que esto significa, que alegado el daño moral, ya que tienen que dar la razón, independientemente de una reducción del monto solicitado (el cual usualmente no es justificado), esta forma de percepción por parte de algunos demandantes hace que el derecho a la defensa quede en un desbalance por la mera alegación de aquel daño, lo cual transgrede a su vez el principio del contradictorio.

Por otro lado, el debido proceso también abarca la motivación y logicidad de las resoluciones judiciales (Casación 3824-2013 Ica), lo cual no quiere decir que la mera alegación por la parte demandante, e inmediata aceptación por parte de un juez o tribunal, hable de una correcta motivación y menos aún de logicidad en una determinada resolución.

La motivación exige:

“Una exposición clara y coherente en la sentencia que no sólo explique, sino que justifique lógicamente la decisión adoptada, en base a las pruebas y demás hechos acontecidos en el proceso, y en atención a las normas jurídicas aplicables al caso”.

(Casación 4045-2016 Lima).

2.1.4 Exigencias probatorias

En la judicatura podemos observar que el entendimiento del daño moral es establecer un monto sin mayor justificación, entendiendo que el monto puede ser elevado, pero teniendo conocimiento por otras resoluciones que te puedan dar menos de lo que pediste; sin embargo, te dan algún monto al fin y al cabo. Iniciar demandas sin la mayor intención de probanza hace que las demandas en ese extremo deberían declararse infundadas, porque entienden al daño moral como una figura que no necesita probanza y se aleja de las reglas procesales, y que de ir a un proceso se trata de una figura abstracta, ya que entienden que el daño moral solo se expresa y no se prueba, por lo que basta la mera alegación para que el demandado este indefendible en este tipo de casos.

2.1.5 Máximas de Experiencia

Las máximas de experiencia pueden servir de criterio para la segunda etapa del proceso, es decir, la valoración del perjuicio moral en sí. Existen casos en los que las probabilidades para otorgar el daño moral son altas por los hechos indirectamente observados, sin que ello implique que la parte demandada ya no se pueda defender en el proceso porque las máximas de experiencias genéricas siempre pueden ser derrotas por unas más específicas.

Las máximas permiten inferir en un nivel aproximado el dolor, esto permite que la decisión del daño moral se encuentre más justificada.

3. El daño moral en la jurisprudencia

Conforme hemos podido apreciar de la jurisprudencia, el concepto de daño moral:

“No es unívoco, muchos podrían interpretar que, si se hace alguna alusión a derechos de la personalidad, más esté ligado al concepto del daño a la persona, pero que, si es que la motivación de la resolución se encuentra en la parte de motivación del daño moral, debe desprenderse que se está haciendo alusión a este campo interno de la afectividad espiritual”.

“ Siguiendo la línea del intento de definir el daño moral, la Corte suprema (Casación 1125-95), pretende corregir la apreciación conceptual de una de las parte , cuando en realidad lo que hace es establecer que este concepto será reparado en términos económicos, lo cual hace ver que para la interpretación de la Corte Suprema existiría una única forma de repararlo (pecuniaria), sin que ello, haya sido establecido en la norma y demostrando la claridad conceptual al expresar que el daño moral se repara” .

“En cuanto a su alcance interno, como pertenecen al campo de la afectividad, se establece que abarca (Casación 949-95), el dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. Estos elementos que pretenden brindar al juez tener mejores criterios objetivos del daño moral padecido, serán complementados con un test psicológico ya que así puede determinarse conforme a los hechos acreditados, que tipo de sentimientos o emociones es la que uno llega a sentir en ese tipo de casos”.

“Por otro lado, si es que el legislador ha optado por la indemnización económica del daño moral, de los montos establecidos podríamos determinar que función está cumpliendo, y en la mayoría de casos, que funciones cumple el daño moral para los jueces, en la vía penal el concepto de daño moral, cumple una función sancionadora”

(Casación 3824-2013 Ica).

“Si es que el daño moral es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y afectación espiritual (Casación 1070-95 Arequipa), ambas deben tener algún medio que acredita esta afectación a fin de evitar demandas colectivas al saber que la mera alegación determinara un monto, sin que se pueda predeterminar el monto exacto, pero pecuniario, al fin y al cabo. La mera alegación de afectaciones emocionales no puede bastar, para que pague por concepto de daño moral (Casación N°1318-2016), ya que estamos en un plano

netamente subjetivo, supeditado a la convicción que tenga el juez y no a la acreditación de esa afectación emocional vía test psicológico”.

Desde el ámbito del origen, conforme al material que hemos podido revisar de la Academia de la Magistratura, observamos que:

“Los antecedentes del daño moral lo hemos tomado de la ley penal en España, por lo que cabe observar ciertos criterios que tiene la Corte Suprema, a través de resoluciones penal (Recurso de Nulidad N°1358-2018-Lima), de inicio podemos delimitar que el daño moral, se aplica en la afectación del honor, esto es importante ya que la sobre inclusión de los casos del daño moral, hace necesario ir comenzando a delimitar en qué casos se suele tener en cuenta”.

Como ha sido resaltado en varias partes de la presente tesis:

“No se justifica el monto, esto también lo podemos ver en el área penal, conforme a la resolución penal mencionada líneas arriba, y esto conforme a las reglas procesales es relevante, porque no justificar el monto, permite acreditar que no se ha cumplido un estándar mínimo de motivación. Un criterio incorporado en sede penal, puede ser esta idea de resolver de acuerdo a conciencia, lo cual alejaría un control de la decisión, porque esencialmente bastaría la convicción interna por parte del juez”.

“Esta idea de íntima convicción, no es entendida en todos los casos de daño moral, sino que conforme (Casación N° 2784-2014 -Lambayeque), hemos podido analizar en una decisión de primera instancia, que se declaró infundado el daño moral, al no haberse logrado acreditar con medios probatorios idóneos la existencia de dichos daños”.

“Por otro lado, hemos visto en la motivación de la resolución penal, que el daño moral es un daño *in re ipsa*, lo que alejaría todo tipo de debido proceso y peor aún basado solo en la subjetividad, basado en que el daño moral debe resultar -evidente-“.

“El criterio de consciente y que el daño moral resulte evidente, no puede apreciarse de manera uniforme en la Jurisprudencia (Casación N°4122-2014-Tumbes), ya que esta idea de ser evidente, estará basado en un criterio subjetivo del juez, es decir, de la íntima convicción”.

“El criterio subjetivo se ratifica, con la aplicación de criterios tales como la fija del daño moral de manera prudencial (Casación 4505-2016-Lima), estos criterios son tan subjetivos, que hacen por la parte demandante esencialmente, no sienta la necesidad de

buscar un medio de prueba, ya que como hemos podido apreciar de la jurisprudencia, pueden pedir 50 y le dan 25 (por poner un ejemplo), basado en un criterio netamente subjetivo y sin necesidad de prueba”.

“Comenzar a aproximarse a lo que abarca al daño moral desde la jurisprudencia, debe comenzar por esta idea de delimitación de afectaciones emocionales, tales como las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona y que, por ser inestimable, debe cuantificarse inevitablemente según criterios de equidad”

(Casación N°4122-2014-Tumbes) (Casación 4505-2016-Lima).

Asimismo, no puede pretenderse tener el mismo monto para 2 personas que han tenido el perjuicio de acontecimientos diferentes, ya que la idea de atender el daño objetivo causado al accionante ratifica que dos personas no llegan a sentir la misma afectación (Casación N°2782-2014 Lambayeque) (Casación N°2084-2015-Lima).

La dificultad de acreditación (Casación 4505-2016-Lima), no debe interpretarse en imposibilidad de intentar acreditarlo vía test psicológico. La acreditación usual del daño moral es que el juez evalúe a partir de los hechos alegados, pero los daños no serán desprendidos de hechos como si fueron daños materiales, su desconexión respecto al monto es que no justifica como llega a tal monto y cuando corresponde el perjuicio moral.

(Casación N°47-2010 Del Santa).

Para que se lleve a cabo un mejor proceso, el magistrado tiene que decidir basado en el acervo probatorio que se presente, es decir, todo aquello que las partes hayan podido presentar que permitan al magistrado establecer que efectivamente se debe determinar que alguien es responsable o no. En ese sentido, se observa que el mencionado criterio es establecido en segunda instancia. La Suprema Corte ha pasado de la teoría que el perjuicio moral presenta dificultades probatorias a una presunción práctica, utilizando como único argumento que la parte tuvo que recurrir a la vía judicial y esa justificación nos preocupa a sobremanera.

“En ese sentido, en el caso ha existido un voto en minoría, el cual según un criterio que creemos correcto, los daños no han sido probados, y ese aspecto es ajeno a la sede Casatoria”.

(Casación N°2084-2015-Lima).

Conforme a las funciones de la Corte Suprema, esta no podría valorar esta interpretación normativa, de acuerdo con las funciones de la más alta instancia judicial, pero conforme vemos algunas decisiones de la Suprema, lo llega a realizar (Casación N°1318-2016-Huancavelica).

Es prácticamente impensable no pensar en una afectación interna (emocional). Por ejemplo, cuando ocurre la muerte de un familiar (Casación N°48-2005), establecer un monto cualquiera (Casación N°1270-2005-Lima) significa alejar de un verdadero tratamiento psicológico, y en vez de ello, con dinero alejarte de ese sufrimiento con distractores.

No basta la mera pretensión, esto no es una merecida motivación, puesto que esta apreciación estaría basada solo en el memorial del juez, siendo que esto se aleja de un prudente arbitrario basado en lo que se haya desarrollado en el proceso. (Casación N°1701-2006-Arequipa).

4. La función que cumple el daño moral:

El perjuicio moral no va acorde con la función reparadora, ya que no se podrá saber, en la mayoría de los casos, en qué estado emocional se encontraba la persona antes del perjuicio, siendo un error generalizar la idea que toda persona antes del perjuicio se encontraba en perfectas condiciones emocionales. Esta idea de función reparadora encaja perfectamente cuando estamos situados en los daños morales.

La función satisfactiva nos hace volver a un terreno muy subjetivo. El juez, al pretender reducir el dolor, establecerá un monto, que, a criterio de este, satisficiera a la víctima, lo cual abre el camino a que la víctima pueda sentirse satisfecha con unas disculpas públicas y/o con mayor dinero, el cual podrá usarlo no necesariamente para buscar su mejora emocional.

Si es que la función punitiva es que el daño moral debe cumplir una función sancionadora, nos estaríamos alejando de la teoría de la reparación integral del daño, y aceptando la experiencia histórica, mediante la cual este concepto (daño moral), cumple una función sancionar y disuasiva.

Consideramos que la función que cumple o debe cumplir el daño moral en un sentido puro es la compensatoria, ya que buscará lograr un equilibrio de salud mental por la

afectación sufrida. El monto económico tendrá que ser destinado a terapias psicológicas y no a distraer a la víctima con otras actividades.

5. El daño moral a partir de los procedimientos probatorios:

Es importante limitar qué tipo de medio existe cuando se pretende acreditar perjuicios morales. Pasaremos por exceptuar que el parlamentario “no tiene sospecha del juez sobre los actos, no decide el redundado, y no existen algún medio probatorio que el juez necesariamente lo deba establecer como prueba, en consecuencia, en el Perú, el perjuicio moral, no está asentado en un arbitrio de prueba tasada”.

Por ende, debemos pensar en seguir el camino de ver la prueba del perjuicio moral con perspectivas morales, pues seguir el camino de la racionalidad nos permite saber que existen límites, y que “el juez va a decidir en base a la corroboración suficiente, las pruebas que se tienen en el expediente judicial, lo cual demuestra la necesidad de acreditar de alguna manera”.

Desde la perspectiva que nos adherimos (valoración racional), el principio inmediatorio resulta débil, ya que la práctica de la prueba es fundamental para el derecho del contradictorio cuando se pretenda el daño moral, con la finalidad de que se disminuyan los errores.

Asimismo, desde la perspectiva racional, nos permite observar si es que se realizó o no el expediente. En ese sentido, si es que la premisa ha sido bien entendida, tendríamos que alejarnos del sistema de prueba basado en la íntima convicción, por lo que se tendrá que justificar el pase las pruebas a las conclusiones.

Si seguimos aceptando el camino de que la prueba del perjuicio moral se base solo en la íntima convicción, estaríamos aceptando que la doble instancia no tiene ningún sentido porque no se puede apreciar el procedimiento psicológico realizado por el juez de la primera instancia.

6. Tercer Pleno Casatorio y el daño moral:

El caso y todo lo que tiene que ver con la responsabilidad civil ha sido detallado a lo largo de la tesis, por lo que pasaremos a enfatizar y reflexionar ideas muy puntuales sobre el daño moral.

Rene inicia acciones judiciales (demanda), para que se resuelva a su favor con una sentencia declarativa de divorcio por la causal de separación de hecho y se establezca un régimen de visitas. La demandada alega que la contraparte (demandante) le indemnice por daños y perjuicios (incluyendo daño moral) por la suma de S/ 250,000.00 soles. (no estableciendo una mínima argumentación de la afectación sobre daño moral).

La afirmación de que ha sufrido daño moral no debe entenderse como una presunción que no existe en el artículo 1984.

6.1 Primera Instancia:

Fundada (en parte), y sin ningún acervo probatorio sobre ese daño en particular y sin motivación, se otorga S/ 10, 000 soles.

6.2 Segunda Instancia:

La Sala fue del criterio que el monto establecido por la primera instancia correspondió a su prudente discreción, habiéndose tenido como criterios el interés familiar y lo actuado en el proceso.

La señora Catalina (demandada) no prueba la afectación psicológica. Su apelación está basada netamente en la reconsideración de la primera instancia, en específico la integridad del perjuicio, el cual, vale resaltar, no ha sido probado al menos en cuanto a la afectación moral se refiere. Que de los hechos se desprende que el sistema judicial tenga que otorgar un monto sin prueba, hace entender que la idea de flexibilización al principio de congruencia, en los procesos de familia, termina siendo una suerte de desequilibrio, basando en ideas morales que contravienen el artículo 333, inciso 12, sobre la decisión legítima de separación de hecho.

El demandante interpuso recurso (casación) por la aplicación indebida del art. 345-(CC). Este artículo no es un caso de responsabilidad civil porque está basado en un criterio de solidaridad social, mas no en un supuesto de indemnización por responsabilidad civil. Asimismo, el demandante alega que no se ha probado el daño moral expuesto.

Por otro lado, la concepción del divorcio debe ser entendida como el divorcio remedio cuando sea por una decisión libre por una de las partes, el cual debe tener como consecuencia la separación de hecho. Esta concepción se encuentra en la mayoría de las legislaciones, conforme al fundamento 25 del Tercer Pleno.

Siguiendo la línea de la necesidad de la prueba (Considerando 73), el juez establecerá un monto basado en las pruebas que se han presentado y valorado en el proceso.

El considerando 74 habla sobre la indemnización del daño moral, el cual a su vez termina siendo una confusión, ya que establece que no puede ser un monto simbólico, lo que nos haría pensar que se aleja de la función satisfactiva, en cuanto criterio subjetivo de cada persona, en qué medida se siente satisfecha independientemente de que sea en dinero o no.

Por otro lado, expresa que no puede pensarse en un enriquecimiento indebido, por lo que, para pensar en un ámbito de justicia y equidad debería pensarse en una forma de acreditar este daño, y como la equidad está basada en la afectación que cada uno puede sufrir, sería más uniforme los montos al pedir test psicológicos.

El considerando 77, sobre la prueba de oficio en particular, acarrearía ciertos problemas en cuanto al daño moral, ya que establece cómo se le permite al juez usarlo, siempre que de los medios presentados en algún sentido se haya expresado.

En la práctica actual solo se alega el daño moral. Que el juez solicite un test psicológico de alguna manera está favoreciendo a esta parte y dejando indefensa a la otra parte. Si es que la parte que alega daño moral no trae este test psicológico, debería ser declarada infundada la petición, sin dejar paso a la prueba de oficio.

2.2 PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA- POSTURA PERSONAL CON FUNDAMENTO TEÓRICO

La solución no va por exigir cifras. Creemos que en determinados casos de la judicatura se ha podido observar que se quiere aplicar al daño moral una función sancionadora, conocida también en el *common law* como *exemplary damages*, los cuales tienen un criterio distinto al que debería realizar el daño moral, es decir, el cumplimiento de la teoría de la reparación integral, el cual se aplica en el derecho continental, mediante el cual solo se puede otorgar el monto por un daño efectivamente sufrido.

Se dice que en el daño moral es menoscabo acreditar en términos económicos. En ese sentido, podemos observar que el juez tiene una mayor libertad en cuanto al establecimiento de los montos de indemnización mediante el recurso de crear elásticamente, que no requiere de una probanza estricta, a la que se le denomina daño moral. (Bajonero Manrique, 1998, pág. 195.)

¿Y es que acaso no será que en el momento del accidente o perjuicio deberíamos pensar en una evaluación psicológica y a partir de ahí graduar cuantas sesiones requiere la persona para ya no establecer montos ejemplares cuando no entran en la categoría de ser daños ejemplares?

Aquí seguimos pensando en que la persona puede hacerse un análisis psicológico sobre cómo se encuentra a raíz del accidente (por ejemplo) y confrontarlo con un psicólogo que labore en EsSalud, para así poder determinar la cantidad de terapias que requiera y tener montos más exactos, en vez de dejar cifras a la deriva que al final puede que se use el dinero para otros fines y no para “consolar” el dolor, lo cual sería contradictorio si estamos hablando de daño moral.

Existen normas que son más específicas que otras, por lo que será necesario, en caso sean muy abiertas a interpretaciones, poder revisar en primer lugar su exposición de motivos. En la exposición de motivos se puede observar un criterio muy abierto al legislador, con una forma de indemnizar pecuniaria. La exposición de motivos no establece los casos y qué funciones tiene el daño moral.

Se puede observar un criterio muy genérico para establecer el *quantum* del daño moral, como es el uso de la discrecionalidad por parte del juez. Aquí se puede percibir la ausencia de diálogo con el derecho procesal.

Desde sus inicios se pudo observar que intentaron dar una solución el cual apuntaba que “no es reparable económicamente”, en ese sentido, existía dos caminos a seguir:

1) Basado en la teoría de la reparación integral mediante la cual todo daño que se causa a una persona debe ser reparado, es decir, volver al estado en que se encontraba la persona afectada antes de se produjese el daño, al no poder hablar de reparar la afectación de los sentimientos, entonces no se debía regular porque se contradecía esta figura.

2) Si solo el dinero es la única forma de reparar y en este caso estamos ante una afectación no material, y por ende debemos encontrar otros mecanismos para no dejar con el perjuicio ocasionado al damnificado y/o víctima, entonces debíamos pensar cómo es que debe probar el damnificado y en caso de que sea víctima como es que prueban los familiares de este último.

Posteriormente, se reguló como categoría de perjuicio, pero carente de análisis de la necesidad de ver la figura desde la parte sustancial y procesal. Las preguntas que se

plantearan en un juicio son: ¿Cuánto vale el dolor? Aun cuando se asigne el valor, ¿se regresará al estado anterior?

El término más exacto para hablar de funciones y qué rol cumple el daño moral, creo es el de compensar, tratar de mantener ese equilibrio, que, por cierto, no sabemos cuál era.

Por otro lado, el profesor Taboada entiende que:

“El daño moral, es una afectación interna, pero para que se otorgue debe tratarse de un sentimiento socialmente digno”

(Taboada Córdova, Elementos de la Responsabilidad Civil., 2003, pág. 64.).

Aquí cabría preguntar si la referencia a un sentimiento socialmente digno justificaría una función sancionadora.

La posición del profesor Taboada, que evidentemente es anterior al Tercer Pleno Casatorio, es que tanto el daño moral como el daño a la persona son categorías independientes.

Por otro lado, el profesor Sessarego hace una referencia a la subjetividad del dolor y sufrimiento, y que conlleva a la afectación de emociones psíquicas, es decir, de los sentimientos (Fernández Sessarego, 2011, pág. 638.). En discrepancia con el profesor Taboada, considera que el daño moral es un concepto independiente y no está adherido al denominado daño a la persona.

El profesor Sessarego nos permite fortalecer el argumento del test psicológico cuando hace referencia que el daño moral no llega a constituirse una psicopatía, es decir, una alteración de la conducta social que es revisado por el psiquiatra. Muchas afectaciones emocionales que no son tratadas a tiempo pueden derivar en la psicopatía, justamente por pasar por alto el tratamiento psicológico.

Si es que seguimos la posición del profesor Sessarego, en cuanto a la denominación que el daño moral es una simple perturbación psíquica, podríamos comenzar a hablar de su necesaria derogación, posición que evidentemente no compartimos, ya que lo que es peor aún, muchas perturbaciones psíquicas, las cuales conforme expresa el profesor sí pueden ser determinadas por médicos legistas, necesariamente habrán tenido que pasar por una afectación emocional temporal, que puede haberse mantenido en el tiempo, no porque sea inmediatamente algo patológico, sino por la no terapia psicológica.

Posteriormente, el profesor, al pronunciarse sobre el Tercer Pleno, comenta que ha sido resuelta la clasificación de los daños no patrimonial (moral-persona), en el fundamento 74, cuando expresa que el primero (daño moral) se encuentra dentro de concepto de daño (a la persona) propuesto e incorporado por Sessarego (Fernandez Sessarego, 2011, pág. 688.). Sobre el punto, podríamos decir que la clasificación realizada por el pleno no resuelve uno de los serios problemas que tiene el daño moral, como es por ejemplo el tema de prueba.

Desde el derecho comparado podemos observar que el daño moral solo es viable para los casos establecidos por ley (Suiza, Alemania, Italia). En Estados Unidos podemos rescatar, al ser un sistema diferente al nuestro, la nomenclatura de perturbación psíquica y que este podía ser establecido psicológicamente.

En Argentina, a partir de un caso en particular, podremos dar unas nociones preliminares, la cual concordamos en que el divorcio no puede generar con carácter obligatorio un daño moral, ya que en pleno siglo XXI, no podría pensarse que el matrimonio es para toda la vida.

El Derecho Español nos permite expandir los supuestos en los cuales se presenta el daño moral, como la afectación al honor, la libertad, que afectan aquellos sentimientos de sufrimiento, pena y malestar. Sobre el punto del disgusto que menciona Diez Picazo, cabe agregar que está basado, en afectaciones tolerables y que no podrían llegar a la necesidad de un monto económico por daño moral.

Por otro lado, no puede llegar a considerar que como no se puede reparar el daño moral, es decir, regresar al estado anterior, no debe buscar una solución posible.

El dolor parte del valor que le asignamos a cada aspecto de nuestras vidas (personales, propósitos y aspiraciones en la vida). La ausencia del dolor deshumaniza, también creemos que las personas bajo un mismo suceso no tienden a sentir igual, por lo que esta idea de deshumanización permite, al menos desde el ámbito psicológico, a que se puedan cuantificar las sesiones terapéuticas o que lleguen a ser patológicas, lo cual derivaría un tratamiento con el psiquiatra.

Por otro lado, el dolor físico puede ser más contrastable vía exámenes médicos y pueden ser más exactos que la magnitud de un dolor emocional.

Respecto a las barreras epistémicas, el profesor (Papayannis D. M., 2018, pág. 15.) nos explica que las reglas procesales no deberían hacer prevalecer los intereses de uno (presunción de daño moral) sobre los otros. Afirmar que la dificultad probatoria no debería operar sin más a favor de ninguna de las partes.

Esto nos permite reflexionar que debe existir unas exigencias probatorias y no puede presumirse el perjuicio moral, ya que, si seguimos en ese camino, seguirá existiendo una indefensión por parte de la parte demandada por la mera alegación de daño moral del demandante.

Una mejor manera sería analizar cada caso para ver que acervo probatorio presenta la parte, esto en consecuencia demuestra que nuestra posición no es eliminar el daño moral, ni que el estándar de prueba sea muy elevado como para no acreditarlo, sino más bien en evaluar qué casos y si es que otorgarlos generarían más perjuicios sociales en término de demandas fraudulentas (Papayannis D. M., 2018, págs. 15-16.). En ese sentido el profesor hace una reflexión la cual coincidimos:

“El conocimiento del dolor, es indirecto. Que sea indirecto solo significa que su constatación depende de una inferencia inductiva, realizada a partir de otros hechos y máximas de experiencia”

(Papayannis D. M., 2018, pág. 18.)

Las máximas de experiencia son reglas con un sustento científico muy serio, si es que no es así, el mero enunciado por parte del juez nos hace saber que entramos otra vez en una decisión de carácter subjetivo, y de nada habrá servido alejar como sistema de prueba a la íntima convicción.

Por otro lado, otorgar dinero por una afectación emocional implica aceptar un método con el cual el Perú no cuenta, es decir, el método del placer compensatorio, de la cual se desprende que aquel dinero entregado genera placer, pero con limitaciones ya que se tienen dolor reparables e irreparables. (Papayannis D. M., 2018, pág. 28.)

Desde el punto de vista de los hechos, si es que nosotros afirmamos que hemos sufrido un dolor, aflicción y otros tipos de sentimientos a consecuencia de un determinado acontecimiento, entonces ello debe ser verificable con algún medio probatorio. Conforme lo expresa Taruffo, el hecho es el objeto de prueba (Taruffo, La prueba de los hechos, 2005), esto es muy diferente a que el hecho sea la prueba misma.

Los hechos tienen su clasificación (externo, percibido, interpretado). El daño moral debe ser consecuencia de un hecho externo, el cual debería tener algún medio probatorio, como cuando un familiar sufre un accidente de tránsito, se tiene el atestado policial, el perito del accidente entre otras pruebas.

Tenemos una posición que pretende demostrar que el detrimento se ha rentado y otra es decretar negociación de un deterioro grave. Esto es relevante respecto al daño moral, ya que se puede acreditar, por ejemplo: un accidente de tránsito se puede acreditar, pero otra cosa es presumir el daño moral. Únicamente puede ser objetivo de evidencia la comunicación descriptiva mencionada a la vida de un determinado acontecimiento, ello es diferente cuando la explicación valorativa que califica esa chispa de una determinada manera.

La elección del criterio de valoración por parte del juez puede resultar de distintas fuentes como, por ejemplo, analizar desde el ambiente social los límites que se han difundido, la valoración que realicen las partes, etc.

Tercero Pleno

El tema pasa por entender que las relaciones familiares son complejas (Aguilar Llanos, 2016), y que los electores de pareja pueden equivocarse (Witame., 2014) por lo que la idea de matrimonio para toda la vida es un ideal, mas no un compromiso legal que deba intentar subsanarse a toda costa y defender la existencia del vínculo matrimonial, incluso si uno de los cónyuges deja de sentir algo por la otra persona, sin la necesidad de tener que incurrir en las 11 primeras causales del artículo 333 (CC), ya que tenemos la causal número 12, la que hace mención a que deben estar separado por dos años de modo ininterrumpido o cuatro años si tienen hijos, esta última causal entiende correctamente que uno de los cónyuges tiene el ejercicio legítimo de no querer seguir con el matrimonio, otra cosa es que genere desequilibrios económicos.

Me parece que es relevante hacer una diferenciación epistemológica del término cónyuge que podría ser el perjudicado:

1) Cónyuge inocente (Aguilar Llanos, 2016, pág. 101.): No coincidimos con esta terminología, ya que estaríamos partiendo de la idea que la persona que decide separarse tiene que causar daño, estamos retrocediendo en cuanto al entendimiento de matrimonio, en el cual ambos se juntan voluntariamente y como tal, uno de los dos puede tomar la

decisión legítima de no querer seguir con el matrimonio, lo que puede generar un desequilibrio económico que tenga que ser probado. Debiendo existir una pretensión específica sobre alimentos por parte de la cónyuge (Aguilar Llanos, 2016, pág. 101.).

2) Cónyuge perjudicado: El artículo 345-A, hace mención al “cónyuge que resulte perjudicado”, es decir, que pruebe los perjuicios que se le ha causado, ya que expresarnos como “cónyuge perjudicado”, nos haría entender que por la mera decisión legítima de uno de los cónyuges de no querer seguir con el matrimonio daría como consecuencia inmediata (pasando por alto las pruebas) generar un desequilibrio económico. Establecer una indemnización que “compense” el perjuicio de la ruptura matrimonial (Aguilar Llanos, 2016, pág. 103.), lo que nos hace entender es que no podemos decidir no continuar con la relación, es indiferente que pueda causar daño directo conforme se desprende de las 10 primeras causales, ya que la 11va causal es la imposibilidad de hacer vida en común, la cual como regla general puede ser atribuible a ambas partes, y como excepción atribuible a una sola de las partes como por ejemplo que una de las partes ya haya sido diagnosticada con ansiedad, bipolaridad y cualquier otro diagnóstico psicológico y/o psiquiátrico la última causal, que es tomada por una sola de las partes aun no haciendo nada, igual el ordenamiento te establece una especie de indemnización.

El Tercer Pleno Casatorio establece que el principio de preclusión no puede aplicarse rígidamente por ser el derecho de familia una materia delicada, y que la judicatura debe ser más flexible en cuanto al principio y que puedan ser permisivos en cuanto a las pruebas (Aguilar Llanos, 2016, pág. 98.), por lo que siguiendo esta línea no debería presumirse la existencia del daño moral, sino que debe probarse por parte del que lo ha sufrido y en caso se otorgue de oficio, estará justificado en que la parte en su pretensión principal venga acompañada de una accesoria referida a fijar una indemnización (Aguilar Llanos, 2016, pág. 104.), quedando el juez obligado conforme al principio de congruencia a pronunciarse sobre el pedido de indemnización, pronunciarse no puede ser entendiendo como una entrega automática del petitorio accesoria.

Respecto al daño moral debe tomar en cuenta la afectación emocional y psicológica, que debe venir de un diagnóstico psicológico y/o psiquiátrico.

Para la presente tesis, solo se tendrá en cuenta el criterio que se ha tenido respecto al daño moral en el Tercer Pleno Casatorio, dejando de lado los criterios adoptados para la tenencia, custodia de los hijos menores de edad o si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Sí el cónyuge demandado resultase perjudicado (con pruebas), tendríamos que ver la forma en que se podría equilibrar el estado emocional en que se encontraba el cónyuge, por lo que pasaremos a ver las formas que se proponen (Alcántara Francia, 2016):

1) La reparación in natura: La cual, en específico sobre el daño moral, no podría determinarse, al no saber en qué estado psicológico se encontraba anterior a la separación.

2) Reparación por semejante: La cual, se otorga dinero a la víctima por la imposibilidad de regresar al estado anterior. Esta forma de tratar la afectación que ha surgido por la separación (sí que lo prueba), lo que haría es que no necesariamente se buscó un equilibrio emocional, si no que más bien se pretenda un “olvido” por parte del perjudicado para que realice otras actividades. Esta mera alegación por parte del que resultase perjudicado necesita valorarse en cada concreto que monto se va a establecer, esto hace entender que tiene que existir una valoración a través de un medio probatorio de esa afectación (Alcántara Francia, 2016, pág. 111.)

La indemnización:

No resulta ser una indemnización, ya que al expresar la causal número 12 del artículo 333, no podría atribírsele culpa o una situación de riesgo creada por él (Alcántara Francia, 2016, pág. 115.).

Lo importante es determinar cuándo se está ante un desequilibrio económico. Me parece que es un criterio para tomar en cuenta el optado por el ordenamiento jurídico español en su Ley 15/2005, cuando se hace mención del no otorgamiento de la prestación compensatoria, si ambos trabajan.

Lo que se ha pretendido dilucidar con el tercer pleno es la naturaleza jurídica de la indemnización, la cual no tiene su origen en la responsabilidad civil extracontractual, ya que puede existir compensación sin la necesidad de una imputación a uno de los cónyuges (Alcántara Francia, 2016, pág. 118.).

La naturaleza de la compensación es el *desequilibrio económico*, el cual puede darse por la ruptura, pero no necesariamente. A continuación, pasaremos a analizar los posibles escenarios del desequilibrio:

1) La del cónyuge que no posee cualificación ni experiencia laboral pues se dedicó al hogar:

Este es el escenario más complejo, ya que aquella persona probablemente no pueda mantenerse por sí misma, al menos por un tiempo, aquí habría que determinar, la edad que tiene la persona con la finalidad de evaluar las posibilidades de reinserción laboral.

2) La del cónyuge que se dedica al hogar pero que si posee una cualificación profesional o técnica:

El monto por concepto de perjuicio económico debe ser menor, ya que la reinserción en una mayor probabilidad sea en un periodo más corto. Por otro lado, el demandante por separación de hecho podría pedir que no se establezca un monto en esta situación, en la medida que el matrimonio no ha constituido impedimento para que la persona con la que estaba casada puede desarrollar su carrera (Alcántara Francia, 2016, pág. 120.).

3) El régimen de sociedad de gananciales:

Establecer un monto deberá tener en cuenta la sociedad de gananciales que tenían los cónyuges, ya que, si de un caso en concreto fuese de sociedad de gananciales y al liquidarse, le corresponde un bien a la demandada que le permite subsistir por cuenta, no existiría un desequilibrio económico (Alcántara Francia, 2016, pág. 121.).

La prueba del daño

El artículo 345-A, no determina quién debe probar, por lo que conforme al artículo 196 del código procesal civil:

“La carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión”.

El problema surge cuando los jueces comienzan a conceder de oficio y de manera casi automática la prestación compensatoria sin determinar ni precisar ningún criterio objetivo o subjetivo para su otorgamiento (Alcántara Francia, 2016, pág. 122.). Lo que era más adecuado para los casos de separación de hecho y se haga mención del perjuicio que este sea demostrado. La concesión de oficio afecta la defensa por la otra parte y afecta el proceso en sí.

Proyecto de Ley N°01-1056

Fue un proyecto de ley presentado el 10 de marzo del 2017 por el excongresista Miguel Antonio Castro Gráni, en el cual proponía la modificación de los artículos 1984 y 1985 del Código Civil entre otros. Sobre lo que corresponde a la presente tesis, nos centraremos en el daño moral. A continuación, las propuestas de modificación:

Artículo 1984. – Daño a la persona por responsabilidad civil extracontractual

“El daño a la persona es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”

Artículo 1985. – Contenido de la indemnización

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

Sobre la exposición de motivos, nos centraremos en lo expresado para el daño moral, el cual, citando a Taboada, es el perjuicio a las afectaciones morales de la víctima y/o damnificado, y que tendría (teniendo respaldo probatorio) grandes afectaciones sobre este último. No basta la lesión de cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social. Sobre su propuesta del artículo 1984, se lee de la exposición de motivos que la categoría incorporada por Sessarego (daño a la persona) es el género y dentro de él se encuentra los perjuicios morales.

Anteproyecto del Código Civil Peruano de 1984

El Código Civil requiere de una permanente reflexión de sus disposiciones normativas y cómo es que se aplican en la realidad en aras de proponer nuevas situaciones que se presentan en el marco de las relaciones de una sociedad.

En ese sentido, es importante el aporte que podamos realizar los investigadores interesados en la evolución del Derecho a partir de las situaciones que ofrece la vida social en donde anida esta asignatura, a fin de incorporarlas a la normatividad vigente.

En ese contexto, el Ministerio de Justicia constituyó el grupo de trabajo encargado de la revisión y propuesta de mejoras al Código Civil del Perú.

Nos centraremos en específico sobre las propuestas que involucren el daño moral en el ámbito extracontractual:

Artículo 1984°. - Daño indemnizable

“1. El daño puede consistir en una afectación patrimonial o extrapatrimonial”.

“2. El daño a la persona y el daño moral son indemnizados considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, según las circunstancias del caso”.

“3. Las consecuencias económicas negativas derivadas de la afectación pueden ser valiables o estimables, temporales o permanentes”.

“Exposición de motivos. -

El actual artículo 1984° regula la forma de indemnización del daño moral, sin previamente haber establecido delimitaciones, de los daños que pueden ser resarcidos. A cubrir este vacío, que en opinión del Grupo de Trabajo ayudará a esclarecer la tipología de daños resarcibles, es que se dedica la propuesta.

En primer lugar, se regula, que los daños pueden consistir en una afectación patrimonial o extrapatrimonial. En este caso se está haciendo alusión al daño evento; es decir, que los intereses de la víctima lesionados pueden ser tanto patrimoniales como no patrimoniales. Con esta clasificación de daños no se está haciendo alusión a aquella que, en legislación comparada, restringe el resarcimiento del daño no patrimonial a una reserva de ley.

La inexistencia de una disposición normativa en dicho sentido impide que se realice una interpretación de tal tipo.

En segundo lugar, y bajo el contexto previamente establecido, se reconoce al daño a la persona y al daño moral como voces de daño que son manifestaciones, precisamente, al daño evento. En este caso, por un lado se ha acogido una noción de daño a la persona que comprenda la lesión a la integridad sicosomática como a los derechos de la personalidad

y por otro lado, se ha optado por regular una noción de daño moral exclusivamente subjetivo, es decir, referido al dolor, la congoja, tristeza, etc. La propuesta concluye, en este extremo, fijando algunos criterios para el resarcimiento de ambos tipos de daño.

Finalmente, se hace mención, en un segundo plano, a las consecuencias económicas derivadas del daño evento; es decir, el daño consecuencia y se precisa que este, para su liquidación pecuniaria, puede ser valuable o estimable y temporal o permanente.

Con esta reglamentación se quiere dejar claramente establecido que el daño evento, el daño consecuencia y la liquidación del daño, pertenecen a tres niveles diferentes del daño y que, por ende, deben ser analizados de forma conjunta en la solución de casos concretos”.

CAPITULO 3: CONSECUENCIAS

3.1 Consecuencias de la implementación de la propuesta

3.1.1 Definición del daño moral:

En el área de la responsabilidad civil, que es de las más dinámicas en el derecho civil, mayor aún en el área extracontractual, uno de los temas más espinosos y difíciles de tratar justamente es la preocupación que ha existido en la presente tesis, es decir, el *quantum* y la prueba del daño moral. El *quantum* parte de un primer problema detectado en el derecho sustantivo, es decir, lo difícil que resulta definir el daño moral (Gómez Ligüerre, El daño moral y su cuantificación, 2017). La definición resulta compleja porque, como hemos podido analizar a lo largo de la tesis, el daño moral ha pasado por una evolución del concepto (incluyendo como estaba clasificado). Tal y como nos hemos remitido en la presente tesis, en el derecho romano, un daño por concepto espiritual era impensado (Trazegnies Granda F. , La responsabilidad extracontractual, 2016)

La jurisprudencia cumple un rol fundamental para saber cómo es que se ha entendido el daño moral en la práctica (Cavallero, El ultraje de Aquileo: El daño moral en la cultura de la aids., 2002.), y saber a qué línea doctrinal se adhieren en sus motivaciones judiciales, de lo cual podemos desprender que la indemnización económica no era la única forma de remediar la afectación moral, como cuando se ofendía la honra, tenía que existir unas disculpas públicas, que deje limpia la fama.

La definición del daño moral no encuentra consenso en ningún área específica del Código Civil donde se regula (Campos García H. , 2019), por lo que la búsqueda de una mejor definición sigue siendo necesaria para evitar distintos montos y el alejamiento de la unificación de la jurisprudencia.

“El daño moral es la afectación de ánimo individual, los cuales, de manera genérica y no cerrada, comprenden el dolor, sufrimiento, que se le causa a un ser humano. El monto a percibir por una empresa que alega desprestigio colectivo (Rogel Vide C. , 2019) encajaría mejor en el lucro cesante por esa afectación al honor, que sería mejor remediado vía acreditación de lo que dejó de percibir y unas disculpas públicas. El Daño moral tiene una función compensatoria, que será acreditado vía diagnóstico de un psicólogo, la afectación moral debe buscar ser acreditado al momento del perjuicio, ya que esta afectación tiene el carácter de temporal.”

El problema de indemnizar con dinero un bien extrapatrimonial es que no se está indemnizando nada, lo que se estaría haciendo es cumplir una función sancionadora que encaja en el derecho penal, pero no en el civil.

La implementación del presente trabajo final es que futuros trabajos académicos puedan ver la necesidad de analizar una categoría civil (daño moral) con la forma de prueba del daño moral a partir de diversa jurisprudencia. Es a partir de allí que se debe analizar, en la mayoría de lo posible, la forma más adecuada de presentar los medios probatorios para acreditar daños no patrimoniales, no pudiendo deducirse de los hechos.

La judicatura deberá delimitar qué funciones cumple el daño moral, ya que, al poner montos elevados, los cuales tienen carácter disuasivo y sancionar, se alejan de la teoría de la reparación integral, que, en específico para el daño moral, cumple una función compensatoria.

El daño moral puede significar dificultad en cuanto a su probanza, pero ello no puede entenderse como imposibilidad de prueba, porque algo que no se puede probar afecta las reglas procesal y el debido proceso en sí, por lo que tiene que haber una forma de acreditar que se sufrió una afectación emocional, no cuánta se sufrió, porque al fin y al cabo, son sentimientos y en el ordenamiento jurídico tiene el carácter de inmaterial, pero si al menos tener un diagnóstico psicológico de esa presunta afectación.

3.2 Beneficios que aporta la propuesta.

La presente tesis trae como beneficios:

- 1) Haber analizado diversos conceptos de daño moral, esa base ha servido al presente trabajo para delimitar un concepto no perfecto, pero si buscando la mejor interpretación por parte de los jueces.
- 2) A medida que transcurre el tiempo y aun siendo la responsabilidad civil extracontractual una de las áreas más dinámicas del derecho privado, no existe una revista especializada de derecho de daños en nuestro país, por lo que cada trabajo que pueda permitir a los jueces y a los abogados observar los avances de la materia, contribuye a una mejor aplicación del derecho positivo a partir del análisis de artículos que se ha escrito en los últimos años.
- 3) Haber podido percibir la necesaria vinculación que se debe tener entre el derecho sustantivo y derecho procesal. Lo que sucede es que pareciera que el daño moral solo se

debería apreciar como un daño en sí mismo por lo que no necesitaríamos del derecho procesal, lo cual es incorrecto.

CONCLUSIONES

1. El daño moral es la afectación de ánimo individual, los cuales, de manera genérica y no cerrada, comprenden el dolor y sufrimiento que se le causa a un ser humano. El monto a percibir por una empresa que alega desprestigio colectivo encajaría mejor en el lucro cesante por esa afectación al honor que sería mejor remediado vía acreditación de lo que dejó de percibir y unas disculpas públicas. El daño moral tiene una función compensatoria que será acreditado vía diagnóstico de un psicólogo, por lo que tiene que probarse la afectación moral, buscando ser acreditado al momento del perjuicio, ya que esta afectación tiene el carácter de temporal.
2. El daño moral, por naturaleza, es temporal, por lo que debe comprender y delimitarse en un ámbito psicológico. Si es que hay vulneraciones más graves (patologías) que implican un diagnóstico psiquiátrico por graves alteraciones a la psique, se consideraría como un daño a la salud y podría ingresar en la categoría de secuela.
3. El daño moral debe ser aprobado por la parte que lo solicita para que el juez pueda someter a evaluación ese diagnóstico por un equipo multidisciplinario en los casos se pretenda daño moral, pero a la vez es necesaria la prueba.
4. Pretender buscar la uniformidad de la cuantificación del daño moral vía baremo, evidentemente nos aleja de dos criterios: 1) discrecionalidad y 2) prudencia al arbitrio del juez, los cuales, si se sigue aplicando, lo único que tendremos será un criterio subjetivo que imposibilita el intercontrol de la decisión.
5. No debe presumirse el daño moral por su mera alegación, ya que al vivir en sociedad existe una tolerancia sobre determinados supuestos, lo que permitirá no dar paso a motivar puras ficciones y que aumente innecesariamente el número de pretensiones.

RECOMENDACIONES

1. El daño moral es una figura jurídica que permite reflexionar el necesario estudio desde el derecho sustantivo pero su necesaria forma de acreditarlo en el ámbito procesal.
2. La judicatura debe rechazar los pedidos de daño moral si no se presenta prueba, ya que darle la razón por la mera alegación del daño hace más lejano la idea de reparación integral, ya que no se estaría probando el daño efectivamente sufrido a través de una compensación vía terapias psicológicas.
3. La solución en un proceso judicial del otorgamiento del daño moral no va a pasar por su nomenclatura (daño material, daño extrapatrimonial daño no patrimonial), ni si es que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona o viceversa, lo que importa es la delimitación del concepto, su prueba y la cuantificación.
4. Se puede mejorar los criterios del daño moral a través del incentivo de mayores eventos académicos y publicaciones sobre el tema, los cuales, evidentemente, se tiene que pretender que llegue al conocimiento de los jueces.
5. En aras de una mejor delimitación de la prueba del menoscabo y detrimento emocional, se recomienda modificar el termino daño moral por el de daño psicológico, con la finalidad de poder esclarecer cuál será el medio probatorio más idóneo, que en este caso es la pericia, que se verá materializado vía informe psicológico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bibliografía

- Abrevaya, A. D. (2011). *El daño y su cuantificación judicial*. Buenos Aires: Abelet Perrot.
- Aguilar Llanos, B. (2016). El cónyuge perjudicado en la separación de hecho: alcances y repercusiones del Tercer Pleno Casatorio. En G. Juridica., *Los plenos civiles vinculantes de la corte suprema*. (págs. 93-108.). Lima.: Gaceta Juridica.
- Aguinaga, L. (2019). *Criterios para la cuantificación equitativa del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil. (Tesis de Maestría)*. Obtenido de Repositorio de la Universidad Privada Antenor Orrego:
<http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/5105>
- Alcántara Francia, O. (2016). El daño derivado de la separación de hecho o del divorcio en el Tercer Pleno Casatorio. En G. jurídica., *Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema* (págs. 109-126.). Lima-Peru.: Gaceta jurídica.
- Bajonero Manrique, M. (1998). *Dialogo con la Jurisprudencia. 1998.*, 182.
- Brebbia, R. H. (2020). La Lesión del Patrimonio Moral (Capítulo X). En F. Trigo Represas, & R. S. Stiglitz, *Derecho de Daños. Primera Parte*. (pág. 227). Buenos Aires- Argentina.: La Rocca.
- Campos García, H. (2019). Aproximación inicial a la prueba del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano. En R. J. Vargas-Machuca, *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*. (págs. 477-500). Lima-Perú.: Instituto Pacífico.
- Campos García, H. (2019). Aproximación inicial a la prueba del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano. En R. J. Vargas-Machuca, *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial* (págs. 477-500). Lima-Perú.: Instituto Pacífico.
- Camus Cubas, J. A. (2016). La relatividad de la prueba en el daño moral. *La relatividad de la prueba en el daño moral (Encuentros y desencuentros de la casación civil)*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Gestión y Política jurisdiccional. Lima, Perú.
- Camus, J. (2016). *La relatividad de la prueba en el daño moral: encuentros y desencuentros de la casación civil. (Tesis de Maestría)*. Obtenido de Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú.: :
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7865>
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba Civil*. (N. A.-Z. CASTILLO, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Carrión Lugo, J. (2017). Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II. *Material de lectura para la maestría de Derecho Procesal en la UNMSM*, 2. Lima.
- Casado Andrés, B. (2016). *Revista de Derecho UNED*(18), 399-424.
- Cavallero, P. (2002). El ultraje de Aquileo: El daño moral en la cultura de la aidós. *Instituto de Estudios clásicos* (7)., 81-95.

- Cavallero, P. (2002.). El ultraje de Aquileo: El daño moral en la cultura de la aïdós. *Instituto de Estudiós clásicos (7)*., 81-95.
- Cifuentes, S. (2000). El Daño moral y la Persona Jurídica (Capítulo XVII). En F. Trigo Represas, & S. R. S., *Derecho de daños. Primera Parte.* (págs. 393-413.). Argentina- Buenos Aires.: La Rocca.
- De Estrella Gutierrez, G. (2000). Función Actual de la Responsabilidad Civil (Capítulo I). En F. Trigo Represas, & R. (. Stiglitz, *Derecho de Daños. Primera Parte.* (págs. 37-56.). Buenos Aires- Argentina.: La Rocca.
- Diez Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños.* Madrid: Comares.
- Diez Picazo, L. (2008). *El Escandalo del daño moral.* Barcelona.: Thomson Civitas.
- Espinoza Espinoza, J. (2016.). *Derecho de la Responsabilidad Civil.* (8 va. ed.). Lima-Perú.: Instituto Pacifico.
- Fernandez Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones Universitarias.* Lima-Perú.: Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica Del Perú. .
- Fernandez Sessarego, C. (2011). *El derecho a imaginar el derecho.* Lima-Perú.: Idemsa.
- Fernández Sessarego, C. (2011). *El derecho a imaginar el Derecho.* Lima., Perú.: Idemsa.
- Ferrer Beltran, J. (1 y 2 de Julio de 2016). *Cuestiones sobre la admisibilidad de las pruebas. Carmen Vázquez, Michele Taruffo y Jordi Ferrer”*:. Recuperado el 25 de Julio de 2019, de Catedra de Cultura Jurídica: <https://www.youtube.com/watch?v=YCWRMdfjZzE>
- Ferrer Beltran, J. (2017.). Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.*, 88-108.
- Ferrer Beltrán, J. P. (2005.). *Prueba y verdad en el Derecho.* Madrid: Marcial Pons.
- Galvez, V. (2019). *Criterios de determinación del daño moral derivados de los accidentes de tránsito en la ciudad de Trujillo durante los años 2013 y 2014 (Tesis de Maestría).* Obtenido de Repositorio de la Universidad Federico Villareal.: <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/3219>
- Gazzoni, F. (2003). *"I fatti giuridici"*., (R. M. Hervias, Trad.) Napoles.: Manuale di diritto privato.
- Gómez Ligüerre, C. (2017). *El daño moral y su cuantificación.* (F. Gómez Pomar, M. Garcia, & I. (. Directores), Edits.) Barcelona: Bosch.
- Gómez Ligüerre, C. (2017). *El daño moral y su cuantificación.* (F. Gómez Pomar, M. Garcia, & Directores)., Edits.) Barcelona.: Bosch.
- Gonzales Lagier, D. (2018). *Quaestio Facti.* Lima-Bogota.: Palestra-Temis.
- Guastini, R. (2004). “Proyecto para la voz ‘Ordenamiento jurídico’ de un diccionario”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n°27.*, 247-248.
- Iribarne, H. P. (2000). Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daño a la personal (Capítulo VIII). En F. Trigo Represas, & R. S. Stiglitz, *Derecho de Daños. Primera Parte.* (págs. 191-214.). Buenos Aires-Argentina.: La Rocca.

- Judicial., P. (21 de Octubre de 2019). *Poder Judicial.pe*. Recuperado el 21. de Octubre. de 2019., de Jurisprudencia:
<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>
- León Barandiaran, J. (2016.). Responsabilidad extracontractual. En D. R. (Compiladora), *Código Civil, Exposición de motivos y comentarios*. (págs. 799-808). Lima-Perú.: Thomsom Reuters.
- León Hilario, L. (Julio. de 2016). Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. *Material autoinstructivo*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- León Hilario, L. (2017.). *La responsabilidad civil: lineas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima.: Instituto Pacifico.
- León, L. T. (2001). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara editores.
- Leyva Pérez, J. C. (Martes de Agosto de 2011). Predictibilidad en el Poder Judicial: montos indemnizatorios. *Diario Oficial El Peruano. Suplmento Jurídica.*, pág. 2.
- Lozano Vasquez, C. (2018). *El daño moral en la sentencia penal condenatoria (Tesis de Maestría)*. Obtenido de <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/2355>
- Manzanares Campos, M. (2008). *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*. Lima: Grijley.
- Monroy Gálvez, J. (2010). *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Communitas.
- Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., & Gianni, E. J. (2019). *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Odar., T. (2020). La concepción unitari del daño a la persona y el daño moral en el divorcio. En R. J. Vargas Machuca, *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial* (págs. 49-94). Lima-Perú: Instituto Pacifico.
- Osterling, F. (2016.). Las obligaciones. En D. (. Revoredo Marsano, *Codigo Civil, exposición de motivos y comentarios*. (págs. 449-450). Lima-Perú.: Thomsom Reuters.
- Papayannis, D. M. (24 de Abril de 2018). *Master de Cultura Jurídica*. Obtenido de Youtube.:
<https://www.youtube.com/watch?v=y0-n6Y5af2A&t=821s>
- Papayannis, D. M. (2018). Responsabilidad por el dolor causado y sufrido. 1-42. España.
- Poder Judicial. (7 de Julio de 2010). *Centro de Investigaciones judiciales*. Recuperado el 26 de Abril de 2020, de
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_cij_plenos_jurisdiccionales_1997_2006/as_cij_plenos_jurisdiccionales_1997_2006_02/
- Poma Valdivieso, F. D. (2012-2013.). La Reparación Civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 95-117.
- Poma Valdivieso, F. d. (6-7, 2012-2013.). La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. *Revista Oficial del Poder Judicial*(8 y 9), 95-117.
- Purihuamán, E. (2019). *El daño moral en las personas jurídicas, dogmática, jurisprudencia y teoría. (Tesis de Doctorado)*. Obtenido de

<http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/4262/BC-TES-TMP-3061.pdf?sequence=1&isA>

- RAE. (2001). *Diccionario de la lengua española (22.a ed.)*. Recuperado el 9 de Enero de 2020, de RAE.: <https://dle.rae.es/equidad>
- Rivera, J. C. (1997). "Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio". . *Dialogo con la Jurisprudencia.*, 289.
- Rogel Vide, C. (2019). *Responsabilidad civil- Estudio-*. Madrid: Reus.
- Rogel Vide, C. (2019). *Responsabilidad Civil- Estudios-*. Madrid: Reus.
- Rogel Vide, C. (2019). *Responsabilidad Civil- Estudios-*. Madrid: Reus.
- Solis Espinoza, A. (2008). *Metodología de la investigación jurídico social* (Tercera ed.). Lima: B Y V distribuidores.
- Soto Coaguila, C., Trazegnies Granda de, f., Prieto Pantaleón, F., & Lorenzetti, R. L. (2015). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. ¿ Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?* Lima: Jurivec E.I.R.L.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima-Peru.: Grijley.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el cóidgo civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Lima: Grijley.
- Tapia Cornejo, B. A. (2017). Cuestiones fundamentales sobre la prueba, los hechos y verdad. *Actualidad Civil*, 275-283.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (6 de Julio de 2016). *Poder Judicial De Chile, "Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho"*. Obtenido de Youtube: Recuperado de <<http://bit.ly/2k8MFFk>>.7 de Enero del 2017.
- Tirado, R. (2018). *Necesidad de distinguir el daño moral con daño a la persona en nuestro Ordenamiento criterios para la Determinación del Monto Indemnizatorio en el daño moral (Tesis de Maestría)*. Obtenido de Repositorio de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/7383/BC-1061%20TIRADO%20MALAVER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Trazegnies Granda, F. (2001). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. (L. León L, Ed.) Lima, Perú: Ara editores.
- Trazegnies Granda, F. (2016). *La responsabilidad extracontractual* (Octava ed., Vol. II). Lima: Ara Editores.
- Trazegnies Granda, F. D. (2016.). *La Responsabilidad Extracontractual* (Vol. II). Lima: Ara editores.
- Vargas-Machuca, R. J. (2020). *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*. Lima-Perú.: Instituto Pacifico.
- Vázquez, C. (2019). *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Lima: Zela.

Witame. (17 de Febrero de 2014). *¿Por qué se equivoca el ser humano en la elección de la pareja?* Marco Aurelio Denegri. Recuperado el 8 de Enero de 2020, de Archivo de video.: Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=CQ2WxLozR0>

ANEXOS

1.1 Cronograma de Actividades

Se viene desarrollando la presente tesis desde el mes de febrero del 2018 a junio del 2021.

Actividades	FEBRER	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMB	OCTUBR	NOVIEMB	DICIEMB	RE
Elección del Tema												
Planteamiento del problema												
Formulación del problema												
Justificación de la investigación												
Objetivos de la investigación.												
Estado de la cuestión												
Objetivo: Propuesta de solución proyectada												
Metodología												
Estructura o índice preliminar de la tesis												
Cronograma de actividades												
Bibliografía												