

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

TITULO : LA PROBLEMÁTICA DE LA VALORIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA CIUDAD DE HUANCAYO 2017.

PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORES : BACH. MELCHOR CCANTO, ROLANDO HÉCTOR

ASESOR : DR. MARCO GUTARRA BALTAZAR.

LÍNEA DE INV. : DERECHO CIVIL Y COMERCIAL.

RESOLUCION DE EXPEDITO : 2205-DFD-UPLA-2022

HUANCAYO – PERU

2022

ASESOR:

ABG. MARCO GUTARRA BALTAZAR.

(DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES)

DEDICATORIA:

A todas las personas que nos alentaron para poder culminar la presente investigación.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos al Asesor de esta Tesis, Dr. Marco Gutarra Baltazar, por el apoyo brindado para el desarrollo de la presente investigación, así como también en la recomendación de material bibliográfico. Asimismo, en segundo lugar, deseamos agradecer a nuestro Asesor metodológico, Dr. Gian Carlos Mantari, por habernos sugerido el desarrollo formal y la presentación de los capítulos de la presente tesis.

RESUMEN

El problema general de la presente es: ¿cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017?, siendo su objetivo general: determinar cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017. La hipótesis general planteada fue que: la problemática de la valorización del daño moral se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017.

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo y el método de análisis-síntesis, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, de nivel de investigación explicativo. Y estableciéndose como diseño la de tipo no experimental. Utiliza como instrumento de investigación la ficha de observación.

Como conclusión de la presente investigación se establece que: se logró determinar “no solo se comprender al daño moral dentro del daño a la persona (insisto en nuestra jurisprudencia no es lo conceptual), sino que debe existir un análisis para incidir en la indemnización por daños y perjuicios, ya que no es sólo la declaración de parte con la que se alega haber sufrido una pena o angustia sino que se ponga las pautas al momento de ingresar la demanda para que así pueda expedirse un mejor auto calificadorio de la procedencia o improcedencia de la demanda. Es decir, tiene que haber una técnica para solicitar el daño moral y asimismo una técnica para resolver estos casos que apremian ser justificados ante la sociedad. Más aún si esto conlleva a la seguridad jurídica y económica de nuestro país”.

PALABRAS CLAVES: Daño moral, valorización del daño moral, cuantificación.

ABSTRACT

The general problem of the present is: how to solve the problem of the valorization of moral damage in the city of Huancayo 2017?, being its general objective: determine how the problem of the valorization of moral damage in the city of Huancayo is resolved , 2017. The general hypothesis was that: the problem of the valorization of moral damage is solved by applying subjective criteria, in the city of Huancayo, 2017

The general methods that were used were the inductive-deductive method and analysis-synthesis, being its type of investigation the one of social legal character, the level of investigation is explanatory.

As conclusion of the present investigation it is established that: it was possible to determine not only is to understand the moral damage within the damage to the person (I insist in our jurisprudence is not the conceptual), but there must be a screening to influence the compensation for damages and damages, since it is not only the declaration of the party with which it is alleged to have suffered a penalty or anguish but that the guidelines be set at the time of filing the claim so that a better qualifying order of the origin or inadmissibility of the demand. In other words, there must be a technique to request moral damage and also a technique to resolve these cases that require being justified before society. Even more if this leads to the legal and economic security of our country.

KEY WORDS: Moral damage, valorization of moral damage, quantification.

INTRODUCCIÓN

En el Código Civil Peruano “encontramos que el daño moral se ubica de forma taxativa en los siguientes artículos del Código Civil (1322° - 1332°) para describir el daño moral originado de una relación contractual y de otro lado en los artículos (1984° - 1985°) para referirse al daño moral producto de una relación extracontractual; sin embargo el punto de análisis jurisprudencial se centra principalmente en el artículo 1984°” (Barral, 2016, p. 55), que a la letra reza lo siguiente: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

La moral es consustancial al ser humano, “pero se trata no de probar sino de acreditar perjuicio, por ello nadie niega las emociones del ser humano sino como comprobamos el quebrantamiento de ellas, dejemos los convencionalismos de qué corriente doctrinaria definiría un mejor nomen iuris del daño moral porque dependerá del espacio y tiempo determinado donde queramos reflejar las tragedias instintivas que padece el justiciable” (Prado, 2020, p. 83).

El daño moral es per se parte del daño a la persona, “y quizás debió unificarse en nuestra legislación, es verdad que la pena, el sufrimiento, la angustia focalizada dentro de los sufrimientos del ser humano respecto a su entorno social es un problema metafísico por así decirlo, pero no cabe duda que una forma eficaz de mitigar dichos sufrimientos es con una pena pecuniaria que conlleva a solventar los gastos del afectado” (Salcedo, 2020, p. 99).

Asimismo, a nivel jurisprudencial, se advierte que “el daño debe indemnizarse y que debe probarse, pero no advierte como debe acreditarse, dejando en el mito no solo su postura conceptual, sino que aún persisten la santidad de cumplir con los fines probatorios, ese decir, acreditar lo que alegan las partes, convencer al magistrado que resuelve el caso concreto y sobre todo servir de fundamento para resolver este tipo de asuntos” (García, 2019, p. 33).

El problema general de la presente es: ¿cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017?, siendo

su objetivo general: determinar cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017. Asimismo, se ha fijado como hipótesis general: la problemática de la valorización del daño moral se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017.,

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo y análisis-síntesis, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación planteado es el de corte explicativo. Se ha empleado un diseño no experimental porque no se han manipulado de forma deliberada las variables de estudio y se ha utilizado como instrumento de investigación la ficha de observación.

Asimismo, la presente tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos, siendo su estructura la siguiente:

En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación.

En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal.

En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, población y muestras, diseño de investigación, técnicas de investigación e instrumento, y técnicas de procesamiento y análisis de datos.

En el cuarto capítulo denominado Resultados de la investigación, se consideran los siguientes ítems: presentación de resultados, contrastación hipótesis y la discusión de resultados.

Y finalmente, se han redactado las conclusiones y recomendaciones; como las referencias bibliográficas y anexos.

EL AUTOR

CONTENIDO

DEDICATORIA	¡Error! Marcador no definido.
AGRADECIMIENTO.....	¡Error! Marcador no definido.
ABSTRACT	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN	¡Error! Marcador no definido.
 CAPÍTULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	¡Error! Marcador no definido.
1.1. Descripción del problema.....	¡Error! Marcador no definido.
1.2. Delimitación del problema	¡Error! Marcador no definido.
1.2.1. Delimitación espacial.....	¡Error! Marcador no definido.
1.2.2. Delimitación temporal	¡Error! Marcador no definido.
1.2.3. Delimitación conceptual.	¡Error! Marcador no definido.
1.3. Formulación del problema	¡Error! Marcador no definido.
1.3.1. Problema general	¡Error! Marcador no definido.
1.3.2. Problemas específicos	¡Error! Marcador no definido.
1.4. Objetivos	¡Error! Marcador no definido.
1.4.1. Objetivo general.....	¡Error! Marcador no definido.
1.4.2. Objetivos específicos	¡Error! Marcador no definido.
1.5. Justificación de la investigación.....	¡Error! Marcador no definido.
1.5.1. Social.....	¡Error! Marcador no definido.
1.5.2. Científica – teórica.....	¡Error! Marcador no definido.

1.5.3.	Metodológica	;	Error! Marcador no definido.
1.6.	Hipótesis y Variables	;	Error! Marcador no definido.
1.6.1.	Hipótesis general.....	;	Error! Marcador no definido.
1.6.2.	Hipótesis específicas	;	Error! Marcador no definido.
1.7.	Variables.....		8
1.7.1.	Variable única		8
1.7.1.	Operacionalización de variables	;	Error! Marcador no definido.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO.....	;	Error! Marcador no definido.	
2.1.	Antecedentes del estudio	;	Error! Marcador no definido.
2.2.	Bases teóricas	;	Error! Marcador no definido.
2.2.1.	Marco histórico	;	Error! Marcador no definido.
2.2.2.	Daño moral como concepto	;	Error! Marcador no definido.
2.2.3.	Prueba del daño moral	;	Error! Marcador no definido.
2.2.4.	Daño en la doctrina y jurisprudencia	;	Error! Marcador no definido.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA	;	Error! Marcador no definido.	
3.1.	Método de investigación	;	Error! Marcador no definido.
3.2.	Tipo de investigación	;	Error! Marcador no definido.
3.3.	Nivel de investigación.....	;	Error! Marcador no definido.
3.4.	Diseño de investigación	;	Error! Marcador no definido.

3.5.	Población y muestra	¡Error! Marcador no definido.
3.5.1.	Población.....	¡Error! Marcador no definido.
3.5.2.	Muestra	¡Error! Marcador no definido.
3.6.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	¡Error! Marcador no definido.
3.6.1.	Técnicas de recolección de datos	¡Error! Marcador no definido.
3.6.2.	Instrumentos de recolección de datos	¡Error! Marcador no definido.
3.7.	Procedimientos de recolección de datos.....	¡Error! Marcador no definido.8
3.8.	Técnicas de procesamiento y análisis de datos	¡Error! Marcador no definido.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS	¡Error! Marcador no definido.
CONCLUSIONES	¡Error! Marcador no definido.4
RECOMENDACIONES	¡Error! Marcador no definido.5
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	¡Error! Marcador no definido.6
ANEXOS.....	90

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

Como se ha señalado, son múltiples los aspectos del ser humano que pueden ser objeto de una lesión generada por algún tipo de evento, siendo que para ello se establecen mecanismos jurídicos de resarcimiento. Así, por ejemplo, “en lo que se refiere al daño psicosomático cabe hacer una distinción entre la lesión, considerada en sí misma, y las múltiples consecuencias que la lesión produce en la existencia. A la lesión, en sí misma, se le ha designado alguna vez como daño evento y, a sus consecuencias, como es obvio, como daño-consecuencia” (León, 2020, p. 99).

Un sector de la doctrina que se ha ocupado del daño a la persona, “identifica la lesión con la expresión de daño biológico, en tanto que por daño moral se entiende a la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Así, se entiende que, en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido” (Barrera, 2020, p. 99), bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general. Sin embargo, cierto sector

de la doctrina establece que “para hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal” (Franco, 2020, p. 44).

Ahora bien, y lo que es parte de la presente investigación, no hay consenso para tratar con detenimiento los medios probatorios “que pueden consolidar un tratamiento del daño moral e aprecia que la acción por daño moral encuentra su ejecución en la discrecionalidad concedido a los Magistrados, especialmente en materia de daños. Es decir, no existe una jurisprudencia uniforme por lo que de acuerdo al artículo 400° del Código Procesal Civil la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú debe convocar a un Pleno Casatorio a fin de poner las pautas en la valoración de pruebas que justifiquen el menoscabo y la magnitud provocada en la víctima; o se puede afirmar que el daño moral sólo se justifica a través de la figura *in re ipsa*” (Prado, 2019, p. 99).

De ese modo, puede colegirse que no sólo se “trata de comprender al daño moral dentro del daño a la persona, sino que debe existir un tamizaje para incidir en la indemnización por daños y perjuicios, ya que no es sólo la declaración de parte con la que se alega haber sufrido una pena o angustia sino que se ponga las pautas al momento de ingresar la demanda para que así pueda expedirse un mejor auto calificadorio de la procedencia o improcedencia de la demanda” (Barrios, 2019, p. 39). Es decir tiene que haber “una técnica para solicitar el daño moral y asimismo una técnica para resolver estos casos que apremian ser justificados ante la sociedad. Más aún si esto conlleva a la seguridad jurídica de los justiciables en el ordenamiento jurídico peruano” (Salas, 2020, p. 39).

El daño moral “es uno de los tantos conceptos del Derecho que no puede ser definido de una forma clara y objetiva. Por lo mismo, la valoración y cuantificación del mismo dentro de los procesos civiles resulta muchas veces reprobable ante los ojos de terceros que no sienten que el derecho se encuentre debidamente tutelado” (González, 2020, p. 39).

En este tema, creemos que el establecimiento de la responsabilidad no es el problema grave, sino la determinación del quantum indemnizatorio. “Toda vez que al no ser el daño moral uno de carácter resarcitorio, la fijación de su cuantía no obedece a una operación matemática, sino que depende totalmente del libre arbitrio del juzgador. Así, el artículo 1984 del Código Civil solo se limita a establecer que el mismo debe ser indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima o a su familia” (Ferrer, 2020, p. 39); es del caso aclarar que “ese menoscabo y magnitud no es uno que se mida en dinero, sino que está vinculado a elementos extra patrimoniales, tales como la el sufrimiento y la frustración, sentimientos que el Juez debe valorizar, y cuya pauta y parámetros aún no han sido fijados” (Muelle, 2020, p. 31).

A nivel de la Jurisprudencia y de la Corte Suprema en específico se intuye que el daño moral debe ser indemnizado, pero no se atina en explicar cómo, por lo que resulta ser complejo e incluso a nivel doctrinario: “(...) se ha logrado aceptar que el daño moral debe ser indemnizado al menos, cuando ataca la parte económica del patrimonio moral. Haciéndose difícil su aprehensibilidad cuando se trata de indemnizar el dolor o sufrimiento puramente subjetivo. Para este efecto se habla de dos clases daños morales objetivos y daños morales subjetivos” (Casación Nro. 1341-2018-Lima, fundamento jurídico Nro. 14).

No cabe duda que a nivel doctrinario existen una cantidad de definiciones que nos ayudan a entender lo interesante que puede ser la percepción respecto del nomen iuris

del daño moral, así aparece (Tomasello, 2019) señalando que: “el daño jurídico es la lesión que por culpa o negligencia ‘de otro’ recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le produce una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que fuese” (p. 49).

Y es más, la problemática apenas denunciada no solo tiene un alcance a nivel del derecho sustancial, “sino, y sobre todo, implica una serie de repercusiones a nivel procesal que se dejan de lado la mayoría de veces, y que en esta ocasión trataremos de mostrar en su real aproximación y Nótese que hemos hechos referencia al problema de la arbitrariedad a nivel jurisdiccional, y es que si revisamos las diferentes sentencias que ha producido el Poder Judicial vamos a encontrar que en la indemnización por muerte de una persona, se dan montos de los más diversos que pueden variar entre los S/. 1,000.00 y los S/. 150,000.00” (León, 2020, p. 34).

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación ha tenido como ámbito de aplicación en la ciudad de Huancayo, y concretamente, en el Sexto Juzgado Civil del Distrito Judicial de Junín, sede Huancayo.

1.2.2. Delimitación temporal

La investigación se desarrolló considerando como ámbito temporal de estudio, el año 2017.

1.2.3. Delimitación conceptual.

- Daño moral.
- Responsabilidad civil extracontractual.
- Daño a la persona.
- Daño subjetivo.

- Daño objetivo.
- Aflicción psicológica.
- Cuantificación.
- Presunción in re ipsa.
- Criterios objetivos.
- Daño al proyecto de vida.
- Daño directo.
- Daño indirecto.
- Prueba del daño moral.
- Criterios jurisprudenciales para determinar el daño moral.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿Cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017?

1.3.2. Problemas específicos

1.3.2.1. ¿Cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral directo en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017.

1.3.2.2. ¿Cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral indirecto en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Determinar cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017.

1.4.2. Objetivos específicos

1.4.2.1. Establecer cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral directo en la ciudad de Huancayo 2017.

1.4.2.2. Determinar cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral indirecto en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Social

La presente investigación tiene un componente social inevitable, toda vez que la regulación del daño moral en diferentes casos importa un beneficio a favor de las personas que son afectadas o menoscabas a nivel moral, más aún, si consideramos que actualmente nuestro país cuenta con diferentes casaciones sobre el tema, por lo que el presente estudio pretendió aportar desde una óptica social a establecer criterios normativos para su probanza, y de esta manera pueda existir seguridad jurídica en cuanto a su reconocimiento y dación.

1.5.2. Científica – teórica

La investigación desde un enfoque teórico aportó estableciendo qué criterios deben utilizarse para la probanza del daño moral y la determinación de su indemnización, en el entendido que dicho daño es inferido “a un bien cualquiera de la vida real, jurídicamente tutelado, y que en todo caso no podrá identificarse más o menos confusamente con el daño personal o, mejor, con aquella parte suya que no alcanza a realizarse en consecuencias patrimoniales, como a menudo se predica según una solución que desde el comienzo se ha mostrado como contraria a la realidad jurídica” (Fuentes, 2020, p. 66).

1.5.3. Metodológica

En la investigación que se desarrolló, los autores han propuesto el diseño de un instrumento de investigación para la medición documental de las variables propuestas en su estudio, en este caso, se diseñó una ficha de observación, la misma que servirá para que otros investigadores que aborden el tema en cuestión, puedan aplicarlo y utilizarlo. De este modo, la presente se justificó metodológicamente por el instrumento de investigación que ha sido diseñado para su aplicación.

1.6. Hipótesis y Variables

1.6.1. Hipótesis general

La problemática de la valorización del daño moral se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017.

1.6.2. Hipótesis específicas

- a. La problemática de la valorización del daño moral directo se resuelve aplicando criterios subjetivos, en la ciudad de Huancayo 2017.
- b. La problemática de la valorización del daño moral indirecto se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017.

1.7. Variables

1.7.1. Variable única

Valorización del daño moral.

1.7.2. Operacionalización de variables

VARIABLE	TIPO DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	INSTRUMENTO
Valorización del daño moral.	Variable única.	“En cuanto al daño moral, esto es una violación de la dignidad moral de la persona, esta herencia consistente en todas las asignaciones de personalidad. Es la lesión y la personalidad integral, tales como el honor, la libertad, la salud, la salud psicológica, causando dolor, el sufrimiento, el dolor, la vergüenza y la humillación de la víctima” (Fernández, 1998, p. 70).	“Dicha valorización se puede plantear a partir de la lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, estabilidad y unidad familiar, esto es, en general, en los atributos o cualidades morales de la persona, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia” (Morales, 2020, p. 39).	<ul style="list-style-type: none"> - Daño directo. - Daño indirecto. 	Ficha de análisis documental.

			<p>“Constituye la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho, cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella” (León, 2019, p. 99).</p>		
--	--	--	---	--	--

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del estudio

Antecedentes internacionales:

(Hunter, 2018) con su tesis “La prueba del daño moral”, sustentada en la Universidad de Austral de Chile, Valparaíso, el año 2015, donde se tuvo como conclusión que no existe consenso doctrinal ni jurisprudencial sobre un concepto unívoco de daño moral. “Nuestra jurisprudencia mayoritaria asimila el daño moral al *pretium doloris*, postura que no comparte la dogmática jurídica para la que el perjuicio moral estaría constituido por la lesión a los derechos subjetivos o intereses extrapatrimoniales legítimos de la persona. El contenido o núcleo esencial del daño moral está constituido por la existencia de una lesión, menoscabo o detrimento a un interés extrapatrimonial lícito, entendido éste como toda ventaja, provecho o beneficio no cuantificable económicamente y que sirve para alcanzar una satisfacción o goce, que puede ser a su vez, patrimonial o extrapatrimonial” (p. 99).

(Moscoso, 2017) con su tesis titulada: “La responsabilidad civil por daño moral en la legislación civil ecuatoriana”, sustentada en la Universidad de Cuenca, ciudad de Cuenca, donde se tuvo como conclusión que “el daño moral es aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual. Cuando los derechos extrapatrimoniales de una persona han sufrido una vulneración o cualquier tipo de agravio, el sistema jurídico debe brindar la debida tutela y otorgar una correcta reparación; sin embargo a lo largo de la historia jurídica se ha debatido sobre este tema, y aun en la actualidad podemos encontrar autores que no consideran apropiado el resarcimiento del daño moral y otros que sostienen que el daño moral puede ser reparado, por cuanto reparar no involucra hacer desaparecer el daño sufrido por la víctima” (p. 109).

(Sánchez, 2019) con su tesis titulada: “Hacia la objetivización del daño moral”, sustentada en la Universidad Andrés Bello, donde se tuvo como conclusión que “la ausencia de mínimos estándares objetivos a la hora de evaluar el daño moral, contribuye asimismo a que la seguridad jurídica, principio base de todo ordenamiento jurídico, quede en el olvido, ya que nadie sabe a qué atenerse a la hora de demandar o ser demandado por este tipo de daño, quedando entregada su apreciación a la absoluta discrecionalidad del juez que conoce la contienda, el cual a la hora de evaluar, incorpora criterios que no tendría por qué tener en vista, como la gravedad del ilícito o la situación económica del hechor o la víctima, ya que el único norte que tendría que tener en consideración es el daño ocasionado y nada más, olvidando de esta manera, el fin que le corresponde a la responsabilidad civil, el cual no es otro que reparar el daño ocasionado, lo que si bien tratándose del daño moral se reduce a su compensación” (p. 111).

Antecedentes nacionales:

(Meza, 2016) con su tesis titulada: “Hacia una teoría de la prueba del daño moral en el Perú”, sustentada en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, en la ciudad de Arequipa, el año 2018, donde se tuvo como objetivo establecer las bases de una teoría de la prueba del daño moral en Perú. Así, se concluye que “se logró elaborar las bases de una teoría de la prueba del daño moral coherente al sistema jurídico peruano. Se propuso el régimen probatorio del daño moral que debería ser aplicable en el proceso judicial peruano, tanto en su existencia como en su cuantía. La función de la responsabilidad civil, tratándose del daño moral, es la aflictivo-consolatoria, pues lo que se pretende es su mitigación. El método de análisis para la obtención de una indemnización civil comprende el Juicio sobre la Responsabilidad Civil y Juicio sobre la Cuantificación del Daño. Las condiciones o requisitos del daño son la existencia y subsistencia, pero en el caso del daño moral también lo es la relevancia jurídica. La cuantía del daño no es una condición del daño ni un elemento de la responsabilidad civil, sino el resultado de otra instancia dentro del análisis de un caso de responsabilidad civil” (p. 99).

(Del Socorro, 2016) con su tesis titulada: “El daño moral extracontractual y la prueba indirecta”, sustentada la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, ciudad de Chiclayo, 2016, donde se tuvo como conclusión que “la prueba indirecta es una verdadera prueba, porque cuenta con todas las características que exige toda prueba directa para ser utilizada en un proceso judicial. Esto debido a que, los indicios de los cuales se parte tienen que estar debidamente probados razón por la cual resultan más confiables que los derivados de un medio de prueba directa en tanto las declaraciones o testigos son pasibles de ser adulterados. El daño moral extracontractual por su naturaleza inmaterial es difícil probarlo de forma directa, sin embargo, deben probarse, aunque sea

mínimamente de acuerdo al caso en concreto. Por esto, la prueba indirecta constituye un medio adecuado y suficiente para probarlo porque su aplicación requiere un razonamiento inductivo, es decir partir de varios indicios, se verifica que dichos indicios estén debidamente probados y a través de las máximas de la experiencia del juez se da a un determinado hecho por probado o no” (p. 199).

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Marco histórico

Así pues, mediante “un proceso paulatino los romanos crearon el derecho como un concepto separado e independiente de la religión y la moral. Celso, jurista del siglo II d.C. definió el derecho como el arte de lo justo y lo bueno” (Velarde, 2020, p. 93), “*Arsboni et aequi*”; mientras que Ulpiano, jurista que vivió entre el siglo II y III d.C. lo definió como la voluntad perpetua de dar a cada uno su derecho “*Constans et perpetua voluntasiussuum quique tribuendi*”. También explicó que el derecho está fundamentado en tres preceptos legales y éticos que son: vivir honestamente “*Honestevivere*”, no perjudicar a otro “*Alterum non laedere*” y dar a cada uno lo suyo “*Suum quique tribuere*”.

El análisis histórico y en especial el de las fuentes romanistas, como se ha visto hasta ahora, tiene como menciona (Alpa, 2006), “un valor tripartido para la doctrina civil, da una idea de la terminología y los conceptos generalizados en el ámbito jurídico” (p. 144); “permite comprender la influencia de la doctrina romana respecto de la construcción de modelos legales; y también cómo los constructos de los abogados propiciará un conjunto de reglas de protección derivadas de una tradición limitada, manipulada, alterada, reconstruida de acuerdo con sus necesidades y objetivos buscados para lo que se ha observado desde Ulpiano en el período romano clásico” (Borda, 2020, p. 55).

Con el tiempo, “la responsabilidad de reparar el daño, utilizando la pena de infracción, será entregando una suma de dinero; que, si era aceptado, significaba que Talió se abstuvo. Al utilizar este alto rango y convertirse en obligatorio, nació la necesidad de reparar el daño, pero con propiedades muy diferentes a la actual” (Terreros, 2020, p. 31).

No había “una limitación general de responsabilidad en Roma, pero se publicó el procesamiento de varios casos. Los abogados e incluso los sacerdotes, sin embargo, extendieron los casos que hablaron a otros que se generaron” (Prado, 2020, p. 11).

La ley de Aquilia, “asombrada por su originalidad, marcó el comienzo de la pendiente legal que se fue perfeccionando gradualmente hasta los códigos occidentales de hoy. Esta ley contenía una serie de delitos y lesiones que en ese momento eran más comunes y tenían el carácter de individuos privados. Las omisiones no se consideraron perjudiciales” (Prado, 2020, p. 23).

Respecto la moral, se señala “que esta obedece a dos acepciones: *sema* individuo y *sema* social, empero no puede circunscribirse a un fenómeno estrictamente jurídico, en tanto y en cuanto obedece a la existencia natural del ser humano (biológico) y que algún modo es estereotipado por la sociedad (social) a través de reglas o padrones de conducta, es decir, pretender cegarnos a las disciplinas epistemológicas como la biología, la psicología y la sociología conllevaría a negar su propia existencia” (Fuentes, 2020, p. 39), en ese sentido la naturaleza de la semántica moral ha sido descrito de la siguiente manera:

“La moral humana es un producto de la evolución biológica y social de nuestros antepasados que conduce en la actualidad a la capacidad de ser morales, esto es: dar significado valorativo a ciertos

comportamientos, hacer juicios sobre el bien y el mal, sobre el deber y la responsabilidad, y sobre lo correcto o incorrecto. Aunque la poseemos todos los individuos de la especie de forma innata, al ser organismos bio- sociales con capacidad de adaptación e integración en los entornos sociales, ésta se desarrolla y modela en ese contexto social y cultural” (León, 2009, p. 57).

A través de la historia “la idea del daño moral no ha sufrido mayores cambios, es decir las frustraciones, dolor, angustia, aflicción, entre otros que padece el ser humano son consecuencia o producto de su estado existencial y es allí donde se debe apuntar: determinar la naturaleza y las fuerzas que originan los sufrimientos como estado ontológico” (Fernández, 2020, p. 93).

Es verdad que las concepciones han sido diversas, tal como se describe en la siguiente cita: “el carácter religioso y colectivo de la responsabilidad fueron las características en Israel; la violación de la ley era esencialmente un pecado y configuraba, a la vez, un crimen y un acto de responsabilidad civil. Esta violación exige un castigo, de una gravedad que tiene en cuenta la dignidad del picador, la misma idea se encuentra en Platón, en el Derecho chino primitivo y en las costumbres africanas, y atiende, a la vez, a la indemnización del daño causado” (Mosset, 2006, 67).

2.2.2. Daño moral como concepto

“En el Código Civil Peruano encontramos que el daño moral se ubica de forma taxonómica en los siguientes artículos del Código Civil (1322° - 1332°) para describir el daño moral originado de una relación contractual y de otro lado en los artículos (1984° - 1985°) para referirse al daño moral producto de una relación extracontractual; sin embargo el punto de análisis jurisprudencial se centra

principalmente en el artículo 1984^o” (Velarde, 2020, p. 34), que a la letra reza lo siguiente: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

(Taboada, 2003), indica que, “el daño moral se entiende como una suerte de menoscabo a los sentimientos de la víctima y le da un gran dolor o angustia o sufrimiento a la víctima” (p. 89). Por ejemplo, se entiende que, respecto de la muerte de una persona, personas como los familiares, sufren daños morales debido a la pérdida del ser querido ya sea cónyuge hijos padres y familiares en general.

Para el tratadista peruano (León, 2003), el concepto bien entendido de daño moral, “conciérne dos dimensiones a saber, así indica que, en sentido amplio, el daño moral implica ejercer un acto dañoso a otro, respecto de no disminuir su patrimonio” (p. 99).

El profesor (Fernández, 2003), al referirse en un extenso comentario respecto de la naturaleza del daño moral y su resarcimiento, expone que “la noción tradicional de daño moral se enfoca en el daño causado por el ambiente afectivo o sentimental personal, lo que lleva al sufrimiento, al dolor, a la perturbación espiritual” (p. 76).

2.2.2.1. Características del daño moral

“El daño moral o también denominado daño no patrimonial también suele ser denominado perjuicio moral, agravio moral, daño moral, daño no económico, daño extrapatrimonial, daño espiritual, o daño a la integridad espiritual” (Espinoza, 2020, p. 49).

El daño no patrimonial (y su manifestación en el daño emocional o moral) “constituye toda modificación desvaliosa del espíritu, ya que

puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico o emocional de la persona” (Ferrero, 2020, p. 39).

De acuerdo a (Espinoza, 2011), el daño moral “no constituye razón suficiente respecto de ser indemnizado, cualquier inquietud, es decir, no está destinado a aumentar la compensación por daños materiales, sino que alivia el dolor o los daños a los principios más cercanos a la dignidad y plenitud del hombre” (p. 111).

- a) Daño subjetivo sin fines de lucro: se conoce como pretin doloris o "precio del dolor" “cuando se daña la esfera interna de la sustancia, es decir, el grado de emoción y / o autoestima del sujeto, no excede el daño al nivel de productividad externa (o desarrollo conductual sobre el tema). Mencione como ejemplo: el daño causado por insultos” (Fuentes, 2020, p. 55).
- b) La compensación por daños no materiales provendrá de una "estimación", que “aspira a cumplir una función reconfortante, ya que no puede verificarse la bienvenida al interés lesionado, ya que no es posible determinar” (Saavedra, 2011, p. 145).
- c) “El daño moral objetivo: eso es lo que no se limita a un deterioro en la esfera interna del sujeto (en las emociones o influencia del sujeto), ya que los efectos del daño exceden la esfera de productividad, es decir, puede afectar la actividad que el sujeto realizó, el desarrollo normal. de su vida etc.” (Fuentes, 2020, p. 99).
- d) En este caso, “la compensación no solo debe cubrir el daño a la esfera interna del sujeto, sino también las consecuencias que el

sujeto tiene para el comportamiento (la doctrina cree que esto genera un daño patrimonial indirecto)” (Fernández, 2020, p. 31).

2.2.2.2. Dimensiones o ámbitos en el daño moral

Como se ha referido “en algunas partes de la conceptualización, se ha visto uniformidad en La doctrina para considerar que el daño moral está deteriorado en la esfera de las emociones humanas. Por lo tanto, lo que se analiza son las consecuencias que la lesión causa a la víctima, es decir, sufrimiento, dolor, ansiedad, ansiedad física o espiritual, entre otras” (Pinedo, 2020, p. 11); también conocida como "la condición del espíritu", que varía en cada caso de acuerdo con lo que la víctima siente o experimenta sobre la lesión.

En ese sentido, el tribunal debe entrar para no compensar ningún dolor, sino lo que es consecuencia de la falta de un derecho legal.

a) Daño moral directo

“El daño moral directo lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial. Lesiona derechos de la personalidad. Inflige por menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona” (Ferrer, 2020, p. 93).

b) Daño moral indirecto.

“El daño moral indirecto lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, además del menoscabo de un bien no patrimonial. Genera una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial. Provoca la lesión a cualquier interés no patrimonial

como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial del afectado” (Fuenzalida, 2020, p. 33).

En tal sentido el daño moral “implica el abordaje a un problema serio que necesita ser reparado. Es decir, la admisibilidad de la compensación por daños que, como daño moral, es extracurricular. La literatura al respecto resulta ser abundante, por ello la discusión parece pues no concluir” (Fuentes, 2020, p. 11).

En la actualidad, “la compensación por daños morales, cuya importancia legal y sociológica se está incorporando cada vez más en el campo de la protección de los derechos civiles o propiedad de la personalidad, se acepta de manera general y sin ambigüedades” (Martínez, 2020, p. 31).

(Vielma, 2017), comenta que “la reparación del daño moral ha sufrido un curioso proceso. Anteriormente, había muchos abogados que lo rechazaban, ya que entendían que los bienes morales no reconocían una valoración económica, o que, si se adoptaban, siempre serían insuficientes o arbitrarios” (p. 111).

En primer lugar, como afirma el profesor (Orgaz, 1960):

“tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito” (p. 75).

Por otro lado, posición contraria, dice el profesor nacional (Linarez, 2014) que “la compensación por el daño moral, va más allá de la noción clásica de que la responsabilidad civil tiene el único propósito de reparar el daño causado económicamente, ya que, en caso de daño moral, es obvio que la víctima no podrá enfrentar una situación similar a la tenía antes de que ocurriera la lesión” (p. 193).

(Vielma, 2017), indica que “es necesario considerar que el daño moral no excluye la posibilidad de que el evento productor también afecte indirectamente los intereses de naturaleza puramente patrimonial o material. Ambas teorías están teóricamente delineadas completamente, aunque pueden estar sujetas a una valoración uniforme. Sea el caso con un comerciante que es objeto de una campaña injusta de crimen contra su honor” (p. 89).

En la doctrina italiana, “la fuente de resarcimiento se ha desarrollado en base a dos consideraciones del daño. Así existen los daños patrimoniales indirectos, que se presentan como una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no patrimonial. Los daños no patrimoniales pueden ser fuentes, y frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo” (De Cupis, 1966, p. 73).

(Vielma, 2017), explica que “el vigente Código civil italiano ha resuelto el problema en la práctica, con una solución sustancialmente negativa a la compensación por daños a la propiedad. Por lo tanto, el Artículo 2.059 establece que el daño no patrimonial debe ser reemplazado solo en los casos determinados por la ley y tales casos están

limitadas a aquellas en las que el evento que causa el daño es de naturaleza criminal, el artículo 185° del Código Penal italiano” (p. 39).

En el derecho español, “el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general” (De Castro, 1972, p. 35).

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia española más actual, “se postula por algunos sectores doctrinales la no resarcibilidad del daño moral. Los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada génesis” (Vielma, 2017, p. 31).

2.2.2.3. Funciones de la responsabilidad civil

Las funciones que cumplen las normas de responsabilidad civil, de acuerdo a una interpretación sistemática del Código Civil, según (León, 2003, p. 161) son:

- “La reafirmación del poder sancionatorio del Estado, en tanto ha quedado atrás la época de la solución violenta de los conflictos privados y porque ahora, en la sociedad civil, no se admiten como resarcibles sino los daños que el ordenamiento jurídico permite; esta función está relacionada con la función de demarcación, por la que se establece una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y de aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses, que, por esta misma razón, entrañan límites a la libertad, por cuanto se sostiene que, la

responsabilidad civil, a la par de determinar quién debe soportar el daño, si la víctima o su autor también se ocupa de fijar los límites en que cada individuo puede ejercer impunemente su actividad” (León , 2003, p. 161)

- La prevención, porque, “intimidados por las sanciones, los particulares harán todo lo posible para evitar daños y la propagación de estos; en tal sentido, cuando hablamos de prevención nos referimos a un impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, que, reconecedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultarían de su aplicación. El resarcimiento, que consiste, propiamente, en la restauración del damnificado, al cual se asigna una suma de dinero para compensar el daño sufrido de manera indebida” (p. 90).

2.2.2.4. Responsabilidad Civil Extracontractual

(León, 2003), define a la responsabilidad extracontractual como el “sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles, lesivos a los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas erga omnes por el ordenamiento” (p. 34).

En tanto que de acuerdo a de (Trazegnies, 2001) “existen responsabilidades extracontractuales (sic) que no están fundadas en el ilícito, como aquellos actos lícitos que por su peligrosidad convierten objetivamente al causante en responsable aunque no hubiera hecho nada ilícito ni culpable” (p. 43).

2.2.3. Prueba del daño moral

En este acápite se definirá lo que entiende por prueba a objeto de poder contextualizar mejor el propósito de la investigación. En ese sentido, se recogerán algunas posturas señaladas en la doctrina, para poder asentar la discusión respecto de la concepción de la prueba en el derecho.

En primer lugar, desde una perspectiva en puridad gramatical, (Del Pino, 2009) señala que la prueba se concibe como “la acción y efecto de probar y también la razón, argumento o instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa” (p. 142).

A su turno, autores como (Couture, 2000) señalan que los problemas de la prueba consisten en saber qué es la prueba; “qué se prueba; quién prueba; cómo se prueba; qué valor tiene la prueba producida. En ese sentido, el primero de esos temas plantea el problema del concepto de la prueba; el segundo, el objeto de la prueba; el tercero, la carga de la prueba; el cuarto, el procedimiento probatorio; el último, la valoración de la prueba” (p. 99).

Desde una perspectiva epistemológica (Ramos, 2001) al conceptualizar a la prueba inquires que, en su objeto, esta se propone como “un mecanismo por el cual se intenta verificar, confirmar, demostrar, etc. Es este un concepto suficiente acotado desde un dato tuitivo” (p. 81).

En esa línea argumentativa, el profesor (Echandía, 2009) comenta respecto de la prueba, en su concepción judicial que esta se entiende como:

“todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, objetos, y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de un tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducta para que se llegue al juez el conocimiento de la cuestión debatida o plateada sin litigio en cada proceso” (p. 112).

Siendo entonces el concepto de prueba, uno de relevancia procesal vinculado a la demostración de los hechos que se recolectarán para su probanza. En ese orden de ideas, (Rioja, 2019) explica que la prueba, y en conjunto, los medios probatorios son aquellos “instrumentos de los que se valen las partes en el proceso a través de los cuales se derivan o genera la prueba, debiendo destacar que para el citado autor existen dos tipos de prueba, la prueba extra judicial y la judicial” (p. 66).

En lo revisado por autores como (Carrata, 2007) se distingue como fundamentos de la actividad probatoria los siguientes considerandos:

- “Que, al interior del proceso se puedan distinguir lógicamente los aspectos que pertenecen al juicio sobre los hechos, de aquellos atinentes al juicio de derecho” (p. 98).
- “Que, con relación a los aspectos que pertenecen al juicio sobre los hechos sea necesario organizar el procedimiento probatorio del juez, de acuerdo a una elaboración de tipo racional” (p. 98).

- “Que, sólo de tal modo es posible obtener el control de la selección llevada a cabo por el juzgador en la elaboración de su convencimiento sobre la veracidad o no de los enunciados factuales de la causa” (p. 98).

Así como se ha intentado buscar una definición lo más cercana posible de la prueba respecto de su contenido, también se ha disertado en el terreno teórico sobre su objeto o función elemental.

En ese sentido, se revisa de igual modo algunas percepciones respecto de este tema. Así, para autores como (Matheus, 2012) la prueba tiene “una función instrumental” (p. 145) de modo que, “en relación a nuestro ordenamiento procesal civil, la función demostrativa de la prueba encuentra plena operatividad y no posee restricción alguna en su ejercicio, dado que esta se condice con un sistema de admisión de medios de prueba abierto, y uno de valoración libre o apreciación conjunta de los medios de prueba, como son los que poseemos en nuestra normatividad procesal civil vigente” (Montes, 2020, p. 44).

Así también, de manera similar, (Carrata, 2016) señala que el mejor sistema probatorio “será aquel que permita al juez experimentar todos los medios de prueba posibles y lícitos para obtener y determinar la verdad o falsedad del enunciado factual” (p. 42).

Por otro lado, (Rioja, 2019) indica que la función elemental de la prueba es la de “buscar la demostración de los hechos propuestos por las partes en el proceso” (p. 66). Es la “materialización o comprobación de la existencia de un acto que llega a conocimiento del juez y que de esta manera contraste lo afirmado

por los sujetos procesales para en su caso, darle o no la razón en su decisión” (Ferrer, 2020, p. 39).

En ese íter argumentativo, (Espinoza, 2019) explica que el objeto de la prueba es el hecho que “debe verificarse y sobre el cual el juez emite un pronunciamiento” (p. 23). Es demostrar “la verdad de los hechos propuestos por las partes al momento de interponer la demanda (por parte del demandante) y al momento de contestar la misma (por parte del demandado). Es todo aquello susceptible de demostración por las partes ante el juez, sobre la verdad o existencia de un hecho, materia de las pretensiones propuestas, pudiendo ser estos pasados, presentes o futuros” (Parra, 2020, p. 44).

Desde otra perspectiva, (Flores, 2018) manifiesta que el objeto trascendental de la prueba es “tratar de mostrar o dicho con mayor énfasis, de demostrar al juzgador, que las pretensiones sostenidas por ellas corresponden a la verdad; en otras palabras, su finalidad es llevar la certidumbre a la mente del juez, la teleología es alcanzar que se convenza de la validez de los medios probatorios empleados; o sea, obtener la convicción judicial” (p. 99).

2.2.3.1. Clases de prueba

En la tipificación que ofrece el Código Procesal Civil, se tiene una clasificación de alguna desarrollada de las clases de prueba, así pues, estas son:

- Pruebas típicas, reguladas en el artículo 192° de la norma procesal.

- Pruebas atípicas, reguladas en el artículo 193°.
- Pruebas sucedáneas o elementos conexos, regulados en los artículos 275° y siguientes.

“Los medios probatorios típicos están regulados en su ofrecimiento, admisión y actuación, siendo los siguientes: la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos, la pericia y la inspección judicial” (Fernández, 2020, p. 34).

En tanto los medios probatorios atípicos si bien expresamente no están regulados, “pueden ser ofrecidos por las partes, y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Por analogía se emplean las reglas de los medios probatorios típicos. El artículo 275° del Código adjetivo lo define como los auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor de los medios probatorios” (Flores, 2020, p. 59).

La concepción o contenido del daño a la moral implica observar el conjunto de percepciones que se han surtido sobre él, de modo que será esencial al propósito de la presente tesis poder alcanzar alguna concepción al respecto. Empero, teniendo como cierta la previsión que se ha expuesto en la doctrina respecto de que la determinación del concepto de daño moral es ardua y no exenta de controversias.

En ese sentido pues, como reflexiona (Domínguez, 2018) no en vano se trata “de uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil hasta el punto que en la actualidad” (p. 91), y a pesar de los años transcurridos desde que se inició su estudio, sigue siendo un tema en el que la doctrina no ha logrado ponerse de acuerdo.

(Rovira, 2019) explica que la definición que suele surtirse en la doctrina respecto del daño moral, es aquella “que concibe el daño moral en contraposición al daño patrimonial” (p. 76).

Por su parte, el reconocido civilista (De Cupis, 2017) rescata en su definición de daño moral, que esta es definida como “aquel daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial” (p. 55).

En una perspectiva similar (Mazeaud, Mazeaud, y Tunc, 1999) señalan que el daño moral es “aquel perjuicio que no implica, para la víctima, ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio. (En suma), es el perjuicio extrapatrimonial», el no económico” (p. 73).

Esta visión que excede al aspecto patrimonial más allá de su contraposición, fue también asumida en nuestra jurisprudencia a través de la Casación N° 1070-95; donde se estableció que el daño moral es

“el daño no patrimonial, pertenece más al campo de la efectividad que al campo económico y produce una pérdida económica y afectación espiritual; no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación. Basta que se configure el menoscabo para ser factible de indemnización; el dejar sin efecto el evento dañoso no enerva la obligación de reparar" (Fundamento Jurídico Nro. 14).

Desde una perspectiva no patrimonial, esto es, una visión en contraste con el resultado del daño patrimonial, autores como el profesor italiano (Scognamiglio, 2019) opinan que el daño en la moral, agrupa un conjunto de actos, es por ello que los define en plural, indicando que estos son “aquellos que se concretan en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (p. 122).

De manera similar, en la doctrina nacional (Osterling, 2000) opina que el concepto de daño moral “debe ser el más amplio posible, no limitándose al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extrapatrimoniales” (p. 167).

Esta es una visión que también siguió nuestra doctrina jurisprudencial a comienzos de la década de 1990; de modo que en observancia de la Casación N° 231-98, se ha definido al daño moral como: “un daño extrapatrimonial que afecta a los derechos de la

persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia” (Fundamento Jurídico Nro. 13).

En jurisprudencia símil, la Casación N° 949-95, ha colegido 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 afectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual” (Fundamento Jurídico Nro. 8).

Desde una doctrina apegada a los derechos de la personalidad, autores como (Morales, 2019) indican que el daño moral es aquel “que afecta principalmente a los derechos de la personalidad. Puede afectar, sin embargo, también a otros derechos que al menos en sentido estricto no se incluyen entre los de la personalidad, como a los derechos de familia, corporativos, etc.” (p. 124).

Ahora bien, quizás la confluencia de ambas posturas antes expresadas, al momento de acercarnos a una conceptualización del

daño moral, sea mejor expresada en lo referido por León, quién resume estas dos posturas indicando una doble concepción del daño moral.

Ahora bien, parte del contenido que define la esencia propia del daño moral, es la que explica su naturaleza y posibilidad indemnizatoria. En ese sentido, (Fernández, 2016) al respecto, explica que en la doctrina se ha señalado, que la función de la responsabilidad civil, en mérito de la producción de un daño moral, es más bien de tipo:

“aflictivo-consolatoria, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” éste, en sentido estricto: La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél” (Fundamento Jurídico Nro. 18).

Por otro lado, en lo reflejado por autores como (Di Majo, 2009) existe una naturaleza o función compuesta, de la responsabilidad civil, con respecto del daño moral, ya que: “por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un beneficio económico –y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho

fin– y, por otro lado, para sancionar el comportamiento del responsable de la infracción” (p. 89).

De esta forma, el estudio de la posibilidad de indemnización como contenido explicativo del daño moral, corresponde también a la procedencia y de modo más elemental a los presupuestos que la doctrina sostiene para su aparición. Así, autores como el profesor (Osterling, 2000) señala que, para hallar un supuesto de procedencia del daño moral, es necesario identificar debidamente los siguientes presupuestos:

- a) “En primer lugar, explica, se debe presentar una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito. Así pues, quien vaya a efectuar la reparación deberá hacerlo por los efectos de sus actos y por nada más. No se puede hacer responsable a una persona por daños que no deriven de sus acciones” (p. 99).

- b) “En segundo lugar, el daño debe ser cierto. Esto no quiere decir que el daño tenga que probarse; basta simplemente que la víctima acredite la acción antijurídica y la titularidad del accionante. Además, el daño debe ser personal al accionante, es decir, solo quien lo sufre puede reclamarlo; debido a que el daño moral es de carácter personalísimo, nadie puede alegar un sufrimiento que no ha padecido” (p. 100).

De otro lado, para el profesor (Pazos, 2018) indica que los supuestos a los cuales se deben de prestar atención para el acceso de una indemnización en el daño moral son los siguientes:

- a) “El resarcimiento del daño moral no tiene por qué guardar proporción con la indemnización que se asigne. Así, si cada daño afecta bienes jurídicos distintos es natural que el resarcimiento de unos y otros no tenga por qué tener relación, más aún, cuando cabe la posibilidad de que se presente únicamente el daño extra-patrimonial” (p. 99).
- b) “Su valuación no puede estar sujeta a cánones estrictos. En todo caso, se debe tener como meta la búsqueda del resarcimiento integral cuando ello sea posible” (p. 100).
- c) “Debe valorarse, en su caso, la intensidad de la lesión física, la incertidumbre producida por la propia recuperación y los efectos en el ámbito familiar. Así, corresponderá evaluar la magnitud de los intereses extra-patrimoniales comprometidos” (p. 100).
- d) “La estimación del monto indemnizatorio queda finalmente a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares de cada caso” (p. 100).

2.2.3.2. Aspectos probatorios del daño moral

“En la actualidad resulta bastante complejo para los jueces, así como para la parte que alega el daño moral, probar la existencia del mismo, entendido este como el dolor, sufrimiento o aflicción como consecuencia de un evento dañoso y más aún, la dificultad de cuantificarlo como tal” (Fernández, 2020, p. 94).

Eso viene generando “el hecho que, a nivel judicial, se otorguen diferentes montos de indemnización en casos análogos, evidenciando un divorcio en los criterios, y lo que es peor, una desproporción debido a que se reconocen mayores cantidades indemnizatorias a futbolistas consagrados que por algún motivo ven lesionada su imagen y, sin embargo, determinan sumas ínfimas a ciudadanos de a pie o a menores de edad que son víctimas de algún hecho generador de daños” (Fuentes, 2020, p. 49).

Desde la jurisprudencia se ha tentado un esfuerzo esta tarea, “por medio del IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del mes de noviembre del año 2017, trata de llegar a una solución pacífica, aprobada por mayoría” (Fuentes, 2020, p. 39), con relación a dos aspectos:

- 1) “La primera enfocada en la carga probatoria del daño moral, independientemente de lo extenso o discrepante que pueda resultar su definición debido a las diferentes posiciones existentes ya sea por

su inclusión dentro del daño a la persona o porque se enfoca como un concepto diferente del mismo” (p. 49).

- 2) “La segunda está referida al tema de la cuantificación y aquí el Pleno Jurisdiccional parece haber optado por la salida más lógica al precisar que los criterios de cuantificación deben ser objetivos, es decir, si para acreditar el daño moral tienes que sustentarlo a través de pruebas directas o indirectas, entonces será mucho más fácil poder determinar el quantum resarcitorio debido a que este estará enfocado en función a las pruebas otorgadas o sucedáneos de las mismas” (p. 50).

Empero, esta decisión, tiene como antecedente a la casación N° 1594-2014 – LAMBAYEQUE, la cual en su quinto considerando también señala que: “el daño moral es particularmente difícil de acreditar (el resaltado es nuestro) debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto” (Fundamento Jurídico Nro. 5).

2.2.4. Daño en la doctrina y jurisprudencia

Y, de forma similar, el profesor (Alpa, 2006) define al daño como: “la lesión al interés de una persona que se halla jurídicamente protegido. Desarrolla este concepto y explica que nunca es un daño el ocasionado a un bien desligado del interés que una persona puede tener sobre este (ejemplo: si se destruye un bien que no pertenece a nadie, no es daño, porque no se afectado ningún interés

personal)” (p. 88); que el interés “abarca el que tiene toda persona no solo por los bienes externos o patrimoniales (ejemplo: vehículo, inmueble o animal) que usa, sino del interés que tiene de conservar sus bienes internos o extrapatrimoniales (ejemplo: salud, integridad física y psicológica, los sentimientos, honor o libertad); y que debe ser jurídicamente protegido, porque no es daño aquel que proviene, por ejemplo, del narcotráfico o contrabando” (Bernardo, 2020, p. 19).

Sin embargo, se prefiere la doctrina del professor (Apancio, 1999), quien “sostiene que el daño visto como menoscabo, solo incide en la persona, con la precisión, que este puede repercutir en la esfera de su personalidad o en su esfera patrimonial; así entonces, señala: Se ha de indicar que el daño es el menoscabo que sufre un sujeto de derecho como consecuencia de un acontecimiento o evento que ha causado directa o indirectamente otro sujeto de derecho” (p. 49).

Es evidente que el menoscabo lo sufre un sujeto y repercute en su “esencia”. “Esta esencia debe ser entendida, para estos efectos en la suma del sujeto más su circunstancia; consecuentemente, aun afectándose un bien, el daño índice indubitablemente en un sujeto de derecho, al haber visto afectado. El daño, entonces, implica normalmente un menoscabo en el sujeto de derecho, ya sea que este menoscabo se manifieste en su integridad personal o moral (aspecto psicosomático), o ya en su aspecto patrimonial” (Ferrer, 2020, p. 44).

Asimismo, “se ve afectada la tensión de la voluntad (del indicado sujeto) hacia el objeto de satisfacción; es decir se materializa una afectación a su interés, situación que se coloca en un término medio entre el sujeto y el objeto, ya que el interés importa una tensión de la voluntad hacia el objeto” (Espinoza, 2011, p. 75).

Bajo esta forma de entender al daño, el profesor (Alpa, 2006) también indica, que: “el daño es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio».

Sobre esto último, el profesor (Trigo, 2006) sostiene, que: “en experiencia jurídica italiana, se distingue el daño-evento (lesión del interés tutelado) del daño consecuencia” (2016, p. 300). Daños que para el profesor (Alpa, 2006)b, pueden ser asimilados a las denominaciones de “daño” para el daño evento y de “perjuicio” para el daño consecuencia (Fernández, 2015, 497); siendo que, según (Cabanellas, 2001, p. 88): “ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño”.

En sentido jurídico, “se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio, la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo” (Ferrer, 2020, p. 31).

“Como en el caso de las curaciones que se habrán de seguir realizando incluso después de haberse obtenido el pago indemnizatorio” (Armaza, 2014, p.739). Ahora, “la condición de existencia del daño es inseparable de su probanza, por lo que, previo a desarrollar esta idea, se comparte las siguientes citas: si se establece que un daño es cierto, ello significa que está probado. el actor debe probar que el daño se produjo”. (De Trazegnies, 2016, p. 21)

Todo esto implica “una doble comprobación material: de la causalidad puramente material entre el hecho generador y el daño evento, así como de la

causalidad material económica entre el daño evento y el daño consecuencia” (Fernández, 2017, p.37).

Además, precisa el auto citado, que: “la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta siempre a la probanza de la existencia del daño (el quid) y no a su monto o cuantía, problemática ésta (la del quantum) vinculada más bien a la de la extensión del daño resarcible” (Fernández, 2017, 37).

Sobre este tema, el profesor (Alpa, 2006, p. 183) sostiene, que: “cuando se hace referencia a la certeza del daño, se está aludiendo exclusivamente a su probanza, lo cual abarca: por un lado, la prueba de la existencia del daño (quid); y de otro lado, la prueba de la cuantía del mismo (quántum), siendo el primero el requisito indispensable a efectos de la configuración de un caso de responsabilidad civil, ya que el segundo podría ser suplido por intervención judicial”.

Pudiendo denominarse también como “existencia todavía”; este requisito, indica el professor (Espinoza, 2011): “implica que, al momento de ser reclamada la pretensión indemnizatoria, los efectos del daño (el daño consecuencia), esto es, las consecuencias desfavorables que el acontecimiento ha producido en el patrimonio de la víctima, deben mantenerse sin ser reparadas; o, lo que es lo mismo, que el daño no debe haber desaparecido al momento de ser resarcido” (p. 170).

El autor referido, sintetiza lo dicho y añade, que: “si se cumplen los siguientes requisitos: a) la víctima no tenía un seguro, por lo tanto, no ha recibido ningún monto por los daños; b) si la víctima no se ha apersonado como parte a un proceso penal y reclama la indemnización; c) si la víctima no ha

realizado una transacción extrajudicial, entonces podemos afirmar que el daño es subsistente” (Espinoza, 2016, p. 90).

Teniendo presente la siguiente cita: “no caben dudas de que establecer la existencia concreta del daño moral, en una especie determinada, no equivale ciertamente a establecer su medida y menos aún a liquidarlo” (Mosset, 2015, p. 92).

Para formular su clasificación, “se vale de la doble categoría del daño (daño evento y daño consecuencia), la cual cree es la que mejor explica el fenómeno del resarcimiento del daño extrapatrimonial en sus diversas acepciones” (Fernández, 2020, p. 31).

Tratando la perspectiva de la “doble causalidad” en materia de responsabilidad civil, en la cual: “el efecto causal es un efecto bastante más amplio entonces si lo analizamos en su doble aspecto de daño evento y daño consecuencia»; ya que: “el hecho generado del daño produce material y causalmente hablando un resultado que es el daño evento, el cual a su vez puede producir económica y causalmente hablando consecuencias patrimoniales” (Fernández, 2015, p. 509), salvo en los casos de atribución legal o causalidad jurídica, como en el daño moral.

El daño a la persona hizo su aparición en la legislación peruana, en el artículo 1985 del Código Civil 70 (dentro de la responsabilidad civil extracontractual), a iniciativa e insistencia del profesor Carlos Fernández Sessarego, quien fuera miembro de la Comisión Redactora de este código; en ese sentido, se ha dicho, que: La primera intención de estudio del daño a la persona, la encontramos en el profesor (Busnelli, 2000) y posteriormente en el también italiano (Alpa, 2018), quienes sostienen que existe un daño al ser

humano, más importante que cualquier daño a los objetos del mundo, el cual debe ser reparado en toda circunstancia, con criterios y técnicas que tengan en cuenta su singular naturaleza.

Y, justamente, es el último autor mencionado él que con más ahínco ha defendido la postura contraria al daño a la persona; así se tiene que este señala: “Si nos atenemos, como es obligatorio hacer, a este exacto e históricamente demostrable significado, el 'daño a la persona' en su versión peruana, por ser reiterativa de un concepto ya incluido en el 'daño moral', y por haber sido incluida sin el menor rigor de términos ni justificación en el de suyo cuestionable artículo 1985 del Código Civil vigente”.

2.2.5. Aspectos procesales

Dice Reale (1984, p. 107) que “el progreso de la cultura humana obedece al paso gradual del plano de la fuerza bruta al plano de la fuerza jurídica en la solución de los conflictos”. En el derecho todo obedece al principio de sanción organizada de forma predeterminada, “y la existencia del poder judicial se justifica claramente en razón de la predeterminación de la sanción jurídica” (Reale 1984, p. 107).

Los jueces “están para hacer que la ley se aplique. Pero un juez no puede ser un ente mecánico de aplicación de la ley, y por ello se le exige interpretarla a fin de facilitar su aplicación. O sea, dada la ley es necesario confrontarla con la realidad al momento de su aplicación. Pero tal confrontación, si bien la puede realizar cualquier sujeto, la única que interesa, al fin y al cabo, es la que haga el juzgador del caso” (Velarde, 2020, p. 32).

“Y esto es así debido a que el magistrado es el supremo intérprete y aplicador de las normas jurídicas, y el único que podrá vincularnos, por imperio

estatal, a que cumplamos sus mandatos. Ahora bien, sabemos que la mejor forma de aproximarse a los razonamientos expresados es recurriendo al sistema de creencias del emisor” (Gozaíni, 2004, p. 14).

Consecuentemente, “se le exige al juzgador verter sus razonamientos en cada fallo para, precisamente, intentar comprender la parte resolutive, y entender cada uno de los postulados que soportan su decisión. Como el juzgador verterá sus racionios en la sentencia, será factible aproximarnos a su sistema de creencias como emisor del juicio valorativo” (Garrido, 2020, p. 31).

Y en caso de no estar conformes con ello, “se podrá impugnar tal decisión atacando las motivaciones del magistrado, que son la base de su juicio de valor. Nuestro Tribunal Constitucional, a través de la STC 03891-2011-PA/TC, ha afirmado que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación” (Balbuena, 2020, p. 14).

Por ello, a decir de Pérez (2001, p. 270), “la finalidad de la exigencia de motivación es doble, pues por un lado se persigue garantizar su eventual control jurisdiccional a través del sistema de medios impugnatorios y, por otro, permitir al ciudadano conocer las razones de la resolución. En definitiva, la causa por la que se exige la motivación de los fallos es porque se hace necesario conocer la representación mental que el juzgador tiene del caso real, así como su modus operandi al aplicar las normas jurídicas correspondientes”.

2.3. Marco conceptual

2.3.1. Daño

Según (Espinoza, 2013), “el daño no es sólo la lesión a un bien protegido más al contrario se enfoca en las consecuencias que genera la trasgresión de intereses protegidos” (p. 99).

2.3.2. Indemnización

(Beltrán, 2010) menciona que “el resarcimiento establecido por ley, que es en favor del sujeto dañado. Asimismo, la indemnización se otorga siempre como una compensación económica que se traduce en dinero” (p. 124).

2.3.3. Resarcimiento

(Beltrán, 2010) se refiere “a la reparación que asume el sujeto que es autor del daño generado a un tercero, asimismo indica que es necesario demostrar la afluencia de los componentes de la responsabilidad civil par que el autor sea obligado a cubrir el monto indemnizatorio” (p. 194).

2.3.4. Carga de la prueba

“Obligación que asume el litigante para demostrar la veracidad de hechos y circunstancias que respalden su pretensión en un juicio. Es un principio procesal que permite resolver al juez” (Espinoza, 2018, p. 39).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Método de investigación

Se utilizó el método inductivo y deductivo. El método inductivo consiste en: “es aquella que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (Valderrama, 2015, p. 112). En tanto el método deductivo consiste en: “aquella que parte de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular. Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios” (Carrasco, 2015, p. 90). Método que ha sido empleado en la presente investigación para conceptualizar las variables de estudio propuestas.

3.2. Tipo de investigación

Es de tipo jurídico dogmático, ya que “se centra en el análisis y solución de problemas de varias índoles de cuestiones dogmáticas, con especial énfasis en el análisis de las perspectivas teóricas” (Sierra, 2018, p. 62).

3.3. Nivel de investigación

De nivel explicativo, definido como el nivel de investigación que (Valderrama, 2002) “va más allá de la descripción de conceptos, fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos (...) su interés se centra en descubrir la razón por la que ocurre un fenómeno determinado, así como establecer en qué condiciones se da este, por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 45).

3.4. Diseño de investigación

Se utilizó el diseño de la investigación de carácter no experimental, que según (Kerlinger, 1979, p. 32) “es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones”.

3.5. Población y muestra

3.5.1. Población

Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para fijar la población.

3.5.2. Muestra

Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para fijar la muestra. Y sólo se ha empleado el análisis e interpretación de cierto número de sentencias para su desarrollo.

3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.6.1. Técnicas de recolección de datos

Como técnicas de investigación que se utilizaron en la presente, se consideraron al análisis documental y la observación.

El análisis documental es definido como “un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Comprende el procesamiento analítico- sintético que, a su vez, incluye la descripción bibliográfica y general de la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas” (Arnao, 2007, p. 53).

También se utilizó la observación, que es una técnica de investigación que “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (Bernal, 2010, p. 53).

3.6.2. Instrumentos de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos que se consideró para el estudio es la denominada ficha de análisis documental, “con la finalidad de haber analizado casos de la jurisprudencia respecto del tema de investigación planteado” (García, 2018, p. 48).

3.7. Procedimientos de recolección de datos

En la recolección de datos que se realizó, se consideró el siguiente procedimiento:

1. Selección del instrumento de investigación.
2. Aplicación del instrumento de investigación en la muestra seleccionada.

3. Análisis y registro de los datos recolectados.

3.8. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Respecto del procesamiento y análisis de datos que se empleó en la presente investigación se consideró utilizar un análisis descriptivo y de carácter más cualitativo para la presentación de los datos que se han recogido a partir de la aplicación del instrumento de investigación.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados

Desde una perspectiva general, es importante referenciar la Casación N° 5290-2009/Cajamarca, con la finalidad de evaluar de cómo la Corte Suprema ha ido estableciendo criterios para la determinación del daño moral, en el caso presente seguido por Jorge Luis Correa Ruíz y Aurora Marín Araujo con el Ministerio Público, sobre Autorización para Disponer Derechos de Menor, se aprecia la supuesta astucia empleada por la empresa Newmont Mining Corporation y otros, a fin de perjudicar a terceros, tal como se desprende de la siguiente ejecutoria: “Primero.- Que, los interesados solicitan autorización para transigir, en nombre de su menor hijo (...), sobre las pretensiones controvertidas en el proceso número cero uno CV cuatro cuatro cinco tres (al que fueron acumulados los expedientes cero dos CV cuatro dos siete cinco y cero dos CV cuatro dos ocho siete), seguido por los solicitantes contra Newmont Mining Corporation y otros sobre Indemnización por Daños y Perjuicios, ante la Corte Distrital del Condado de Denver, Estado de Colorado, Estados Unidos de América; como consecuencia del derrame de mercurio ocurrido el día dos de junio del año dos mil, en las localidades de

San Juan, Sebastián de Choropampa y Magdalena, e indican que con las empresas demandadas han acordado la suscripción de una transacción; y siendo ellos representantes legales de su menor hijo solicitan autorización judicial para celebrar la transacción respecto de la Indemnización por los Daños y Perjuicios a que tiene derecho el referido menor (...).”

En el caso ya expuesto, “la situación emocional de los padres del menor se encuentra afectada no solo por el derrame de mercurio sino porque fueron sorprendido por una supuesta transacción en representación del menor; a propósito, en nuestro primer pleno casatorio oscilo entre la seguridad jurídica y el daño a la salud, situación que fue debidamente tratada y justificada por nuestros Magistrados que expidieron el Primer Pleno Casatorio” (Ferrer, 2020, p. 55).

De otro lado debe tenerse en cuenta que, especialistas en psicología y psiquiatría como (Fernández, 2010) expone que: “la investigación básica sobre las emociones aún no proporciona una base firme, y afirma que, actualmente se carece de una definición y hasta de un concepto de emoción que sea aceptado por todos. Considerando que la emoción es un proceso complejo, multidimensional, en el que están integradas respuestas de tipo neuro-fisiológico, motor y cognitivo; y que son indispensables para la toma de decisiones porque orientan en la dirección adecuada” (p. 77).

Sin embargo la Casación N° 180-2012/Lima, seguido por Primitivo Alarcón Gonzales contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD., sobre indemnización por daños y perjuicios se apela una vez más al despido laboral como causa del daño moral, sin haberse evidenciado la frustración frente a su entorno personal o social, por lo que: “el juez inferior no ha considerado el tiempo transcurrido desde que el actor fue despedido hasta que fue reincorporado (un año y siete meses) pues en la medida en que la situación antijurídica se prologa en el tiempo es razonable comprender que mayor será la aflicción

en el ánimo de la persona graduando el mismo monto en la suma de veinte mil nuevos soles (S/. 20,000.00)”

Sin embargo, esto refleja “la expresión de un mandato como razón suficiente para acreditarse la responsabilidad, en ese sentido la categoría de mandato puede diferenciarse del deber, en tanto y en cuanto existe una relación de implicación entre ambos semas y para esto el autor Austin nos expresa lo siguiente: un mandato, es, por consiguiente, la manifestación de un deseo. Pero hay una peculiaridad que lo hace distinguirse de otras manifestaciones de deseos: que aquel al que se dirige esté expuesto a un daño por parte del otro en el caso de que no cumpla con su deseo” (Fuenzalida, 2020, p. 49).

No solo es comprender al daño moral dentro del daño a la persona (insisto en nuestra jurisprudencia no es lo conceptual), sino que “debe existir un tamizaje para incidir en la indemnización por daños y perjuicios, ya que no es sólo la declaración de parte con la que se alega haber sufrido una pena o angustia, sino que se ponga las pautas al momento de ingresar la demanda para que así pueda expedirse un mejor auto calificadorio de la procedencia o improcedencia de la demanda. Es decir, tiene que haber una técnica para solicitar el daño moral y asimismo una técnica para resolver estos casos que apremian ser justificados ante la sociedad. Más aún si esto conlleva a la seguridad jurídica y económica de nuestro país” (Fuentes, 2020, p. 91).

En ese sentido corresponde citar el artículo 1985° del Código Civil Peruano que a la letra reza lo siguiente: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”.

También el brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, hace referencia a la iniciativa probatoria del Juez y la actividad

probatoria de las partes. En ese sentido, existe un vaso comunicante entre las partes y el Juez que debe ser actuado y plasmado en sus decisiones.

4.2. Contrastación de hipótesis

4.2.1. Contrastación de hipótesis general

“La problemática de la valorización del daño moral se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017”.

Si resulta debatible el reconocimiento del daño moral como un daño resarcible, como se ha detallado líneas arriba, creemos que lo es más las posiciones que adoptan aquellas legislaciones en donde se ha regulado el reconocimiento del daño moral, al exigir la prueba del mismo.

En efecto si a nivel sustantivo es complicado optar por el reconocimiento de dicha categoría del daño, a nivel procesal dicha labor lo es más, pues si se entiende, en términos generales, al daño moral como el sufrimiento, “el menoscabo emocional, la afectación psicológica de una persona, imponerle la obligación, a quien padece el daño, de probar la existencia de un daño que tiene tanto de subjetivo se convierte en una tarea bien complicada y más aun en la posición de quien lo padece, pues a la par de soportar el daño tiene que encargarse de recaudar pruebas para demostrar su sufrimiento, su angustia, su menoscabo emocional” (Garrido, 2020, p. 11).

Obsérvese además que esta labor probatoria, por la especial particularidad del daño moral, se hace complicada, pues ¿cómo probamos el sufrimiento?, ¿cómo se prueba el dolor?, ¿cómo se prueba el menoscabo emocional? “Y esto se reafirma cuando a nivel procesal los jueces son reacios a aceptar el padecimiento de un daño moral, si se intenta probar con un certificado psicológico que acredite la afectación emocional sufrida, medio

probatorio que sería el razonablemente valedero para esta probanza” (Santiago, 2020, p. 39).

Claro, esta negativa judicial -de reconocer el sufrimiento- se parte, “en que el Juez internaliza los efectos de una conducta e interpreta los daños según la posición del autor del daño, lo cual y conjuntamente con la exigencia probatoria del daño moral, va en contra de los principios generales de la responsabilidad civil, como el resarcimiento integro del daño o el de imputación razonable de responsabilidad” (Beltrán, 2020, p. 111).

En efecto decimos que el juez internaliza el daño moral, pues es muy estricto al solicitar “la probanza del daño moral en eventos que, para él no sería merecedor del mismo, como por ejemplo el daño que sufre una persona en la pérdida de un sencillo reloj o por la muerte de una de sus mascotas, mientras que por otro lado esta rigurosidad probatoria se debilita en casos como la muerte del padre o del hijo, la agresión violentamente sufrida o la pérdida de un lujoso auto nuevo” (Prado, 2020, p. 55).

Estos criterios estimamos que no tienen nada que ver con la noción del daño moral, como daño resarcible. Esto también –creemos- “se debe al impacto social que el Juez les reconoce a sus sentencias y no ven acertado que se reconozca un daño moral por una conducta banal como el insulto aislado o la atribución de una conducta negativa o incluso se ha llegado a sostener que en los casos que la conducta dañosa no genera una pérdida económica considerable por daño emergente o lucro cesante, se entiende -erradamente- que entonces el daño moral es inexistente” (Galarza, 2020, p. 66).

Lo afirmado anteriormente, se comprueba en los casos en donde no existe una pérdida económica generada por la conducta dañosa sin embargo si existe un menoscabo emocional o sufrimiento generado.

4.2.2. Contrastación de hipótesis específica Nro. 01

“La problemática de la valorización del daño moral directo se resuelve aplicando criterios subjetivos, en la ciudad de Huancayo 2017”.

Siendo ello así se aprecia que la probanza del daño moral resulta una tarea compleja, pues más allá que en algunos casos sea suficiente hacerlo a través de la descripción simple de los hechos “y con un peritaje psicológico de quien alega el daño, en otros casos esto no es suficiente para el juzgador y convierte muchas decisiones en arbitrarias e injustas más aún cuando el objeto materia de probanza es sumamente difícil para quien padece el daño; por ello estimamos que se debe optar por la presunción del daño moral no solo porque en sí –creemos- que toda conducta, que afecte de alguna manera algún aspecto de la esfera de dominio del sujeto ya sea de contenido patrimonial o no, causa un menoscabo emocional, un sufrimiento en el sujeto” (Fuentes, 2020, p. 49).

Por ejemplo no se puede dudar el daño moral que sufre el padre por la muerte del hijo producto de un accidente de tránsito como tampoco se puede dudar del sufrimiento “que padece quien ve destruido su automóvil nuevo recién adquirido, como tampoco se puede negar el daño moral que sufre quien ve menoscabado su capacidad motora producto de una mala praxis médica que hace necesario la amputación de una sus piernas, en estos casos vemos que, por la intensidad de la acción dañosa y perjuicio generado, el daño moral es evidente” (Prado, 2020, p. 55).

Sin embargo, también “vemos que existen casos en que a pesar que el daño sea bastante inferior a los mencionados, como en el caso de la pérdida de un simple celular o reloj de poco costo, creo que tampoco podemos dudar que la persona pueda experimentar un sufrimiento, claro que no en la misma intensidad que aquellos, pero existente al fin” (Ocampo, 2020, p. 49).

Sin embargo, “lo anotado precedentemente no quiere decir que quien sufre un daño moral por la pérdida de un celular de poco costo, pretenda una suma exorbitante por daño moral como por ejemplo solicitar S/. 10,000.00 por daño moral por la destrucción de un celular; en efecto si bien el daño moral existe, por la causa que lo genera y la circunstancias creemos que no merecería una suma elevada para resarcir el daño moral sino una suma razonable” (Francesco, 2020, p. 55).

4.2.3. Contrastación de hipótesis específica Nro. 02

“La problemática de la valorización del daño moral indirecto se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017”.

Tampoco se crea que la cuantificación del daño moral deba hacerse en base a la afectación económica que genere el daño, pues solo este dato podría servir de referencia lo que conjuntamente con las circunstancias del caso concreto puede orientar al juzgador establecer un quantum razonable por daño moral.

“Ahora este criterio (valor del daño patrimonial) no se puede dudar que en términos de razonabilidad en el caso de los daños económicos o patrimoniales resulta orientador para cuantificar el daño moral, pues existe una presunción iuris tantum que por la pérdida de un bien de bajo costo la afectación emocional podría ser también de baja intensidad y por ende su cuantificación proporcional al daño, mientras que si el valor del bien afectado

es mayor se presume –también- iuris tantum que la afectación emocional es mayor y por ende su cuantificación debe ser proporcional, claro está que estas presunciones que admiten prueba en contrario, como el caso de celular de poco costo pero que amerite un resarcimiento por daño moral, mucho mayor al valor de dicho bien porque ha sido el último legado de su madre que en su lecho de muerte lo entrego como recuerdo suyo” (Garrido, 2020, p. 49).

En el estado actual de las cosas, nos encontramos con un alentador fallo de nuestra Corte Suprema, en donde se apuesta por la presunción del daño moral, pues la Casación N° 4917-2008, La Libertad, publicada el 28 de mayo del 2009, así lo ha establecido. Se trata del caso Escobar contra la Sociedad de Beneficencia Pública de Trujillo, sobre resarcimiento por daño moral, pues doña Silvia Escobar señala que no obstante pertenecer a la Ley de bases de la carrera pública (Decreto Legislativo 276), fue cesada de su labores arbitrariamente “sin causa justificada y menos seguirse el procedimiento respectivo; que por ello interpuso una acción de amparo que fue declarada fundada en las dos instancias jurisdiccionales, logrando retornar a su centro de trabajo. En tal sentido doña Silvia Escobar, demanda un resarcimiento por daño moral a la Beneficencia Pública de Trujillo, al haber sido despedida arbitrariamente de su centro de labores, lo cual ha quedado acreditado en el Proceso de Amparo que interpuso contra dicha acción, que declara fundada su demanda” (p. 99).

Ante los hechos expuestos anteriormente la Corte Suprema precisa en sus considerandos sétimo y octavo: “Que esta demanda es amparada por el a-quo, quien en su sentencia hace expresa aplicación de los artículos 1969, 1984 y 1985 del Código civil; expone el concepto de daño moral indicando que: “el daño moral es el daño inferido en derechos de estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la

afectación que al de la realidad material económica y para su resarcimiento cuando el titular de pretensión es la misma víctima, la prueba del daño moral resulta ser *in re ipsa* esto es, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor”, asimismo, precisa “el Juez los elementos que considera acreditados en autos para la configuración de la responsabilidad extracontractual, tales como el acto antijurídico cometido por la Sociedad de Beneficencia demandada dada la existencia de la Sentencia recaída en la acción de amparo promovida por la actora contra la referida demandada, que fue la causa directa de que la actora perdiera su puesto de trabajo”; para luego concluir el a quo: “(...) que a la recurrente se le ha ocasionado en demasía un daño moral, pues es iluso pensar que no exista dolor o aflicción muy personal cuando se ha sido objeto de actos que sin justa causa han atentado con el desarrollo laboral y profesional, máxime si con tales actos también se le ha ocasionado una pérdida pecuniaria a la recurrente(...)”. OCTAVO.- “Que, frente a la citada Sentencia de primera instancia, la Sala Revisora, con motivo del Recurso de apelación interpuesto por la entidad emplazada, revoca la apelada y declara infundada la misma, exponiendo como único argumento específico vinculado al daño moral: “Que es necesario señalar que pese a que se ha acreditado la existencia del proceso de amparo interpuesto por la actora, el mismo que obra como acompañado, en el cual se declaro fundada la demanda ordenándose su reposición en el cargo del que fue separada indebidamente, sin embargo, en autos no ha acreditado con medio probatorio alguno la existencia del daño que refiere, no pudiendo establecer la existencia de relación de causalidad entre el supuesto daño existente (no demostrado) y la conducta realizada por los demandados”, argumentación esta que no contiene la correspondiente motivación jurídica, así como tampoco la argumentación dirigida a enervar el criterio de a quo de

que en el daño moral: “basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor”.

4.3. Discusión de resultados

De los casos adjuntados se precisó que la cuantía del daño moral es de imposible determinación exacta, por lo que debe recurrirse a criterios de estimación, sin embargo, dichos criterios deben estar debidamente fundamentados y, cuando así lo demanden, acreditados.

Un estudio descriptivo adecuado sobre la prueba del daño moral debe abordar esta problemática desde los dos puntos de vista en que se concreta la carga probatoria; la faz objetiva y la faz subjetiva. “Es decir, no basta que el ordenamiento determine tan sólo cuál de las partes tiene la necesidad de probar (aspecto subjetivo) sino que además resulta indispensable que se determine aquello que se debe probar (aspecto objetivo). El primer aspecto es propio del derecho procesal civil, común para todos los juicios de idéntica naturaleza. El segundo aspecto de la carga probatoria, sin embargo, constituye una materia de fondo, sustancial o de normativa aplicable, esencialmente relativa para cada caso particular, y que depende del presupuesto de hecho normativo que sirve de fundamento a la pretensión” (Fuenzalida, 2020, p. 55).

Esta fase responde a la pregunta ¿quién debe probar? Para nosotros la premisa básica y elemental sobre la prueba del daño moral en el proceso de daños, es que ésta le corresponde a quien alega su reparación, es decir, al actor. Será la parte que ejerce la pretensión civil indemnizatoria la encargada de acreditar la existencia del daño moral en sus elementos esenciales.

“El daño moral no es más que una especie de daño en general, por lo que como elemento de la responsabilidad civil que da nacimiento a la obligación de indemnizar

debe ser acreditado legalmente por quien alega su existencia en el proceso de daños” (Prado, 2019, p. 49).

Frecuentemente “será el actor la parte que se encuentre en mejores condiciones procesales y materiales de ofrecer al sentenciador la prueba necesaria e indispensable del agravio moral; por lo mismo, toda insuficiencia o imperfección en su producción deberá ser soportada por ella. No cabe presumir la existencia del daño moral ni aun tratándose de víctimas directas, por cuanto el acaecimiento de todo daño es en sí excepcional en el orden jurídico, no escapando a estas características el daño moral” (García, 2018, p. 93). El juez, al momento de dictar su sentencia, “debe analizar el mérito del proceso, y determinar si los elementos que se encuentran presentes en él permiten desvirtuar las presunciones negativas de que goza el demandado con cada uno de los elementos de la responsabilidad, especialmente, la inexistencia de daño moral. Ahora bien, el demandado no debe conformarse con una actitud pasiva frente a la actividad probatoria de su contraparte” (Garrido, 2020, p. 55).

Nada le impide allegar antecedentes al proceso que demuestren hechos cuya calificación pueda estimarse incompatible con la producción de un daño moral, mas aún, estimamos que debe producir dicha prueba cuando cuenta con los antecedentes fácticos del acaecimiento de la circunstancia reveladora. “Así el onus probandi deja de ser una figura cerrada, y toma un constante dinamismo dentro de un mismo litigio, ya que el demandado –que en principio no necesita acreditar nada- también puede encontrarse en la necesidad de asumir una actividad probatoria en contrario a la producción del daño moral, lo que le puede resultar sumamente perjudicial si no sabe a priori qué debe probar” (Fuentes, 2020, p. 69).

Tan importante como quién debe probar es saber lo que se debe probar. La faz objetiva de la carga probatoria o de contenido material, debe ser asumida por quien la

tiene en su faz subjetiva. Sin perjuicio de ello, ambos litigantes deben realizar actividad probatoria en este sentido, con efectos diversos cuando no cumple con este deber propio del interés.

Si el actor no sabe qué probar, “lo más probable es que su pretensión indemnizatoria sea desestimada por el sentenciador; en cambio, si el demandado o victimario no sabe qué probar, el efecto no será precisamente una condena en su contra, sino que dependerá de la actividad probatoria realizada por su contraparte. En cuanto al contenido de la prueba del daño moral, estimamos que el juez debe tener presente los parámetros que se expondrán a continuación que le permitirán establecer su existencia en el proceso de daños y otorgar una indemnización legalmente procedente” (Pinedo, 2020, p. 66).

Asimismo, se refiere que la prueba indiciaria y la presunción son subtipos de la prueba indirecta, las cuales poseen una estructura común conformada por un presupuesto (inferencia probatoria), sus elementos (hecho indiciario, máxima de experiencia y hecho presunto) y los requisitos de estos.

“En el ordenamiento jurídico peruano la prueba indiciaria y la presunción judicial son figuras jurídicas iguales, ya que a la presunción judicial no se le ha otorgado la regla de inversión de la carga de la prueba, propuso a la presunción judicial *in re ipsa* como un tipo especial de presunción judicial, en base a la teoría de los daños *in re ipsa*” (Fuentes, 2020, p. 44).

Se sistematizó las posturas sobre la prueba del daño moral de ambas dimensiones probatorias, “las cuales fueron agrupadas en dos grupos: las posturas negativas y las posturas positivas, haciendo énfasis en el hecho de que existen casos evidentes en los que se debe presumir *in re ipsa* el daño moral y los que ameritan de otras pruebas indiciarias” (Fuentes, 2020, p 55).

La prueba del hecho ilícito es tan sólo uno de los presupuestos generales del nacimiento de la obligación de indemnizar, uno de los elementos que dan vida a la indemnización de perjuicios, pero en caso alguno, significa la prueba del daño moral en sí mismo.

“Las circunstancias en las que se desarrolló el caso concreto y que motivan una pretensión indemnizatoria pueden servir de parámetros o baremos –entre otros- para la determinación del monto resarcitorio, pero jamás para configurar la existencia del daño moral. La acción antijurídica y el daño son elementos heterogéneos dentro de la responsabilidad que no se pueden confundir ni refundir” (García, 2018, p. 88).

De la acción injusta puede resultar daño moral como también puede que no resulte dicho perjuicio. La idoneidad y aptitud de un determinado hecho ilícito para causar daño moral, no permite presumir su existencia, sino tan sólo verificar la relación de causalidad o nexo causal entre la acción y el resultado.

“Para que el juez pueda determinar la existencia de un agravio moral no resulta suficiente la acreditación de una aflicción, dolor o molestia provocada por un hecho ilícito. La existencia del pretium doloris no resulta homologable necesariamente a la existencia del agravio moral considerado aquel en forma aislada, sino que constituye una exteriorización de un estado espiritual que puede obedecer o no al acaecimiento del perjuicio moral” (Prado, 2019, p. 99).

Las molestias y dolores son eminentemente relativas, dependen de la especial condición de la persona “para enfrentar el sufrimiento al que se ve expuesto y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no. Su utilización como criterio para determinar procesalmente la existencia del daño moral puede resultar

incluso injusto para la víctima, lo que se daría en todos aquellos casos en los que sin haber dolor hay, sin embargo, daño moral” (García, 2019, p. 99)

La existencia de un dolor o padecimiento físico o psíquico, “suficientemente acreditado en el proceso, servirá de parámetro que podrá utilizar el sentenciador para la fijación del monto resarcitorio, pero no determinan por sí solos la existencia de un daño moral. Estimamos además que pueden servir de base para el establecimiento de una presunción judicial, por cuanto si se acredita la existencia de un dolor o padecimiento puede presumirse gravemente la existencia de un detrimento en algún interés” (Fuentes, 2020, p. 55).

Esto constituye el núcleo esencial o central de la prueba del daño moral. Lo que le corresponde al actor es lograr la convicción del sentenciador en orden a que gozaba de un interés extrapatrimonial legítimo del cual era titular. Lo que se trata es acreditar un hecho, conjunto de hechos o algún estado fáctico vigente y no repudiado por el derecho, al momento de la acción ilícita, de los cuales el sentenciador pueda desprender la existencia de un interés legítimo extrapatrimonial.

En base a determinadas circunstancias de hecho, acreditadas efectivamente en el proceso mediante la prueba necesaria e indispensable, el juez realizará una calificación jurídica, que le permite decidir si existía en la situación precisa un interés extrapatrimonial.

Para ello el actor puede recurrir a todos los medios de prueba que le franquea la ley, en especial, deberá apelar a las presunciones judiciales como medio de prueba indirecto.

Creemos que en este punto no debería existir demasiado problema para el litigante encargado de la convicción según la regla del onus probandi, ya que se trata de acreditar el estado extrapatrimonial de la víctima anterior al hecho antijurídico y las ventajas,

beneficios o provechos no pecuniarios de que gozaba, estado del cual será el mismo sentenciador el que podrá apreciar los intereses legítimos extrapatrimoniales cuya titularidad detentaba el actor.

“La única limitación vendrá dada por los intereses en que se funda la demanda, no pudiendo indemnizar aquellos cuya reparación no fue solicitada. Como calificación jurídica de que se trata la determinación de si existió o no un interés extrapatrimonial legítimo en el caso específico será una cuestión de Derecho revisable mediante el recurso de casación en el fondo, por lo que deja de ser un tema que dependa del mero arbitrio o discrecionalidad del fallador” (Perales, 2020, p. 49).

El daño moral “se constata cuando se produce cualquiera de las dos circunstancias señaladas, las que deben ser de una entidad significativa, o a lo menos superior, a una tolerancia mínima del daño. Lo importante es que el patrimonio moral de la víctima no sea el mismo que el que existía antes del ilícito. Para acreditar esta disminución podrá el actor servirse de todos los medios de prueba que franquea la ley” (Muenta, 2020, p. 31).

La determinación de la existencia de una lesión o detrimento en el interés legítimo extrapatrimonial será una cuestión de hecho privativa de los jueces de la instancia. De la misma forma, la determinación si dicha lesión constituye o no daño moral será una cuestión de Derecho.

“No existe consenso doctrinal ni jurisprudencial sobre un concepto unívoco de daño moral. Nuestra jurisprudencia mayoritaria asimila el daño moral al *pretium doloris*, postura que no comparte la dogmática jurídica para la que el perjuicio moral estaría constituido por la lesión a los derechos subjetivos o intereses extrapatrimoniales legítimos de la persona” (Garrido, 2020, p. 55).

El contenido o núcleo esencial del daño moral está constituido por la existencia de una lesión, menoscabo o detrimento a un interés extrapatrimonial lícito, entendido éste

como toda ventaja, provecho o beneficio no cuantificable económicamente y que sirve para alcanzar una satisfacción o goce, que puede ser a su vez, patrimonial o extrapatrimonial.

“Nuestra jurisprudencia nacional ha reconocido implícitamente en numerosas sentencias diversas categorías o clases de daño moral, planteando exigencias procesales diversas cuando se está en presencia de uno u otra. El tratamiento jurisprudencial aplicado al daño moral con consecuencias patrimoniales y al daño moral derivado de daño patrimonial no se aleja del sistema que rige la prueba del daño material en general. El perjuicio moral puro, por su parte, está exento de prueba en nuestro sistema judicial. Los problemas y discusiones suscitadas en torno a la prueba del daño moral tienen una génesis conceptual” (Fernández, 2020, p. 66). Al no existir consenso sobre el concepto de daño moral se desconoce el núcleo esencial que se debe probar en juicio.

En materia de prueba del daño moral han primado dos grandes sistemas; el sustentado por nuestra jurisprudencia mayoritaria del daño moral evidente o de exención de prueba del agravio extrapatrimonial, “y el propugnado por la dogmática jurídica del derecho de daños de la plena acreditación del daño moral para fines resarcitorios. Para la mayoría del acervo jurisprudencial patrio, el daño moral no requiere ser acreditado en el proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, bastando tan sólo la prueba del hecho ilícito fundante de la acción indemnizatoria del cual el juez pueda presumir su existencia” (Fernández, 2020, p. 49).

En la doctrina del daño moral evidente la función del juez consiste en realizar una estimación y valoración de los factores que rodearon las circunstancias del hecho ilícito para de esa forma alcanzar el convencimiento sobre la producción del daño moral.

El victimario en la doctrina del daño moral evidente, para excluir la existencia del daño moral, debe acreditar la existencia de alguna circunstancia objetiva o hecho

revelador que le permita romper con el curso natural y ordinario de las cosas. Para nuestra dogmática jurídica no existen daños morales evidentes ni aun respecto de las víctimas directas o inmediatas. El que pretende obtener una indemnización fundada en el daño moral deberá establecer su existencia dentro del proceso de daños de acuerdo a las reglas generales sobre la prueba.

“El daño moral no es más que una clase o especie de daño en general, por lo que como elemento de la responsabilidad civil - excepcional y restrictiva- debe ser acreditado legalmente por quien lo alega. La obligación de los sentenciadores de resolver el litigio conforme al mérito del proceso implica que la prueba del daño moral debe surgir necesariamente del proceso y de la verdad formal que en él consta, sin que sea posible presumir su existencia” (Fernández, 2020, p. 90).

Resulta perfectamente posible aplicar a nuestro sistema jurídico el criterio de la carga probatoria dinámica, lo que significa que el actor debe asumir la necesidad práctica de acreditar el daño moral por ser la parte que se encuentra en mejores condiciones de rendir prueba a su respecto.

“La determinación si existió o no daño moral constituye una cuestión de Derecho. La valoración del daño moral corresponde a un tema de hecho. Para la prueba del daño moral no basta la sola acreditación de la acción antijurídica o de una simple aflicción, dolor o molestia. Se debe establecer que el actor es titular de un interés legítimo extrapatrimonial y que dicho interés fue lesionado por la acción antijurídica” (Velarde, 2020, p. 39).

En la misión de acreditar el daño moral los litigantes pueden utilizar todos los medios de prueba que reconoce el ordenamiento, ya que se trata de acreditar hechos de los cuales el juez pueda calificar jurídicamente la existencia de un interés extrapatrimonial conculcado.

- **Análisis crítico de las sentencias recopiladas:**

El daño moral no es más que una especie de daño en general, por lo que como elemento de la responsabilidad civil que da nacimiento a la obligación de indemnizar debe ser acreditado legalmente por quien alega su existencia en el proceso, así puede entenderse de lo fijado en el Expediente 01977-2014-0-1501-JP-CI-02. “Frecuentemente será el actor la parte que se encuentre en mejores condiciones procesales y materiales de ofrecer al sentenciador la prueba necesaria e indispensable del agravio moral; por lo mismo, toda insuficiencia o imperfección en su producción deberá ser soportada por ella. No cabe presumir la existencia del daño moral ni aun tratándose de víctimas directas, por cuanto el acaecimiento de todo daño es en sí excepcional en el orden jurídico, no escapando a estas características el daño moral”.

El juez, “al momento de dictar su sentencia, debe analizar el mérito del proceso, y determinar si los elementos que se encuentran presentes en él permiten desvirtuar las presunciones negativas de que goza el demandado con cada uno de los elementos de la responsabilidad, especialmente, la inexistencia de daño moral”, citándose por ejemplo lo advertido en el expediente 02769-2015-0-1501-JP-CI-03.

Ahora bien, “el demandado no debe conformarse con una actitud pasiva frente a la actividad probatoria de su contraparte. Nada le impide allegar antecedentes al proceso que demuestren hechos cuya calificación pueda estimarse incompatible con la producción de un daño moral, mas aún, estimamos que debe producir dicha prueba cuando cuenta con los antecedentes fácticos del acaecimiento de la circunstancia reveladora” (Munte, 2020, p. 19).

Así “el onus probandi deja de ser una figura cerrada, y toma un constante dinamismo dentro de un mismo litigio, ya que el demandado –que en principio no

necesita acreditar nada- también puede encontrarse en la necesidad de asumir una actividad probatoria en contrario a la producción del daño moral, lo que le puede resultar sumamente perjudicial si no sabe a priori qué debe probar” (se colige el Expediente 00658-2015-0-1501-JP-CI-06).

La prueba del hecho ilícito es tan sólo uno de los presupuestos generales del nacimiento de la obligación de indemnizar, uno de los elementos que dan vida a la indemnización de perjuicios, pero en caso alguno, significa la prueba del daño moral en sí mismo.

“Las circunstancias en las que se desarrolló el caso concreto y que motivan una pretensión indemnizatoria pueden servir de parámetros o baremos –entre otros- para la determinación del monto resarcitorio, pero jamás para configurar la existencia del daño moral. La acción antijurídica y el daño son elementos heterogéneos dentro de la responsabilidad que no se pueden confundir ni refundir. De la acción injusta puede resultar daño moral como también puede que no resulte dicho perjuicio” (Fuentes, 2020, p. 90). La idoneidad y aptitud “de un determinado hecho ilícito para causar daño moral, no permite presumir su existencia, sino tan sólo verificar la relación de causalidad o nexo causal entre la acción y el resultado”, así se puede dar cuenta de lo incardinado en el Expediente Nro. 00658-2015-0-1501-JP-CI-06.

Para que el juez pueda determinar la existencia de un agravio moral no resulta suficiente la acreditación de una aflicción, dolor o molestia provocada por un hecho ilícito. La existencia del *pretium doloris* no resulta homologable necesariamente a la existencia del agravio moral considerado aquel en forma aislada, sino que constituye una exteriorización de un estado espiritual que puede obedecer o no al acaecimiento del perjuicio moral.

“Las molestias y dolores son eminentemente relativas, dependen de la especial condición de la persona para enfrentar el sufrimiento al que se ve expuesto y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no. Su utilización como criterio para determinar procesalmente la existencia del daño moral puede resultar incluso injusto para la víctima, lo que se daría en todos aquellos casos en los que sin haber dolor hay, sin embargo, daño moral” (Fuenzalida, 2020, p. 55).

La existencia “de un dolor o padecimiento físico o psíquico, suficientemente acreditado en el proceso, servirá de parámetro que podrá utilizar el sentenciador para la fijación del monto resarcitorio, pero no determinan por sí solos la existencia de un daño moral. Estimamos además que pueden servir de base para el establecimiento de una presunción judicial, por cuanto si se acredita la existencia de un dolor o padecimiento puede presumirse gravemente la existencia de un detrimento en algún interés”, aspecto obviado en el Expediente Nro. 00658-2015-0-1501-JP-CI-06.

En base a determinadas circunstancias de hecho, “acreditadas efectivamente en el proceso mediante la prueba necesaria e indispensable, el juez realizará una calificación jurídica, que le permite decidir si existía en la situación precisa un interés extrapatrimonial. Para ello el actor puede recurrir a todos los medios de prueba que le franquea la ley, en especial, deberá apelar a las presunciones judiciales como medio de prueba indirecto” (Fuentes, 2020, p. 44).

Creemos que en este punto no debería existir demasiado problema para el litigante encargado de la convicción según la regla del onus probandi, ya que se trata de acreditar el estado extrapatrimonial de la víctima anterior al hecho antijurídico y las ventajas,

“beneficios o provechos no pecuniarios de que gozaba, estado del cual será el mismo sentenciador el que podrá apreciar los intereses legítimos extrapatrimoniales cuya titularidad detentaba el actor. La única limitación vendrá dada por los intereses en que se funda la demanda, no pudiendo indemnizar aquellos cuya reparación no fue solicitada” (Prado, 2020, p. 39).

Como calificación jurídica de que se trata la determinación de si existió o no un interés extrapatrimonial legítimo en el caso específico será una cuestión de Derecho revisable mediante el recurso de casación en el fondo, por lo que deja de ser un tema que dependa del mero arbitrio o discrecionalidad del juez.

CONCLUSIONES

1. Se logró determinar que la problemática de la valorización del daño moral se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017. En tal sentido, no sólo se trata de comprender al daño moral dentro del daño a la persona, sino que debe existir un tamizaje para incidir en la indemnización por daños y perjuicios, ya que no es sólo la declaración de parte con la que se alega haber sufrido una pena o angustia, sino que se ponga las pautas al momento de ingresar la demanda para que así pueda expedirse un mejor auto calificadorio de la procedencia o improcedencia de la demanda.
2. Se logró establecer que la problemática de la valorización del daño moral directo se resuelve aplicando criterios subjetivos, en la ciudad de Huancayo 2017. Se determinó que no hay consenso para tratar con detenimiento los medios probatorios que pueden consolidar un tratamiento del daño moral, ergo debe tenerse en cuenta que nuestro Poder Judicial carece de factores externos que imposibilitan su mejor análisis.
3. Se determinó que la problemática de la valorización del daño moral indirecto se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017. En tal sentido, la probanza del daño moral resulta una tarea compleja, pues más allá que en algunos casos sea suficiente hacerlo a través de la descripción simple de los hechos y con un peritaje psicológico de quien alega el daño, en otros casos esto no es suficiente para el juzgador y convierte muchas decisiones en arbitrarias e injustas.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que en la doctrina y la jurisprudencia se debe dejar de emplear el concepto de daño moral como sinónimo de *pretium doloris*, pues este tipo de daño es omnicomprendivo: abarca los padecimientos y aflicciones, la afección a los derechos de la personalidad, las pérdidas de agrado, perjuicio de afecto y el perjuicio estético.
2. Se sugiere que resulta apropiado el uso de la categoría daño moral en sentido amplio pues para fijar los montos a resarcir se debe emplear criterios de equidad para cuantificarlo, entre ellos los siguientes criterios: i) grado de culpabilidad (dolo o culpa), ii) la reincidencia en una conducta lesiva y, iii) la condición económica de las partes.
3. Se sugiere que exista una mayor capacitación a los operadores jurídicos, a fin de poder determinar y plantear debates sobre este tema tan polémico, como es la valorización del daño, que aún cuando han existido determinados pronunciamientos jurisprudenciales, aun no se ha podido resolver de forma unívoca el problema planteado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de responsabilidad Civil*. Lima: Ed. Jurista Editores.
- Alzamora, M. (1986). *Introducción al Derecho*. Lima: Ed. Idemsa.
- Arce, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, Desafíos y deficiencias*. Lima: Ed. Grijley.
- Arce, J. (2014). *Críticas jurisprudenciales sobre el daño moral*. Revista Laboral de Lima: REJ.
- Behar, R. (2001). *Metodología de la Investigación*. Madrid: Atenas.
- Brebbia, R. (2008). *El resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto ley 17.711"*. Buenos Aires: Ed.T.
- Bueres, A. (1992). El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N°1.
- Carruitero, F. (2002). *Cómo Investigar en el Derecho*. Lima: Ed. Themis.
- Castillo, A., & Vila, C. (2002). *Hacia una nueva interpretación del despido sin causa justa*. Bogotá: Repositorio de Tesis de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Couture, E. (1978). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial DePalma
- De Castro, F. (1972). *Temas de Derecho CiVi, tomo 7*. Madrid: Civitas.
- De Cupis, D. (1966). *Teoria Generale della responsabilitá civile, vol. I-II*. Milán: Giuffré Editore.
- Espinoza, J. (2011). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima: Ed. Gaceta Juridica.
- Fernández, C. (2003). . El daño al proyecto de vida. *En: Portal de opinión e información Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú DIKÉ, Pontificia Universidad Católica del Perú*.

- García, J. (2003). *Daño moral y despido abusivo*. Santiago de Chile : Repositorio de tesis de la Universidad Austral .
- Hernández, A. (1983). *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Ed. CEURA.
- Landa, C. (1997). *Manual de Derecho Constitucional*. Lima: Fondo Editorrial de la PUCP.
- Lecaros, M. (2014). *Anotaciones jurídicas*. Obtenido de Blog de Miguel Lecaros: <http://www.josemiguellecaros.cl/v2/wp-content/uploads/2014/11/La-Responsabilidad-Extracontractual-en-el-Derecho-Civil.pdf>
- León, L. (2003). *Responsabilidad Civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- León, L. L. (2003). Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. *Revista Peruana de Jurisprudencia N° 23*.
- Linarez, D. (2014). Buscándole Cinco Patas al Gato El Laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada Desde la Óptica Procesal. *Revista de Derecho y Sociedad*.
- López, N. d. (2016). . *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre proceso de indemnización por despido arbitrario, en el Expediente Judicial Nro. 2039-2009-0-2001- JR-LA-02, del Distrito Judicial de Piura – 2016*. . Chimbote: Repositorio Académico de la Universidad Los Ángeles de Chimbote.
- Lozano, L. (2000). *Ciencia e Investigación*. Bogota: Ed. Nueva Epoca.
- Magan, A. (2011). *Metodología de la Ciencia*. Lima. : Ed. Rhem.
- Marín, L. (2000). *Técnicas de Investigación*. Lima: Publicaciones de la UTP.
- Mark, J. (1988). *La ciencia y sus procesos*. Buenos Aires, : Ed. Amberes. .
- Morales, R. (2010). Daño Moral y su problemática. *Dialogo con la Jurisprudencia*.
- Muñoz, G. S. (2010). *La indemnización por daño moral en los despidos*. Buenos Aires: Repositorio de tesis de la Universidad Empresarial Siglo XXI.
- Nieto, M. (2012). *Daño moral por despido arbitrario*. Huancayo: Repositorio de Tesis de la Universidad Peruana Los Andes.

- Orgaz, A. (1960). *El Daño Resarcible*. Buenos Aires. : Ed. Omeba.
- Palacios, E. (2000). *Crítica al concepto de daño moral*. Lima: Ed. Idemsa.
- Rey, A. (1972). *La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Rospigliosi, J. (2016). *La unificación de la Responsabilidad Civil en la jurisprudencia casatoria desde los años 2010 a 2015; Arequipa – 2016*. Arequipa: Repositorio académico de la Universidad Católica Santa María.
- Saavedra, R. (2011). Daño Moral y su aplicación en la jurisprudencia peruana,. *Actualidad Jurídica*.
- Santiago, A. (2010). *Introducción a la Investigación*. Lima: Ed. UCV.
- Sasaki, C. J. (2009). *Estabilidad laboral e indemnización: Efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano*. Lima: Ed. Atenas.
- Segura, S. (2001). *Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las Voces Derivadas*. Bilbao : Universidad de Deusto.
- Sota, J. (2000). *La investigación jurídica*. Lima: Publicaciones de la UPC.
- Taboada, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Ed. Grijley.
- Torres, G. (2015). *La Indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados en la Ley Nro. 24041*. Piura: Repositorio de tesis de la Universidad de Piura.
- Trazegnies, F. (2001). . *La Rspnsabilidad Extracontractual, Tomo II* . Lima: Fondo Ed. PUCP.
- Trigo, F. (2006). *Un caso de daño moral colectivo*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Vielma, Y. (2017). *Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual*. . Obtenido de Portal del Autor: Véase: <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm>

Villanueva, L. (2012). *La responsabilidad civil contractual aplicada al derecho laboral: ante una demanda de indemnización por daños y perjuicios con motivo del despido arbitrario de un trabajador: nuevo enfoque. ¿Qué dotes tiene un juez civil que no los tenga un juez laboral.* Lima: Idemsa.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: LA PROBLEMÁTICA DE LA VALORIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA CIUDAD DE HUANCAYO 2017.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	MÉTODO
<p>PRINCIPAL:</p> <p>¿Cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017?</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-¿Cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral directo en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017.</p> <p>-¿Cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral indirecto en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017?</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017.</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-Establecer cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral directo en la ciudad de Huancayo 2017.</p> <p>-Determinar cómo se resuelve la problemática de la valorización del daño moral indirecto en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017.</p>	<p>GENERAL:</p> <p>La problemática de la valorización del daño moral se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo, 2017.</p> <p>ESPECÍFICAS</p> <p>-La problemática de la valorización del daño moral directo se resuelve aplicando criterios subjetivos, en la ciudad de Huancayo 2017.</p> <p>-La problemática de la valorización del daño moral indirecto se resuelve aplicando criterios subjetivos, en el Sexto Juzgado Civil en la ciudad de Huancayo 2017.</p>	<p>ÚNICA:</p> <p>Valorización del daño moral.</p>	<p>- Daño directo.</p> <p>- Daño indirecto.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>-Métodos generales: Análisis y síntesis Inducción y deducción</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación jurídico dogmática.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel explicativo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño no experimental.</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA: Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para fijar la población. Por el carácter cualitativo de la investigación, no se ha empleado un número determinado para fijar la muestra. Y sólo se ha empleado el análisis e</p>

					<p>interpretación de cierto número de sentencias para su desarrollo.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</p> <ul style="list-style-type: none">-Análisis documental-Observación <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Ficha de análisis documental.</p>
--	--	--	--	--	--

FICHAS DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

NRO. DE EXPEDIENTE	OBSERVACIÓN DE LOS INVESTIGADORES
NRO. 00875-2014-0-1501-JP-CI-01	<p>Se estima que el juez valora el daño moral de forma subjetiva, es decir, sin realizar un análisis de los medios probatorios objetivos que puedan evaluarse para que el daño moral también pueda cuantificarse, como el hecho de que exista una pericia psicológica para determinar el nivel de afectación a la parte que solicita la indemnización.</p> <p>Es factible señalar que la falta de regulación jurisprudencial al respecto haga que cada juez plantee soluciones particulares para la determinación del daño moral.</p>

NRO. DE EXPEDIENTE	OBSERVACIÓN DE LOS INVESTIGADORES
NRO. 00658-2015-0-1501-JP-CI-06	<p>Se estima que el juez valora el daño moral de forma subjetiva, es decir, sin realizar un análisis de los medios probatorios objetivos que puedan evaluarse para que el daño moral también pueda cuantificarse.</p> <p>Es importante recalcar que el daño moral se configura para el juzgador a partir de criterios subjetivos, con la presunción in re ipsa.</p>

NRO. DE EXPEDIENTE	OBSERVACIÓN DE LOS INVESTIGADORES
NRO. 00658-2015-0-1501-JP-CI-06	<p>Se estima que el juez valora el daño moral de forma subjetiva, es decir, sin realizar un análisis de los medios probatorios objetivos que puedan evaluarse para que el daño moral también pueda cuantificarse, como el hecho de que exista una pericia psicológica para determinar el nivel de afectación a la parte que solicita la indemnización.</p> <p>Es factible señalar que la falta de regulación jurisprudencial al respecto haga que cada juez plantee soluciones particulares para la determinación del daño moral.</p>

NRO. DE EXPEDIENTE	OBSERVACIÓN DE LOS INVESTIGADORES
NRO. 01977-2014-0-1501-JP-CI-02	<p>Se estima que el juez valora el daño moral de forma subjetiva, es decir, sin realizar un análisis de los medios probatorios objetivos que puedan evaluarse para que el daño moral también pueda cuantificarse.</p> <p>El sistema de responsabilidad civil extracontractual exige que debe probarse el daño, pero el juzgados utilizar el criterio in re ipsa de forma subjetiva.</p>

NRO. DE EXPEDIENTE	OBSERVACIÓN DE LOS INVESTIGADORES
NRO. 02769-2015-0-1501-JP-CI-03	<p>Se estima que el juez valora el daño moral de forma subjetiva, es decir, sin realizar un análisis de los medios probatorios objetivos que puedan evaluarse para que el daño moral también pueda cuantificarse, como el hecho de que exista una pericia psicológica para determinar el nivel de afectación a la parte que solicita la indemnización.</p> <p>Es factible señalar que la falta de regulación jurisprudencial al respecto haga que cada juez plantee soluciones particulares para la determinación del daño moral.</p>