

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA EL ESTABLECIMIENTO
DE LA PROBANZA DEL DAÑO MORAL Y SU
INDEMNIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

Para Optar : **EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**
Autores : **PEREZ MERINO MIGUEL ANGEL**
: **ROMERO VILCHEZ MACKELVY BRUCELEE**
Asesor : **POSO ESPEJO STEPHANIE ROSA MERCEDES**
Línea de investigación : **DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS**
Institucional
Fecha de inicio : **AGOSTO 2020 – AGOSTO 2021**
/término:

Huancayo – Perú

2021

ASESOR DE LA TESIS:

DRA. POSO ESPEJO ESTEPHANIE ROSA MERCEDES.

DEDICATORIA:

“A nuestras madres en homenaje y testimonio de admiración, por enseñarnos que el éxito resulta de la lucha contra los obstáculos de la vida”.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, deseo expresar mi agradecimiento a la asesora de la tesis, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por la dirección y el rigor que ha facilitado a la misma.

Asimismo, expreso la más sincera gratitud a cada una de las personas que intervinieron en el desarrollo de la presente tesis, por brindarme su apoyo moral, tiempo y conocimientos.

Asimismo, deseo agradecer a todas las personas que me han apoyado para la recolección de la bibliografía empleada en la presente investigación.

ÍNDICE

CARATULA	i
MIEMBROS DEL JURADO	ii
ASESOR DE LA TESIS.....	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
INDICE	vi
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	xiii

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Formulación del Problema	¡Error! Marcador no definido.
1.1.1. Problema general	1
1.1.2. Problemas específicos.....	1
1.2. Objetivo de investigacion.....	2
1.2.1. Objetivo general	2
1.2.2. Objetivos especificos	2
1.3. Justificacion	2
1.3.1. Teoria	2

1.3.2. Social	3
1.3.3. Metodologico	3
1.4. Hipotesis y variables	4
1.4.1. Formulación de la hipótesis.....	6
A. Hipotesis general	4
B. Hipotesis especificos	4
1.4.2. Variables e indicadores.....	6

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes	7
2.2. Bases Teóricas Científicas	10

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Métodos de la investigación.....	75
A) Métodos generales de investigación	75
B) Métodos particulares de investigación	76
3.2. Diseño metodológico	76
3.2.1. Tipo y nivel de investigación	76
3.2.3. Población y muestra de la investigación	77

A. Población	77
B. Muestra	77
C. Técnica de Muestreo	78
3.2.4. Técnicas de recolección de información	79
3.3. Proceso de construcción, validación y fiabilización de instrumentos	79

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Presentación de resultados	81
4.2. Contratación de hipótesis	94

CAPÍTULO V

DISCUSION

5.1. Primera hipótesis específica.....	109
5.2. Segunda hipótesis específica.....	110
5.3. Hipótesis general.....	112
CONCLUSIONES	117
RECOMENDACIONES.....	118
BIBLIOGRAFÍA	119
ANEXOS.....	121

RESUMEN

La investigación consideró como problema general ¿cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?; siendo el objetivo general: determinar cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana. Como hipótesis general se planteó que los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son criterios de presunción *in re ipsa*.

La investigación se ubica dentro del tipo básico; en el nivel explicativo. Se utilizaron como métodos generales de estudio al método sintético y método analítico; asimismo como métodos particulares se utilizaron el método exegético y método histórico. De diseño no experimental, empleó como instrumento de investigación la ficha de análisis documental.

Como conclusión ha establecido lo siguiente: “se logró determinar 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”.

PALABRAS CLAVE: Prueba del daño moral, indemnización, criterios para la cuantificación del daño moral.

ABSTRACT

The investigation considered as a general problem what are the legal criteria to establish the proof of moral damage and its compensation in Peruvian legislation?; being the general objective: to determine what are the legal criteria to establish the proof of moral damage and its compensation in Peruvian legislation. As a general hypothesis, it was proposed that the legal criteria to establish the proof of non-pecuniary damage and its compensation in Peruvian legislation are criteria of presumption in re ipsa.

The investigation falls within the basic type; at the explanatory level. The synthetic method and analytical method were used as general study methods; likewise, as particular methods, the exegetical method and the historical method were used. With a non-experimental design, the document analysis sheet was used as a research instrument.

As a conclusion, it has established the following: “it was possible to determine not only is to understand the moral damage within the damage to the person (I insist on our jurisprudence it is not the conceptual thing), but that there must be a screening to influence the compensation for damages, since it is not only the declaration of the party with which it is alleged to have suffered a penalty or anguish but the guidelines are set at the time of filing the claim so that a better qualifying order of the origin or inadmissibility of the claim can be issued”.

KEY WORDS: Proof of moral damage, compensation, criteria for the quantification of moral damage.

SOMMARIO

L'indagine ha considerato come un problema generale quali sono i criteri legali per stabilire la prova del danno morale e il suo risarcimento nella legislazione peruviana? essendo l'obiettivo generale: determinare quali sono i criteri legali per stabilire la prova del danno morale e il suo risarcimento nella legislazione peruviana. Come ipotesi generale, è stato proposto che i criteri legali per stabilire la prova del danno morale e il suo risarcimento nella legislazione peruviana siano criteri di presunzione in re ipsa.

L'indagine rientra nel tipo base; a livello esplicativo. Il metodo sintetico e il metodo analitico sono stati utilizzati come metodi di studio generali; allo stesso modo, come metodi particolari, furono usati il metodo esegetico e il metodo storico. Con un disegno non sperimentale, il foglio di analisi del documento è stato utilizzato come strumento di ricerca.

In conclusione, ha stabilito quanto segue: è stato possibile determinare non solo è comprendere il danno morale all'interno del danno alla persona (insisto sulla nostra giurisprudenza non è la cosa concettuale), ma che ci deve essere uno screening per influenzare il risarcimento del danno, poiché non è solo la dichiarazione della parte con la quale si presume abbia subito una pena o un'angoscia, ma le linee guida sono stabilite al momento della presentazione del reclamo in modo che possa essere emesso un migliore ordine qualificante dell'origine o dell'irricevibilità del reclamo.

PAROLE CHIAVE: Prova del danno morale, risarcimento, criteri per la quantificazione del danno morale.

INTRODUCCIÓN

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” (Barral, 2020, p. 44).

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, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general” (Puertas, 2020, p. 144).

La investigación consideró como problema general ¿cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?; siendo el objetivo general: determinar cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana. Como hipótesis general se planteó que los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son criterios de presunción *in re ipsa*.

Asimismo, la presente tesis se encuentra dividida en cinco 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 y contrastación hipótesis”.

“En el quinto capítulo se aborda el aspecto de la discusión”.

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

LOS AUTORES.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antes de problematizar el presente tema, es preciso señalar que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece que “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley; asimismo, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece en su segundo párrafo que, en caso de vacío o defecto en sus disposiciones, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, en atención a las circunstancias del caso” (Martel, 2020, p. 144).

En tal sentido, 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. 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” (Salazar, 2020, p. 144).

Al respecto, el 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) con relación a dos aspectos:

“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” (Fuentes, 2020, p. 145).

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” (Salcedo, 2020, p. 111).

Sin embargo, ello no hubiese ocurrido “si el Pleno hubiese optado por la ponencia que sostenía que es suficiente presumir el daño para otorgar la pretensión de indemnización por daño moral, con criterios de interpretación amplios para su determinación (daño in re ipsa, porque se presume el daño moral luego de verificarse el hecho causante del daño), lo que hubiese generado una mayor

liberalidad en la justificación discrecional de los jueces respecto de los argumentos utilizados para determinar la cuantificación del daño” (Fuentes, 2020, p. 111).

Cabe precisar que este problema no solo se presenta en la especialidad civil, sino en otras como la laboral, por ejemplo en esta última nuestra Corte Suprema se ha pronunciado en la casación N° 139-2014-La Libertad (publicada en el Diario oficial El Peruano el 30 de julio del 2015), señalando que “si se puede solicitar un pago adicional indemnizatorio por daño moral a raíz de un despido, lo cual se condice con la casación 5008-2010-Lima, sin embargo, la misma sentencia ha establecido que para que se le reconozca el derecho a la indemnización por daño moral a un trabajador como consecuencia de un despido, deberá acreditar el daño sufrido” (Pedraza, 2020, p. 111)

En consecuencia, a partir de la decisión del Pleno, “el daño moral podrá acreditarse a través de indicios, presunciones (legales o judiciales) o incluso de conducta de las partes, que van a permitir a los magistrados sustentar sus decisiones más allá de la simple presunción (muchas veces arbitraria y sin mayor argumentación), con una debida motivación y, porque no, logrando establecer criterios objetivos de cuantificación basado en medios probatorios indirectos” (Fuentes, 2020, p. 45).

1.1.1. Problema general

¿Cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?

1.1.2. Problemas Específicos

a) ¿Cuáles son los factores procesales que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?

- b) ¿Cuáles son los factores normativos que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?
- c) ¿Cuáles son los factores doctrinarios que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?

1.2. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN.

1.2.1. Objetivo general

Determinar cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana., 2017.

1.2.2. Objetivos específicos

- a. Establecer cuáles son los factores procesales que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.
- b. Determinar cuáles son los factores normativos que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.
- c. Establecer cuáles son los factores doctrinarios que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.

1.3. JUSTIFICACIÓN

1.3.1. 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 puede 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”.

Según la opinión corriente se ha revelado “que los daños morales se identifican con los dolores, las perturbaciones síquicas, etc., que derivan del quebranto padecido. Asimismo, debe manifestarse, que el daño moral como concepto, si bien no existe una definición unívoca, resulta necesario considerar que éste es el daño no patrimonial producido a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad. El daño moral no afecta al patrimonio económico de una persona, sino que afecta a la integridad física o moral”.

1.3.2. 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 estableciendo criterios normativos para su probanza, y de esta manera pueda existir seguridad jurídica en cuanto a su reconocimiento y dación”.

1.3.3. Metodológica

La investigación se justifica metodológicamente porque se aportó a través de la elaboración de un instrumento de investigación, que en este caso es la ficha de análisis documental, que antes de su aplicación ha sido sometida a prueba piloto.

1.4. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.4.1. Formulación de la hipótesis

a) Hipótesis general

Los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son criterios de presunción in re ipsa.

b) Hipótesis específicas

- Los factores procesales que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son las presunciones judiciales.
- Los factores normativos que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son las del criterio de seguridad jurídica
- Los factores doctrinarios que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son la sana crítica y valoración razonada.

1.4.2. Variables e indicadores

A. Variable independiente

Criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral:

“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”
(Pérez, 2020, p. 145).

V. INDEPENDIENTE	INDICADORES
X: Criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral	<ul style="list-style-type: none"> -Criterios procesales. -Criterios normativos. -Criterios doctrinarios.

B. Variable dependiente

Indemnización:

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.

VARIABLE	INDICADORES
Y: Indemnización.	-Resarcimiento.

	-Reparación de daños y perjuicios
--	--------------------------------------

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Antecedentes internacionales:

HUNTER ORTIZ, Iván Daniel. “La prueba del daño moral”¹, 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. Nuestra jurisprudencia nacional ha reconocido implícitamente en numerosas sentencias

¹ Hunter Ortiz, Iván Daniel. La prueba del daño moral, p. 190.

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. 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.

MOSCOSO BARRETO, Paola Liliana. “La responsabilidad civil por daño moral en la legislación civil ecuatoriana”², 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

² Moscoso Barreto, Paola Liliana. La responsabilidad civil por daño moral en la legislación civil ecuatoriana, p. 201

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, ni reponer a la víctima a la misma situación en que se encontraba antes de sufrir el daño, pues con la indemnización sólo se busca procurar a la víctima una satisfacción equivalente, y en materia de daño moral ello es posible mediante una suma de dinero. Quien padece un daño moral puede ser satisfecho mediante el disfrute de un período de vacaciones, que puede proporcionárselo mediante la suma de dinero que recibe, y así un momento desagradable puede ser compensado por uno agradable. Finalmente, al no existir una norma expresa que establezca específicamente el monto por indemnización del daño moral ocasionado, el monto puede ser muy diverso, dependiendo de la situación en que se encuentre la persona y también dependiendo del motivo que ocasionó el daño moral. Quedando a la discrecionalidad del juez el establecimiento de tal indemnización, quien deberá actuar con equidad y justicia, así también considerar ciertas circunstancias al momento de hacerlo como: la gravedad del daño, la situación y personalidad del autor del daño, la posición social y económica de la víctima, entre otras.

SÁNCHEZ GUEVARA, Pablo Cristóbal, “Hacia la objetivización del daño moral”³, 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

³ Sánchez Guevara, Pablo Cristóbal. Hacia la objetivización del daño moral, p. 213

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, ello no puede conllevar a que la víctima lucre con la indemnización. Las desmedidas indemnizaciones que, en forma creciente reclaman los demandantes ante los tribunales de justicia, elevándolas, no sólo a una o más decenas de millones, sino que a varias centenas o miles de millones de pesos, demuestran una tendencia a la especulación, lo que conlleva a que la indemnización por daño moral se esté transformando en un objeto mercantil, sometido al espíritu de lucro que es propio de la actividad comercial, así la indemnización pasa a constituirse en una fuente de ganancia que excede los límites de lo que, jurídica y racionalmente, debe ser una reparación.

Antecedentes nacionales:

MEZA CARRERA, Yosimar Edilberto. “Hacia una teoría de la prueba del daño moral en el Perú”⁴, 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

⁴ Meza Carrera, Yosimar Edilberto. Hacia una teoría de la prueba del daño moral en el Perú, p. 157

“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.

DEL SOCORRO PINEDO, Vanessa Gimena. “El daño moral extracontractual y la prueba indirecta”⁵, sustentada la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, ciudad de Chiclayo, 2015, 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. El daño moral es la lesión que el ser humano sufre en su parte afectiva, en sus sentimientos, en la parte subjetiva de la persona por cierto evento dañoso, y por su misma naturaleza no pueden probarse directamente y necesitan ser probados mediante los indicios, las presunciones, máximas de la experiencia a través de un razonamiento inductivo,

⁵ Del Socorro Pinedo, Vanessa Gimena. El daño moral extracontractual y la prueba indirecta, p. 197

que permita llegar a una conclusión. Los indicios y presunciones por sí solos no constituyen medios de prueba exactos y necesitan de la prueba indirecta para llegar a una conclusión más exacta, pues ésta al probar cada indicio que presenta en su procedimiento la vuelve más confiable y da mayor seguridad a las partes que intervienen en el proceso.

2.2. Bases Teóricas Científicas

2.2.1. Prueba del daño moral

2.2.1.1. Prueba

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” (Parra, 2020, p. 144).

En primer lugar, desde una perspectiva en puridad gramatical, Del Pino 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*”⁶.

A su turno, autores como Couture 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*”⁷. En

⁶ Del Pino Salazar, Humberto. Daño moral en la jurisprudencia, p. 175

⁷ Couture, Eduardo. Teoría general de la prueba, p. 156

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”.

Ramos (2019), al conceptualizar a la prueba inquiriere 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”*⁸.

*“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”*⁹.

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”*¹⁰.

⁸ Ramos, Francisco. Derecho Procesal Civil, p. 104

⁹ Echandía, Davis. Compendio de pruebas judiciales, p. 108

¹⁰ Rioja, Antonio. El Derecho probatorio en el sistema procesal peruano, p. 57

2.2.1.2. Elementos o principios reguladores de la prueba

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 (2019), la prueba tiene “*una función instrumental*”¹¹, 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” (p. 22).

Carrata (2019) 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*”¹².

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*”¹³. “Es la materialización o comprobación de la existencia de un acto que llega a conocimiento del juez y que de esta manera contraste

¹¹ Matheus, Carlos. Sobre la función y objeto de la prueba, p. 176

¹² Carrata, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. Rivista di Diritto Processuale Civile, p. 46

¹³ Rioja, Antonio. Ob. Cit., p. 86

lo afirmado por los sujetos procesales para en su caso, darle o no la razón en su decisión”.

En ese íter argumentativo, Espinoza (2020) explica que el objeto de la prueba es el hecho que “*debe verificarse y sobre el cual el juez emite un pronunciamiento*”¹⁴. 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” (p. 33).

Flores (2020) manifiesta que el objeto trascendental de la prueba es “*tratar de mostrar o dicho con mayor énfasis, de demostrar al juzgador*”¹⁵.

2.2.1.3. Clases de prueba

“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” (Fuenzalida, 2020, p. 15).

En tanto “los medios probatorios atípicos si bien expresamente no están regulados, pueden ser ofrecidos por las partes, y están constituidos

¹⁴ Espinoza Espinoza, Juan. Responsabilidad Civil extracontractual, p. 17

¹⁵ Flores, Francisco. Los elementos de la Prueba, p. 90

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” (Vela, 2020, p. 155).

- a) Indicio: es un razonamiento lógico inductivo, pues se parte de un acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto cuando conduce al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.
- b) Presunción: “se regula la presunción legal y judicial. En términos generales, la presunción es un razonamiento lógico deductivo, que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado” (Salcedo, 2020, p. 155).
- c) “La ficción legal: es la conclusión que la ley da por cierta y es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos; no permite prueba en contrario”.

2.2.2. Daño Moral

“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” (Fernández, 2020, p. 145).

En ese sentido pues, como reflexiona Domínguez, no en vano se trata ***“de uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil hasta el punto que en la actualidad”***¹⁶ (subrayado nuestro).

Para Rovira 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”*¹⁷. Es la definición negativa o por exclusión, es decir, partiendo del concepto de daño patrimonial, cuyo contenido es más fácil de abarcar o comprender, se especifica ulteriormente el de daño moral.

Por su parte, el reconocido civilista De Cupis 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”*¹⁸.

En una perspectiva similar Mazeaud, Mazeaud, y Tunc señalan que el daño moral es *“aquel perjuicio que no implica, para la víctima, ninguna*

¹⁶ Domínguez, Carlos. El daño moral, Tomo, p. 205

¹⁷ Rovira, Marlon. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, p. 97

¹⁸ De Cupis, Antonio. El daño a la moral, p. 65

consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio. (En suma), es el perjuicio extrapatrimonial», el no económico”¹⁹.

“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”.

Para (Vera, 2020) 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”²⁰.*

De manera similar, en la doctrina nacional Osterling, 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”²¹.*

Para (García, 2010) *“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”.*

¹⁹ Mazeaud, Hebert, Mazeaud, Antoine, & Tunc, Adrian. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, p. 46

²⁰ Vera, Rodolfo. Danno morale, p. 96

²¹ Osterling, Felipe. La Indemnización por Daños y Perjuicios, p. 75

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”.

Morales (2010) explica 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.”*²².

“Por otro lado, en lo reflejado por autores como Di Majo existe una naturaleza o función compuesta, de la responsabilidad civil, con respecto del daño moral” (Salas, 2020, p. 134), 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*

²² Morales, Rómulo. Naturaleza del daño Moral. ¿Punitiva o resarcitoria?. Responsabilidad civil, p. 67

lado, para sancionar el comportamiento del responsable de la infracción”²³.

2.2.2.1. Aspectos probatorios del daño moral

“La probanza del daño moral ha sido uno de los aspectos que sigue causando polémica tanto en la doctrina y la jurisprudencia. En efecto como reseña Limo, el tratamiento del denominado daño moral y la forma en que la jurisprudencia sustenta su probanza y determina su cuantificación” (Salas, 2020, p. 144), *“ha suscitado un conjunto variado de pronunciamientos, a tal punto que la magistratura nacional, durante los días 3 y 4 de noviembre del año 2017, realizaron el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, en el cual se trató el tema “Daño moral, pruebas y criterios para su cuantificación”; arribándose a una conclusión que, en el entendido de algunos operadores del derecho no escapa a las críticas”*²⁴.

Así pues, “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. 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” (García, 2020, p. 134).

²³ Di Majo, Antonio. La tutela civile dei diritti, p. 75

²⁴ Limo, Javier. ¿Cómo probar el daño moral en el Perú y cómo determinar su cuantificación conforme a las conclusiones del IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil?, p. 85

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”* (Parra, 2020, p. 44).

(Brebbia, 1999), refiere *“que importa la naturaleza de los derechos dañados. En consecuencia, habrá daño patrimonial si los derechos afectados tienen contenido patrimonial y habrá daño moral si los derechos lesionados son de contenido extrapatrimonial”* (p. 34).

“Toda violación de un derecho extrapatrimonial configura un daño moral... lo que caracteriza jurídicamente a los daños extrapatrimoniales no es ningún sufrimiento de carácter particular, sino la violación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto.” (Brebbia, 1999)

(Trigo, 2000), a su vez, sostiene que *“daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal: de una parte, la paz, la privacidad, la libertad individual, y sobre todo la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos”* (p. 144).

(De Cupis, 2020) manifiesta que *“el interés privado se distingue según el punto de referencia objetivo, en que puede producirse respecto a*

bienes patrimoniales, o en bienes no patrimoniales, por lo que correlativamente se considera como interés patrimonial o no patrimonial. De esta forma el daño privado se definirá como patrimonial o no patrimonial, según tenga por objeto o el interés privado patrimonial o un interés privado no patrimonial" (p. 45).

Enrolado en esta posición, (Zannoni, 1987) define al daño moral como "el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico". Agrega el autor que la noción se basa en los siguientes presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

(Bueres, 1992) "concluye más allá de analizar las distintas teorías - como ya lo expusiéramos- que el daño es lesión a un interés amparado por el derecho que se mide por sus secuelas (de una manera inseparable)" (p. 99).

(Orgaz, 2020) "distinguía entre daño en sentido amplio y daño resarcible. Por lo tanto, concebido el daño como presupuesto de la responsabilidad civil (daño resarcible) sostenía este autor que el daño moral es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último" (p. 99).

Nosotros adherimos "a la posición doctrinaria que entiende al daño moral como las consecuencias o resultados disvaliosos sufridos por una persona en sus intereses legítimos o en sus derechos subjetivos en una

concepción amplia; vgr. en la seguridad personal, en el goce de los bienes, en las afecciones legítimas” (Garrido, 2020, p. 134).

En primer lugar, “adoptamos esta concepción del daño moral porque lo define por su contenido y no en términos negativos. Se entiende como una modificación disvaliosa del espíritu comprensiva de los distintos aspectos de la personalidad humana en su capacidad de entender, querer o sentir. Aún más, según esta postura doctrinaria, el solo disvalor subjetivo producido alcanza para configurar el daño moral” (Garrido, 2020, p. 134).

2.2.2.2. La naturaleza de la reparación y cuantificación del daño moral.

“Existen dos posiciones sobre el carácter de la reparación del daño moral. Nos encontramos con la tesis sancionatoria, por un lado, y con la tesis resarcitoria o satisfactoria por el otro. Según una primera corriente la reparación por el daño moral tendría el carácter de una sanción ejemplar, puesto que se trataría de una pena privada o civil, impuesta como castigo al responsable, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor” (Garrido, 2020, p. 135).

De esta manera, podemos decir que "quedan sin reparar todos los daños que no pueden atribuirse a un factor subjetivo de imputabilidad -culpa o dolo-, puesto que sin culpabilidad no puede haber sanción punitiva". (Mosset, 1999).

Decía (Llambías, 1954), en oposición al argumento de las "satisfacciones equivalentes" “sostenido por los seguidores de la tesis del resarcimiento que pretender que los dolores físicos o morales resultan

remediados o aplacados por los sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar es caer en un grosero materialismo, que lamentablemente está presente aún en forma inconsciente en tantas manifestaciones de la civilización de nuestro tiempo” (Garrido, 2020, p. 135).

Encierra también “esa tesis un notorio equívoco acerca de la significación del dolor en la vida del hombre. Pues principalmente el dolor no constituye un fin, sino que es un medio que el hombre puede convertir en su efectivo beneficio, desde que es un maravilloso instrumento de perfección moral, de cultivo de las virtudes más elevadas, como la paciencia; en fin, el dolor es un excelente medio de expiación, es el crisol donde se purifica nuestra alma” (García, 2020, p. 135).

“La otra corriente conocida como la tesis resarcitoria o satisfactoria sostiene que la indemnización por daño moral cumpliría una función satisfactoria, no de equivalencia; lo que no significa ponerle precio al dolor. Se pretende reparar el daño causado, aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso a través de satisfacciones equivalentes a las que fueron afectadas” (Garrido, 2020, p. 135).

Señala "que el Derecho y la Moral no coinciden ni pueden coincidir las leyes, por consiguiente, y las instituciones que ellas reglan, pueden ser justas o injustas -según fuere su adecuación a las necesidades o conveniencias prácticas que tienden a satisfacer- pero no inmorales." (Orgaz, 2021, p. 123)

Como se considera “a la persona de la víctima y al daño en sí mismo, en el caso de presentarse varios damnificados como consecuencia del mismo hecho generador de la responsabilidad, se otorgarán las indemnizaciones en forma independiente para cada uno de los reclamantes” (García, 2020, p. 134).

Nuestro Código Civil utiliza los términos "reparación", "indemnización", "resarcimiento", “más nunca emplea vocablos que indiquen que se trate de una pena o sanción. Además, si así fuera la solución del código, debería éste contemplar el destino de dicha sanción - indemnización- a favor del Estado o de algún Organismo Público y no una suma a favor de la víctima” (García, 2020, p. 135).

“Esta corriente doctrinaria considera tanto a la víctima del daño como a su ofensor, analizando la situación económica de cada uno de ellos como asimismo su personalidad y conducta. La indemnización a su vez cumpliría una doble función; por un lado, importaría una sanción para el victimario, y, por el otro, significa el resarcimiento del daño para la víctima” (García, 2020, p. 146).

2.2.2.3. Ubicación del daño moral en la legislación

“El trascendental vuelco conceptual y sistemático experimentado en las últimas décadas del siglo XX por el sistema de la responsabilidad civil – designado en la actualidad con la pertinente denominación de Derecho de Daños– nos obliga, para tratar adecuada y comprensiblemente la temática contenida en el artículo 1984 del Código Civil peruano sobre la naturaleza,

consecuencias y reparación del daño moral, dar previa cuenta del contexto en que se produce tan radical cambio en el escenario jurídico contemporáneo y las fundadas razones existentes que lo explican” (Garrido, 2020, p. 134).

“La naturaleza o contenido, así como la ubicación sistemática del tradicional concepto de daño moral, experimenta, en tiempos recientes, un cambio notorio y sustancial dentro del marco del renovado Derecho de Daños, tal como un importante sector de la doctrina prefiere en la actualidad designar a la responsabilidad civil. La mirada de los juristas está enfocada primordialmente en reparar las consecuencias del daño ocasionado a la víctima que necesariamente perseguir al dañador”.

La noción tradicional de “daño moral” “y su ubicación en el Derecho de Daños, han experimentado una sustancial transformación que obliga a los juristas a repensar, desde sus raíces, esta especial temática”.

“Es así que en la década de los años ochenta del siglo pasado se precisaba, afanosamente, el contenido y alcances de la nueva categoría del daño a la persona, generalmente bajo sus modalidades de daño biológico o daño a la salud, en el intento por encontrar en el sistema jurídico italiano una base normativa que permitiera a los jueces fundamentar sus decisiones sobre indemnizar los múltiples daños que se le pueden causar a la persona, ya sea en su unidad psicosomática o en su libertad” (Jiménez, 2020, p. 159).

Se han vencido, “así, las objeciones, las cautelas, las dudas, los titubeos y las vacilaciones imperantes en su momento ante la presencia de una novedosa como trascendente nueva figura jurídica. Se ha consagrado,

en la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia contemporánea, la categoría del daño a la persona, cuya incorporación ha revolucionado el sector de la responsabilidad civil obligando a los autores a repensar su contenido y su sistematización”.

“Desde su personal perspectiva, el conocido y experimentado profesor argentino Jorge Mosset Iturraspe, de reconocida trayectoria como prominente jurista, en el mismo año de 1991 en que se producía el pronunciamiento de Tunc” (García, 2020, p. 124), considera que “los aspectos más sobresalientes, a nuestro juicio, en las cuestiones generales de la temática (de la responsabilidad civil), son dos: la aparición del denominado daño a la persona y el afianzamiento de la nueva comprensión y alcances del daño moral. Se trata, en realidad, de dos temas capitales dentro de la correcta comprensión del Derecho de Daños”.

En el mismo sentido del pronunciamiento de los precedentes autores, el maestro hispano Luis Díez-Picazo sostiene que “parece necesario o, al menos conveniente, replantear desde sus raíces las cuestiones que en esta rama del Derecho Privado (la responsabilidad civil) se encuentran implícitas y hacerlo desde una perspectiva metodológica que ponga en juego todos los criterios de que hoy es posible disponer”.

El primero, expresa, se contrae al “énfasis en la consolidación de los nuevos criterios de imputación objetiva de responsabilidad que se colocan junto a la cláusula general de responsabilidad por culpa”. El segundo de los cambios, corresponde “al aporte más específico y significativo, en especial, desde el punto de vista de la tutela de la persona, como es el tratamiento del

daño a la persona en la doctrina nacional y su plasmación en el nuevo Código de 1984”.

La mencionada autora se refiere en su trabajo “al modelo peruano del daño a la persona” el que “encuentra su origen en los trabajos publicados en 1985 por Fernández Sessarego extendiéndose rápidamente en el medio nacional y latinoamericano”.

Como señala Olenka Woolcott, el caso emblemático en materia de la responsabilidad civil “es el desarrollo que ha tenido el tratamiento del ‘daño a la persona’ en el Perú, que incluso ha trascendido las fronteras, al ser la propuesta ampliamente comentada y acogida por la doctrina y jurisprudencia de otros países latinoamericanos, hasta llegar a plasmarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica”.

Woolcott, dentro de las modalidades del “daño a la persona” hace especial referencia al “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica” y al mal llamado daño “moral”. Refiriéndose a este último daño sostiene “que no constituye una categoría autónoma con respecto al daño a la persona sino una especie de este, referido estrictamente a una perturbación psíquica generalmente transitoria, no patológica, como dolor o sufrimiento”.

2.2.3. Replanteo de los supuestos de la responsabilidad civil

“La revisión del instituto de la responsabilidad civil, como consecuencia de los cambios producidos en el mundo jurídico, antes mencionados, origina un

impostergable replanteo que conduce a una nueva composición y sistematización del Derecho de Daños. Como consecuencia de dicho replanteo, como se ha anotado, se ha incorporado al escenario jurídico una nueva e importante categoría como es el daño a la persona con sus diversas modalidades” (Garrido, 2020, p. 135).

Para la ubicación del “daño moral” dentro del amplio espectro del “daño a la persona” “es necesario conocer previamente la sistematización de este último daño, por lo que haremos de ella una breve referencia. Pero, antes de ello, deseamos hacer una breve referencia a la clasificación del daño, en general, desde nuestra personal perspectiva” (García, 2020, p. 135).

“El daño, en cuanto a la naturaleza de los bienes afectados, se clasifica en daño subjetivo o “daño a la persona, y en daño objetivo o daño a las cosas exteriores al hombre, como es el caso del patrimonio. En cuanto a sus consecuencias, el daño se clasifica en daño personal o extrapatrimonial y en daño extrapersonal o patrimonial”. Bajo este esquema general desarrollamos nuestra teoría del “daño a la persona” y del “daño moral”.

La sistematización del “daño a la persona”, como lo tenemos anotado, se lleva a cabo en el Perú en la década de los años ochenta del siglo XX, pero recién se publica en 1993.

Para dicha sistematización se parte de la noción de “daño”, “la cual, siendo unitaria, presenta dos instancias simultáneas como son, de una parte, el daño considerado en sí mismo, que se conoce como daño-evento y, de la otra, los efectos derivados de él, al que se nomina daño-consecuencia. Esta situación de los

dos simultáneos aspectos del daño se hace evidente, por ejemplo y tal como expondremos más adelante, al referirse al daño moral”.

La sistematización del “daño a la persona” “requiere, también, de un previo y genérico conocimiento de la estructura del ser humano. En este sentido, se considera que este, como lo tenemos dicho, consta de una unidad psicosomática – soma y psique– y de su elemento constitutivo y sustentador como es la libertad, es decir, la que lo hace ser lo que es (ser humano) y lo diferencia de los demás entes del mundo. En este sentido se puede dañar tanto la unidad psicosomática como la libertad, ya sea eliminándola, frustrándola, menoscabándola o retardándola”.

El “daño psicosomático”, como “lo denota su nombre, puede afectar al cuerpo, en sentido estricto, o soma, y/o a la psique. En este último caso, en diferentes grados, desde uno de índole emocional hasta otro de carácter patológico. Se da el caso que, tratándose de una unidad a la que se daña, todo daño somático repercute, en diversa medida, en la psique y viceversa” (Garrido, 2020, p. 15).

En el “daño psicosomático” “se puede distinguir, a su vez, la lesión, en sí misma, que afecta esta unidad, a la que denominamos como daño biológico, de las consecuencias o efectos derivados de él, las que afectan notoriamente la calidad de vida de la víctima del daño. A este daño le llamamos daño al bienestar”.

La libertad ontológica, en cuanto ser del hombre, “se pierde solo con la muerte, mientras que la libertad fenoménica o daño al proyecto de vida, que es la libertad que se exterioriza a través de actos o conductas que responden a una

decisión de la persona, pueden frustrarse como consecuencia de un daño. Puede ocurrir, sin embargo, que el daño solo origine un menoscabo o un retardo en el cumplimiento del proyecto de vida. La gravedad de las consecuencias del daño al proyecto de vida, que tiene que ver con el destino mismo del hombre, son materia de reparaciones tanto dinerarias, así como a través de otras modalidades indemnizatorias, las que han sido expuestas, por la doctrina y aplicadas por la jurisprudencia” (Garrido, 2020, p. 40).

Es del caso anotar “que la libertad es una sucesión de proyectos de toda y diversa magnitud, pero, dentro de ellos existe uno singular. Nos referimos “proyecto de vida. Todos los otros proyectos contribuyen, directa o indirectamente, a su realización. Todo apunta a la realización integral del ser humano tal como libremente se lo ha propuesto” (Garrido, 2020, p. 149).

2.2.3.1. Naturaleza jurídica y dogmática del “daño moral”

El llamado “daño moral”, “en la nueva sistematización del daño en general, se ubica actualmente como uno de aquellos daños cuyas consecuencias afectan directamente a la unidad psicosomática de la persona, más precisamente y como está dicho, a la esfera psíquica-emocional, generalmente de carácter no patológico. De ahí que sea un daño de carácter psicosomático que se infiere a la persona”.

Por lo expuesto, la relación entre “daño a la persona” y “daño moral” resulta ser de género a especie. “No es lógico sostener que el daño a la persona es un daño moral desde que, aparte de este específico daño, existen otros múltiples daños que se pueden inferir al ser humano y que

no pueden reducirse ni compartir la naturaleza de un daño psíquico-emocional como el llamado daño moral. Es el caso de los daños psíquico-patológicos, somáticos o a la libertad. No podemos decir que estos daños a la persona son de carácter moral” (Garrido, 2020, p. 129).

El concentrar “todos los daños posibles que se causan al ser humano, en cualquier parte de su estructura, en la genérica y amplia voz de daño a la persona permite su sistematización y su mejor comprensión. Ello favorece, sin duda, a una adecuada percepción de la importancia del daño al ser humano y a distinguirlo, con la mayor claridad conceptual, del daño a las cosas, objetos y patrimonios que resultan ser instrumentales en cuanto la persona es un fin en sí misma” (Garrido, 2020, p. 125).

El nuevo concepto de “daño moral” que, “como está dicho, es uno de los múltiples y diversos daños que se causan a la persona, es recogido actualmente por un creciente sector de la doctrina jurídica nacional y extranjera y se ha consagrado en la jurisprudencia supranacional, comparada y nacional” (García, 2020, p. 135).

2.2.4. El daño moral en el derecho peruano

Como se ha advertido a lo largo de este trabajo, en el Perú primó el concepto de “daño moral” “como un daño subjetivo, difícil de percibir e indemnizar, que se manifiesta como dolor o sufrimiento (*pretium doloris*). Se le considera, además, como una categoría autónoma de daño. Esta concepción ha sido, y sigue siendo en cierta medida, la de indiscutible arraigo en la

ciencia jurídica. Ello, a pesar de no convencerse aún de que el dolor o el sufrimiento son evidentes manifestaciones psíquicas del ser humano” (García, 2018, p. 59).

No obstante, el escenario donde el antiguo concepto de “daño moral” “tenía vigencia, se complica y se cuestiona cuando, a fines de la década de los años setenta y comienzo de los ochenta del siglo XX, se descubre y deslumbra a los juristas de mayor sensibilidad, la creación del importantísimo daño a la persona, antes extrañamente ignorado por la ciencia jurídica y sus operadores a pesar de su capital significación para el derecho y, en general, para la vida humana” (Garrido, 2020, p. 19).

“Esta, aparentemente, inexplicable tardía aparición de este crucial daño en el mundo del derecho se debe, a nuestro parecer, a que el escenario de la responsabilidad civil o derecho de daños estaba prioritariamente cubierto por tan solo el daño a los objetos del mundo o daño de consecuencias patrimoniales. Era la propiedad, como es sabido, el centro de la protección del derecho”. No podemos olvidar, a este propósito, “la definición tradicional de la doctrina y la legislación sobre la propiedad en los siglos anteriores a la primera mitad del siglo XX, en la que se le consideraba como un derecho absoluto, inviolable y sagrado. Dentro de este panorama, de absoluta primacía de la tutela jurídica al patrimonio, se ignoraba el daño a la persona” (García, 2020, p. 139), en cuanto esta es el centro y el eje del derecho y no la propiedad.

“La concepción individualista-patrimonialista es la que impidió en el pasado que se reconociera al ser humano como el sujeto de derecho, como el ente al cual, prioritariamente, debería proteger el Derecho”.

“La concepción humanista-personalista del derecho se hace presente en el Perú en la segunda mitad del siglo XX. Es el instante del cambio en la percepción de los jusfilósofos sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho, así como de la aparición de la capital figura jurídica del daño a la persona”. Se rescata la primacía de la persona humana sobre el patrimonio, “y ya no es más la propiedad el centro de atención de la disciplina jurídica. Esta nueva concepción tarda algunos pocos años en entronizarse en la doctrina y la jurisprudencia nacional, pese a la resistencia de aquellos juristas que no aceptan los cambios y prefieren mantener, sin ninguna alteración, lo tradicionalmente conocido y establecido” (García, 2020, p. 18).

Como lo decíamos en 1985, avizorando el panorama reinante, “al influjo del cristianismo comprendido en su auténtica y prístina dimensión personal-comunitaria, de un pujante existencialismo que coloca el acento sobre el hombre y de humanismos de todo signo y raíz, se hace patente en nuestro tiempo una lenta y paulatina superación del individualismo patrimonialista, miope a la perspectiva social del derecho y preocupado principalmente por la protección de la propiedad privada.

El sustento filosófico de esta actitud individualista es la afirmación de la igualdad jurídica formal entre los hombres –insustituible premisa para una civilizada convivencia– pero en el que se olvida la necesidad de propender, parejamente, al logro de un mínimo de bienestar material que, bajo el signo

de la solidaridad, haga efectiva, en la medida de lo posible y en la realidad de la vida, dicha básica y formal declaración”.

“En años recientes se abre paso en el Perú la clara percepción de dos importantes asuntos sobre el llamado daño moral, como son los de su naturaleza jurídica como daño psíquico-emocional, precedentemente aludida, así como de la inexistencia de su autonomía en cuanto se constituye como una modalidad del genérico y amplio daño a la persona. Un sector cada vez más numeroso de la doctrina acoge estas nuevas concepciones del daño moral, así como recibe la consagración de la jurisprudencia nacional” (Garrido, 2020, p. 19).

“En cuanto a la jurisprudencia, en tanto derecho vivo, es de advertir que son varias las sentencias que en el Perú consideran que el daño moral es un daño cuyas consecuencias inciden en el psiquismo de la persona, así como que carece de autonomía en tanto es una especie o modalidad del daño a la persona”.

Entre las sentencias que recogen los nuevos planteamientos en torno al “daño moral” podemos citar, “entre otras y a título de ejemplo, la expedida el 26 de junio de 2007 por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, N.º 1529-2007, en los seguidos por Mariátegui Chiappe con Zela Hurtado. En este ilustrativo fallo se sostiene que el daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental de la persona, resultando así una modalidad psíquica del genérico daño a la persona”.

En dicho sentido “se puede, también, recordar el fallo N° 2205-2007 expedido el 7 de agosto de dos mil siete por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia en los seguidos por Pinares Valencia con Fiascunari Vargas. En esta sentencia se reconoce que el daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que pueden lesionar a la persona, por lo que se le debe considerar como uno que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando, así, una modalidad psíquica del genérico daño a la persona”.

“La mencionada línea jurisprudencial queda consagrada en la sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil realizados por las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República del 18 de marzo de dos mil once”.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la Corte consideró que es “pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral”.

Según el Tribunal, el daño moral “viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona”.

En dicha sentencia, “como se advierte de las glosas anteriormente expuestas, se precisan, además, los alcances del daño a la persona, así como las diversas manifestaciones emocionales o sentimentales que, según el Pleno Casatorio, configuran el daño moral”.

“En resumen, queda firme a nivel jurisprudencial que la naturaleza del daño moral es una de carácter psíquico, emocional o sentimental, no patológico. El daño moral afecta, en suma, el psiquismo de la persona”.

Queda también sentado que el “daño moral” no es autónomo, sino que es una de las modalidades o especies del genérico y amplio “daño a la persona”.

“De este modo se han resuelto, en consonancia con nuestras apreciaciones, los temas que veníamos exponiendo desde antiguo sobre la naturaleza del daño moral y sobre su ubicación como una modalidad del daño a la persona”.

2.2.4.1. La indemnización del “daño moral”

El artículo 1984 del Código Civil, bajo comentario, establece que el “daño moral” debe ser indemnizados, considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia.

“No obstante, si bien el carácter no patrimonial se halla en la naturaleza misma del daño moral, se ha producido una polémica, que aún no está totalmente cerrada, sobre la posibilidad de repararlo, ya sea que derive o no de una relación contractual”.

Aunque actualmente en doctrina y de conformidad con la jurisprudencia comparada el “daño moral” “es un daño indemnizable, desde que afecta a la esfera emocional de la persona, se alzan algunas pocas voces que niegan su reparación en cuanto no es apreciable en dinero. En el Perú, Fernando de

Trazegnies se alinea en esta posición cuando sostiene que como el principio general de que la responsabilidad civil se basa en la posibilidad de distribuir socialmente costos económicos y el concepto correlativo de que la indemnización es una reparación y no un castigo al presunto culpable, el daño estrictamente moral no es indemnizable”.

Los daños morales, nos dice, “no son determinables ni pueden ser reparables en dinero”. En cuanto a la naturaleza del “daño moral, sostiene que “queda reducido a aquello que afecta el sentimiento”.

“Por lo demás, el artículo 1984 del Código Civil prescribe que el daño moral es indemnizable. De este modo, nuestro Código sigue el criterio prácticamente generalizado en nuestro tiempo, en el sentido de que son indemnizables las consecuencias del daño moral”.

El daño moral, “no obstante que es indemnizable, es subjetivo por lo que es imposible mensurarlo en términos económicos. Como todo daño psíquico emocional supone una perturbación causada a la persona en esta esfera de su psiquismo. Pero, si bien es cierto que no se le puede valorar en dinero, si es posible comprender que es una lesión que se le causa injustamente, por lo que todo agravio al ser humano, que se pueda valorar o no en dinero, debe ser reparado” (Garrido, 2020, p. 84).

“El ser humano no se reduce a ser un *homo economicus*. Se trata tan solo de una de sus múltiples facetas. Al hombre no se le puede comprender solamente desde una vertiente puramente económica. Esta concepción pertenece al pasado, aunque algunos autores, por convicción o por ignorancia,

aún no han superado una visión individualista-patrimonialista del ser humano. En la actualidad el ser humano es concebido como un ser ontológicamente libre, coexistencial y temporal, como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”.

Siendo el “daño moral” “un daño subjetivo, verificamos que en doctrina como en la práctica jurisprudencial existen varios criterios para intentar su reparación en dinero. En Italia, ciertos tribunales han elaborado baremos, tarifas o tablas de infortunios a través de los cuales se logra determinar un porcentaje que, en función al daño físico o somático, se debe fijar como reparación” (García, 2020, p. 18). No somos partidarios, “al menos por ahora, de esta forzada solución que no depende de la magnitud de las consecuencias psíquicas del propio daño moral, sino que se halla exclusivamente en función del daño somático o físico. La formulación de baremos o tarifas por daños es aconsejable en el caso de los daños corporales o somáticos, como actualmente sucede en algunos tribunales como es el caso del tribunal de Milán” (Garrido, 2020, p. 13).

“Otro criterio, que es en la actualidad el dominante en nuestro país, es el de delegar en el juez, frente a cada caso concreto, el fijar equitativamente el monto de la reparación en dinero de las consecuencias del “daño moral”, teniendo en cuenta la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima y su familia” (Garrido, 2020, p. 135).

El mencionado criterio es el fijado por el propio artículo 1984 del Código Civil, cuando establece que la indemnización se fija por el juez

“considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia”.

El aplicar la técnica antes mencionada en la reparación de las consecuencias del “daño moral”, “el atender al menoscabo de todo orden producido a la víctima o su familia, impediría o dificultaría lograr lo que algunos autores consideran que se debe obtener en la reparación de los daños a la persona, como es un criterio común uniforme para los casos similares pero, a la vez, dotado de cierta flexibilidad en cuanto a la fijación de la indemnización del daño, considerando las particularidades de cada caso que llega al conocimiento del juez” (Garrido, 2020, p. 184).

Tratándose del “daño moral” “es sumamente difícil conseguir la aplicación de la fórmula de un criterio jurisprudencial común uniforme, y a la vez flexible, para indemnizar las consecuencias de dicho daño. Para la aplicación de la reparación del daño moral” resulta más fácil si se atiende a la magnitud del daño, que es lo objetivo. “No obstante, se debe también considerar el menoscabo producido en la víctima o su familia, desde que este factor varía frente a cada caso concreto al que debe enfrentarse el juzgador. Sin embargo, la aplicación del criterio jurisprudencial común uniforme puede obtenerse, con el transcurso del tiempo, apreciando el dato objetivo de la magnitud del daño como, por ejemplo, la pérdida de un familiar cercano” (Garrido, 2020, p. 14).

“Con el correr del tiempo y la acción de los tribunales puede lograrse, lentamente, la aplicación de un criterio común uniforme para la fijación de la reparación de las consecuencias del daño moral en función de su magnitud.

En un primer momento, ha de reinar una anarquía jurisprudencial” (Garrido, 2020, p. 45).

Cada juez civil “asumirá la fijación de la reparación según su personal criterio, el que muchas veces está influenciado por su sensibilidad personal como por el ambiente cultural reinante en el lugar donde ejerce sus funciones jurisdiccionales. Ocurre, con frecuencia, que un juez de una determinada región, por razones culturales y tradicionales, considerará que la reparación civil por la muerte de un cónyuge puede ser notoriamente inferior al de aquel otro magistrado que despacha en un lugar con un diferente nivel cultural y tradicional” (Garrido, 2020, p. 145).

“Si bien, en principio, es conveniente contar, en función de la magnitud del daño, con un criterio común uniforme frente a la fijación de la reparación para cada caso similar o parecido de daño moral, la flexibilidad permitiría atender los efectos y menoscabos causados a la víctima o a su familia los que, por lo general, difieren entre los casos particulares sometidos al conocimiento del juez” (García, 2020, p. 135).

“Es evidente que los tribunales de alzada deben contribuir a la fijación del monto de la reparación según la técnica antes referida, tratando de uniformizar, hasta donde ello es posible y recomendable, las sumas comunes a pagar como indemnización en casos similares, sin que ello sea obligatorio sino solo referencial para los jueces de primera instancia”.

Los jueces “tienen la capacidad de, equitativamente, tomar en cuenta ambos factores existentes para la fijación del monto de la reparación, sobre

todo el elemento que hemos referido como flexible, es decir, el menoscabo sufrido por la víctima o su familia según el caso” (García, 2020, p. 145).

“Se ha propuesto por un sector de la doctrina la fijación de topes máximos para la determinación del monto de la reparación por daño moral. Este planteamiento es discutible pues existen razones atendibles de parte, tanto de los partidarios como de los adversarios de dicha propuesta. El hecho de fijar topes máximos resulta, para un sector de la doctrina, como inconveniente pues limitan o anulan su capacidad del juzgador” (García, 2020, p. 134).

“Los partidarios de la fijación de topes máximos consideran, en cambio, que ello es recomendable para evitar indebidos excesos de parte de los jueces. Consideramos que si bien, en principio, no somos partidarios de la fijación de topes máximos, debemos atender a la experiencia de lo que viene ocurriendo en esta materia a nivel jurisprudencial a fin de determinar, con el tiempo, la conveniencia o no de fijar dichos topes. Esperemos que no sea necesario fijarlos pues el juez debe poseer libertad en su accionar reparatorio sin llegar a injustificados excesos” (Garrido, 2020, p. 94).

2.2.4.2. Daño a la persona y daño moral

No conocemos ningún ente u objeto del mundo que se le designe como “moral”. “La moral es un conjunto de principios reguladores de la conducta personal al que adhiere cada ser humano, al efecto de conducir su vida de conformidad con ellos. Lo que rige su vida es lo que les conviene, lo que le es útil, con desprecio por todo lo demás. Son, generalmente, los seres

humanos pragmáticos a ultranza. Los principios morales son estrictamente personales y pueden renunciarse a ellos o cambiarlos por otros” (García, 2020, p. 135).

Para ello, el daño “moral” “ya no es solo dolor o sufrimiento, sino que comprende también, sin límite, todo daño al ser humano, como la pérdida de un brazo, de un ojo, del ejercicio de la libertad fenoménica o de un trastorno psíquico. O sea, en otros términos, que la pérdida de una extremidad de la persona, por ejemplo, no es un daño a ella misma sino a su moral” (Garrido, 2020, p. 195).

Para entender mejor lo que sucede en el caso del llamado “daño moral” “es necesario saber diferenciar, con claridad, los dos aspectos del daño, en general, en el cual, siendo uno el concepto, advertimos la presencia simultánea de dos instancias, como si fueran dos caras de la misma moneda que, generalmente, se producen en el mismo acto o instante. En efecto, una es el acto de dañar, en sentido estricto, es decir el momento en que se causa la lesión en sí misma y, la otra, es la consecuencia de la acción de dañar, los efectos producidos a raíz del acto de dañar” (García, 2020, p. 59).

Para precisar estas secuencias, teóricamente diferenciables dentro del concepto “daño”, “podemos poner un ejemplo que nos ayude a precisar la presencia de estas dos instancias comprendidas, como está dicho, en el único genérico concepto de daño. Así, si la cabeza de una persona se le golpea con un objeto contundente encontramos los mencionados momentos de un mismo acto” (García, 2020, p. 135).

Si aplicamos “el referido esquema del daño en general al denominado daño moral encontramos que el daño-evento es la agresión a los principios morales de la persona o a algunos de sus intereses existenciales, mientras que el daño-consecuencia es la perturbación psíquica-emocional que experimenta la persona, de diversa magnitud e intensidad, según el caso, como derivación del acto de dañar” (García, 2020, p. 138).

Como se advierte de todo lo hasta aquí expresado, el llamado daño “moral” “es uno de los tantos daños que afectan a la persona, la que es una realidad viviente dotada de sensibilidad. Por ello, el daño psíquico-emocional, no patológico, conocido tradicionalmente como daño moral, es un daño que se inflige a la persona y no a ningún otro ente u objeto del mundo que nos rodea” (Garrido, 2020, p. 195).

El daño a la persona, como decíamos en 1985, “tiene alcances mucho más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento”. En ese mismo momento aseverábamos que el “daño a la persona” es “más complejo que el sufrimiento o el dolor, no obstante que en ambos casos se presenta la común característica de la no patrimonialidad, de la imposibilidad de mensurar pecuniariamente sus consecuencias” (León, 2016, p. 44).

2.2.4.3. La nueva concepción del “daño moral”

“La nueva comprensión de lo que significa el daño moral como una perturbación psíquica-emocional, no patológica, se va abriendo paso entre los estudiosos del derecho, así como dentro de cierta jurisprudencia, tanto en Europa como en Latinoamérica” (Garrido, 2020, p. 145).

No obstante el fuerte arraigo de la concepción tradicional que considera, desde antaño, al daño “moral” como un daño autónomo en relación al “daño a la persona” “o como un concepto de una amplitud tal que incluye todos los daños que se pueden causar a la persona –como la pérdida de la visión o de una extremidad corporal– o solamente aquellos daños que se designan como no patrimoniales, es notorio que son más numerosos los autores europeos que ubican, en la actualidad y de acuerdo con la realidad, al llamado daño mora” como uno de carácter psíquico, emocional, generalmente no patológico” (García, 2020, p. 55).

“En el sentido antes indicado se observa en los últimos tiempos un movimiento conjunto de los más representativos entes supranacionales, como la Comisión, el Parlamento y el Consejo europeos empeñados en armonizar el sistema de reparaciones del daño a la persona, más allá de las etiquetas con la que los juristas de ciertos países las pueda nominar” (García, 2020, p. 45) como, por ejemplo, “daño biológico”, “daño a la salud” o “daño corporal”.

“Las mencionadas instituciones supranacionales encomendaron a un grupo de trabajo integrado por destacados profesores europeos, expertos en la materia para que armonizaran el mencionado sistema de reparaciones frente las consecuencias del amplio y genérico daño a la persona y sus diferentes modalidades entre las que se encuentra el daño moral” (García, 2020, p. 139).

El coordinador del grupo fue “el profesor Francesco D. Busnelli. Según señala en su informe este destacado profesor italiano, el trabajo de la Comisión se extendió por un periodo de seis meses, habiéndose realizado cinco reuniones, la primera de las cuales se realizó el 13 de octubre de 1999

en la ciudad de Bruselas, luego la segunda en Viena, la tercera en París y las dos últimas en Pisa en marzo y abril de 2000” (Garrido, 2020, p. 94).

Es del mayor interés conocer la posición de la doctrina europea, expuesta por sus mejores exponentes reunidos en Trier, en lo que concierne al “daño moral”. “Los juristas reunidos en aquella oportunidad se refirieron al “daño moral” como una lesión calificada de simple perturbación mental. Esta conclusión coincide con la posición que hemos venido asumiendo en las últimas décadas en la que hemos considerado, tal como se ha reiterado, al daño moral como un daño de consecuencias psíquicas, de carácter emocional, no patológico” (Garrido, 2020, p. 45).

Busnelli (2020), al referirse al “daño moral” deja sentado en su informe del año 2000, con toda claridad y precisión, que la ciencia médico-legal “está en grado de trazar una línea divisoria distintiva tendencial entre una patología comprobada (enfermedad mental) y una simple perturbación psíquica”. Se aclara, “de este modo, que siendo el daño moral uno de carácter psíquico es solo emocional, es decir, una perturbación en dicho nivel del psiquismo. Por ello, no llega a ser una patología, una enfermedad psíquica de diverso grado y magnitud. Lo emocional, por lo general, tiende con el correr del tiempo a desaparecer, disiparse o derivar en otros sentimientos” (Garrido, 2020, p. 45).

Como “se aprecia de lo anteriormente expuesto, no obstante, el fuerte arraigo de la concepción tradicional del daño moral que no llega a descubrir su naturaleza limitándose a decir que es un dolor o sufrimiento, advertimos que son cada vez más numerosas las voces que lo identifican como un daño, cuyas consecuencias inciden en el psiquismo humano” (García, 2020, p. 45),

a nivel emocional no patológico, “integrando uno más de los daños que se causan a la persona. Es, por lo tanto, una modalidad del amplio y genérico daño a la persona, el que incluye, sin excepción, todos los daños que se le puedan inferir. Es así que la posición que trasunta el informe de la reunión de Trier, elaborado por Busnelli, es coincidente con el planteamiento que venimos sosteniendo desde la década de los años ochenta del siglo XX” (Garrido, 2020, p. 44).

“En nuestra región latinoamericana son varias las autorizadas voces que sintonizan con la posición de los juristas europeos en cuanto a la naturaleza y alcances del daño moral. Así, entre muchos otros, el jurista argentino Ricardo Lorenzetti, actual presidente de la Corte Suprema de la Nación argentina. Este destacado autor no se resigna a utilizar el concepto de daño moral” (García, 2020, p. 49), para incluir en él a todos los múltiples daños que se pueden ocasionar a la persona. Por el contrario, “opta por la posición que sostiene que la noción más amplia y genérica de daño a la persona comprende, ilimitadamente, todos los daños causados al ser humano. Es decir, que el daño moral no es autónomo, sino que está integrando, como una cierta modalidad psíquica, el mencionado daño a la persona. Si el llamado daño moral no daña a la persona es lógico preguntarse ¿a cuál otro ente u objeto del mundo le origina un daño?” (Garrido, 2020, p. 48).

“A propósito de la pregunta que hemos formulado, el distinguido y experimentado jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe resume con precisión el problema planteado cuando categóricamente afirma que para el Derecho el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias”.

Mosset Iturraspe en 1994 señala con precisión “que hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona. Y ello, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión”.

2.3. Definición de conceptos

2.3.1. Daño

Se 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” (Garrido, 2020, p. 47).

2.3.2. Prueba del daño moral

“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” (García, 2020, p. 45).

2.3.3. Daño moral

“Es aquel tipo de daño 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.” (G

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

A) Métodos generales de investigación

Método sintético. - Se estudió de manera doctrinal el tema objeto de investigación, relacionado a la prueba del daño moral y su indemnización, mediante un análisis para tomar los datos relevantes que han sido colocados en el informe final de esta investigación, para lo cual se utilizó este método.

Método analítico. – “Con la utilización del método se analizó toda la información que se implementó en la presente investigación, para haber realizado un estudio crítico del presente tema de investigación” (García, 2020, p. 45).

B) Métodos particulares de investigación

Método histórico. - Con este método, se analizó el aspecto histórico y la evolución daño moral y su probanza, en relación a los criterios para su indemnización.

Método exegético. - Con este método se llegó a analizar todo el marco legal que gira en torno al problema planteado, para determinar los aspectos positivos que conlleva la probanza del daño moral y la indemnización.

3.2. DISEÑO METODOLÓGICO.

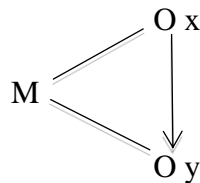
3.2.1. Tipo y nivel de investigación

La investigación es de tipo básica, porque se observó desde un aspecto teórico el estudio del daño moral y su indemnización.

De nivel de investigación explicativo, porque se trató de explicar de qué manera la variable independiente influye en la variable dependiente, determinando las causas y efectos del fenómeno de estudio.

3.2.2. Diseño de investigación

La investigación tiene un diseño no experimental, de carácter transeccional.



M = Muestra de investigación

Ox = Observación de la variable independiente:

Criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral

Oy = Observación de la variable dependiente:

Indemnización

3.2.3. Población y muestra de la investigación

A. Población

La presente no utilizó de forma estadística una determinada cifra sobre la población por el carácter cualitativo de la investigación.

B. Muestra

La presente se no utilizó de forma estadística una determinada cifra sobre la muestra por el carácter cualitativo de la investigación

3.2.4. Técnicas de recolección de información

A. Análisis Documental. -

Que permitió recopilar información a través de documentos escritos de la imputación necesaria y el derecho al debido proceso “a través de las diferentes fuentes escritas para realizar el análisis comparativo de los derechos, efectos jurídicos, de las posiciones doctrinarias”, como son:

- Libros como: Tratados, manuales, ensayos.
- Códigos.
- Revistas académicas.
- Publicaciones
- Informes.
- Editoriales.
- Anuarios. Etc.

3.3. Proceso de construcción, validación y fiabilización de instrumentos

Todo instrumento de recolección de datos debe reunir dos requisitos esenciales: confiabilidad y validez.

La confiabilidad de un instrumento para recolectar datos se refiere al grado en que su aplicación repetida al mismo sujeto u objeto produce resultados iguales. Para la cual, se han aplicado pruebas piloto al instrumento de investigación diseñado.

La validez, en términos generales se refiere al grado en que un instrumento realmente obtiene los datos que pretende obtener, para la cual se han recurrido a Juicios de Expertos, quienes evaluaron, corrigieron y aprobaron el instrumento de investigación.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.

“El artículo 1969° del Código Civil Peruano expresa que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor, en ese sentido cabe destacar” que: “(...) desde el punto de vista conceptual, la piedra angular de la indemnización de daños se describe, en el Derecho alemán, con la expresión infracción de un deber (...)” (Zimmermann, R. 2005).

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” (García, 2020, p. 54) y para esto 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. Al estar sujeto a un daño sino me conformo al deseo que tu expreses, estoy sujeto u obligado por tu mandato, o me encuentro bajo el deber de obedecerte. Si, a pesar del daño probable, no me pliego al deseo que tú expreses, se puede decir que desobedezco el mandato o que transgredo el deber que impone. Por tanto, mandato y deber son términos correlativos: el significado de cada uno es presupuesto o está implicado por el otro. Dicho de otro modo: la existencia de un deber implica la expresión de un mandato; siempre que se expresa un mandato, existe la imposición de un deber.” (Austin 2000, p. 37).

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. Sin embargo, el daño moral como nomen iuris tiene una característica especial su naturaleza es temporal, toda vez que si llegaría a ser permanente las consecuencias del daño evento ya no recaería en la psiquis de la persona, sino que el daño como una ameba – mutación se traslada indudablemente al ente somático” (García, 2020, p. 49).

“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” (Garrido, 2020, p. 45).

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 el autor Leslie Tomasello 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” (Tomasello 1969).

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Desde una perspectiva general, “es importante referenciar la Casación N.º 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 (...).”

De otro lado debe tenerse en cuenta que, especialistas en psicología y psiquiatría como Fernández Abascal, 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” (Fernández, 2010, p. 77).

Sin embargo “la Casación N.º 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)”.

De esta manera debe tenerse en cuenta que los afectos del justiciable se plasman en las emociones sufridas por la víctima o su familia producto de una frustración en los distintos ámbitos del ser humano, empero la jurisprudencia se ha convertido en un hacedor de emociones que sin duda han terminado siendo reparadas por las sentencias expedidas por los operadores de justicia; y si bien el término jurídico de sentencia

proviene su contenido semántico del sema sentir, es decir, el Magistrado siente a través del iter procesal en la búsqueda de resolver conflictos sociales.

Ahora bien, “el artículo 1969° del Código Civil Peruano expresa que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor, en ese sentido cabe destacar que: desde el punto de vista conceptual, la piedra angular de la indemnización de daños se describe, en el Derecho alemán, con la expresión infracción de un deber” (García, 2020, p. 39).

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” (Garrido, 2020, p. 45).

“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” (García, 2020, p. 49). 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.

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” (García, 2020, p. 48).

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” (Garrido, 2020, p. 184).

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. 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” (Garrido, 2020, p. 14).

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. 19).

Nada “le impide allegar antecedentes al proceso que demuestren hechos cuya calificación pueda estimarse incompatible con la producción de un daño moral, más aún, estimamos que debe producir dicha prueba cuando cuenta con los antecedentes fácticos del acaecimiento de las circunstancias reveladoras” (Garrido, 2020, p. 39). 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” (Garrido, 2020, p. 149).

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” (Garrido, 2020, p. 44).

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” (Garrido, 2020, p. 194).

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 ese sentido, la relación entre el indicio (hecho indiciario) respecto a la presunción, es la de parte-todo” (García, 2020, p. 14).

“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*” (Garrido, 2020, p. 184).

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, hacienda 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”.

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. 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” (Garrido, 2020, p. 194).

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” (García, 2020, p. 39).

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” (Garrido, 2020, p. 19).

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” (Garrido, 2020, p. 49).

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” (Garrido, 2020, p. 8).

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” (Garrido, 2020, p. 47).

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” (García, 2020, p. 129).

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” (Garrido, 2020, p. 17).

“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”.

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” (García, 2020, p. 184).

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” (Garrido, 2020, p. 155). 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” (Garrido, 2020, p. 134).

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” (Garrido, 2020, p. 184).

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”.

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. Prueba y valoración del daño moral son conceptos heterogéneos que no se pueden asimilar. 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”.

CONCLUSIONES

1. “Se logró determinar 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”.
2. “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 estableció que es evidente que en varias ejecutorias los magistrados supremos han optado por considerar que el daño moral es *in re ipsa*, esto es, se acredita el daño con la sola acción antijurídica y por ende no necesita de mayor probanza porque se desprende del hecho mismo o de la realidad; sin embargo, dicho aforismo ha distorsionado la realidad y los magistrados Supremos lo ha convertido en una categoría axiomática”.

RECOMENDACIONES

1. “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 el concepto de daño al proyecto de vida es que no es un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. No está previsto en el ni por el legislador constitucional ni por el infraconstitucional. En ese sentido, categorías jurídicas como el daño a la persona y el daño al proyecto de vida no serían usados por los operadores jurídicos al interpretar sistemáticamente las reglas sobre la responsabilidad civil extracontractual. Y dado que la clasificación del daño que adopta nuestra codificación civil es la francesa que entiende al daño moral en sentido amplio, permite tutelar plenamente los derechos de la personalidad y el *pretium doloris* siendo el daño a la persona una categoría jurídica que no es funcional e innecesaria”.

BIBLIOGRAFÍA

1. CÓRDOVA FUENTES, Jorge. **Metodología de la Investigación**. Editores Lex, Buenos Aires, 2014
2. COUTURE, Eduardo. **Teoría general de la prueba**. Editorial Bosch, Barcelona, 1989
3. DE CUPIS, Antonio. **El daño a la moral**. Editorial Astrea, Milán, 1992
4. DEL PINO SALAZAR, Humberto. **Daño moral en la jurisprudencia**. Lex Editores, Buenos Aires, 2004
5. DEL SOCORRO PINEDO, Vanessa Gimena. **El daño moral extracontractual y la prueba indirecta**. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo
6. DI MAJO, Antonio. **La tutela civile dei diritti**, 3a. ed. Giuffrè, Milán, 2011
7. ECHANDÍA, Davis. **Compendio de pruebas judiciales**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Rubizal – Culzoni, 1984
8. DOMÍNGUEZ, Carlos. **El daño moral**, Tomo I. Editorial Jurídica de Santiago de Chile, Santiago de Chile, 2000
9. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Responsabilidad Civil Extracontractual**. Editorial Gaceta Jurídica, 2008
10. FERNÁNDEZ, Gastón. **Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del “civil law”**. ARA Editores, Lima, 2001
11. FLORES, Francisco. **Los elementos de la Prueba**. Revista de Derecho de la UNAM, Edición Nro. 86, México D.F., 1991
12. HUNTER ORTIZ, Iván Daniel. **La prueba del daño moral**. Universidad de Austral de Chile, Valparaíso, 2015

13. LIMO, Javier. **¿Cómo probar el daño moral en el Perú y cómo determinar su cuantificación conforme a las conclusiones del IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil?**, Editorial Raguel, Lima, 2018
14. MATHEUS, Carlos. **Sobre la función y objeto de la prueba**. Editorial Rubizal Ulzoni, Buenos Aires, 2010
15. MAZEAUD, Hebert, MAZEAUD, Antoine, & TUNC, Adrian. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**, Tomo I, 5ta. Edición.: Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961
16. MEZA CARRERA, Yosimar Edilberto. **Hacia una teoría de la prueba del daño moral en el Perú**, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Arequipa, 2018
17. MORALES, Rómulo. **Naturaleza del daño Moral. ¿Punitiva o resarcitoria?. Responsabilidad civil**. Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2006
18. MOSCOSO BARRETO, Paola Liliana. **La responsabilidad civil por daño moral en la legislación civil ecuatoriana**. Universidad de Cuenca, Cuenca, 2015, p. 201
19. OSTERLING, Felipe. **La Indemnización por Daños y Perjuicios**. Obtenido de Documentos Académicos de Osterling Abogados, Lima, 2010
20. PAZOS, Javier. **Código Civil Comentado**. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2006
21. RAMOS, Francisco. **Derecho Procesal Civil**, Tomo I, Editorial Bosch. Barcelona, 1990,
22. RIOJA, Antonio. **El Derecho probatorio en el sistema procesal peruano**, Editorial Ara, Lima, 2009
23. ROVIRA, Marlon. **La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho, al honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen**. Editorial Cedecs Barcelona, 1999
24. SABINO, Carlos. **Metodología de Investigación Jurídica**. Editorial Magisterio, Santiago de Chile, 2001

25. SALAS SANTIAGO, Marco. **Introducción a la metodología de la investigación.**
Editorial Adrus, Arequipa, 2000
26. SÁNCHEZ GUEVARA, Pablo Cristóbal. **Hacia la objetivización del daño moral.**
Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, 2015, p. 213
27. SCOGNAMIGLIO, Rodolfo. **Danno morale.** Novissimo Digesto italiano, Milán,
1960

ANEXOS

Anexo N° 1.MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: Criterios jurídicos para el establecimiento de la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	MÉTODOLOGÍA
<p style="text-align: center;">GENERAL:</p> <p>¿Cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?</p> <p style="text-align: center;">ESPECÍFICOS</p> <p>A. ¿Cuáles son los factores procesales que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?</p> <p>B. ¿Cuáles son los factores normativos que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?</p> <p>C. ¿Cuáles son los factores doctrinarios que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana?</p>	<p style="text-align: center;">GENERAL:</p> <p>Determinar cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.</p> <p style="text-align: center;">ESPECÍFICOS</p> <p>A. Establecer cuáles son los factores procesales que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.</p> <p>B. Determinar cuáles son los factores normativos que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.</p> <p>C. Establecer cuáles son los factores doctrinarios que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.</p>	<p style="text-align: center;">GENERAL:</p> <p>Los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son criterios de presunción in re ipsa.</p> <p style="text-align: center;">ESPECÍFICAS</p> <p>A. Los factores procesales que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son las presunciones judiciales.</p> <p>B. Los factores normativos que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son las del carácter de seguridad jurídica.</p> <p>C. Los factores doctrinarios que inciden para la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana son la sana crítica y valoración razonada.</p>	<p style="text-align: center;">INDEPENDIENTE:</p> <p>Criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral</p> <p style="text-align: center;">DEPENDIENTE:</p> <p>Indemnización</p>	<p style="text-align: center;">INDEPENDIENTE:</p> <p>-Criterios procesales. -Criterios normativos. -Criterios doctrinarios.</p> <p style="text-align: center;">DEPENDIENTE:</p> <p>-Resarcimiento. -Reparación de daños y perjuicios</p>	<p style="text-align: center;">MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>-Métodos generales: Inductivo y deductivo</p> <p>-Métodos particulares: Método exegético Método sistemático. Método teleológico. Método histórico.</p> <p style="text-align: center;">TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Investigación aplicada.</p> <p style="text-align: center;">NIVEL DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Nivel explicativo.</p> <p style="text-align: center;">DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:</p> <p>Diseño no experimental, transeccional.</p> <p style="text-align: center;">TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</p> <p>-Análisis documental -Observación</p>

					INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS Ficha de análisis documental.
--	--	--	--	--	--

CONSIDERACIONES ÉTICAS

En la presente investigación se han aplicado los siguientes principios éticos:

1. Consentimiento informado, por el cual se informó a los participantes de la encuesta la forma en que se plantearon las preguntas, y la utilidad que esta tendrá en el ámbito de la investigación, siendo sólo para dichos fines investigativos en los que se utilizarán las respuestas otorgadas.
2. No divulgación, por el cual las respuestas obtenidas de la encuesta aplicada no serán difundidas en otros medios que no sean los de la presente tesis, salvo que exista una autorización expresa para que pueda divulgarse en otros ámbitos.
3. Respeto de los derechos de autor, por el cual las fuentes de información utilizadas en la presente investigación han sido debidamente citadas, respetando los derechos de autor de cada concepto, y utilizando para ello el sistema de citado Vancouver.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo _____ de _____ años de edad, identificado con DNI Nro. _____ Abogado con Colegiatura _____ acepto voluntariamente participar en el trabajo de investigación, el cual tiene como fin: determinar cuáles son los criterios jurídicos para establecer la probanza del daño moral y su indemnización en la legislación peruana.

Toda información que se obtenga a través de este cuestionario será usado por el investigador responsable con la finalidad de elaborar un trabajo de investigación.

Se garantiza el anonimato y la confidencialidad en su totalidad de la información obtenida. Habiendo sido informado de forma adecuada sobre los objetivos del mismo, acepto y firmo este documento.

Huancayo, _____ de 2020

FIRMA

