



*“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA
INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”*



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRO EN CIVIL Y COMERCIAL

Tesis presentada para optar el Grado Académico de Maestro

**“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA
INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”**

PRESENTADA POR:

ROBERTO JAVIER LINGÁN GUERRERO

LAMBAYEQUE – PERÚ

2014



*“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA
INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”*



ROBERTO JAVIER LINGÁN GUERRERO

M Sc. MARIANO LARREA CHUCAS

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: **MAESTRO EN DERECHO CON MENCION EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL.**

APROBADO POR:

DR. OSWALDO MENDOZA OTINIANO
PRESIDENTE

DR. RENÁN ARBILDO PAREDES
SECRETARIO

M. Sc. WALTER RAMOS MANAY
VOCAL

Febrero, 2015



*“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA
INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”*



DEDICATORIA

*Dedico este trabajo a mis padres, las
únicas personas que desde un
principio me brindaron su apoyo
incondicional.*



*“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA
INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”*



AGRADECIMIENTO

A Dios, por iluminar y guiar nuestro camino a diario, porque sin su ayuda no podríamos superar los obstáculos que se presentan en nuestra vida.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



ABSTRACT

Routinely special cases so that the legislature must act, providing a good and fair motivation to specific cases, and if it's award compensation referred to a very difficult to prove damage but certainly it should be noted repairs are to prevent further damage a person hurt feelings may cause, as referring to compensation for moral damage, an issue that has caused problems in doctrine and legislators to explain and determine a correct quantification according to injury to a person.

Although as I said, the moral damage is damage suffered by a person for any situation that involves your life in such a way that produces a sentimental affectation, no assets subject to injure the personality or values of this; damage may not recover with economic quantification but soothes spirits of vengeance of a person who has suffered an emotional shock.

Determining a correct quantification depend a right decision and that may be placed in each particular case that may occur in our legislation.

However this complexity may end if we help -of correctly and assuming the challenges of our reality of comparative law, one to which both have resorted notwithstanding anything besides with support from health professionals committed to doing justice by the community.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I: ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	12
1. ASPECTO DE LA PROBLEMÁTICA	12
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	13
1.3. OBJETIVOS	15
1.4. HIPOTESIS	15
1.5. VARIABLES	15
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO.....	16
2. MARCO TEORICO.....	16
2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	16
2.2. BASE TEORICA.....	22
3. DAÑO MORAL.....	26
3.1. CONCEPTO:.....	29
3.2. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL.....	29
3.3. TIPOS DE DAÑO MORAL.....	30
3.4. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE REUNIR EL DAÑO MORAL.....	32
3.5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MORAL.....	34
3.6. DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984	36
4. INDEMNIZACIÓN	38
4.1. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS	39
5. INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL	40
5.1. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DEL ARTÍCULO 351 DEL CÓDIGO CIVIL.....	41
5.2. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN CASO DEL ARTICULO 1322 DEL CODIGO CIVIL.....	43
5.3. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DEL ARTICULO 1984 Y 1985 DEL CODIGO CIVIL.....	44
6. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO	45
6.1. QUANTUM INDEMNIZATORIO DEL DAÑO MORAL.....	46
6.2. CONDICIONES PARA EL DAÑO REPARABLE	50
6.3. CRITERIOS DE CUANTIFICACION EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS	56



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



6.4. CRITERIOS DE CUANTIFICACION NACIONAL.....	72
CAPITULO III:	77
3. ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS	77
3.1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS.....	77
3.2. POBLACION Y MUESTRA.....	77
3.3. ENCUESTA	77
3.4. CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACION	79
3.5. MATERIALES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:	85
3.6. INSTRUMENTOS:.....	85
3.7. METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE DATOS	85
3.8. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS.	85
3.9. PRESUPUESTO.....	86
3.10.FINANCIAMIENTO:	87
3.11.PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO	95
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	103



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



RESUMEN

Rutinariamente se ven casos especiales por lo que el legislador debe pronunciarse, proporcionando una buena y justa motivación a casos concretos, y más si se trata de otorgar una indemnización referida a un daño muy difícil de probar pero que sin duda alguna debe señalarse una reparación para evitar otros daños que una persona dolida en sentimientos pueda ocasionar, refiriéndonos pues a una indemnización por concepto de daño moral, un tema que ha causado problemas en doctores y legisladores para poder explicar y determinar una correcta cuantificación de acuerdo al daño causado a una persona.

Si bien ya dicho esto, el daño moral es un perjuicio que sufre una persona por cualquier situación que comprende su vida de una manera tal que produce una afectación sentimental, no patrimonial sujeta a lesionar la personalidad o valores de esta; daño que no podrá resarcirse con una cuantificación económica pero que podrá calmar ánimos de venganza de una persona que ha sufrido algún choque emocional.

La determinación de una correcta cuantificación dependerá ya de una correcta decisión que se pueda otorgar en cada caso en concreto que pueda darse en nuestra legislación.

Sin embargo esta complejidad puede terminarse si nos ayudamos -de manera correcta y asumiendo los retos de nuestra realidad- de la legislación comparada, aquella a la que tanto hemos recurrido sin perjuicio de nada, además con apoyo de profesionales de la salud comprometidos a realizar justicia por la comunidad.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



INTRODUCCIÓN

¿Es posible resarcir el dolor de una madre por la muerte de su hijo, quien falleció en un accidente automovilístico? ¿Puede una persona que ha sufrido encarcelamiento durante varios años y al final es libre por haber sido sentenciada sin pruebas, exigir indemnización por su pérdida de libertad?, si como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte, alguien pierde por completo su prestigio y su patrimonio, ¿puede exigir resarcimiento a los daños extrapatrimoniales? ¿Cómo podría materializarse, de ser afirmativa la respuesta a estas interrogantes, el resarcimiento de estos daños?

La respuesta a estas interrogantes muestra una mayor complejidad para el sistema jurídico, ya que requiere de una racionalidad y organización detallada que el juez por ser conocedor del derecho debe analizar de acuerdo a las diversas situaciones que se presenten.

Si nos remontamos a la concepción primitiva de justicia que se tenía antiguamente, ésta se basaba en la venganza privada, al castigo, que buscaba que cada persona haga justicia por su propia mano, dando lugar a la denominada Ley del Talión que consistía en retribuir una ofensa por otra ofensa causando un daño idéntico o similar al causante.

Sin embargo al iniciarse una evolución de la organización institucional, con el tiempo y la creación y evolución del Estado, se llegó a la distinción entre la pena y la reparación, pues el Estado es quien castiga a los culpables, en tanto que los particulares reciben la indemnización.

Al conocer esto, podemos decir que una REPARACIÓN está en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos o cuando la víctima ha sido culpable del daño. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona.¹

En el Derecho Civil, se habla fundamentalmente de tener una responsabilidad hacia la víctima, persiguiendo el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente si el causante merezca o no una sanción, pudiendo referirnos aquí a la INDEMNIZACIÓN que quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a indemnizar.

Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes cuando se habla de sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también por el daño personal.²

Por lo tanto para que se obtenga una indemnización, tiene que existir obligatoriamente un DAÑO; palabra que proviene del latín “demere” que significa “menguar”, siendo entendido como “el detrimento” o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al interés jurídico general de “no verse dañado por la conducta de otro sujeto”, tornándose luego en un interés específico de la víctima). En derecho civil, la palabra “daño” representa el menoscabo, detrimento, perjuicio que por acción de otro

¹ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, la segunda acepción de responsabilidad es “deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”; a su vez la primera acepción de responsable no puede ser más ilustrativa: “obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona”

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, CASACION Nº 4664-2010-PUNO. Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Pág. 48.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



se recibe en la persona ya sea en sus bienes vitales naturales, ya sea en su propiedad o en su patrimonio.³

El daño es todo menoscabo o pérdida que una persona sufre en si misma o en sus bienes producido por un agente externo. De Cupis⁴ expresa que la conducta que produce tal menoscabo debe ser, necesariamente, antijurídica, u hecho ilícito, a fin de que sea sancionado por el derecho.

Desde el punto de vista de la norma jurídica y siguiendo a De Cupis,⁵ el daño tiene dos elementos: uno material que consiste en el hecho físico y otro formal o daño no patrimonial o moral.

Además de lo que señala el autor, también existen tipos de daño de los que podemos mencionar al daño patrimonial y al daño extrapatrimonial; donde el primero de ellos es la lesión de derechos de contenido económico, subdividiéndose en daño emergente y lucro cesante; mientras que el daño extrapatrimonial dentro de la sistemática actual del Código Civil peruano comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el daño moral expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima que por lo general son pasajeros y no eternos.

³ ZANNONI, Eduardo A. (2005). El daño en la responsabilidad civil. Tercera edición. Buenos aires. Editorial Astrea, p. 1. Citado por Dra. Silvia Roxana Sotomarinó Cáceres en EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ANÁLISIS EN EL DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO NACIONAL. Pág. 24-25

⁴ Cupis, Adriano de, EL DAÑO (traducción de Ángel Martínez), Barcelona, Editorial Bosch, 1975, pág. 88.

⁵ Idem, pág. 82



CAPITULO I: ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. ASPECTO DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antiguamente la reacción primitiva para la reparación del daño moral, era la de retribuir una ofensa por otra ofensa aplicando la famosa ley del Talión, en la cual la retribución era de la misma naturaleza que el daño, ello inspirado en un sentimiento de venganza. Luego los romanos, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas: honeste vivere (vivir honestamente), suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo) alterum non laedere, (es decir no dañar al otro).

Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber cómo comportarse en relación con los demás; así el principio del alterum non laedere estaba en relación a otro, o lo que es lo mismo tenía sentido únicamente en la vida en sociedad.

Por lo que, el derecho ya en la actualidad no protege entonces a la persona que causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a ese otro en una situación lo más parecido posible o como se encontraba antes de sufrir el daño.

En efecto, el desarrollo histórico del concepto de responsabilidad civil deriva de la obligación de satisfacer el daño a la pérdida causada, es por esto que al hablar de daño moral debemos tener en cuenta que es un daño que causa algún deterioro a la persona en su íntegra armonía psíquica, emocional, afectiva o bien en su reputación o en su buena fama y por qué no decirlo en su autoestima, teniendo por bien merecido que una persona perciba un adecuado quantum indemnizatorio para remediar aquel daño moral causado.

Pero, ¿será justo el monto indemnizatorio que recibe una persona en arras a resarcir el daño moral que en algún tiempo se le produjo? Esta es una de las



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



tantas preguntas que más de una vez se plantea y que reviste la mayor complejidad para el sistema jurídico, ya que éste es producto de una racionalidad y organización propia del Estado y los legisladores ya que estos son los llamados a otorgar justicia de acuerdo a la situación que pueda presentarse, no dejándose llevar solo por su conciencia y equidad sino por el verdadero daño extrapatrimonial o moral que haya sufrido la persona.

A raíz de esto se han esbozado diversos métodos y criterios en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparada, de donde se advierte que los criterios de evaluación de los daños extrapatrimoniales no son uniformes, y por tanto existen múltiples aspectos que deben ser tomados en cuenta.

En nuestro ordenamiento jurídico no ha sido adecuadamente tratado el tema referido a los mecanismos de determinación del monto de la indemnización del daño moral, salvo por contados esfuerzos doctrinarios que han tratado de darle solución al problema, pero que aun así no se determina detalladamente ni se establece de manera firme un monto en específico que pueda satisfacer las necesidades que acarrea un daño moral, dejando como consecuencias resoluciones que no están acorde con el remedio del perjuicio causado.

1.1.1. Formulación del Problema.

¿Cómo determinar la cuantificación del daño moral para una correcta indemnización civil en nuestra legislación?

1.2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

De acuerdo a nuestra vida cotidiana y a los diversos casos que existen se formula distintas preguntas como ¿Puede repararse el daño moral que sufre un niño de 8 años de edad al que, por causa de un diagnóstico equivocado, o de una confusión de historias clínicas, se le amputa una pierna? ¿Puede una persona que ha sufrido encarcelamiento durante varios años y que sale libre por haber sido sentenciada sin pruebas, exigir indemnización por su pérdida de libertad? ¿Es posible resarcir el dolor de una madre por la muerte de su menor hijo, quien



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



falleció en un accidente automovilístico? ¿Qué es lo que hacen los jueces cuando determinan el quantum indemnizatorio por daño moral?, ¿qué variables consideran al otorgar cierta cantidad de dinero y no otra?, o ¿cuál es la importancia relativa de dichos lineamientos al momento de fijar la indemnización?

La respuesta a estas interrogantes son muy complejas en su desarrollo y más aún si sabemos que nuestra legislación no otorga la suficiente importancia en el establecimiento de una justa indemnización de acuerdo a los casos en concreto que se presentan en nuestro país, ya que se protege más al patrimonio en todos sus aspectos que a la propia persona y sus diversos daños que le pudieran ocurrir.

Es por este motivo, que se ha seleccionado este tema por tener gran relevancia jurídica en la realidad social vista en casos específicos; puesto que cuando el legislador determina un monto para resarcir el daño moral de una persona, solo tiene en cuenta su criterio más no un determinado valor que remedie el daño moral que se ha producido, incurriendo en más de una ocasión en injusticias mereciendo esto una confusión y rechazo social.

Por tanto, este tema es importante porque así a través de la investigación que se realice se pueda idealizar posibles soluciones para establecer una correcta cuantificación del daño moral en una indemnización civil, tomando de referencia el trato e importancia que le da el derecho comparado y el derecho nacional en otras de sus ramas de acuerdo a la magnitud o intensidad que el daño incurra en ciertas personas.

De acuerdo a esto se espera lograr que los legisladores utilicen determinados montos de acuerdo a las situaciones para que de una u otra manera concluya un debido proceso con firmeza y fundamentación lógica, impartiendo justicia dando pie a que la sociedad confíe en nuestro ordenamiento jurídico.



1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

- Lograr un criterio coherente para la aplicación de una correcta cuantificación indemnizatoria como consecuencia del daño moral causado en casos concretos.

1.3.2. Objetivos específicos

- Desarrollar conceptos referidos al daño moral visto desde un ámbito indemnizatorio civil.
- Establecer las propuestas nacionales como extranjeras para determinar la cuantificación del daño moral.
- Identificar en casuística nacional la determinación del monto indemnizatorio en casos concretos.

1.4. HIPOTESIS

De acuerdo a lo previamente investigado, la determinación de la cuantificación del daño moral sería posible de acuerdo a los estándares que se puede encontrar en la legislación comparada, pero adaptándola a nuestra realidad social y casos en concreto.

1.5. VARIABLES

1.5.1. Variable independiente

Determinar la cuantificación del daño moral

1.5.2. Variable dependiente

Una correcta indemnización civil en nuestra legislación



CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2. MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

El análisis histórico y en especial el de las fuentes romanistas tiene como menciona Guido Alpa⁶, un triple valor para los civilistas: permite tener una idea de la terminología y conceptos generalizados en la cultura jurídica; permite comprender la influencia de la doctrina romanista en la construcción de modelos jurídicos; y también verificar como la fantasía de los juristas llega a materializar las reglas auspiciadas que son derivadas de una tradición limitada, manipulada, alterada, remodelada según las propias necesidades y fines perseguidos lo que se observa desde Ulpiano en el periodo romano clásico.

Hay que resaltar en todo caso, que antiguamente se practicaba la justicia por mano propia; es decir, la venganza privada, causándose al victimario un daño idéntico al sufrido por la víctima, ya sea contra el autor directo de dicho daño, a un familiar de este, a una tribu, etc. El que causaba daño a otro, quedaba expuesto a la venganza del ofendido o al de todo su clan, la cual era reconocida como licita y sin limitación alguna, siendo revelado por el código de Hammurabi (creado aproximadamente 1790 años a.C.).

Un progreso de este estado de las relaciones humanas fue logrado con el establecimiento de “la Ley del Talión” que se evidenció en los pueblos cuando aparecieron rasgos de vida organizada generándose cierto principio de reciprocidad entre el daño causado y la pena aplicada.

Con el tiempo, nace la responsabilidad a resarcir el daño, aplicándose el castigo al agresor mediante la entrega de una suma de dinero; que si era aceptada, implicaba la renuncia al Talión, cuando el uso de esta ofrenda se

⁶ ALPA, Guido (2006). Nuevo tratado de la Responsabilidad Civil. Primera edición en castellano. Lima: Jurista Editores, p.68.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



generalizo y se convirtió en obligatorio, nació la exigencia de reparar el daño aunque con características muy diferentes a las actuales.

Producido el daño, surgía para el victimario una doble consecuencia, por un lado una deuda de dinero y por el otro una eventual responsabilidad personal, quedando a elección del ofendido el derecho de optar entre uno y otro. En Roma no existió un principio general de la responsabilidad sino que se hizo público el tratamiento de un conjunto de casos; sin embargo, los jurisconsultos y también los pretores extendieron los casos sobre los que había pronunciamientos a otros que se generaban.

La responsabilidad civil establecida desde los tiempos de la antigua Roma, mostraba en la ley de las XII Tablas, la autorización a los acreedores a conducir después de sesenta días de prisionero al deudor para venderlo como esclavo. Ella sería desarrollada posteriormente por obra de los juristas medievales. En relación al daño, a nivel contractual se vincula a la necesidad de demostrar la culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o el dolo, en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso.

Respecto del daño moral, es indispensable destacar que este se construyó en contra o más bien sobre el principio de la no resarcibilidad de los daños no patrimoniales fundado en base a la concepción tradicional del derecho privado como sistema consagrado para la protección de intereses económicos⁷, bajo esta perspectiva los intereses no patrimoniales serían jurídicamente relevantes y los daños resarcibles solo en casos excepcionales y con previa triplicación sobre todo penal.

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

⁷ ROZO SORDINI, Paolo Emanuel (2002). El daño biológico. Primera edición en español. Bogotá; Universidad del Externado de Colombia, p.80. Citado por Felipe Osterling Parodi en Indemnización por daño moral.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Como algo nítidamente diferente del daño en sentido estricto, que es el daño patrimonial, aparece la figura denominada "daño moral". La polémica surgió inicialmente en Francia y posteriormente en otros países en el sentido de la admisibilidad de una indemnización respecto de este tipo de daño, entre quienes sostenían que el único daño que el Código declara indemnizable es el daño en sentido estricto o daño patrimonial, y entendían que el llamado daño moral podía englobarse en un amplio concepto de daño que no cualifica el tipo de éste.

Se habla entonces de la arbitrariedad que se suscita en el momento de fijar o cuantificar el daño moral, así como en la utilización que a veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba.

Es preciso recordar que para entender un sistema no se debe pensar solo en la legislación positiva, sino en la sociedad en su conjunto, que comprende su momento y circunstancias históricas, sociales, económicas, culturales e intelectuales.

En tanto, en principio nuestra legislación, en su codificador civil de 1852, de acuerdo a la tradición de la época, basó la determinación de la responsabilidad en el principio de la culpa⁸, la que no se presume y debe ser probada, tanto en los contratos como en las obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos, aunque en algunos supuestos se aprecia una leve introducción a la objetivación de la responsabilidad.

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

Con este numeral, se dio uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana para introducir el daño inmaterial, siendo interesante lo relativo a la

⁸ Artículo 1265.- El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención, por culpa o dolo de la parte obligada.

En cuanto a las obligaciones que nacen de delitos o cuasidelitos:

Artículo 2210.- El que sin culpa alguna causa un daño, no está obligado a la reparación



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



graduación de la indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido, lo que le proporciona independencia respecto del daño patrimonial, pudiéndose calificar y cuantificar de manera aislada y autónoma a los daños materiales, en caso de coexistir éstos en el caso concreto.

Sin embargo, el Código Civil de 1936, que se mantuvo dentro de la tradición de la culpa -con algunas excepciones-, no reguló el daño moral contractual -la jurisprudencia lo introdujo-, pero tímidamente reconoció el daño moral extracontractual en el artículo 1148: “al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”.

Por su novedad y forma de inclusión en la norma, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele así un carácter subsidiario,⁹ a pesar de que la Exposición de Motivos de este Código, aunque lacónica, las distinguía y no estableció en modo alguno tal subsidiariedad: “No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales... Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales.”

La evolución del tratamiento de este tipo de daño fue iniciada a nivel de doctrina nacional por León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, quienes coincidían en que el criterio a predominar atendía a la reparación independiente del daño moral, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió ese parecer, aunque no de inmediato.¹⁰

⁹REY DE CASTRO, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima, p. 352.

¹⁰ “**Jurisprudencia nacional.**- En la causa 381/1943, R.S. 6.7.43, la Corte Suprema declaró que la indemnización por el daño moral no era admisible por vía de acción, sino como consecuencia de otras demandas. Este punto de vista no llegó a prosperar; era evidentemente restringido, admitiéndose más adelante acciones aisladas por daños extrapatrimoniales.

En la causa en que recae la ejecutoria de 7.5.1945, (Anales 1945, p. 218) un Banco es demandado por la víctima del rechazo de un cheque falto de fondos que luego se protesta. El Tribunal Supremo conceptúa que, habiendo el



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



El vigente Código civil, (Código Civil de 1984) que introdujo la responsabilidad objetiva para el caso del riesgo creado (bienes y actividades riesgosas o peligrosas) en la responsabilidad extracontractual, reconoce y regula el daño moral tanto en la esfera obligacional como en la denominada extracontractual:

“Responsabilidad por inejecución de obligaciones:

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

Responsabilidad extracontractual:

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

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

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

Banco reconocido su equivocación dirigiéndose al Notario y a la Cámara de Comercio, no procede el pago de indemnización pecuniaria, siendo infundada la demanda.

En la causa resuelta por E.S. de 23.5.1945 (Anales 1945, p. 222) se hace referencia a la denuncia por robo y la detención del inculpaado que prueba su inocencia. El agraviado demanda reparación por el daño moral. (El Ministerio Público aplica e interpreta erróneamente el inc. 1º del art. 1137 del C.C.). Se desestima la acción e injustamente el actor no obtiene reparación alguna.

En la causa 948/1954, E.S. 25.11.54 (Rev. Jur. Per., Jun. 1955, n. 137) se condena a una Beneficencia a indemnizar a los deudos por la extracción de un cadáver de un nicho temporal sin haberse cumplido el plazo, siendo arrojados los despojos a la fosa común.

En la causa 1183/1955, E.S. 7.7.56 (Rev. Jur. Per., 1956, p. 1217) se admitió aisladamente la indemnización por el daño moral causado al demandante con publicaciones contra su buen nombre, al imputársele una actitud incorrecta con motivo de haber tomado exámenes al hijo del actor que quedó desaprobado.”

Fuente: REY DE CASTRO, Alberto. Ob. Cit., p. 353.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



producido dentro de una relación obligacional o fuera de ésta.¹¹ Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el artículo 17 del Código civil, son el de igualdad entre varón y mujer (no discriminación), a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor. Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como de los derechos fundamentales en general, además de las acciones – civiles o constitucionales- que puedan ejercerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria, puesto que los supuestos para su ejercicio se dan: antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución (la regla general es que el factor de atribución es subjetivo, y solo a modo de excepción será objetivo, por lo que dicha regla se mantiene, debiendo analizarse las circunstancias y los hechos de cada caso a fin de aplicársele el factor que corresponda).

En nuestro sistema jurídico existen distintas posiciones doctrinarias, siendo este uno de los temas más conflictivos a la hora de adoptar una solución coherente con el sistema de la reparación del daño moral como asimismo con criterios de valoración concordantes entre los distintos decisorios judiciales, ya que encontramos en la doctrina y la jurisprudencia posiciones totalmente disímeles.

Nos encontramos con fallos que determinan el quantum del daño moral en un porcentaje del daño patrimonial. Los argumentos en contra de esta postura son contundentes, el daño moral es independiente del daño patrimonial y, como tal, puede incluso ser mayor o el único daño resarcible frente al daño material que puede resultar ínfimo o inexistente.

Hay casos que se resuelven de acuerdo a sus circunstancias dentro de un marco de absoluta discrecionalidad por parte del juzgador. En estos supuestos el monto de la reparación por daño moral queda librado a la pura subjetividad y a la

¹¹ Artículo 17 del Código civil.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria. (el subrayado es nuestro)



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



prudencia judicial. El riesgo que se corre en estos decisorios es que resulten arbitrarios.

Si bien, con frecuencia, las sentencias son fundadas, enunciando las variables relevantes que se utilizan para fijar el quantum indemnizatorio, habitualmente omiten precisar cuál es la relación que existe entre dichas variables y la indemnización fijada. En consecuencia, tales fallos no tienen suficiente fundamentación, lo que podría dar lugar a la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

2.2. BASE TEORICA

Si bien el daño está regulado en el Código Civil, éste no nos brinda una definición del mismo. De tal manera que debemos acudir a la doctrina para poder establecer los alcances de esta concepción.

Así el jurista Felipe Osterling,¹² señala que el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial.

De la misma manera este mismo jurista menciona a Lafaille, autor argentino, quien apunta que el daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca, asimismo, el beneficio que no pudo hacerse efectivo. A su turno, Alfredo Orgaz de la misma nacionalidad define al daño como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones, o bien, en otras hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas¹³

¹²OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p.373

¹³LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezónico, 1926, Vol. I, Tomo VI, p. 195. ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. Buenos Aires: Editorial OMEBA, 1960, p. 37 citado por Felipe Osterling Parodi en Indemnización por daño moral.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Por su parte Jaime Santos Briz,¹⁴ nos dice que el daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra. Además, el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, pues tiene que existir una infracción a la norma jurídica.

De lo expuesto se desprende que el daño es una lesión total o parcial que causa pérdida de beneficios de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial perjudicando a una persona.

De la misma manera se observa que existen dos tipos de daño, como ya se mencionó, uno material o patrimonial y moral o extrapatrimonial, concluyendo que el daño material o patrimonial es aquél menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades. A su vez, la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto.

Y que el daño moral según el profesor Taboada Córdova¹⁵ indica que, “por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima” (...)

Por otro lado, Ortiz Ricol¹⁶ sostiene que: “El daño moral es...daño inferido en derechos de la estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica...es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales”

¹⁴SANTOS BRIZ, Jaime citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p.369.

¹⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Lima, segunda edición, Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 64

¹⁶ Ortiz Ricol, Gregorio, “Valoración jurídica del daño moral”, Revista de derecho y Legislación, Caracas, año XLVIII, enero-febrero de 1959. Pág. 24, citado por Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña en EL DAÑO MORAL, pág. 627



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Así mismo sobre el concepto de Daño Moral Vielma Mendoza¹⁷, profesora de la universidad de los Andes, en Venezuela, hace las siguientes reflexiones:

“Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo”, posteriormente considera: “los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica”.

Entendiendo entonces, que el daño moral es un perjuicio que sufre una persona por cualquier situación que comprende su vida de una manera tal que produce una afectación sentimental, no patrimonial sujeta a lesionar la personalidad o valores de esta.

En tanto a la indemnización debemos saber que los bienes materiales no son los únicos susceptibles de percibir un daño, sino también aquellos que no ocupan un espacio físico. La persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales. En estos casos no se podría aplicar el daño patrimonial, por lo que el legislador peruano ha previsto en el Código Civil la tutela del daño moral.

De lo expuesto y como anteriormente se ha señalado, el daño moral surge cuando el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para

¹⁷ Vielma Mendoza, Yoleida. UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DAÑO MORAL EXTRA CONTRACTUAL. Profesora de Derecho Civil Universidad De Los Andes (Mérida- Venezuela). Doctora en Derecho - Universidad de Salamanca (España) II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, organizado por la Universidad de Girona, España



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestandola en su seguridad personal o hiriéndola en sus afecciones legítimas, por lo que el daño se dirige al objeto mismo sobre el cual recae la acción, de manera tal que cuando la acción recae sobre uno de los modos de ser espirituales, esto es sobre manifestaciones personalísimas, es daño moral.

Debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor ni motivos establecidos, en el cual un juez pueda basarse para hacer este cálculo.

Asimismo, la esencia del daño moral o extrapatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última.¹⁸

En suma, el daño moral es de índole inmaterial, y su reparación tiene por finalidad un particular resarcimiento (puesto que hay un espectro importante de este tipo de daño, que nada puede borrar, ni restituir al estado anterior lo que, por ejemplo, se ha padecido emocional y físicamente), distinto al del daño patrimonial o material, que es de tipo compensatorio, ya que aquél, como se verá, más bien apunta a una satisfacción.¹⁹

Se debe entender que el monto indemnizatorio por daño moral no tiene carácter de pena privada impuesta al ofensor, pues en la práctica se calculan el mismo en función de la culpa o el dolo del responsable y de su capacidad económica.

Hay quienes enrolados en la doctrina resarcitoria, a los fines de cuantificar el daño moral, atienden a la entidad del daño en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado. Para ello, se tienen en cuenta las circunstancias del caso y

¹⁸BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 243-244.

¹⁹DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Perú. pp. 93 y ss.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



las condiciones personales de la víctima para determinar el daño moral experimentado por el damnificado.

3. DAÑO MORAL

El concepto de daño moral no es universalmente aceptado, puesto que su origen proviene de la doctrina francesa y ha sido traducido directamente en otras legislaciones no adecuándose a la situación que cada una de ellas presenta; sin embargo existen autores que denominan a este daño como daño no patrimonial, daño inmaterial, daño no económico o daño extrapatrimonial, pero que todos ellos se refieren a lo mismo.

Así a modo de introducción, Jean Carbonnier²⁰ expresa:

“daño moral es el que no produce detrimento patrimonial alguno”

Ortiz Ricol,²¹ sostiene que:

“El daño moral es...daño inferido en derechos de la estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica...es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales”

En Argentina, Gobetti²² considera que:

“El daño moral es el padecimiento de índole espiritual que sufre una persona herida en sus afecciones legítimas. Está en juego un interés jurídico de orden afectivo, es la incidencia del acto ilícito en la psiquis del damnificado”.

²⁰ Jurista francés más importante del siglo XX. Especialista en derecho civil y profesor en derecho privado. Citado por Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña en EL DAÑO MORAL, pág. 627

²¹ Ortiz Ricol, Gregorio, “Valoración jurídica del daño moral”, Revista de derecho y Legislación, Caracas, año XLVIII, enero-febrero de 1959. Pág. 24, citado por Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña en EL DAÑO MORAL, pág. 627

²² Gobetti, Esther. Daños y perjuicios en la legislación Argentina. Documento sin editar, incluido en octubre de 2003 en la página. www.monografias.com, egobetti@yahoo.com.ar



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Sobre el concepto de Daño Moral Vielma Mendoza²³, profesora de la universidad de los Andes, en Venezuela, hace las siguientes reflexiones:

“Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo” (sic), posteriormente considera: “los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica”.

En España, según Carballal²⁴ y colaboradores señalan:

“se entiende por daño moral o daño psíquico aquel que afecta a la víctima como consecuencia de haber experimentado una vivencia traumática que necesariamente no tiene por qué acarrear consecuencias dolosas de carácter patrimonial o físicas (a la salud), afectando en mayor o en menor medida al desempeño de las actividades de la vida diaria –trabajo, relaciones sociales, ocio, relaciones familiares, etc.- que pueden verse afectadas hasta el punto que el sujeto se vea en la obligación de abandonarlas debido a la incapacidad que experimenta para llevarlas a cabo con éxito”

²³ Vielma Mendoza, Yoleida. UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DAÑO MORAL EXTRACONTRACTUAL. Profesora de Derecho Civil Universidad De Los Andes (Mérida- Venezuela). Doctora en Derecho - Universidad de Salamanca (España) II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, organizado por la Universidad de Girona, España.

²⁴ Carballal, Alicia; Arce, Ramón; Carrera, Olaia; Novo, Mercedes.

DE LA SIMULACIÓN DE DAÑO MORAL EN ACCIDENTE DE TRÁFICO. Departamento de Psicología Social. Universidad de Santiago de Compostela. Documento presentado en el 4º Congreso Virtual de Psiquiatría Interpsiquis 2003 De 1 al 28 Febrero 2003 en la página www.psiquiatria.com.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



En nuestro país, el Doctor Aníbal Torres Vásquez²⁵, lo define como:

“El daño moral no es otra cosa que el padecimiento del espíritu; el sufrimiento, la angustia de la persona como consecuencia de la afectación de sus derechos, este daño no es tan fácil de probar, este daño se presume en muchos casos”

Carlos Fernández Sessarego²⁶, se refiere al daño moral como:

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

Así mismo, el profesor Taboada Córdova²⁷, realiza una diferencia entre daño moral y daño a la persona indicando que:

*“por **daño moral** se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima” (...) “la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de **daño a la persona** es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de*

²⁵ Ponencia a cargo del Dr. Aníbal Torres Vásquez en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, sobre RESPONSABILIDAD CIVIL. <https://www.youtube.com/watch?v=eTO5QprBMJM>

²⁶ Fernández Sessarego, Carlos. DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE “DAÑO A LA PERSONA”, “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” Y “DAÑO MORAL”. Pág. 61.

²⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Lima, segunda edición, Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 64-70.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos. (...)

Como se observa, según la definición de los autores antes citados, coinciden que el daño moral es un perjuicio que sufre una persona por cualquier situación que comprende su vida de una manera tal que produce una afectación sentimental, no patrimonial sujeta a lesionar la personalidad o valores de esta; señalando además de acuerdo a lo que nos refiere el último autor, el daño moral como el daño a la persona tratan de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos, tema en específico que será elaborado en este trabajo.

3.1. CONCEPTO:

Este tipo de daño se denomina también “daño no patrimonial”, “daño extrapatrimonial”, “daño extraeconómico”, “daño biológico”, “daño a la integridad psicosomática”, “daño a la vida de relación”, entre otros.

El concepto de daño moral se fundamenta en el sufrimiento, en el trastorno psicológico, en fin, en la afectación espiritual o el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima.

Parte de la doctrina estima que el daño moral se agota en el ámbito de la personalidad, que se limita al deterioro de los sentimientos sin ninguna consecuencia pecuniaria; lo cierto es, sin embargo, que debe reconocerse que en la actualidad, la dogmática jurídica reconoce lo que se denomina daño moral puro y daño moral con consecuencias patrimoniales, que deben indemnizarse, en la medida que se encuentren acreditados.

3.2. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL

El daño moral es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador.

Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos. Ello no implica que cualquier persona podrá interponer una demanda por daño moral, solo podrán interponerla las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales.

Para que no haya escepticismo al respecto, aclaramos que si una persona es afectada directamente por la ilegalidad de un acto, puede interponer acciones legales. Igualmente las personas que a raíz de un acto u omisión ilegal sean afectados indirectamente, por su relación con el perjudicado, podrán interponer el citado proceso.

Algunos autores han establecido que únicamente las personas naturales podrán interponer este tipo de demandas, ya que las jurídicas no son susceptibles de percibir una acción afectiva. Sin embargo otros afirman, que si bien es cierto no son capaces de tener sentimientos, si tienen lo que se conoce como respetabilidad, honorabilidad y prestigio. Por lo cual, a criterio de la mayoría de los filósofos del derecho, bien puede demandar, una persona jurídica por daño moral.

3.3. TIPOS DE DAÑO MORAL

Al estudiar el daño moral, nos damos cuenta que este tiene varios tipos de daño, la cual se deben de tener en cuenta para analizar cada caso en concreto, así tenemos:

3.3.1. El daño psíquico:

Atenta contra la estabilidad psíquica de la persona creándole diversas patologías que se manifiestan a través de síntomas e inhibiciones, las mismas que



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



impiden el libre desarrollo de su personalidad. Para su recuperación se debe de tener en cuenta: la magnitud de la lesión (personalidad base o síntomas y/o inhibiciones), la reparación más adecuada y su costo en el mercado (sesiones psicoterapéuticas y fármacos).

El Dr. Rolando Martin Reich²⁸, Abogado y Licenciado en Psicología quien menciona lo siguiente:

“Se ha tipificado el daño psíquico como aquel que se configura "mediante la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que altere su integración en el medio social”

En Argentina, Catex (1996), catedrático de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires afirma:

“Hablabamos de daño psíquico cuando haya disfunción o disturbio en las esferas afectiva, intelectual y volitiva que limite a la persona en su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa”

3.3.2. El daño somático:

Es un daño estructural funcional que afecta la capacidad de realizar actividades que le eran cotidianas a la víctima hasta antes del evento dañoso, asimismo, este daño impide la sociabilidad normal de la persona afectada. Para su reparación se debe tener en cuenta la magnitud física de la lesión (estado patológico previo, extensión, localización y morfología de la lesión, las circunstancias especiales del caso, actividades acordes con su edad y cultura y el nivel de socialización de la víctima) y la reparación más adecuada y su costo en el mercado (prótesis, terapias de rehabilitación y adaptación del medio a su nueva condición).

²⁸ Martín Reich, Rolando. Daño Psíquico ¿Qué se solicita al psicólogo forense?
<http://psicologiajuridica.org/psj169.html>



3.3.3. El daño a los sentimientos:

Atenta contra la tranquilidad espiritual que toda persona necesita para desarrollarse como tal. Asimismo, para su reparación se deberá tener en cuenta: la sensibilidad de la víctima y extensión de la lesión y por último la reparación más adecuada y su costo en el mercado (tratamiento psicológico u otras acciones razonables encaminadas a ayudar a superar el dolor de la víctima).

3.3.4. El daño al honor:

Que atenta contra la concepción que la víctima ha pretendido difundir en la sociedad sobre sí misma. Para su reparación se debe tener presente la magnitud de la difusión de la verdad distorsionada (forma de difusión y su extensión) y la forma y costo de la retractación.

3.4. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE REUNIR EL DAÑO MORAL

Según la Jueza Roxana Jiménez Vargas-Machuca²⁹, nos dice que dentro del concepto de “daño moral”, a modo de explicación, pueden emplearse los términos que mejor lo describan para su evaluación, tomándose las mismas como manifestaciones diversas del mismo; citando para esto al profesor argentino Jorge Mayo³⁰ en los que recoge, -sólo una parte del universo de manifestaciones del daño moral– los supuestos que considera característicos del daño moral y al examinar aquellos nos encontramos con:

- a) El “pretium doloris”, que encuadra dos aspectos diferentes: el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, que incluye las sensaciones de malestar, el insomnio o cualquier otro tipo de manifestación dolorosa que se haya originado en su disminución física, y el puro daño moral, representado por el dolor moral, que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento –no físico–, que pueden padecer tanto la víctima directa como los parientes –que están legitimados por el ordenamiento–.

²⁹ Jiménez Vargas-Machuca, Roxana. LOS DAÑOS INMATERIALES: UNA APROXIMACION A SU PROBLEMÁTICA. Themis 50, Revista de Derecho. Pág. 277-278.

³⁰ MAYO, Jorge A. “El Daño Moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran”. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 1999. pp.181-183.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



- b) El daño a la vida de relación, (o *préjudice d'agrément* como dicen los franceses). De dicho rubro puede tenerse un criterio amplio, comprensivo de todos los goces ordinarios de la vida, sean cuales fueren su naturaleza y origen, esto es, el conjunto de los sufrimientos, goces y frustraciones experimentados en todos los aspectos de la vida cotidiana en razón de la lesión y de sus secuelas, lo que parece excesivo porque podría cubrir otras situaciones características como el daño estético o el daño juvenil o el daño sexual; por ello parece más preciso limitarlo a la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas o deportivas, pero también de cualquiera que le signifique una privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida.
- c) El daño psíquico, entendido como enseña Zavala de González, como ‘una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente’, y que se desbroza en las lesiones de base orgánica y las lesiones psíquicas estrictas o neurosis traumáticas.
- d) El daño estético, que se manifiesta como una ‘deformidad’ del estado de la persona, entendida tal deformidad como toda irregularidad física–visible o no, permanente o no–, estigma o tara fisiológica, consecutivas o residuales respecto de lesiones anteriormente sufridas, y que sin necesidad de convertir al sujeto en un monstruo (...), le hacen perder su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable, in visu, afectando su anatomía exterior y no su sique o intelecto, de manera duradera –aunque no fuere definitiva–. Este estigma o tara fisiológica puede recaer en el rostro o en el resto del cuerpo humano, ya sea consistente en cicatrices, pérdidas de sustancia, de cabellos o de piezas dentarias, costurones, manchas, alteraciones de pigmentación, malformaciones, claudicación o pérdida de euritmia –armonía en los movimientos–, y en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su aspecto y natural conformación anteriores al hecho dañoso.



- e) El ‘perjuicio juvenil’, que como bien lo describe Mosset Iturraspe, corresponde al dolor que provoca en una persona la conciencia de su propia decadencia y la amargura por la pérdida de toda esperanza de vida normal y de la alegría de vivir.
- f) El perjuicio sexual, o daño resultante de la pérdida de las facultades sexuales, que da sustento, obviamente, a la reparación del daño moral, sea cual fuere la situación del sujeto afectado.

3.5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MORAL

Al querer buscar la responsabilidad civil por daño moral debemos saber que no hay responsabilidad civil si es que no hay daño y que este al existir debe ser indemnizado, ubicando al daño moral en el daño extrapatrimonial, dirigiéndonos a su vez al campo de la filosofía del derecho, ya que se trata precisamente en la axiología, el área de valores, donde encontraremos respuestas para conocer cuándo estamos frente a un daño moral en específico.

Por lo dicho, Rudolf Von Ihering³¹ expresa que:

“la jurisprudencia romana llegó en esto (daño moral) a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho.”

Así pues, si retrocedemos en el tiempo observaremos que el origen del derecho estuvo bajo normas morales que fueron sancionadas por la comunidad, pero no por carecer de un contenido económico estos valores iban a quedar desprotegidos por una norma jurídica.

³¹ lustre jurista alemán así como uno de los mayores filósofos del Derecho de Europa y de la historia jurídica continental. Citado por Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña en EL DAÑO MORAL. Pág. 628.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Sin embargo, actualmente encontramos resabios de ese lejano amanecer jurídico en el concepto de las buenas costumbres a las que el juzgador debe recurrir y evaluar por voluntad del legislador, en determinados casos.

Existe un vínculo entre las normas morales y las normas jurídicas para determinar la validez del patrimonio moral, este vínculo no es más que el derecho natural entendido como el conjunto de juicios o criterios supremos rectores de la vida social que enuncian un deber de justicia de la persona humana, la que busca desde un principio una convivencia pacífica en donde todos vivan con un mínimo de dignidad humana, dignidad que no se encuentra en los mínimos de bienestar material, sino cuando se satisface las necesidades materiales y cuando la parte afectiva no se ha visto agredida por factores externos.

En concreto Jiménez Gómez³² expresa que:

“el fundamento de la responsabilidad civil por daño moral reside en la prioridad que tienen los bienes no materiales de la persona, aquellos para los que no es posible establecer una valoración pecuniaria”.

Para lo expresado por el autor, si bien al daño moral no se le es posible establecer una valoración pecuniaria en específico, los actuales casos referidos a este daño, tienen que solucionarse otorgándoseles a los que han sufrido el daño, un valor económico determinado y considerable que pueda resarcir el padecimiento que hayan experimentado, ya que de acuerdo a doctrinarios esto sería lo más conveniente puesto que si no fuera así, las víctimas podrían hacer justicia por mano propia segadas por el sufrimiento que padeciesen. Además la reparación por acto ilícito, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.³³

³² Jiménez Gómez, Juan Ricardo, El daño moral (presentada en la División de Estudios de Posgrado, UNAM.) Pág. 33

³³ Felipe Osterling Parodi. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Pág. 416. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>



3.6. DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984³⁴

A diferencia de Argentina, donde se restringe a ciertos casos el daño moral, en el Perú se otorga una protección en sentido amplio a la reparación de este agravio. El concepto de daño moral ha sido contemplado en tres secciones de nuestro Código Civil, a saber: Derecho de Familia, Efectos de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual, detallando a continuación algunos artículos que nos ilustran sobre este daño:

Artículo 351.

“Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.”

Conforme señala Peralta Andía, se debe entender que se le ha causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente en sus bienes extrapatrimoniales, como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquél cónyuge. Este precepto deberá interpretarse sistemáticamente con los artículos 1984 y 1985 del código Civil.

Artículo 1322.

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

Respecto de este artículo, Max Arias-Schreiber sostiene que si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios patrimoniales.

³⁴ Felipe Osterling Parodi. INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL. Pág. 18-20



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Artículo 1984.

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

Artículo 1985.

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

De lo expuesto se aprecia que el legislador peruano ha optado por admitir la aplicación de la reparación en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual. Así, en la exposición de motivos del Código Civil de 1984 el maestro José León Barandiarán señala que compete al juez fijar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado quantum pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o transmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una indemnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable, salvo los casos muy singulares en que cupiese la reparación in natura; así, el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia.

Pero veremos además que al otorgar una reparación de carácter extrapatrimonial como patrimonial, se incurriría en varios desbalances al momento de analizar diversos casos en concreto, hecho que se hablará más adelante en este trabajo.



4. INDEMNIZACIÓN

La indemnización según Guillermo Cabanellas³⁵ es:

“el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado. Suma o cosa con que se indemniza. En general, reparación, compensación, satisfacción.”

La indemnización es la compensación por un daño que se haya recibido, término que se emplea principalmente en el ámbito del Derecho y permite a través de él referirnos a la transacción que se realiza entre un acreedor o víctima y un deudor o victimario, es decir, es la compensación que un individuo puede exigir y eventualmente recibir como consecuencia de haber sufrido un daño, o en su defecto por alguna deuda que mantenga con él otra persona o entidad.

La víctima pedirá una determinada suma de dinero, la cual, deberá de alguna manera equivaler al daño recibido o a las ganancias o beneficios que hubiere percibido si no se hubiese producido el daño por el cual se convirtió en víctima. Por esta cuestión es que generalmente ante estos casos se habla de indemnización de perjuicios.

Existen dos tipos de indemnizaciones, las cuales se diferencian en cuanto al tipo de daño producido. Por un lado, la **indemnización contractual**, la cual será solicitada por el acreedor cuando haya existido un incumplimiento en cuanto a normas oportunamente estipuladas en un contrato suscripto por su parte y por la parte deudora.

Y luego está la **indemnización extracontractual**, la cual se dará cuando existe un daño o perjuicio hacia otra persona o hacia un bien propiedad del acreedor y no media un contrato.

³⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 10 Edición. Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires. Pág. 52.



4.1. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El artículo 1985 del Código Civil de nuestra legislación, señala que la indemnización por daños y perjuicios comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produce el daño.

Según Pianiol y Ripert³⁶ afirma que la indemnización por daños y perjuicios se entiende como:

“...una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido”

Es así entonces que la indemnización por daños y perjuicios o indemnización de perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o la víctima para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado.

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos:

- a. La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo;
- b. La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo, y
- c. El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor³⁷

³⁶ Pianiol y Ripert. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No.821, pág. 132.



La indemnización de daños y perjuicios en el Código Civil Peruano se traduce en el pago de una suma de dinero, pues es el dinero el denominador común de cualquier valor económico. Advertimos, sin embargo, que esta solución no se acepta unánimemente, pues algunos tratadistas piensan que puede condenarse, a veces, a reparaciones más adecuadas al perjuicio causado.

Además, la indemnización de daños y perjuicios, como equivalente, es concedida por el Código Civil Peruano solo en forma de un capital y no de una renta vitalicia, como sucede, en algunos casos, en la legislación francesa. El juez no tiene en el Perú la libertad para ordenar el pago de la reparación más apta, siendo este un problema ya que no se puede determinar una correcta reparación para cada caso.

5. INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL

Al hablar de la indemnización por concepto de daño moral, también nos referimos al resarcimiento de este daño porque tanto la indemnización como el resarcimiento son un remedio de carácter pecuniario para establecer el interés dañado, inclusive si consultamos el diccionario de la Real Academia, indemnización es sinónimo de reparación y compensación al igual que el resarcimiento.

Por lo que De Cupis³⁸, nos dice que:

“el resarcimiento pretende equilibrar los intereses afectados en la medida que fueron perjudicados. Se trata, pues, de un mero acto de reparación, de restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito que ocasionó el daño.”

³⁷ Felipe Osterling Parodi. LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>

³⁸ Cupis, Adriano de, EL DAÑO. Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 751.



Así mismo, tiene por finalidad reparar los padecimientos espirituales, los sufrimientos experimentados, las angustias derivadas de la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento, la lesión a las afecciones; extremos que evidencian el carácter resarcitorio que se le asigna a esta indemnización.

El daño moral tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, y que son la paz, la tranquilidad espiritual, la libertad individual, el honor y los más sagrados afectos.

5.1. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DEL ARTÍCULO 351 DEL CÓDIGO CIVIL.

³⁹En nuestro ordenamiento legal, existen otros supuestos de indemnización como una consecuencia patrimonial del divorcio, como aquel regulado en el artículo 351º del Código Civil⁴⁰, como un efecto adicional a la pensión de alimentos que pudiera acaecer; sin embargo su fundamento gira en torno a la concepción tradicional de divorcio como sanción, criterio subjetivo por el cual se busca identificar a un cónyuge culpable y un cónyuge inocente.

Sobre el particular Alex Plácido⁴¹, sostiene que: “*La compensación del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquél se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges*”.

De esta manera el legislador, le concede al “cónyuge inocente” una suma de dinero por el concepto de “reparación” respecto al concepto del daño moral; siempre y cuando se determine que el divorcio comprometa gravemente el

³⁹ Luis Genaro Alfaro Valverde. “REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO: ¿SERÁ REALMENTE UNA FORMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL?”. Libro de Especialización en Derecho de Familia. Lima-Perú. 2012.

⁴⁰ Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente: Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

⁴¹ PLACIDO, Alex. El Divorcio, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, Pág. 36.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



legítimo interés personal del cónyuge inocente; como se advierte esta indemnización se sostiene en fundamentos distintos que el analizado.

Como se puede advertir, en el precepto normativo nacional encuentra su más resaltante expresión, el principio de la protección del interés del cónyuge más débil, que resultaría ser en el caso peruano el cónyuge más perjudicado.

La norma que contiene este artículo 351° en nuestro Código Civil, plantea el resarcimiento del daño moral que hubiera sufrido el cónyuge inocente como consecuencia de la conducta asumida de quien es determinado judicialmente como el cónyuge culpable en el proceso de divorcio. Deberíamos entender que se le ha causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente en sus bienes extrapatrimoniales como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge.⁴²

Al respecto, el maestro CORNEJO CHÁVEZ plantea una visión diferente en cuanto a la posibilidad de invocar este artículo 351°, pues según refiere, su aplicación solo será posible en los casos en que la ley no brinde la posibilidad de reparación del daño moral material, que puede ocurrir sobre todo en los casos de sevicia (hoy causa de violencia física y psicológica), atentando contra la vida, abandono del hogar, uso de estupefacientes, enfermedad venérea grave y condena privativa de libertad. Pues, a su entender, algunas veces esa reparación puede conseguirse vía penal, así como por el eventual derecho alimentario que subsana el daño material (por lo que asume un cierto carácter indemnizatorio); reconociéndose que no siempre es posible usar la vía penal, ni siempre que puede apelarse a ella desea hacerla el ex cónyuge, ni la pensión alimenticia se fija para cubrir directa y totalmente el daño material producido en uno de los cónyuges. Sin embargo, la apreciación que nos brinda CORNEJO CHÁVEZ, entendemos que parte de una asimilación del daño moral con el daño material, supuestamente diferente, ya que como hemos indicado el daño moral es un daño extrapatrimonial, que afecta la esfera personal del honor, la valoración subjetiva, personalísima de las personas, y que de acuerdo con la norma contenida en este

⁴² PERALTA ANDÍA, p.2671 Plácido V., Alex F. “Manual de Derecho de Familia”. Segunda edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág. 381.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



artículo 351°, se concede al cónyuge inocente el derecho de solicitar una indemnización por la afectación a sus intereses personales, y no a las incidencias materiales que pudo producirle el cónyuge culpable durante la vigencia de su matrimonio.

5.2. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN CASO DEL ARTICULO 1322 DEL CODIGO CIVIL.

La doctrina considera a la obligación como un “vínculo jurídico” o “relación jurídica”, lo que significa un lazo que une al deudor con el acreedor sancionado por la ley. La única forma, como se sabe, de que la persona obligada pueda romper el vínculo, es realizando la prestación debida, o sea pagando, lo que resulta ser la manera normal de extinguir la obligación.

Opina la mayoría de la doctrina que la distinción sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica determina la clasificación del daño: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras, el daño es material o patrimonial; si, en cambio, no afecta al patrimonio pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral y no patrimonial.

Adoptando dicha distinción, cabe la posibilidad de la existencia del daño moral en la inejecución de obligaciones, puesto que depende la repercusión que tenga el daño y no el derecho que se viole.

Entonces, cuando la responsabilidad contractual es producto de una prestación mal ejecutada o incumplida, y dicha prestación tenía como fin satisfacer un interés extrapatrimonial, como el de curarse en el caso, por ejemplo de la relación médico-paciente, el daño será extrapatrimonial, ya que la posibilidad de recuperar la salud se ve frustrada cuando el médico actúa con imprudencia o negligencia.

Por ese motivo, el legislador ha reconocido esta posibilidad y la recoge en el artículo 1322 del Código Civil peruano, autorizando la reparación del daño moral cuando él existe.



Cabe anotar, sin embargo, que el mero estado de inseguridad o el eventual fracaso del interés contractual, no justifica la reparación de un daño moral. La incertidumbre, molestias y demás padecimientos que soporte un contratante cumplidor frente al incumplidor, no son, como dicen algunos, entidad suficiente para considerarlos como daño moral. Así, se establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume, y quien invoque dicho agravio debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia.

Los jueces deberán en estos casos analizar en particular las circunstancias fácticas y así poder determinar si los hechos tienen “capacidad” suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas del accionante que reclama indemnización.⁴³

5.3. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DEL ARTICULO 1984 Y 1985 DEL CODIGO CIVIL.

Para conocer el contenido del daño, según el código civil, debemos recurrir al artículo 1985 de dicho código que establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; en tal sentido, no obstante que la norma utiliza el término “indemnización” su contenido más se asemeja a los alcances del resarcimiento o de la reparación.

En efecto ello es así toda vez que si la noción del daño según el citado artículo, comprende todas consecuencias generadas por la conducta dañosa, sean consecuencias económicas (lucro cesante y daño emergente) como no patrimoniales (Daño moral y daño a la persona) y que la consecuencia que pesa sobre quien genera el daño es el nacimiento de una obligación por el daño generado, y que esta obligación vincula al causante del daño con quien lo padece, para responder por dicho daño, pues como se sabe la responsabilidad civil extracontractual es fuente de obligaciones (el Código civil peruano lo vincula dentro del Libro VII – Fuentes de las obligaciones-) y que una obligación es el vínculo jurídico entre dos o más personas que obligan jurídicamente a realizar

⁴³ Felipe Osterling Parodi. INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL. Pág. 10



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



determinada prestación a favor de la otra; ahora en esta lógica se tiene que dicha obligación consiste en responder por el daño generado y que la noción de daño según el artículo 1985 del Código civil comprende todas sus consecuencias, por lo cual nos permite afirmar que el sistema de responsabilidad civil peruano es resarcitorio o reparador, en cuanto busca reparar íntegramente el daño generado por la conducta dañosa, dejando por ello de lado otras funciones como la sancionadora o preventiva, ajenas por lo antes anotado, a la función de la Responsabilidad civil según las normas del vigente Código civil.

Por su parte se tiene que el artículo 1984 del Código civil, precisa que: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”, esto es que el daño moral, siendo incluso de difícil cuantificación, no puede comprenderse dentro de él criterios sancionadores o punitivos, pues la norma claramente precisa que el daño es indemnizado de acuerdo al menoscabo producido a la víctima, lo que prohíbe tajantemente incluir dentro del daño moral alguna suma económica como sanción por la conducta, pues en estricto dicha sanción sería ajena al menoscabo que sufre la víctima, ya que estaría en todo caso como una acción estatal como represalia a una conducta, pero no dentro del menoscabo que sufre la víctima; pues en tal sentido también de acuerdo al artículo 1984 del Código, el daño solo comprende su reparación.⁴⁴

6. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO

Cuando se habla de otorgar una indemnización por un daño causado hace referencia a poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a indemnizar.

⁴⁴ Guillermo Andrés Chang Hernández. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO. www.uss.edu.pe/Fuss/RevistasVirtuales/Fssias/Fssias5/Fpdf/F5.%2520LA%2520FUNCION%2520DE%2520LA%2520RESPONSABILIDAD%2520CIVIL.docx&ei=RF95VOWZAYiUNtDegLgP&usg=AFQjCNEXd2YTXtBqv6zA9CyECKm9vtn8A&bvm=bv.80642063,d.eXY



Sin embargo, la cuantificación o el quantum de los daños no ha de perder de vista que la indemnización no debe exagerar el objeto esencial que es “la reposición de las cosas a su estado anterior” y como esta reposición no es posible se persigue sustituirla por los medios económicos que permitan al damnificado disminuir su detrimento, proporcionándole los recursos que ya no podrá obtener. Se trata entonces de lograr la reparación integral por vía indirecta, teniendo en cuenta que no puede proceder una única suma de indemnización en diferentes situaciones para diferentes casos en concreto, pues es distinta la naturaleza de los daños y distintos los bienes involucrados, por lo que corresponde abordarlos separadamente y para eso el juez debe individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto.

6.1. QUANTUM INDEMNIZATORIO DEL DAÑO MORAL

La determinación de las formas de reparación del daño moral resulta un problema complejo no solo para el legislador y los operadores del Derecho, sino también para quienes con profundidad han estudiado las entelequias propias de esta institución. Pues a pesar del ya basto reconocimiento doctrinal y legislativo en cuanto a la posibilidad de indemnización a la víctima de hechos dañosos de esta naturaleza, la limitación estriba justamente en cómo determinar esa cuantía, con pleno apego a la legalidad y a la justicia.

Como paso previo, vale tener siempre presente la diferencia entre la valoración y la cuantificación del daño moral, dos operaciones diferenciadas, aunque necesariamente interrelacionadas. Señala el prestigioso jurista PIZARRO⁴⁵ que *“valorar el daño es determinar su entidad cualitativa o, lo que es igual, esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras”*.

Por ende esta operación supone, en el caso específico del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones

⁴⁵ Jurista citado por Lic. Raúl José Vega Cardona y Lic. Jorge Luis Ordellin Font en PRESUPUESTO PARA LA DETERMINACION DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO DEL DAÑO MORAL EN CUBA. PRESPECTIVAS PARA UNA REFORMA.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración. Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, o lo que es igual, esclarecer su contenido intrínseco o composición material y las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras, que supone en el caso del daño moral. Una vez entonces que el hecho dañoso ha sido valorado, corresponde ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos se debe proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización.

El proceso de cuantificación del daño procura determinar cuánto debe pagarse en concepto de indemnización, para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento. A través de ella se liquida la indemnización, operación que ha sido considerada por un sector de la doctrina italiana como de fijación o acertamiento del monto pecuniario debido por el responsable al damnificado.

La cuantificación del pretendido resarcimiento es uno de los puntos más controvertidos en la doctrina y la jurisprudencia, aunque se ha impuesto el dogma de que es facultad exclusiva de los órganos jurisdiccionales determinar la cuantía de la indemnización en un proceso valorativo consciente de todo el material probatorio a su alcance. En algunas legislaciones, el tratamiento es diferente, porque se establecen módulos cuantitativos para indemnizar el daño, o un sistema de tarificación preestablecida conocida como "baremos", que si bien facilita la actuación judicial, impide que se delegue enteramente en el juez el conocimiento, convicción y decisión del asunto según los principios de la lógica y la razón, máxime que por la naturaleza del caso, el análisis individual es el más atinado para una correcta valoración del daño moral.

Sin embargo, los sistemas hasta ahora seguidos por otras legislaciones ubican la cuantificación del daño moral en dos grupos: aquellos que cuantifican en relación de un daño material en la cual se deriva el daño moral y aquellos que dejan al criterio del juzgador.

Empero el segundo sistema es el que actualmente tiene mayor repercusión en los legisladores ya que se deja a criterio del juez el determinar un monto



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



indemnizatorio adecuado para la reparación de un daño moral de acuerdo a la valoración y motivación que este establezca en cada caso en concreto.

Debemos además de tener en cuenta, una relación de causalidad que constituye un nexo causal, esto es una relación causa-efecto entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima de lo contrario no nacerá la obligación legal de indemnizar, pues tiene que haber una expresa razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar una razón que individualice a un presunto responsable dentro del universo de personas. Esto significa que el daño debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad.

La relación de causalidad es un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como el extracontractual, estipulado en los artículos de nuestro Código Civil Peruano:

- Art. 1969 C.C.- “Aquel que...causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...”
- Art.1970 C.C.- “Aquel que...causa un daño a otro está obligado a repararlo...”
- Art. 1985 C.C.-“...debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”

Además de lo anterior, diversos autores nacionales y extranjeros aducen que para poder otorgar una indemnización específica del daño moral, este daño debe ser acreditado con notables pruebas que ayuden a verificar la capacidad de perjuicio que se le puede causar a una persona, por lo que en esta materia se cuestiona no de manera pacífica, tal como ocurre con otros institutos que forman parte de la responsabilidad civil (verbigracia, como lo es el problema de su denominación, la precisión del concepto de daño moral, la valuación de los perjuicios no patrimoniales, etcétera) no existiendo una única opinión que resuelva el tema.

En efecto, es posible percibir que la doctrina en general se encuentra sujeta a una máxima que debe regir el asunto, como es, “*el daño moral debe ser*



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



acreditado siempre” y la jurisprudencia por el contrario ha sido contundente en afirmar que dada la particular naturaleza de éste, el perjuicio no patrimonial no puede ser objeto de prueba, o en el mejor de los casos debe ser presumido.

Frente a esta realidad, no menor resulta el dato de que en el derecho comparado, particularmente en los ordenamientos jurídicos vecinos, el desarrollo de la materia ha seguido igual suerte.

Así tenemos, en países como Argentina, México y Chile la doctrina ha sido uniforme en señalar que el daño moral debe acreditarse, mientras que la jurisprudencia ha tendido a invertir el peso de la prueba, bastando con la sola acreditación de la ocurrencia de un hecho que ha causado daño a otro que tenga la entidad de causar un daño moral, para que este se presuma.

En México por ejemplo se ha impuesto en la jurisprudencia la tesis de la comprobación objetiva del daño moral y no la subjetiva, lo cual implica que basta la demostración de la relación jurídica que vincula al sujeto activo con el agente pasivo o agraviado y la existencia de un hecho u omisión ilícitos que lesione uno o varios de los bienes que tutela la figura. Entonces, no se requiere la justificación de la existencia efectiva, ni la extensión o gravedad del daño.

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

Para Diez-Picazo⁴⁶, el daño moral no debe ser *“simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Para algunos, debería ser objeto de algún tipo*

⁴⁶ Citado por Dra. Silvia Roxana Sotomarino. EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ANALISIS EN EL DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO NACIONAL. Pág. 113.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



de prueba. Es indudable que se debería incluir como parte del petitorio en la demanda y merecer una argumentación.

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

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

6.2. CONDICIONES PARA EL DAÑO REPARABLE

Debe entenderse, en principio, que se debe haber sufrido un daño para tener un interés e intentar una acción de reparación, sabiendo además que el daño es la lesión que sufre una persona, ya sea a ella misma o a su patrimonio. A continuación, se revisara los caracteres que debe tener el daño para poder ser reparado:

1. El daño debe ser cierto.
2. La condición de la víctima: Identidad entre la persona dañada y la persona perjudicada.
3. La condición del obligado.
4. El beneficio perdido debe estar protegido por el ordenamiento jurídico.

Nos referiremos brevemente a cada uno de ellos planteándolos desde la perspectiva del daño moral.



6.2.1. El daño debe ser cierto:

El daño indemnizable debe ser cierto, si no existe esta certidumbre no habrá por qué condenar al autor de la acción lesiva. Sin embargo, la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y dificultades en el espacio y en el tiempo, que hacen demasiado volátil cualquier principio general al respecto.

En principio, es preciso que el fenómeno que genera el daño sea actual; tiene que haberse producido necesariamente. No puede ser futuro o eventual. Tiene que haberse desatado con motivo de esa acción una cadena de mutaciones en el mundo exterior, cuyo efecto final va a ser la lesión del interés a que nos hemos referido.

Sin embargo, no es preciso que el daño sea actual. A este respecto se considera que un daño es actual cuando se ha producido al tiempo de fijarse una indemnización; será futuro, si al tiempo de fijarse la indemnización, el daño todavía no se ha consumado. El daño entonces, puede no haberse consumado. Habrá de apreciarse en razón de la previsibilidad del mismo. Será indemnizable en la medida de que todo sujeto de mediano criterio lo conozca, con relación a resultados que normalmente se producen por una acción.

Así mismo, debe notarse que el nexo causal debe ser también cierto, ha de saberse a ciencia cierta cuales van a ser los efectos del acto; y si se conocen los efectos, ha de saberse que son producidos por un acto y no por otro.

Basta que exista la prueba de que la víctima ha sufrido un perjuicio para el fallo condenatorio. No se requiere, hablando de certeza, la convicción de la cuantía del daño, a veces, el daño no podrá determinarse exactamente, y el Juez tendrá que condenar en abstracto y arbitrariamente. Pero tampoco el Juez podrá eximirse de condenar si es que no se ha producido la certeza de la cuantía del daño. La jurisprudencia colombiana, explica Tamayo, ha distinguido en reiterados fallos la existencia del perjuicio y de su cuantía⁴⁷.

⁴⁷ Javier Tamayo Jaramillo. Responsabilidad Civil, Tomo II, Colombia, pág. 13.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Más aún, si hablamos de un daño a la persona, el juez deberá condenar *ex aequo et bano*, es decir según su sano criterio que le permitirá en equidad fijar una indemnización. Como ha dicho Zannoni "no se exige que el daño sea actual, puede ser actual o futuro a condición de que haya certidumbre en su existencia"⁴⁸.

Existe un daño que en doctrina se define como aquel cuya existencia dependerá de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito, que concurren con éste a la formación del perjuicio⁴⁹. Se le ha denominado daño eventual. Así frente a este tipo de daño la víctima va a tener posibilidades muy remotas de resarcimiento. Como no hay un criterio a priori para establecer la certeza de este daño, un sector de la doctrina se ha puesto de acuerdo en que éste es indemnizable cuando sea virtual. El daño virtual se acerca mucho al daño futuro⁵⁰, sucede cuando en el curso de los acontecimientos normales, el daño muy seguramente se producirá. La diferencia es de grado. En cambio el daño futuro implica la posibilidad efectiva de que el daño se va a producir. Dice Adriano de Cupis "respecto de la actividad del juez en este daño calificando de función profética, que corresponde al juez, porque tiene que leer el futuro en el presente: otorgará indemnización en la medida de que vea el daño futuro como relativamente cierto⁵¹.

6.2.2. La condición de la víctima.

6.2.2.1. El perjuicio personal: Tradicionalmente, la jurisprudencia y la doctrina han establecido que el daño debe de ser personal. Esto quiere decir que sólo la víctima o sus familiares pueden exigir reparación⁵². Ello depende del principio de que nadie puede enriquecerse con la cosa ajena, ni mucho menos pedir indemnización por un daño que no ha sufrido. Cosa diferente sucede con

⁴⁸ Citado por Tamayo Jaramillo, op. cit.

⁴⁹ Roberto H. Brebbia. El Daño Moral. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, página 65.

⁵⁰ Afirma Brebbia. op. cit. "Si el juez indemniza las consecuencias futuras de un daño es porque se halla capacitado para apreciar, partiendo de la existencia cierta de un agravio, en forma más o menos exacta, las repercusiones que el hecho ocasionaría más adelante, cálculo que no puede de manera alguna efectuar, a menos de entrar en el terreno movedido e incierto de las conjeturas, cuando la existencia del agravio depende de la producción de una serie de hechos contingentes y extraños al hecho ilícito en cuestión". pág. 65.

⁵¹ Fernando de Trazegnies. Para Leer el Código Civil. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo II, pág. 20.

⁵² José Pascual Bidart Hernández. Sujetos de la Acción de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, 1985.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



los daños que se producen a la colectividad donde desde tiempos de Roma se autoriza la acción popular.

De un lado, sólo la víctima directa puede cobrar sus propios perjuicios morales, su daño emergente y su lucro cesante. Ello no impide que la víctima comparezca a los tribunales por representante. Pero, ¿qué sucede si la víctima muere sin haber sido indemnizada por un daño personal? Se plantea el problema de la transmisión del derecho de exigir una indemnización, en esta medida el problema es si este derecho se puede transmitir a los herederos o entrar en el tráfico jurídico. Si en un caso, el daño es de tal magnitud que trunca el proyecto existencial de la víctima, no es posible pensar que la indemnización no sea destinada para el propio ofendido. Esta indemnización es personalísima. Por ello no es posible que se satisfaga a otras personas en compensación por los sentimientos del dañado, a estas terceras personas no se les ha truncado su existencia, no han sentido ese sentimiento, esa frustración, ese resquemor. Ahora bien, los herederos pudieron haber sufrido un perjuicio personal con la muerte del familiar, pero ese daño es independiente; lo mismo puede suceder con el obrero que sufre una afección por la muerte de su patrón.

6.2.2.2. La condición de la víctima: Las consecuencias de un daño pueden tener consecuencias en función de la condición personal de la persona que sufre el daño. En los daños extrapatrimoniales no existe mayor problema, si por ejemplo, se produce un incendio en un centro comercial y se quema una tienda de ropa muy fina y un puesto de comida; el hecho generador será el mismo, pero los daños de cada propietario serán diferentes, también sus indemnizaciones.

La doctrina se ha planteado el problema de la condición personal para estimar un quantum mayor de indemnización, el problema se plantea si un hombre rico debe ser indemnizado con mayor monto que un hombre pobre; si un Senador debe merecer una indemnización más elevada que un ciudadano común. Ello a primera vista significa una discriminación innecesaria pues todos los hombres son iguales, libres y no se puede hacer diferencias cuando se trata de la defensa de la dignidad humana. No se puede diferenciar en base a la productividad económica, pues ello significaría que quienes no producen o dejaron de producir van a estar



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



desamparados por el Derecho. En las relaciones jurídicas no siempre existen relaciones económicas, el Derecho como el Estado debe permitir la máxima realización de una persona humana social, en una sociedad igualmente libre.

Ser persona, desde Kant, significa ser un fin en sí, así que un funcionario público de la más alta jerarquía no puede gozar de mayor dignidad que un ciudadano común, no se puede orientar la tabla de valores en función del poder, ello significa una actitud egoísta, en consecuencia individualista; significa además someter a la persona humana a la medida de las determinaciones de la eficiencia y la utilidad. El hombre no es un mundo sin puertas ni ventanas como en la morada de Leibniz, es un todo, lo es todo, pero es abierto, la presencia del prójimo constituye su única posibilidad de acceso al ser y la puerta de la solidaridad. Si la aspiración del derecho de daños es reparar el perjuicio, poco puede importar la condición de la víctima, pues la entidad y cuantía del perjuicio existen independientemente de aquella.

Pero no hay que dejar de avistar la otra perspectiva, la indemnización debe estimarse merced a las consecuencias dañosas. No siempre un mismo hecho productor dañoso produce los mismos daños en una persona. Ello porque el ser humano es único e irrepetible; porque a lo largo de su existencia ha ido construyendo un patrimonio espiritual propio. Por eso la diferencia de cuantía de indemnizaciones no se fundamenta en la discriminación de personas sino en consecuencias dañosas diferentes. La persona, por sus especiales características y condiciones puede sufrir con mayor o menor intensidad el daño. Aquí se plantea el problema como ha expresado de Trazegnies⁵³, de la apreciación del valor del daño en concreto o en abstracto. En principio, si la aspiración de la reparación es la restitución de las cosas al estado anterior, habrá de hacerse una apreciación en concreto del daño. Ello responde también a un principio de justicia reparadora, desde el punto de vista de la víctima. Si bien se usan criterios abstractos como la diligencia del buen padre de familia, o se recurre a presunciones de responsabilidad, o a la inversión de la carga de la prueba, o a la apreciación de mínima negligencia, ello responde a una razón diferente: a ampliar el espectro de

⁵³ Fernando de Trazegnies Granda, op. cit. Tomo II, pág. 25.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



posibilidades de que un hecho sea considerado dentro del campo de la obligación de resarcir.

6.2.3. La condición del obligado:

Podría suponerse que la condición particular del obligado podría influir en la determinación de la indemnización. De un lado, si la condición adinerada del obligado podría mover el ánimo del juez para aumentar la cuantía de la indemnización. Si así sucediese, podría pensarse que uno de los fines del Derecho de Daños es la redistribución de la riqueza. Pero, además, la situación está unida al antiguo soporte de la responsabilidad civil: la idea de culpa. En aquella medida la obligación de reparar parece ser consecuencia de la calificación de un hecho como algo reprochable; idea muy cercana al pecado cristiano. Se paga, si es responsable porque se ha pecado, porque se ha producido una desviación de conducta que irrumpe contra el orden humano o divino. En esta medida se privilegia un carácter retributivo antes que indemnizatorio. Desde esta perspectiva también se plantea el sistema dentro de un modelo individualista, donde fundamentalmente los criterios de prevención quedan al margen debido a que la estructura de las relaciones sociales no era compleja y abundante, así que fácilmente se podía investigar y castigar a los autores de daños.

Cosa distinta sucede con la precaria condición de la persona obligada a indemnizar. El Código Civil de 1936 contenía una norma al respecto, el artículo 1138 exoneraba al responsable de su obligación de resarcir cuando por cumplirla se le privara de los recursos necesarios para su subsistencia y la de su familia. Al respecto, explica de Trazegnies⁵⁴ "la norma del Código anterior no permitía reducir la indemnización atendiendo a la situación económica del responsable como en la práctica se hizo muchas veces -sino a exonerar totalmente de la obligación de pago". Si de otro lado, el obligado está asegurado o puede difundir socialmente su riesgo, existe una tendencia judicial no sustentada de aumentar el monto resarcitorio.

⁵⁴ Fernando de Trazegnies Granda, op. cit. Tomo II, pág. 28.



De todas maneras la indemnización no debe ser superior al daño, es otra de las aspiraciones de la justicia reparatoria; pero qué difícil es aplicar el principio en daños extrapatrimoniales.

6.2.4. El beneficio afectado por el daño debe ser lícito:

El daño debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima, además ha de requerirse que el causante del daño no tenga derecho de producirlo. El daño habría de atentar contra un interés jurídicamente protegido, siguiendo la clásica definición de Ihering⁵⁵.

Los hermanos Henri y León Mazeaud - André Tunc exigen que para que el daño sea indemnizable se atente contra un derecho adquirido⁵⁶. La idea de derechos adquiridos no funcionaba para ciertos daños a la persona como los sufridos por una concubina o un hijo no reconocido. Así que la doctrina ha reconocido que basta que la acción lesiva recaiga sobre un interés legítimo⁵⁷. De otro lado, la víctima exige indemnización no porque tuviera un derecho subjetivo sino porque el responsable del daño atenta contra aquella facultad de la víctima de disfrutar libremente de un bien que el ordenamiento jurídico no prohibía. Este derecho es también intransferible porque no se halla en el comercio jurídico, no podría pensarse por ejemplo, que el ordenamiento jurídico permita el comercio con la integridad moral de la víctima. Tampoco puede transferirse el derecho a los herederos del dañado.

6.3. CRITERIOS DE CUANTIFICACION EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS

El tema de la cuantificación del daño es uno de los más conflictivos a la hora de adoptar una solución coherente con el sistema de la reparación del daño moral como asimismo con criterios de valoración concordantes entre los distintos

⁵⁵ Adriano de Cupis, op. cit. pág. 107, establece un principio "el objeto de daño se identifica con el objeto de tutela jurídica, y consiguientemente, es un interés humano... ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan sólo frente al daño ocasionado a aquello que el Derecho tutela, y por tanto sólo el interés humano puede recibir tutela del Derecho".

⁵⁶ Henri y León Mazeaud – André Tunc. TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL. Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo.

⁵⁷ Javier Tamayo Jaramillo, op. cit. pág. 94



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



decisorios judiciales, ya que nos encontramos en la doctrina y la jurisprudencia con posiciones totalmente disímiles.

Así tenemos en el Coloquio Jurídico Europeo, en la Resolución 75/7 del C.M.C.E. (Comité de Ministros del Consejo de Europa), y en las Recomendaciones sobre la valoración del perjuicio corporal de 1988, no existen reglas económicas para calcular el precio del dolor, pero si algunos principios, entre los que deben destacarse los siguientes:

- La víctima debe ser indemnizada por los perjuicios no patrimoniales (principio 11 Resolución 75/7).
- Los dolores físicos y los sufrimientos psíquicos deben ser indemnizados en función de su intensidad y duración. El cálculo de esta indemnización se efectuará objetivamente, con total independencia del nivel socio-económico de la víctima (principio 12 Resolución 75/7).
- Las consecuencias no económicas del daño corporal deben ser detalladas en el informe médico, dando lugar a una indemnización a tanto alzado, en función de la gravedad apreciada por el médico (recomendación 2.a Coloquio de París).
- El sufrimiento de los allegados a la víctima sólo es indemnizable al padre, a la madre y al cónyuge, siempre que tal sufrimiento pueda calificarse como excepcional (principio 13 Resolución 75/7).
- El sufrimiento causado por la pérdida de un ser querido (con independencia de las consecuencias patrimoniales del fallecimiento) debe ser indemnizado según baremo del que no cabrá apartarse más que en circunstancias excepcionales, pues el dolor que ocasiona la muerte de una persona a sus próximos es siempre el mismo (recomendación 3.a Coloquio de París).
- El todo caso, las sumas con las que se indemnicen los daños estrictamente morales deben ser modestas (Informe final del Profesor Tune en el Coloquio de París).⁵⁸

⁵⁸ Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona, Font Serra Eduardo. DETERMINACION DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO DE LA CONDENA CIVIL DE LA SENTENCIA PENAL EN LOS SUPUESTOS DE DAÑOS CORPORALES. Boletín N° 1671 - Pág.94-96.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



De todos estos principios y recomendaciones relativos a la valoración del daño estrictamente moral, se puede deducir que existe un cierto consenso entre los expertos en que, si bien las consecuencias patrimoniales del daño corporal deben ser indemnizadas sobradamente, las consecuencias morales o inmateriales deben serlo con cantidades moderadas. Y el consenso no se apoya en que se hayan hallado reglas que permitan otorgar un precio modesto al dolor, sino en razones de conveniencia socioeconómica y en la necesidad de unificar los criterios judiciales de valoración del daño.

Así, por una parte, la conveniencia socioeconómica parece que debe conducir a que las indemnizaciones judiciales por daños propiamente morales sean modestas, con el objetivo de reducir la cuantía del factor que en mayor medida puede elevar el monto de las indemnizaciones que se otorguen en los supuestos de invalidez y grandes incapacidades.

Por otra parte, se ha entendido que la moderación del quantum indemnizatorio es un conducto a través del cual pueden unificarse criterios judiciales, evitando las divergencias tan frecuentes en esta materia, teniendo en cuenta que estas divergencias no suelen producirse en la valoración de las consecuencias patrimoniales futuras del daño corporal, sino precisamente en la valoración del daño estrictamente moral que, teóricamente, carece de techo económico, y pues con la unificación de criterios judiciales, se evitaría, además, el que se ha llamado “efecto multiplicador de la litigiosidad”, provocado por las indemnizaciones judiciales dispares en supuestos similares, ya que ante tales desacuerdos, tanto los perjudicados como los responsables no sólo litigan, sino que agotan todos los recursos jurisdiccionales, con la expectativa de hallar un criterio judicial que favorezca a sus intereses económicos.

6.3.1. FRANCIA⁵⁹

Éste es uno de los países donde encontramos mayor desarrollo en torno a las complejidades que vienen aparejadas al concepto de daño moral,

⁵⁹ Doris Pérez Retamal, Claudia Castillo Pinaud. DETERMINACION DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA. Universidad de Chile. 2012. Pág. 22



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



destacándose por la capacidad de innovar constantemente en los comentarios y conclusiones jurisprudenciales.

Como punto de partida, podemos señalar que los jueces tienen una gran discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización. Sin embargo, en este país la doctrina se ha encargado de crear tablas con baremos no legales, que contemplan aspectos tales como edad, discapacidad, sexo, entre otros, tablas que son consideradas por los tribunales, aunque no los vinculan.

También podemos constatar que en Francia el fenómeno de la fragmentación del daño moral se ha desarrollado ampliamente, dividiéndose doctrinalmente el daño moral en diversos tipos de daños más específicos.

Una de estas distinciones atiende al tipo de lesión, acogiendo dos categorías: Lesiones temporales que no causan secuelas al ofendido y lesiones permanentes. De esta división obtenemos los conceptos de *préjudice de souffrance* o precio del dolor y *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado.

a. Lesiones temporales o precio del dolor

En el caso de las lesiones temporales, debemos hablar del concepto de precio del dolor (o *préjudice de souffrance*), el que se asimila a lo que entendemos por el precio del dolor, que es, literalmente, lo que se sufre por estar en una situación de dolor.

Ahora bien, tal como mencionábamos anteriormente, para poder obtener una estimación del valor de los perjuicios producidos por el daño, se utilizan por los jueces diversos recursos legales y técnicos.

Primero, se comienza con una evaluación médica, donde se valora la intensidad y duración del dolor de acuerdo a una escala específica. Sin perjuicio de lo anterior, la apreciación del precio del dolor corresponde al juez, y es éste quien deberá juzgar cuál es aquél. Lo que queda a la evaluación de los expertos es sólo la entidad del dolor.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Por ejemplo, podemos mencionar que el tope límite de indemnización que se ha alcanzado en Francia para el *pretium doloris* ha llegado a los 46.000 euros, aunque normalmente las cifras no van más allá de la tercera parte de esta suma, incluso, se han otorgado indemnizaciones simbólicas de un euro.

b. Lesiones permanentes o perjuicio de agrado

En estos casos, el factor considerado primordial es el perjuicio fisiológico o funcional, que ocurre cuando se reducen permanentemente las funciones físicas o psíquicas de la víctima.

Esto es lo que conocemos como el perjuicio de agrado (o *préjudice d'agrément*), que sería la pérdida de los goces ordinarios de la vida, cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.

Para determinar cuál es la valoración de los perjuicios en este caso, se produce un proceso un tanto diverso al que mencionábamos anteriormente para las lesiones temporales.

La primera parte es similar y consiste en una valoración médica (baremo médico). Esta etapa se caracteriza por la intervención de peritos médicos que valoran y describen las lesiones sufridas por la víctima. Si la lesión es fácilmente identificable y cuantificable, puede ser que el perito proponga una cantidad indemnizatoria. En cambio, si la incapacidad carece de importancia en los ingresos de la víctima, por cualquier motivo, ya sea que no tenga ingresos o que sea dificultoso evaluar con precisión, se recurre a un método de valoración en abstracto.

Para poder cuantificar su valor, se utilizan escalas, y dentro de éstas la más utilizada y conocida es el baremo Rousseau. Este instrumento consiste en un documento en el que se enumeran las distintas secuelas, y se propone para cada una de ellas un porcentaje de



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



valoración de la incapacidad. Por ejemplo: del 40% al 75% en el caso de tetraplejía; del 55% al 60%, por la amputación de una pierna; el 25% por la amputación del pulgar derecho. Aun cuando el baremo es tan solo indicativo, goza de gran autoridad entre el sector médico-forense y ha obtenido el reconocimiento tanto del Ministerio de Justicia como del Tribunal de Casación.

La segunda fase se refiere a la efectiva valoración monetaria de los efectos del hecho dañoso, lo que le corresponde por entero al juez. Para completar esta etapa, en Francia se utilizan dos métodos, uno de ellos es el de la Valoración Matemática y el segundo, el Cálculo desarrollado (o Calcul au point).

El método de la valoración matemática consiste en multiplicar la tasa de incapacidad, resultante de la valoración del perito médico, por la renta anual que recibe la víctima, pero éste es un método de valoración insuficiente, ya que sólo considera variables económicas, y además no soluciona el problema de la víctima sin trabajo remunerado.

El segundo método, llamado Calcul au point, multiplica la tasa de incapacidad por un valor llamado “punto de incapacidad”. El valor monetario del punto se obtiene por referencia a las indemnizaciones concedidas en casos parecidos, y se halla en función creciente del porcentaje de la lesión y en función decreciente de la edad de la víctima. Así, por ejemplo, con una gravedad correspondiente al 5% de cierto índice acordado, el punto puede valer 3.000 o 5.000 euros, según si la víctima tiene 70 años o tan solo 10 años.

Otras consideraciones para evaluar pecuniariamente estos perjuicios resultan necesarias cuando las consecuencias para la víctima no son susceptibles de evaluación médica. En estos casos, los expertos peritos deben limitarse a describir este tipo de perjuicio, y buscar todas las consecuencias que el accidente podría haber generado en la vida personal y profesional de la víctima.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Finalmente es el juez el que decidirá la valoración del perjuicio de agrado, y la evaluación del perito es sólo indicativa y la jurisprudencia francesa avala este rol del experto.

Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es la jurisprudencia la Cour d'Appel de Lyon del año 1975 que estableció lo siguiente: “Es a los jueces que corresponde a la vista de los elementos que les son otorgados buscar si un tal perjuicio de agrado existe”.

Además de estos dos conceptos, el perjuicio de agrado y el concepto de precio del dolor, se consideran en la doctrina y jurisprudencia francesa otros tales como la incapacidad permanente, el perjuicio estético, y el perjuicio sexual, entre otros. El perjuicio estético se refiere a aquellos perjuicios que van a resultar de los dolores físicos, de los sufrimientos psíquicos, las diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado. El perjuicio sexual, a su vez, se relaciona con la merma en la capacidad de la víctima para tener una vida sexual que tendría cualquier persona media en su situación de no haber mediado el daño.

En el otro extremo, ya en Latinoamérica, en el país de **ARGENTINA**, la indemnización por daño moral no participa de la naturaleza de una sanción o pena, pues ello ocurre desde cuando el código agrava la situación del responsable en consideración al elemento subjetivo que expresamente lo dispone, y para su cuantificación establecen pautas de las que podemos señalar las siguientes:

- A. Certeza.- La fijación de sumas indemnizatorias por este concepto no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión.
- B. Sustitución de bienes perdidos.- Este capítulo tiene su fundamento en la obtención de una satisfacción compensatoria -y, por ende, imperfecta-



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



de dolor íntimo experimentado, en este caso, a raíz del siniestro. Esta reparación habrá de estar ordenada a asegurar, con su resarcimiento, la obtención de gratificaciones sustitutivas de los bienes perdidos, en cuanto fuente de gozo, alegría, u otros bienes estimables en la esfera psicofísica.

- C. Aptitud reparadora.- Para su determinación ha de tenerse en cuenta la aptitud reparadora que la suma a fijarse, tendrá para la víctima dadas sus condiciones personales. Si bien no debe caerse en la tentación de formular groseras compensaciones sobre la base del llamado placer vital suplementario, es cierto que la reparación del daño moral debe alcanzar el carácter de una satisfacción compensatoria.
- D. Aumento del daño durante el juicio.- La suma estimada en la demanda para resarcir el “pretium doloris”, fija el máximo por el que tal daño puede reconocerse, salvo el supuesto de excepción de haberse probado que durante la sustanciación del juicio, las circunstancias del hecho han incrementado los padecimientos que fundamentan el rubro en cuestión.
- E. Límite fijado por la reclamación en la demanda.- Cabe recordar que ni siquiera el Juez puede estar en mejores condiciones que la víctima para apreciar el monto para satisfacer el daño moral sufrido, por lo que el monto reclamado fija el máximo por el que tal daño puede concederse.
- F. Relación con el daño patrimonial.- El daño moral no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial.

Esta legislación Argentina nos señala que el reconocimiento y cuantía de una determinada indemnización de un daño moral, depende -en principio- del arbitrio judicial, pues importa la certeza que haya existido tal daño sin esperar otra precisión, así mismo esta reparación habrá de estar ordenada a asegurar, con su resarcimiento, la obtención de gratificaciones sustitutivas de los bienes perdidos que otorguen una fuente de gozo, alegría, u otros bienes estimables en la esfera psicofísica de la víctima, siendo ésta la única que puede pedir a través de una



demanda un monto estimado para cubrir el daño y además la suma que ha de fijarse sea considerable sin ser una compensación grosera, y que el daño surgido no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial, algo que parece extraño, ya que en nuestro país tiene que forzosamente ocurrir un daño de carácter patrimonial para que, como consecuencia de este, surja uno moral.

6.3.2. BRASIL

En el ordenamiento jurídico brasileño, hay también controversia doctrinaria y jurisprudencial en torno a la fijación del quantum indemnizatorio para el resarcimiento de los daños morales, pues no hay dispositivos legales específicos que sirvan para calcular objetivamente (con una base determinada) el valor pecuniario del bien dañado.

Encontramos también aquí la discusión relativa a si la indemnización debería tener un fin meramente resarcitorio o más bien punitivo. Para exponer la controversia, nos apoyaremos en el autor brasileño DA SILVA⁶⁰ quien expone que debe hacerse una distinción en cuanto fijamos la indemnización con un criterio de resarcimiento o con un criterio de punición.

Si seguimos la hipótesis de la indemnización como resarcimiento, el juez debería realizar una verificación de los elementos objetivos del caso, estableciendo a priori el grado de culpa del ofensor, clasificación que debe, en la medida de lo posible, despegarse de todo criterio subjetivo, lo que le servirá de parámetro orientador para su decisión final.

De esta forma, si se clasifica la culpa como leve, tendrá que tenerse este antecedente presente para no permitir que el quantum indemnizatorio se determine en razón de este análisis. En cambio, si la culpa es clasificada como grave, el potencial ofensivo habrá repercutido con mayor intensidad en el

⁶⁰ Da silva, Anthony Cassemiro, LA FIJACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN CUALITATIVO EN LAS ACCIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS, Jus Navigandi, Teresina 5, n. 44, 1 agosto 2000, <http://jus.com.br/revista/texto/670>, [consulta: 21 julio 2011]



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



ofendido, ocasionándole daños de mayor envergadura, y en consecuencia, se debe tener en cuenta este elemento.

Además de esta clasificación de la culpa, se debe considerar la duración del sufrimiento a la cual estuvo expuesto el ofendido, valorando con una cantidad indemnizatoria menor si el tiempo de sufrimiento fue más bien reducido y, a contrario sensu, aumentar la cuantía si el periodo durante el cual estuvo expuesto al sufrimiento fue mayor.

Por otra parte, si entendemos que la indemnización debe ser asumida como una pena privada, las reglas cambian por completo, en tanto ya no se siguen los mismos criterios anteriores, pudiendo los valores de la indemnización incrementarse sin límites, pues de esta forma se desincentivarían las posibles ofensas, a través de una indemnización que necesariamente debe ser significativa en relación al patrimonio del ofensor.

6.3.3. CHILE⁶¹

La indemnización patrimonial por daños extrapatrimoniales debe hacer posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales. Se debe buscar compensar el daño no patrimonial producido, porque si bien se ha causado una pérdida irreparable, se debe colocar a la víctima en una situación patrimonial mejorada, que posibilite, por lo tanto, mayores satisfacciones que de alguna manera compensen las sensaciones desagradables sufridas.

La indemnización por daño moral en este punto se realiza de acuerdo con los daños que se deben compensar. Se toma en cuenta: el alcance de los daños, así como su intensidad; la duración de los dolores, sufrimientos y los perjuicios (subrayado nuestro)

⁶¹ Dr. Eu. Marcelo Barrientos Zamorano, Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. DEL DAÑO MORAL AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL: LA SUPERACIÓN DEL PRETIUM DOLORIS. Revista Chilena de Derecho. 2008. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100004#n47



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Sin duda, el mal es privación de un bien, pero el bien no es privación de un mal. El mal presupone el bien, pero el bien no presupone el mal, como enseñaba Santo Tomás de Aquino. El mal no es una cosa, sino un defecto privativo en la condición de buena de las cosas y que impide mi plena realización. La salud es ciertamente una ausencia de enfermedad, su integridad no es imaginable sin el mínimo de salud mental que se requiere para saberse sano y soportar en ese estado el mayor espacio de tiempo en aras de lograr bienestar. La llamada salud básica es la ausencia de mal o menoscabo análogo y no admite grados intermedios. La reserva de salud, por su parte, equivale a ese conjunto de bienes sicofísicos que permiten resistir el asedio de la enfermedad y capacitan para enfrentar los avatares que una patología supone en la vida de cualquier persona, entre otros, la fatiga, la desilusión y la erosión o merma, incluso, de la voluntad de continuar con una existencia que se considera penosa.

No podemos entonces considerar a la salud como un estado absoluto de la persona. Desde el punto de vista fáctico de la vida misma, la salud no es sino ese estado corporal que permite integrar la ausencia de enfermedad y la aptitud para poder rechazar la enfermedad, un estado de equilibrio bastante precario, dicho sea de paso. Es, entonces, ese estado preferible de relación entre la persona y los medios que en el presente le hacen apreciar su existencia y, hacia el futuro, ordenan sus proyectos y esperanzas.

¿Qué papel juega, entonces, el dinero como indemnización por daños extrapatrimoniales?

La aptitud del dinero para aportar satisfacción pareciera seguir una discutible línea: "a mayor patrimonio menores son las satisfacciones que puede proporcionar a su titular una misma suma pecuniaria." Sin embargo, hay que ser categórico en defender que el daño moral producido no es borrado por una suma de dinero que se entrega a título de indemnización. Eso no es posible, porque la indemnización se radica en el patrimonio y no influye sobre las angustias, zozobras o malestares, que pertenecen más bien al fuero interno del individuo o víctima del perjuicio. El patrimonio no es un atributo de la personalidad que logre generar automáticamente sensaciones agradables compensatorias de daños morales. En



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



el mejor de los casos generará libertad económica, pero la experiencia de vida que logre superar o al menos aprender a convivir con las secuelas de un daño moral, obedecen a un esfuerzo físico y psíquico del perjudicado.

De modo que la enfermedad, como un mal, no es un mero daño o deterioro, sino un menoscabo en la salud, como estatus plenario de la sustantividad humana y no de su persona (la plenitud personal es un asunto muy diferente, ese sí que es un asunto moral).

Es importante tener en cuenta esta distinción, porque a primera vista quien tiene el defecto físico de la cojera no hace cosas malas ni es malo por ello, sino que solo anda mal cuando camina. Si entendemos que el daño extrapatrimonial solo toma en cuenta este hecho, entonces es bastante claro que "...los daños y perjuicios acordados no reemplazan en el patrimonio de la víctima la desaparición de un elemento; engrosan el patrimonio". Esta situación es especialmente sensible si las condiciones de la víctima son muy precarias, la suma de dinero puede llegar a una compensación excesiva, un verdadero enriquecimiento sin causa. Se violaría un principio que el Derecho civil chileno reconoce como un principio general que forma el Derecho privado en su conjunto.

Todo lo expuesto supone una activa participación en la compensación de la víctima del daño. Es la víctima quien debe superar el daño moral sufrido, ya que a no dudarlo, la compensación en dinero es una indemnización que solo ayuda a superar el daño extrapatrimonial irrogado. No es el pago por una reacción subjetiva a un sentimiento desagradable.

La cuantía de la indemnización del daño moral será el grado de dificultad objetiva de la superación del daño en relación a las características individuales de la persona víctima del daño bajo el criterio de un hombre medio. La predisposición del ofendido al dolor resulta del todo irrelevante. Es por ello que los criterios objetivos aparecen en la valoración del quantum indemnizatorio, pero ese es un tema que dejaremos para otra oportunidad.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Como crítica a la concepción del *pretium doloris* podemos señalar que en la práctica el daño moral se produce por el atentado a determinados derechos, bienes o intereses que el Derecho asegura a la persona. Ante la sola presencia de sufrimientos físicos o psíquicos no coexiste deber de reparación si no se consigue probar en juicio. Representa una limitación del concepto de daño moral entenderlo como una mezcla de las consecuencias del daño y el daño en sí mismo. Esto es lo que se logra en la definición de *pretium doloris*. El dolor y el sufrimiento son las manifestaciones de la lesión en el espíritu o en el cuerpo, es una consecuencia, nunca ella misma. La concepción de daño moral como *pretium doloris*, al centrarse solo en las sensaciones, induce a errores y grandes confusiones en la práctica. Homologar dolor, pesar, molestia, zozobra, inquietud, entre otros, sufridos por una persona como consecuencia de la conducta ajena, pareciera un error. ¿Cuáles son los límites? Sin precisarlos se les asigna una indemnización, en un monto que tampoco presenta mayores motivaciones y que la mayoría de las veces se basa en presunciones.

Lo anterior equivale a que, en general, el dolor y el sufrimiento son vistos como la causa del daño o su origen. Esto es un error, porque lo que son en realidad es una consecuencia o efecto de la injuria o lesión que se ha inferido a los derechos extrapatrimoniales de la persona.

6.3.4. MEXICO⁶²

Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, o, lo que es igual, esclarecer su contenido intrínseco o composición material y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuro, y supone, en el caso del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración.

⁶² Julio Cesar Rivera, Gustavo Giatti, Juan Ignacio Alonso. LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL EN LOS CASOS DE LESION AL HONOR, AL INTIMIDAD Y LA IMAGEN. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Revista Latinoamericana de Derecho. 2007. Pág. 384-386.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



De modo pues que el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu de la víctima en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en su modo de estar, que resulta siempre anímicamente perjudicial.

No obstante, determinar el valor y cuantificación indemnizatorio del daño moral resulta ser un problema extremadamente delicado.

Es que en estos casos falta un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización dineraria, dado que los intereses extrapatrimoniales afectados y la espiritualidad quebrantada no tienen una exacta traducción económica; a lo cual debe adicionarse que las perturbaciones anímicas suelen quedar en el fuero íntimo del damnificado.

De modo que la cuantificación del daño moral pasa a depender preponderantemente del arbitrio judicial, el cual debe asentarse en un criterio de prudencia, razonabilidad, y equidad.

No obstante, tal estimación prudencial no autoriza al juez a prescindir de las reglas y principios procesales vigentes, como por ejemplo el de congruencia. Así, se ha resuelto que el monto reclamado fija el máximo que por tal daño puede concederse, ya que ni siquiera el juez puede estar en mejores condiciones que la víctima para apreciar cuánto es necesario para satisfacer el daño moral sufrido; excepción hecha de que durante la sustanciación del juicio se haya probado que las circunstancias del hecho han incrementado los padecimientos de la víctima.

Por otra parte, la indemnización por daño moral no tiene por qué guardar proporción con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste.

Se ha señalado entonces que para establecer el quantum del daño moral deben ponderarse, por sobre todas las cosas, su carácter reparador, la gravedad del hecho y los padecimientos soportados por afectado.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



La gravedad del hecho y su repercusión en el ámbito subjetivo de la víctima están configurados, como dice Golenberg⁶³, por la personalidad del afectado, la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, la potencialidad dañosa del medio empleado, el grado de difusión y la incidencia futura que pueda acarrear en la vida familiar, de relación o en el empleo o función del damnificado.

Finalmente, también se ha dicho que la responsabilidad del daño moral producido por hechos dolosos o gravemente culposos será mayor que la emergente de hechos que generan responsabilidad objetiva, en los que además del reproche, la obligación de responder surge de un criterio socializador del daño.

6.3.5. VENEZUELA⁶⁴

Para determinar una correcta indemnización por daño moral, el juez debe tener en cuenta requisitos que deben cumplirse para la procedencia de la indemnización por este concepto, detallándose estos en la sentencia N° RC. 00234 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 08-511 de fecha 04/05/2009 en la que describe un caso en la cual el juez de manera por demás inmotivada y genérica condenó al pago de quince millones de bolívares (Bs. 15.000.000,), hoy quince mil bolívares (Bs. 15.000), sin precisar de forma pormenorizada si se había cumplido con cada uno de los requisitos que de manera reiterada ha establecido la jurisprudencia de esta Sala para declarar la procedencia de la indemnización por daño moral, a saber:

1. La importancia del daño.
2. El grado de culpabilidad del autor.
3. La conducta de la víctima, sin cuya acción no se hubiera producido el daño.
4. La llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan

⁶³ En su trabajo *Indemnización por daños y perjuicios*, Buenos Aires, Hammurabi, Pág. 353 y ss.

⁶⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. WWW.

TSJ.GOV.VE.http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/jurisprudencia_resultado.asp?T=97&NT=Da%C3%B1o%20moral&NM=Derecho%20Procesal%20Civil#



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable.

5. El alcance de la indemnización, y
6. Los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral

Además, el artículo 1196 del Código Civil establece que la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada, y además el juez puede conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima. De conformidad con la doctrina transcrita, el juez está autorizado para apreciar si el hecho ilícito generador de daños materiales ocasionó, además, repercusiones psíquicas o de índole afectiva, lesivas de algún modo al ente moral de la víctima, para luego proceder a estimarlos y en uso de la facultad discrecional que le concede el citado artículo, acordar o no la indemnización a la víctima de los daños.⁶⁵

El Juez no sólo podrá fijar el monto de esa indemnización especial, sino también para acordarla, al decir que el juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal; y sabido es que conforme el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley dice que el juez o tribunal puede o podrá, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.⁶⁶

⁶⁵ Sentencia N° RC. 00769 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 06-119 de fecha 24/10/2007. WWW.TSJ.GOV.VE.

⁶⁶ Sentencia N° RC.00802 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 02-051 de fecha 19/12/2003. WWW.TSJ.GOV.VE.



6.4. CRITERIOS DE CUANTIFICACION NACIONAL

Desde años atrás, existe una discusión que no ha llegado a ninguna solución, en lo que respecta a “cómo cuantificar los daños extrapatrimoniales”, especialmente en aquellos casos en los que las víctimas solicitan una indemnización por ejemplo por la afectación que surge en una persona por la pérdida de un brazo, una pierna, un hijo, una madre, un padre, su honra, su dignidad, etc. Y siempre viene la pregunta ¿cuánto se puede esperar recibir por este daño?

La respuesta a esta pregunta en nuestro país es un tanto complicada, pues nuestra ley no ha creado tablas ni establecido parámetros objetivos que establezcan criterios de cuantificación del daño moral, por otra parte nuestro Código Civil se basa en un sistema de reparación integral del daño, y en el caso de los daños extrapatrimoniales se limita a ordenar en su artículo 1984 que los mismos deben indemnizarse considerando la magnitud y menoscabo producido a la víctima y su familia, es decir, impone un criterio subjetivo de cuantificación, dejando en la jurisprudencia la tarea de crear reglas que permitan prever las indemnizaciones, sin embargo esta última, en más de 20 años de aplicación del Código Civil, no es uniforme, muchas veces es contradictoria, en consecuencia no otorga pautas que permitan a la sociedad civil determinar aproximadamente cuanto pueden recibir por el daño moral padecido.

En tal sentido, si bien la normativa peruana expresamente ha incluido el daño moral como uno indemnizable, sin embargo no ha definido el concepto y alcances del mismo dentro de la norma pero se preocupa en fijar un criterio, al disponer que la indemnización del daño moral se debe establecer en función al menoscabo y magnitud del daño sufrido por la víctima, tal como se recoge de lo establecido por el artículo 1984, dejando a la discrecionalidad del juzgador determinar los límites dentro de los cuales debe hacer la valoración respectiva.

Es del caso precisar, que en el Código Civil del año 1984, el daño moral ya era aceptado por la doctrina, y había sido incorporado dentro de su texto por el Código Civil Italiano que es el gran influyente de las normas de nuestro



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



ordenamiento civil, razón por la cual el Código Peruano establece expresamente la posibilidad de indemnizar el daño moral.

Es así, que en el Perú la indemnización por el concepto de daño moral es establecida en diferentes ramas del derecho peruano, pero lo que siempre se discutirá es la no determinación de montos concretos en los que la legislación se pueda amparar; de acuerdo a esto mencionamos que la indemnización por daño moral en materia laboral, en el nuevo marco de regulación del proceso laboral, la Nueva Ley Procesal del Trabajo permite pues que los jueces de trabajo conozcan las demandas de indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional; sin embargo, sobre el conocimiento por los jueces laborales de las pretensiones de indemnización por daño patrimonial que comprende el daño emergente y el lucro cesante existe criterio uniforme, pero veremos que en las demandas de indemnización por daños y perjuicios consecuencia de enfermedad profesional, los demandantes afectados por neumoconiosis, hipoacusia, u otras enfermedades profesionales pretenden acumulativamente no sólo el resarcimiento por el daño emergente y lucro cesante, sino también por daño moral irrogado a su persona, por lo que se plantea dos posiciones: la primera de ellas, plantea que los juzgados de trabajo no son competentes para conocer la pretensión de indemnización por daño moral; y otra, que refiere que la demanda de indemnización por daños y perjuicios derivada de enfermedad profesional puede tener como pretensión la indemnización por daño moral, y el proceso respectivo debe ser conocido por un juzgado de trabajo.

Los miembros integrantes del Pleno se inclinan por esta segunda opción, porque:

El daño moral se encuentra regulado en los Arts. 1322 y 1984 del Código Civil, y conforme a la sistemática de dicha norma sustantiva están ubicados el primero en el título Inejecución de Obligaciones – Contractuales (Art. 1322 “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”), y el segundo en la sección sexta Responsabilidad Extracontractual (Art. 1984 “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”), con lo que puede



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



concluirse en que el daño moral es susceptible de resarcimiento tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual; y,

Entender que el daño moral invocado por un trabajador, dada su naturaleza civil, debe ser determinado e indemnizado en la vía civil y no laboral implica que el trabajador tenga que plantear dos procesos judiciales uno en la vía laboral para la indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente y otro proceso en la vía civil para obtener indemnización por daño moral, que podría concluir eventualmente en pronunciamientos contradictorios.

Por lo que, a manera de conclusión El Pleno acordó: “Los Jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo número 26636 y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo número 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional.”⁶⁷

En lo penal, se puede decir que los delitos contra el honor previstos y penados en los artículos 130 a 132 del Código Penal, son daños morales, que alteran a una persona, con respecto al honor, honra e imagen de esta; desde nuestro punto de vista, estaríamos ante un daño moral llevado al ámbito penal; pero uno de los problemas es establecer cuando se debe resarcir daños en el plano no patrimonial; este tema no aparece bien definido en nuestro ordenamiento jurídico.

Además es tarea difícil establecer el valor económico de la vida humana, y qué valor les otorgan o deberían otorgarle nuestros jueces. En general, el valor de la vida humana no resulta valorizable en términos económicos; sin embargo, atendiendo a la necesidad de cumplir con las funciones de resarcimiento y prevención, es menester cuantificarlo.

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. SALAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE Y TRANSITORIA. I PLENO JURISDICCIONAL SUPRMO EN MATERIA LABORAL. LIMA, 04 Y 14 DE MAYO DEL 2012. LIMA-PERU 2013. Pág. 43-45



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



El daño extrapatrimonial en el ordenamiento peruano tiene, predominantemente, influencia, de la doctrina italiana. Lo cierto es que sea cual sea su influencia, hay una clara tendencia a reconocerlo y ello se ha difundido tanto que llega hasta el Derecho penal aunque en este caso, derivado de la previa tipificación que el Código Penal realiza del delito.

O debemos olvidar que sea cual fuera la rama del derecho a estudiar en estos temas, siempre se nos remitirá al código civil nuestro de acuerdo a los artículos que en este se señalen, teniendo además en cuenta que debemos partir desde el principio, donde los daños deben ser clasificados en dos grandes categorías: (i) materiales y (ii) los morales, teniendo una diferencia fundamental de ambos tipos de daños, pues los primeros afectan directamente el patrimonio de la víctima, mientras que los morales no. No obstante la simplicidad de estos conceptos, conlleva a que tanto abogados y tribunales confundan o hagan pasar como daños morales los que realmente son daños patrimoniales, impidiendo determinar el criterio de cuantificación del daño patrimonial o moral que realmente se haya producido.

Así, esta confusión ocurre al estar establecido claramente por la doctrina que el daño material es aquel que provoca una utilidad que es compensable con dinero o bienes intercambiables por dinero, mientras que el daño moral, por el contrario, está referido a una pérdida que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste pueden llegar a compensar. A este grave defecto deben sumarse los problemas de cuantificación que tiene el daño moral, toda vez que esta confusión trae justamente como consecuencia, que dentro de los daños morales se establezcan montos indemnizatorios para los daños patrimoniales, sin cuantificar estos últimos bajo criterios de cálculo que permite su naturaleza patrimonial que sean aplicados; este problema es ocasionado justamente por la falta de rigurosidad en el cálculo de las indemnizaciones de daño moral que permite fijar montos compensatorios sin una calificación jurídica correcta.

En efecto, la valorización en la indemnización de daño moral debería dar respuesta a dos necesidades básicas: i) una de tipo individual como es la compensación del daño sufrido por la víctima bajo un criterio afflictivo-consolatorio, y ii) una de interés colectivo, que consiste en la predictibilidad de los



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



fallos a través de la homogeneidad de criterios judiciales, que evite la arbitrariedad en la fijación del quantum indemnizatorio como viene ocurriendo hasta el momento.

Y que en tal sentido, se establezcan criterios o parámetros objetivos para que el legislador pueda guiarse a fin de fijar las indemnizaciones por daño moral y así no crear más problemas de inseguridad jurídica e incertidumbre, pues al no poder predecir cuál será el monto indemnizatorio por ejemplo en caso de la pérdida de un ser querido, o lesión a uno de los derechos de la personalidad, nos seguiremos encontrando sentencias totalmente distintas en cuanto a la fijación del monto indemnizatorio, sin poder calificar cual es la que debe considerarse ajustada a ley, toda vez que no se cuentan con elementos para hacer dicha calificación.

Además debemos tener en cuenta que el daño patrimonial ocasiona una pérdida compensable en dinero, mientras que el daño moral por el contrario, éste produce una pérdida que el dinero no va a poder compensar, razón por la cual es probable que desde el punto de vista de la víctima las cosas no volverán a ser igual así la indemnicen por los daños inmateriales sufridos, pues resulta imposible restituir su realidad conforme a la situación anterior a la ocurrencia del evento dañoso, como si ocurre en el caso de los daños patrimoniales.

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



CAPITULO III:

3. ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

3.1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

En la presente investigación se hará un campo de estudio, con la información doctrinaria expuesta y una información estadística de las encuestas o cuestionarios que se realizaran en el distrito judicial de Lambayeque, en el que se demostrara la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación. Así como también el análisis de sentencias nacionales y extranjeras.

3.2. POBLACION Y MUESTRA

La población está constituida por los jueces civiles del departamento de Lambayeque; donde el campo de estudio serán 50 jueces.

3.3. ENCUESTA

La presente encuesta es la que se realizó en el campo de estudio de investigación.

ENCUESTA SOBRE EL DAÑO MORAL Y SU CUANTIFICACIÓN

1. ¿Cree usted que el momento de determinar o cuantificar el daño moral, puede darse camino a cierta arbitrariedad por la inexistencia de estándares específicos?

SI

NO



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Porque:

.....
.....

Marque la(s) alternativas, según su criterio:

2. La determinación del quantum del daño moral debe darse en base a:

- Criterio discrecional
- En relación al daño patrimonial
- Estándares específicos

3. Para usted, el mejor material probatorio del daño moral es :

- Pericia Psicológica
- Declaraciones de las partes, contacto directo (Principio de inmediación)
- Comprobación objetiva de un hecho que causa inminente perjuicio.

4. El daño moral que requiere mayor indemnización es:

- Daño moral por decaimiento de vínculo matrimonial (divorcio)
- Daño moral por inexecución de obligaciones
- Daño moral extracontractual
- Depende del caso concreto.

5. ¿Considera usted como operador del Derecho, que nuestra legislación debe adoptar criterios de la legislación comparada para una eficiente cuantificación del daño moral?

SI

NO



6. ¿Cómo usted cuantifica o determina el daño moral en sus sentencias?

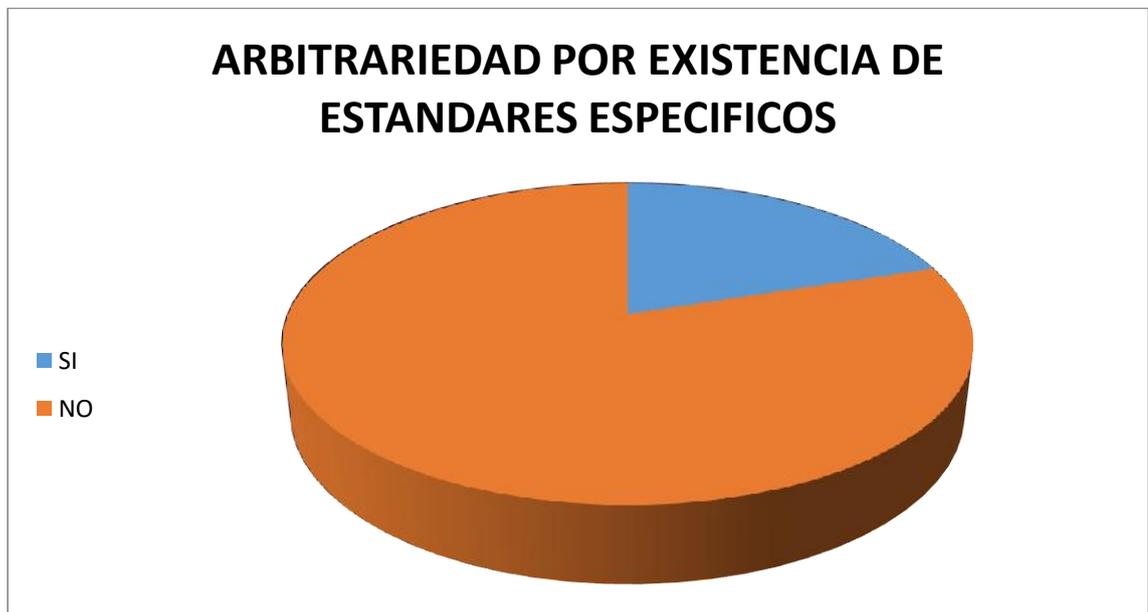
.....
.....

3.4. CUADROS ESTADISTICOS DEL CAMPO DE INVESTIGACION

PREGUNTA 1:

Respuesta a la pregunta:

¿Cree usted que al momento de determinar o cuantificar el daño moral, puede darse camino a cierta arbitrariedad por la inexistencia de estándares específicos?



Nos respondieron **SI** el 20% del total de encuestados, y la mayoría al responder el por qué que trae consigo la pregunta coincidió para “poder tener un sustento en donde puedan ampararse y así otorgar indemnizaciones paralelas, justas y equilibradas”

El 80% del total respondieron **NO**



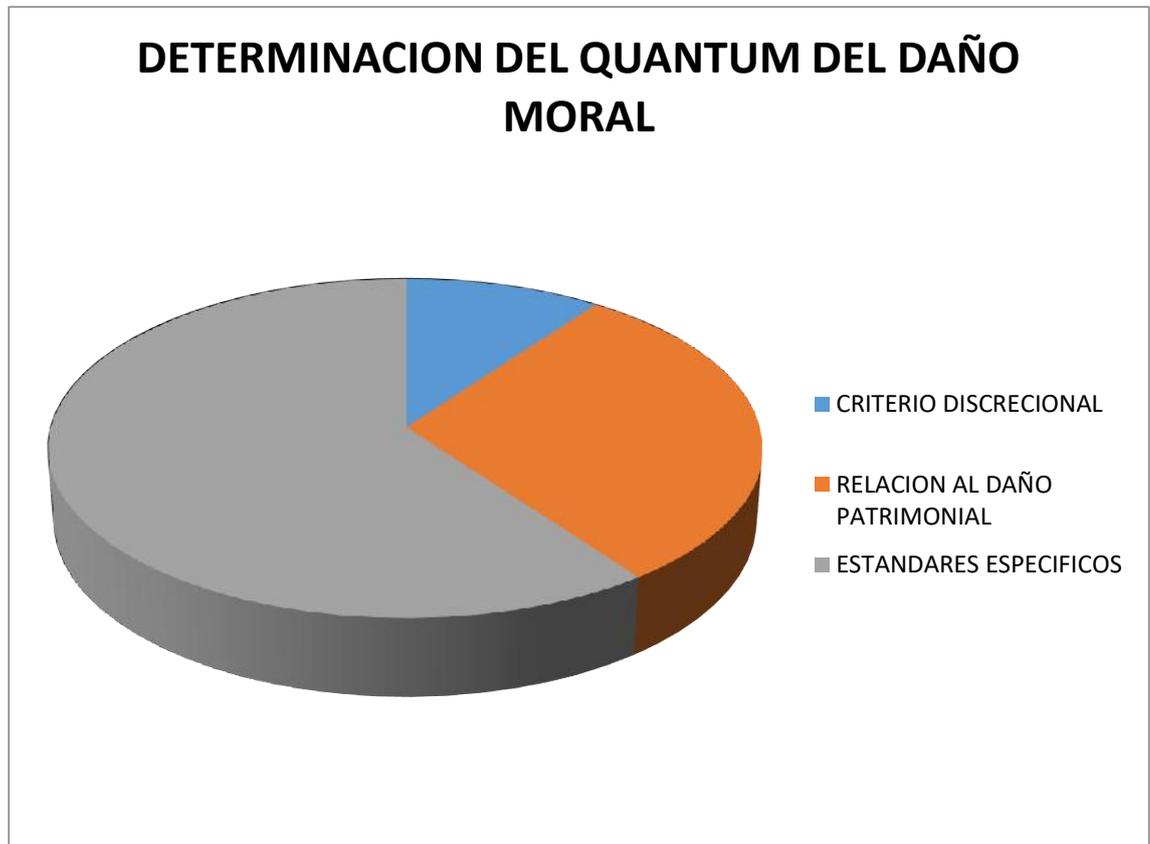
“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



PREGUNTA 2:

Respuesta a la pregunta:

La determinación del quantum del daño moral debe darse en base a:

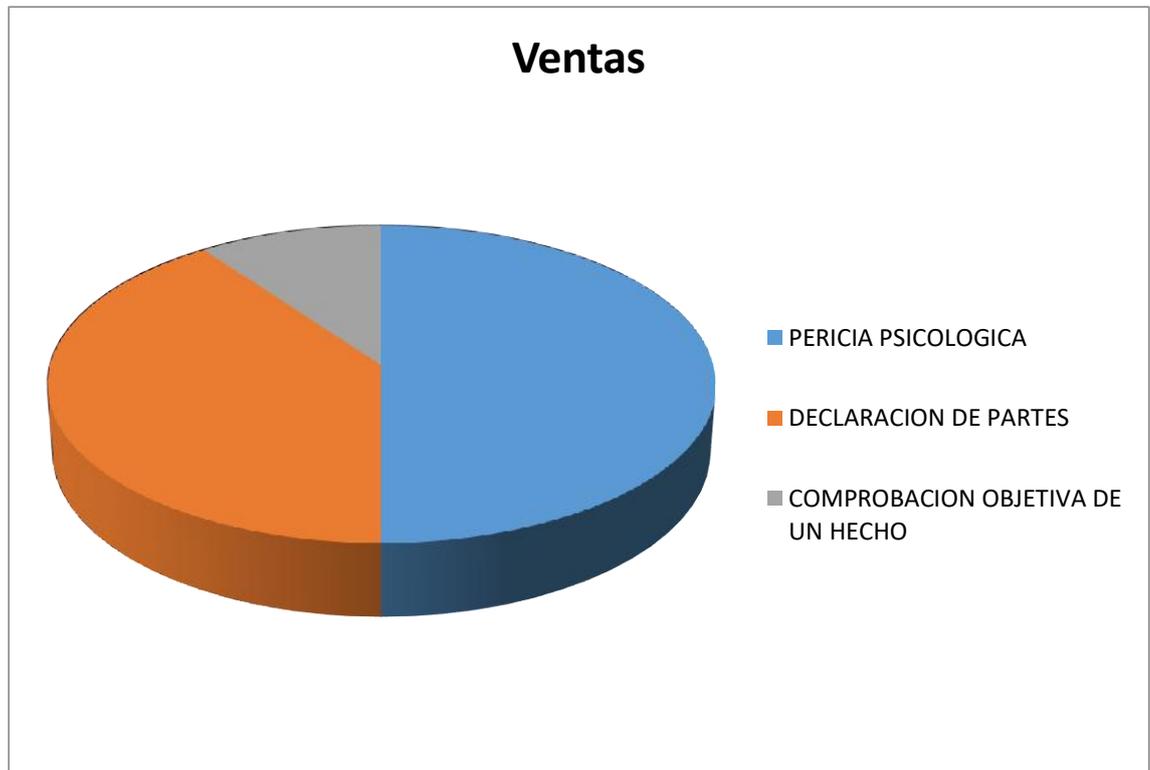


De acuerdo al grafico se obtuvo el 60% para estándares específicos; el 30 % al segundo ítem y 10% al primer ítem.

PREGUNTA 3:

Respuesta a la pregunta:

Para usted, el mejor material probatorio del daño moral es:

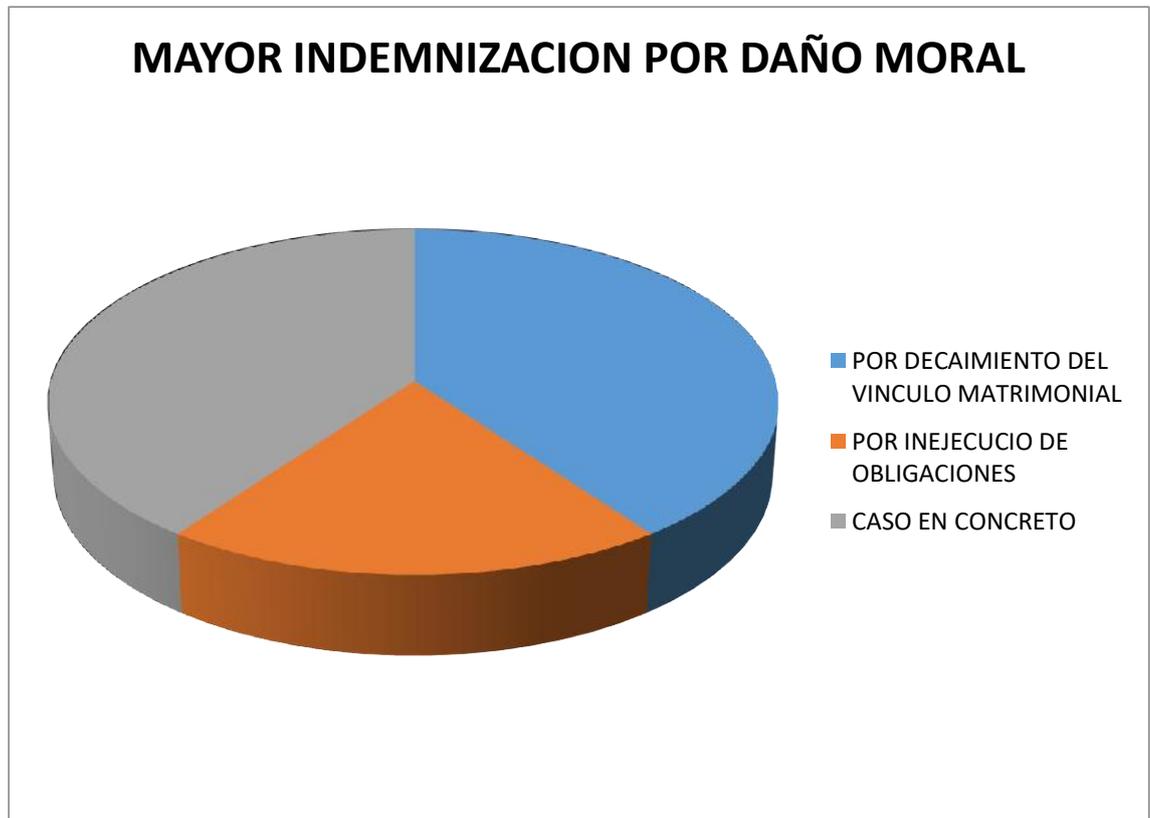


De acuerdo al grafico se tiene el 50% para pericia psicológica, 40% para el segundo ítem y 10% para el primero.

PREGUNTA 4:

Respuesta a la pregunta

El daño moral que requiere mayor indemnización es:

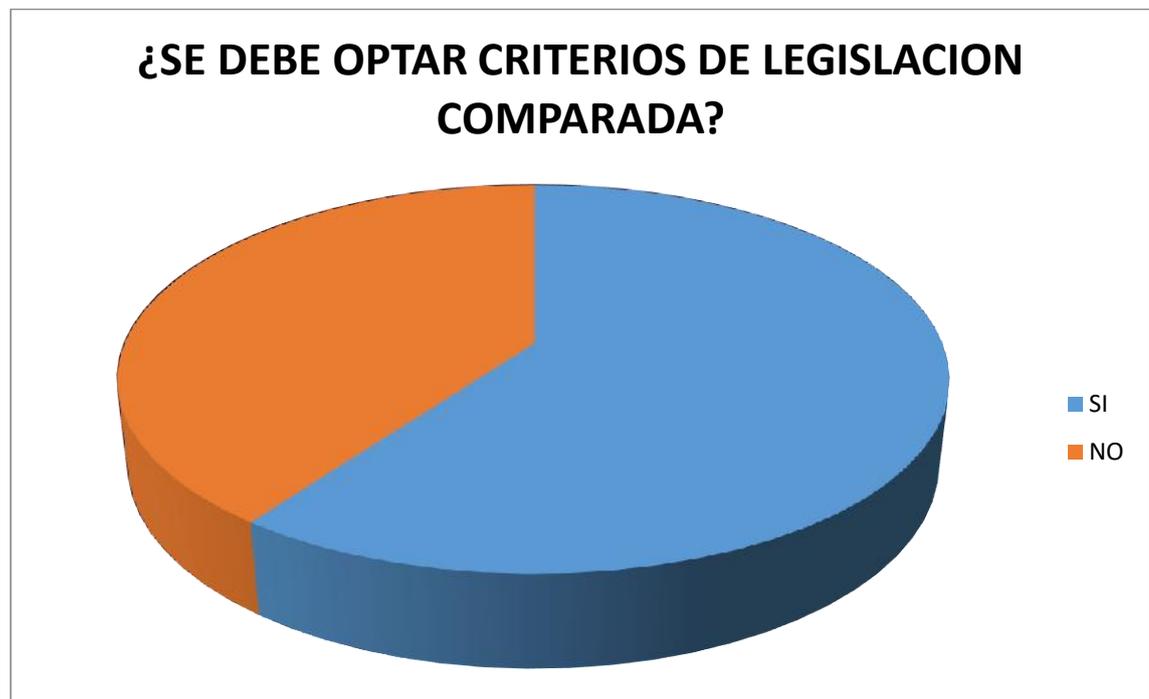


De acuerdo al grafico se obtiene un 40% para el primer y tercer ítem y un 20% para el segundo.

PREGUNTA 5:

Respuesta a la pregunta

¿Considera usted como operador del Derecho, que nuestra legislación debe adoptar criterios de la legislación comparada para una eficiente cuantificación del daño moral?



Se obtuvo un **SI** con el 60% y un **NO** con el 40% del total de encuestados.

PREGUNTA 6:

Respuesta a la pregunta

¿Cómo usted cuantifica o determina el daño moral en sus sentencias?



Se obtuvo un 60% del total, refiriendo además que es una mejor alternativa de solución en la actualidad pues no se tiene una base de datos específica donde muestre el cómo poder determinar una justa cuantificación del daño moral.

Un 10% para el primer ítem y un 30% para el segundo.



3.5. MATERIALES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:

3.5.1. MATERIALES:

- Bibliográficos.
- De escritorio.
- De impresión.

3.5.2. TÉCNICAS:

- Encuestas.
- Análisis documental

3.6. INSTRUMENTOS:

- Cuestionarios
- Guía de entrevista.
- Guía de análisis documental.

3.7. METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE DATOS

- Analítico
- Descriptivo
- De síntesis
- Estadístico
- Inductivo

3.8. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS.

El presente trabajo se analizara mediante encuestas que previamente tabulados los resultados del trabajo de campo, se procederá a realizar los respectivos cuadros estadísticos sirviéndonos para ellos de los denominados



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



gráficos circulares o barras. Estos cuadros estadísticos, así como su adecuada interpretación nos permitirán una mayor comprensión del tema de investigación.

3.9. PRESUPUESTO

3.9.1. Bienes.

ASPECTO	DESCRIPCIÓN	TOTAL
	Papel bond A4	100.00
	Fólder Manila A4	3.00
	Bolígrafos PILOT	3.00
Material	Corrector	2.50
de	Faster	1.20
Escritorio	Grapas “rapid”	10.00
	Engrapador	12.00
	Perforador	12.00
	USB	45.00
	Material Bibliográfico	425.00
	Material de impresión	350.00
	TOTAL	1082.50



*“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA
INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”*



3.9.2. Servicios.

DESCRIPCION	COSTO
Fotocopiado	255.00
Internet	250.00
Comunicaciones	120.00
Impresión y procesamiento	350.00
Movilidad	250.00
Otros	200.00
TOTAL	1425.00

Resumen

Bienes S/ 1082.50

Servicios S/ 1425.00

S/ 2507.50

3.10. FINANCIAMIENTO:

En el presente trabajo el presupuesto es asumido por el investigador.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



JURISPRUDENCIA

Expediente N.º 178-98-C68

Chimbote, quince de enero de mil novecientos noventa y nueve

Constituye objeto de pronunciamiento la Indemnización solicitada por la accionante, en razón del daño moral que le fuera ocasionado por el fallecimiento de su cónyuge como consecuencia de la colisión sufrida por el vehículo donde éste se encontraba y el conducido por el codemandado Luis Gonzaga Narciso.

En su octavo considerando establecieron, que el daño moral implica una lesión a los sentimientos de los deudos de la víctima quienes sufren la pérdida del ser querido aunándolo al daño patrimonial como consecuencia de la desaparición de la persona que constituía el sostén de la familia.

Declarándole **FUNDADA en parte**, señalando como monto indemnizatorio **la suma de CUARENTA MIL NUEVOS SOLES** que deberá pagar de manera solidaria la Empresa de Transportes Palacios Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y don Luis Gonzaga Narciso, a favor de la Sucesión Intestada de don Jaime Wilfredo Acero Flores, más los intereses respectivos; y las costas y costos de ley.

Por su intangibilidad, el dolor humano no requiere ser acreditado con los medios probatorios convencionales concebidos en nuestro ordenamiento procesal.

Para determinar el monto indemnizatorio, el Juez de la Causa debe utilizar aquellos criterios que permitan a los deudos un mínimo de resarcimiento ante la pérdida sufrida de quien constituía el único sustento de su familia.

Procede exigir judicialmente el pago de una indemnización por daños y perjuicios si la actora acredita que ha sido perjudicada en su imagen debido a la publicación de una denuncia interpuesta en su contra por el ahora demandado, no obstante conocer que ésta había sido sobreseída.

⁶⁸ http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_civil/serie_jurisp_02/159-194.pdf



*“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA
INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”*



Expediente N.º 97-156-09-0112-JC-04 (CIVIL)

Independencia, veintiocho de mayo de mil novecientos noventinueve.

VISTOS:

Vista la causa en discordia, oído el informe oral, con el expediente acompañado que se devolverá oportunamente, e interviniendo como Vocal el señor doctor MONTAÑEZ GONZÁLEZ en aplicación a lo normado por el artículo ciento cuarenta y cinco del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, CONSIDERANDO: PRIMERO.- Apela ante el A-quo el demandado señor Carlos Infante Torres respecto de la sentencia que condena al pago indemnizatorio a favor de los demandantes. Argumenta en su impugnación que: en cuánto Presidente y Representante de la Asociación podía interponer denuncia penal sin requerir autorización previa de la Asamblea; además que existe error de interpretación en la sentencia pues el sobreseimiento no implica absolución de cargos. Precisa finalmente que él no denunció a la co-demandante Lilia Esther Tapia Ángeles; SEGUNDO.- Resulta claro que tratándose de delito perseguible de oficio, el hecho de poner en conocimiento de la autoridad encargada de su investigación y represión no constituye hecho dañoso, aún incluso si el denunciante siendo representante legal no haya sido autorizado por el pleno de los asociados, o que creyéndose que ejerce sus facultades de modo regular al amparo del artículo cuarentitrés de los estatutos de la asociación formula denuncia; TERCERO.- En efecto, por el solo hecho de la interposición de la denuncia no cabe sanción al hoy demandado y es que tal denuncia aparece como razonable desde que la hizo suya no sólo la Policía Nacional del Perú sino el Ministerio Público que amplió la correspondiente a la hoy co-demandante y el propio Juez que abrió proceso penal, aunque luego haya sido sobreseída de conformidad con el Dictamen Fiscal; CUARTO.- No obstante lo dicho precedentemente, no puede perderse de vista que la demanda indemnizatoria también señala como hecho dañoso la difusión de la existencia de éste proceso penal así como la divulgación de la responsabilidad penal de la hoy demandante y de la subsistencia del proceso penal no obstante conocer que la causa está sobreseída; QUINTO.- Al respecto es de tenerse presente que obra en autos las declaraciones de testigos que dan cuenta de la publicidad hecha al proceso y de la presunta responsabilidad penal de las hoy co-demandantes en actitud que excede el derecho del hoy demandado a informar a sus consocios sobre la acción



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



penal constituyendo propiamente un abuso del derecho en claro perjuicio del derecho al buen nombre y reputación personal pues no debe perderse de vista que en el juicio penal de marras nunca fueron acusados por el Fiscal o sentenciadas y la publicidad del juicio sin la adecuada información sobre el real estadio procesal constituye transgresión de la presunción de inocencia de que goza todo ciudadano que solo se enerva por sentencia condenatoria firme, en el caso de autos resulta además agravante pues el demandado sostiene que el juicio continua a pesar de haberse decretado su sobreseimiento cuyos efectos jurídicos no puede desconocer dada su formación en leyes; SEXTO.- Por los considerandos precedentes hay mérito en la demanda en éstos extremos y también en este mismo extremo de la sentencia apelada; SÉPTIMO.- Al adherirse a la apelación, la demandante doña Rosa Bertila Vargas González consigna que el monto señalado es diminuto, en ello tiene razón, pues si bien el daño moral es difícil cuantificar no debe perderse de vista que al fijarse el monto indemnizatorio ha de considerarse que la apelante ha sido perjudicada en su imagen aún cuando no debe ignorar que subyace un conflicto de intereses originado en la lucha de facciones por el control de la Institución, en el curso de la cual las partes han asumido actitudes desafiantes y empleando palabras subidas de tono, razón por la cual debe reajustarse el monto de la indemnización a una cantidad compatible con las circunstancias; OCTAVO.- En cuanto a la reconvencción ha de señalarse que por las consideraciones propias que ampara la demanda, no cabe conceder mérito a la reconvencción, ello pues al declarar fundada en parte la presente demanda resulta claro que la interposición de la demanda no es acto dañoso sino el ejercicio regular de un derecho que por el artículo mil novecientos setenta y uno del Código Civil no genera indemnización por daños y perjuicios. A mayor abundamiento es de señalarse que el demandante actúa de modo nada serio pues inicialmente demanda por daño moral cien mil nuevos soles y luego sin otra justificación que la de adecuación procesal, desconociendo la posibilidad que plantea al Juez el artículo cincuenta y uno inciso uno del Código Procesal Civil reduce su pretensión indemnizatoria; NOVENO.- Conforme al artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por los propios fundamentos es de confirmarse lo resuelto en cuanto a las tachas; por los fundamentos expuestos anteriormente CONFIRMARON en parte la sentencia signada con resolución número veintitrés su fecha veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho obrante a fojas doscientos veinticuatro a doscientos veintisiete que falla declarando INFUNDADA la tacha interpuesta por el demandado



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Carlos Infante Torres contra los testigos propuestos por las demandantes, Luis Melchor Fuentes y Jorge Sánchez Zolessi; INFUNDADA la reconvencción formulada a fojas sesentisiete a setenta, subsanada a fojas noventa; FUNDADA la demanda interpuesta a fojas veintiuno a veinticinco, subsanada de fojas treinta a treintiuno y en consecuencia ordena que el demandado cumpla con pagar a las demandantes Rosa Zorrilla González de Vargas y Lilia Esther Tapia Ángles la suma de cinco mil nuevos soles a cada una de ellas, REFORMARON en cuanto al monto que deberá pagar el demandado a favor de las demandantes, el cual **FIJARON en quinientos Nuevos Soles para la demandante Lilia Esther Tapia Angles y cinco mil nuevos soles para la demandante Rosa Bertila Zorrilla González**; con lo demás que contiene y es materia de grado; en los seguidos por Rosa Bertila Zorrilla de Vargas y otra contra Carlos Infante Torres sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; Notificándose y los devolvieron.

Cas. N° 931-2006 Lima Norte (El Peruano, 31/01/2007)

Noveno Considerando: ‘Que, a la luz de lo normado en el artículo N° 1314a del Código Civil, quien actúa con diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial o tardío o defectuoso: asimismo, como sostiene autorizada la doctrina nacional, la Ley (artículo N° 1329 del Código Civil) presume que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso son imputables al deudor o título de culpa leve (Ctr. De Trazegnies Granda, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual).

Otorgaron un monto de 55.359.00 nuevos soles.

En la presente Casación nos da a entender que el motivo por el cual declararon FUNDADO el recurso presentado por el Procurador del Ministerio de Agricultura, se debió a que no se determinó si existían elementos que determinen si el demandado actuó con la diligencia ordinaria, la cual es exigible al cargo público que ostentó o si por el contrario actuó en forma negligente en el cumplimiento del pago de las obligaciones tributarias. Dicho así no se estableció en la controversia ningún elemento fáctico que amerite pronunciamiento acerca de la comisión de un daño.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Cas. N° 68-2002 Lima (13.06.02)

'Que conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, el monto indemnizatorio debe regularse prudencialmente resultando Insuficiente el monto señalado por el a quo, toda vez que debe tenerse en cuenta, además la situación particular de la demandante madre de la víctima, esto es, que dicho accidente ocasionó la pérdida de su único hijo, quien contaba tan solo con veintiocho años de edad, y cuyo proyecto de vida le fuera frustrado por la muerte súbita, ocasionando en la demandante un daño moral irreparable, por lo que corresponde incrementar el referido monto teniendo en cuenta lo establecido en el artículo mil novecientos ochenta y cinco del Código Sustantivo, por tratarse de una responsabilidad extra contractual"

Otorgaron un monto de 40,000.00 nuevos soles.

En este proceso seguido como consecuencia de un accidente de tránsito seguido de muerte, se ordenó el pago de una indemnización por daño moral a favor de la madre del occiso por S/.10,000.00, sin embargo, dicho monto es incrementado por la Sala Suprema a S/,40,000.00, indicando que este debe fijarse de manera prudencial atendiendo a determinadas circunstancias que rodean a cada caso, y en el presente caso concreto se tuvo en cuenta para otorgar la indemnización, la situación particular de la demandante que era madre del occiso, que además era su único hijo de apenas 28 años de edad.

Exp. N° 1433-99 Lima, 10 de septiembre de 1999.

Si en la ejecución de un título valor que contenga una obligación, el acreedor y ejecutante del mismo actúa con negligencia, de modo tal que perjudique la imagen comercial del deudor y como consecuencia cause un daño moral en su persona, el acreedor será responsable extra contractualmente y quedará obligado a indemnizarlo.

Otorgaron un monto de 15,000.00 nuevos soles.

Para la sala resulta más que evidente que el haberlo hecho aparecer como un sujeto moroso en el pago de sus obligaciones es un detrimento en relación a la afectación espiritual de la persona por consiguiente el daño ocasionado debe ser resarcido.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Cas. N° 3267-99- Lima

Siendo el daño moral uno de carácter no patrimonial resulta imposible cuantificarlo económicamente, por lo tanto, solamente le corresponderá al Juez, con valoración equitativa, fijar el monto que disipará el dolor.

Otorgaron un monto de 10,200.00 nuevos soles.

Cuan fundamental es el principio de autonomía que debe observar todo Juez al momento de emitir sus resoluciones las mismas que deben ser siempre motivadas y fundamentadas tanto más si trata de elucidar sobre el daño moral.

Cas. N° 3267-99- Lima

Siendo el daño moral uno de carácter no patrimonial resulta imposible cuantificarlo económicamente, por lo tanto, solamente le corresponderá al Juez, con valoración equitativa, fijar el monto que disipará el dolor.

Otorgaron un monto de 10,200.00 nuevos soles.

Cuan fundamental es el principio de autonomía que debe observar todo Juez al momento de emitir sus resoluciones las mismas que deben ser siempre motivadas y fundamentadas tanto más si trata de elucidar sobre el daño moral.

Cas. N° 893-2001 Lima (27.12.01)

Que en este sentido, debe tenerse en cuenta, que la indemnización pretendida por el demandante, se correlaciona en estricto con el daño moral que se afirma ha ocasionado el Banco de Crédito del Perú como consecuencia de las cartas remitidas a Inforcorp y a la Superintendencia de Banca y Seguros, mediante las cuales se comunicó, respecto a una obligación incumplida por el demandante, situación que habría determinado que éste último no califique como sujeto de crédito frente a cualquier entidad del Sistema Financiero u operaciones crediticias propias de una persona que como el demandante mantenía cuentas corrientes en el banco, así como tarjetas de crédito”

Otorgaron un monto de 10,000.00 nuevos soles.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Se trata de un caso en el cual el Banco de Crédito por error cancela la tarjeta de crédito de uno de sus clientes, comunicando incluso a Infocorp, lo cual según la sentencia en casación, ha ocasionado daño moral evidente al haberse registrado a dicha persona como cliente moroso, tanto más cuando la rectificación de tal error no ha sido inmediata pese al requerimiento del cliente, lo cual ocurrió bastante tardío, razón por la cual la Sala Civil Suprema, elevó el monto de la reparación civil fijada por todo concepto de S/.3,000.00 a S/.8,000,000, exponiendo como argumento para fijar dicho quantum la equidad y la falta de inmediatez en corregir su error la entidad bancaria.

Cas. N° 002400- 2002- MOQUEGUA emitido el 16 de septiembre del 2004

Que, en cambio, las alegaciones referidas de la contravención del inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, si es atendible, ya que conforme se advierte en la resolución de vista - puntualmente en su considerando cuarto-, la Sala Superior no ha justificado suficientemente, ni ha expresado con claridad el razonamiento por el cual concluye en la existencia de un daño moral, extremo respecto del cual tampoco alude sustento probatorio alguno, limitándose a sostener conclusiones que ampara con la sola enunciación del derecho a la integración moral, invocado como marco genérico en el primer considerando de la resolución-

Otorgaron un monto de 10,000.00 nuevos soles.

La resolución en comento, deriva de un proceso de amparo, por el cual la accionante fue reincorporada a sus labores, por lo que vía proceso ordinario solicita indemnización por daño y perjuicios por el tiempo no laborado así como pago de devengados. La Sala Superior revoca la sentencia en cuanto se declara infundada la indemnización por daño moría, y reformando declara fundado dicho extremo, estimando en diez mil nuevos soles el monto indemnizatorio, sin embargo, bajo el argumento transcrito precedentemente, el Supremo Tribunal declara la nulidad de la resolución de vista, por no contener una adecuada motivación de las razones por las que se otorga el monto indemnizatorio, así como tampoco el sustento probatorio para acogerla. Como vemos, se exige al Ad quem que el monto indemnizatorio por daño moral no solo se circunscribe a ser establecido por la sola enunciación, sino que



también debe ser probado y determinarse las razones por las cuales ha de ser otorgado, resulta discutible, desde que bajo la concepción del daño moral este comprende una lesión a la esfera subjetiva de la persona.

3.11. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO

De acuerdo al estudio realizado se obtiene que uno de los caminos adecuados para encontrar respuestas, está en analizar las condiciones que el derecho comparado ha propuesto o en algunas legislaciones establecido, para darle una solución lógica a este problema de determinar una cuantificación adecuada, correcta y digna cuando se trate de otorgar una indemnización por daño moral, ya que el jurista Juan Espinoza⁶⁹ al estudiar la jurisprudencia peruana determinó que resulta imposible recoger criterios de predictibilidad para este problema, determinando lo siguiente:

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

A pesar que este informe data del año 2006, vemos que en la actualidad las cifras, modos y condiciones para fijar una indemnización siguen siendo desproporcionados, no teniendo bases para sustentar el porqué de los montos que se otorgan.

Ahora, conforme se aprecia existen criterios doctrinales recogidos en algunas sentencias a tomarse en consideración al momento de la cuantificación del daño moral, sin embargo generalmente las sentencias que cuantifican el daño moral resultan impredecibles por la falta de uniformidad de estos criterios, y muchas veces el texto de las mismas carecen de motivación que nos indique cuales son las razones por las que se han establecido los montos dispuestos

⁶⁹ Juan Espinoza Espinoza. Derecho de la responsabilidad Civil. Edit, Gaceta Jurídica, cuarta edición, septiembre 2006, Lima-Perú, Pág. 296.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



en el fallo, es decir, no se ha logrado una Jurisprudencia clara para establecer un quantum con un buen criterio que nos permita establecer el porqué de dicho monto; la jurisprudencia no se ha encargado de establecer que elementos se deben analizar para determinar la magnitud del daño. Por otra parte, el abogado peruano contribuye al problema, pues no distingue en sus demandas cuanto es lo que pide por daño moral, ni demuestra el daño extrapatrimonial sufrido, considerando que basta con demostrar la ocurrencia del evento dañoso, el nexo causal y los factores de atribución de responsabilidad respecto al agente; situación que no debe de seguir en ese rumbo, de tal manera que se debe tomar como referencias a los países europeos como Francia y España, legislaciones que nos muestran tablas llamadas “baremos” en las que se especifica montos de acuerdo al daño que se le ocasiona a la víctima al momento de producirse el hecho; tablas y condiciones que deben ser utilizadas de acuerdo a nuestra realidad social.

A continuación se ilustrara lo que sería una posible solución al problema descrito en este trabajo.

Los Tribunales Franceses crearon el “Baremo del Precio del Dolor”, el que tiene una conexión íntima con un problema de bases de datos estadísticos que pudieran servir de antecedentes a los jueces y a las partes procesales en la determinación de un adecuado quantum indemnizatorio por daño moral (estas baremaciones pueden ser consultadas en: www.minitel.fr o también en www.fnvictimesdelaroute.asso.fr.)

La tabla referida francesa es la siguiente:

PRETTIUM DOLORIS	MAGNITUD	MONTO
	Muy leves	500 a 750 €
AFECCION,	leves	750 a 1800 €
DOLORES Y	moderados	1800 a 4000 €
MOLESTIAS	Medios	4000 a 6000 €
	Algo importantes	6000 a 12000 €
	Importantes	12000 a 18000 €
	Muy importantes	18000 € a más



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



Si bien al consultar estas tablas, se hace referencia cuando se sufre un accidente de tránsito en aquellas zonas del mundo, podría servir para guiar, tanto al abogado y al juez para la fijación de cifras indemnizatorias, pues solo muestra la magnitud con que debe tomarse en cuenta el daño sufrido; ahora el monto que se señala sería variado de acuerdo a la realidad económica de nuestro país y porque no tomando una referencia de lo que nos señala el país de Francia en la cual usan un método llamado Punto de Cálculo (Calcul au point), que multiplica la tasa de incapacidad por un valor llamado “punto de incapacidad”. El valor monetario del punto se obtiene por referencia a las indemnizaciones concedidas en casos parecidos, y se halla en función creciente del porcentaje de la lesión y en función decreciente de la edad de la víctima. Así, por ejemplo, con una gravedad correspondiente al 5% de cierto índice acordado, el punto puede valer 3.000 o 5.000 euros, según si la víctima tiene 70 años o tan solo 10 años.

Por diferentes, variadas y convincentes razones, que confluyen en el aspecto subjetivo del daño moral, existe además un análisis de la metodología e indicaciones que se podrían tener en cuenta para complementar la tabla descrita, así tenemos que:

- La Indemnización por daño moral deberá ser de acuerdo a la edad y condiciones de afectación para cada persona, con derecho a la misma.
- El daño moral, siempre debe ser considerado de forma individualizada, atendiendo a la específica repercusión que el mismo tiene para cada individuo, pues provoca un estado psíquico que limita las posibilidades de disfrute y ganancia del individuo

Para efectuar esta valoración del daño moral resulta necesaria también la aplicación de un protocolo predeterminado por unas actuaciones consecutivas que podríamos sintetizar en las siguientes:

- En primer lugar, un médico psiquiatra realizará una exploración clínica, cuya finalidad se centrará en obtener una estimación del porcentaje de pérdidas de actividad global o expectativas reales vinculadas a la víctima, a partir de protocolos médicos, criterios y psicométricos avalados por la



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



estadística que permitan una medición efectiva y contrastable de las actividades y posibilidades del futuro perjudicado antes del daño y en el momento del análisis.

- En ocasiones, además, un psicólogo realizará una exploración clínica y psicométrica coincidente y complementaria a la efectuada por el médico psiquiatra.

De lo descrito con anterioridad y si tomamos dichas tablas que propone la legislación extranjera, los procesos por este concepto de indemnización por daño moral no se verían tan complejos y se tendría menos carga procesal, además no sería difícil establecer montos puesto que de acuerdo a la magnitud que podamos aprehender de las tablas señaladas y además de las condiciones que se describen, el legislador peruano (y porque no señalar además a los abogados) tendrán una adecuada base para interpretar lo que se pide en casos de indemnizar víctimas dañadas en su moralidad.



CONCLUSIONES

1. El Daño Moral es una figura jurídica que busca proteger a la persona cuando esta se vea afectada por la comisión directa o indirecta de un sufrimiento o un menoscabo de índole corporal o emocional de los que somos vulnerables todos los seres humanos. Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que éste 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; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.
2. No es lo mismo daño moral que daño al proyecto de vida; éste último es la lesión a la libertad de la persona a realizarse según su propia y libre decisión, es un daño radical que retrasa, menoscaba o frustra la realización personal. Es un daño que no tiene que ver con el dolor o sufrimiento como el daño moral, sino, que implica la frustración de lo que el ser humano ha planificado en su vida.
3. La estimación de la concreta cuantía en la reparación de daño moral ha de ser razonada en los supuestos que la motivación sea posible. El Magistrado dispone de libertad para fijar el quantum indemnizatorio y para ello deberá ponderar el valor de la cosa o del daño que se trata de reparar, entendiéndose los perjuicios morales, siempre que los daños aparezcan determinados como ciertos, rechazándose aquellos que parezcan meras hipótesis o suposiciones.
4. No existe en el Derecho nacional ni en el Derecho comparado tablas de cuantificación, que nos permitan establecer el quantum de indemnización del daño moral. Se justifica la indemnización del daño moral bajo un criterio aflictivo consolador, cuya deficiente valoración conspira contra la finalidad perseguida por ley. La falta o carencia de criterios de valoración y cuantificación del daño moral nos lleva a soluciones inadecuadas, como es el pago de dinero simbólico y hasta a veces ínfimo carentes de virtualidad y que no cubren en nada el perjuicio irrogado, conforme se ha podido apreciar del contenido de las casaciones emitidas por el órgano jurisdiccional.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



5. Se ha encontrado en muchos de los casos estudiados, los Operadores Jurisdiccionales otorgan una indemnización cuyo quantum no se encuentra debidamente motivado. No existe forma de establecer si el monto otorgado por los Jueces por concepto de indemnización por daño moral y si en el caso particular, resulta verdaderamente resarcitorio del daño ocasionado a los ofendidos, debido a que las sumas consignadas se basan estrictamente en el criterio el Juez, las mismas que en su mayoría son consignadas al azar en forma absoluta y arbitraria, de lo que puede deducirse fácilmente la necesidad de establecer algunos criterios básicos y fundamentales a seguir por los Magistrados al momento de establecer el quantum indemnizatorio por daño moral.

6. En definitiva, queremos transmitir la consideración de que este tema tanto conceptualmente como metodológicamente, bien podría ser resuelto entre todos y para todos los que actúan en el ámbito de la reparación del daño o de la indemnización del perjuicio si, previa la asunción de su validez, como se ha hecho en legislación extranjera, se fijaran legales, o alternatively, jurisprudencialmente, criterios o sistemas como los expuestos y que con el tiempo, devinieran es comúnmente aceptados.



RECOMENDACIONES

1. Se requiere que la legislación peruana defina de manera puntual y clara el concepto de indemnización por daño moral, a la vez definir las magnitudes que causa en una persona que serán merecedoras de una reparación, así como la repercusión del daño que tendrá en personas de diferentes edades y fijar una base de datos en que tanto abogados como jueces conozcan para la aplicación de una indemnización correcta y justa; sin confundir el tema tratado con el daño al proyecto de vida, pues de acuerdo a doctrina tienen diferentes conceptos e interpretaciones a estudiar y considerar si se presentasen casos con estos tipos de daños.
2. En el presente trabajo como medio de solución se ha mostrado y tomado en cuenta tablas que al adaptarse a nuestra realidad económica podrían ser una alternativa para el manejo de este problema que se suscita desde años atrás, pero a pesar de la posible solución se debe tener en cuenta la ayuda de profesionales de la salud como son los psicólogos y psiquiatras pues se requiere de su apoyo para verificar la magnitud de daño que el evento ha ocasionado en una persona de acuerdo a la edad, vínculo social-afectivo, o a la personalidad que ésta presenta..
3. Además, se debe tener en cuenta la calificación que los jueces realizan en casos anteriores para poder tener un equilibrio en las decisiones, pues se ha visto que al otorgar una indemnización, el juez señala cualquier monto que a este le parezca sin a veces consultar casos similares y otorgar montos equilibrados y significativos.
4. El Derecho como garantía de la seguridad jurídica debe establecer principios sobre los que descansen o se apoyen los fundamentos indemnizatorios y la determinación de las correspondientes cuantías en relación al daño moral, lo que se plasmaría en nuevas normas o en su defecto conservando las actuales,



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



a través de una uniforme Jurisprudencia. Por último la motivación en cada resolución que se emite debe ser clara y concreta y esto se lograría gracias a los conceptos base que puedan definir los legisladores cuando se habla de indemnización por la materia tratada.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ❖ ALPA, Guido. Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. 1ª. Edición en Castellano, traducción y nota de Leysser L. León. Jurista Editores. Lima. (2006).
- ❖ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 243-244
- ❖ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. (1988). La Responsabilidad Extracontractual. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Perú
- ❖ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2000). La antijuricidad como Problema. Portal de Información y opinión Legal PUCP.
- ❖ L. LEÓN, Leysser. Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. (http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57_.PDF)
- ❖ LORENZETTI, Ricardo Luis. El daño a la persona. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLV N° 1. Enero-Marzo 1995. Editora Normas Legales. Trujillo-Perú.
- ❖ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p.373
- ❖ OSTERLING PARODI, Felipe. “Indemnización por daño moral” (<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral/.pdf>)
- ❖ REY DE CASTRO, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima, p. 352.



“LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL PARA UNA CORRECTA INDEMNIZACIÓN CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN”



- ❖ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Lima, segunda edición, Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 64-70.
- ❖ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A. Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad. En: REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ. Julio-Setiembre 1995. Editora Normas Legales S.A. Trujillo – Perú

✓ LINGÜÍSTICA

- ❖ [http://www.reformaprocesalcivil.cl/el-dano-moral-y-su-acreditacion-en-la-reforma-procesal-civil-y-laboral/?](http://www.reformaprocesalcivil.cl/el-dano-moral-y-su-acreditacion-en-la-reforma-procesal-civil-y-laboral/)
- ❖ <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16974/17700=>
- ❖ https://www.google.com.pe/search?q=RESARCIMIENTO+DEL+DA%C3%91O+MORAL+O+INMATERIAL+Roxana+Jim%C3%A9nez+Vargas-Machuca+&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:es-ES:official&client=firefox-a&gfe_rd=cr&ei=w5z6U7_0MsHd8gezhYHwDw
- ❖ <http://derechocivil2catacom1.blogspot.com/2012/09/la-cuantificacion-del-dano-moral-por.html>
- ❖ http://jurisprudenciadederechocivilper.blogspot.com/2009_08_01_archive.html