



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TÍTULO

**“APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDIRECTA EN EL DAÑO MORAL
EXTRA CONTRACTUAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTOR

Bach. MILLY MAITE RAMÍREZ ACHA

ASESOR

Mg. FLOR DE MARIA CHUZÓN JIMENEZ

CHICLAYO – PERU

2019

Localidad e Institución Donde se Desarrolló la Investigación**Región – Lambayeque****Tiempo Estimado que ha Durado la Investigación****1 Año****Fecha de Inicio****15 de Julio del 2018****Presentado Por**

Autor**Bach. Milly Maite Ramírez Acha**

Asesor**Mg. Flor De María Chuzón Jiménez****Aprobado por el Jurado:**

Presidente**Mg. Fermín Valdiviezo Villena.**

Secretario**Mg. Javier Díaz Díaz.**

Vocal**Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe**

DEDICATORIA

A mis padres: Maribel Acha Rosillo, y Víctor Manuel Tarrillo Álvarez por brindarme su apoyo incondicional en cada momento trascendental que marcó mi desarrollo personal, porque a través de su fortaleza y amor me permitieron tomar las mejores decisiones para llegar hacer una profesional de bien forjándome en valores y siendo ellos la razón de mi superación constante e inspiración para convertirme en una gran profesional.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi mayor gratitud y aprecio a. Dios: primero por permitirme seguir con vida y estar con buena salud, quien me ha encaminado por el sendero del bien y quien ha respondido en cada oración mostrándome el camino de la sabiduría para poder cumplir mis objetivos y mis metas.

MIS padres: por darme la vida, por sus cuidados, atenciones y llenarme de valores para convertirme en la mujer que soy.

Agradezco infinitamente su apoyo incondicional de mi tía Silvia la. Cual siempre estuvo pendiente de mi durante mi etapa de estudiante lo cual fue mi soporte para nunca desvanecer. Gracias infinitas a una súper persona y muy especial para mí. Doña Julita que también es parte de mi proceso en el desarrollo de mi tesis. Gracias por el apoyo q me brindó cuando le hablé de este proyecto y solo recibí de su parte una buena y linda respuesta. Adelante te apoyo. Y a mis docentes durante la etapa de universitaria, gracias por sus buenas enseñanzas y valores.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO	4
TABLA DE CONTENIDO.....	5
PRESENTACIÓN.....	10
RESUMEN.....	11
ABSTRACT.....	12
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES

METODOLÓGICAS

1. Aspectos de la Problemática.....	15
1.1. Realidad Problemática.....	15
1.2. Planteamiento del Problema	20
1.3. Formulación del Problema	22
1.4. Justificación e Importancia del Problema	22
2. Objetivos.....	23
2.1. Objetivo General	23
2.2. Objetivos Específicos.....	24
3. Hipótesis.....	24
4. Variables.....	24
4.1. Variable Independiente.	24

4.2. Variable Dependiente.....	24
5. Marco Metodológico	25
5.1. Diseño y Contrastación de Hipótesis	25
5.1.1. Diseño.....	25
5.1.2. Contrastación de Hipótesis.	25
5.2. Población	28
5.3. La muestra	28
5.4. Métodos y Procedimientos Para la Recolección de Información.....	29
5.5. Procedimientos Para la Recolección de Información.....	31
5.6. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	31

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DAÑO MORAL

2.1. Responsabilidad Civil	33
2.2. Funciones de la Responsabilidad Civil.....	34
2.3. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	35
2.4. Elementos de la Responsabilidad Civil	36
2.4.1. Conducta antijurídica.	36
2.4.2. Daño.	37
2.4.2.1. Factores subjetivos.....	38
2.4.2.1.1. La culpa.....	39
2.4.2.1.2. El dolo.	40
2.4.2 2. Factores objetivos de atribución de responsabilidad.....	42
2.4.2 2.1. Riesgo y peligro creados	42
2.4.2 2.2. La solidaridad.	43

2.4.2 2.4. La equidad.....	44
2.4.3. Relación de causalidad.	45
2.5. El Daño Moral	45
2.5.1. Naturaleza del daño moral.....	46
2.5.2. Tipos de daño moral.	47
2.5.2.1. El daño psíquico.....	47
2.5.2.2. El daño somático.	48
2.5.2.3. El daño a los sentimientos.	48
2.5.2.4. El daño al honor	49
2.5.3. Características que debe reunir el daño moral.....	49
2.5.4. Responsabilidad civil por daño moral.	51
2.5.5. Daño moral en el Código Civil de 1984.....	51
2.5.6 Reparación civil por daño moral.....	53

CAPITULO III

LA PRUEBA EN EL DAÑO MORAL

3.1. La prueba.....	55
3.1.1. Clasificación de la prueba de acuerdo a su objeto.....	56
3.1.1.1. Pruebas directas.	56
3.1.1.2 Pruebas indirectas.....	57
3.1.2. Diferencias entre prueba directa y prueba indirecta.	58
3.1.3. Importancia de la prueba indirecta.	58
3.1.4. Los sucedáneos de la Prueba.	59
3.1.5. Sucédáneos de los medios probatorios.....	59
3.1.5.1. Indicios.	60
3.1.5.2. Presunción.....	61

3.1.5.2.1. <i>Presunciones Legal.</i>	62
3.1.5.2.2. <i>Presunciones Judicial.</i>	62
3.1.6.3. <i>La ficción</i>	63
3.1.7. <i>Aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual.</i>	63
3.1.7.1 <i>Presunciones aplicables al daño moral</i>	63
3.1.8. <i>Aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en la</i> <i>Jurisdicción de Chiclayo-Lambayeque</i>	64

CAPITULO IV

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

4.1. <i>Indemnización</i>	66
4.1.1. <i>Indemnización de daños y perjuicios.</i>	66
4.1.2. <i>Indemnización del daño moral.</i>	67
4.1.3. <i>Indemnización del daño moral en caso del artículo 351 del Código Civil</i>	68
4.1.4. <i>Indemnización por daño moral en caso del artículo 1322 del Código Civil</i>	69
4.1.5. <i>Indemnización del daño moral en caso del artículo 1984 y 1985 del Código</i> <i>Civil</i>	70
4.1.6. <i>El quantum indemnizatorio.</i>	71
4.1.6.1. <i>Quantum indemnizatorio del daño moral.</i>	71
4.1.6.2. <i>Condiciones para el daño reparable</i>	73
4.1.6.3. <i>Criterios de cuantificación nacional.</i>	73

CAPITULO V

LA PRUEBA INDIRECTA Y EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

5.1. <i>En Argentina</i>	76
--------------------------------	----

5.4. En Brasil.....	78
5.5. En Chile.....	79
5.2 En Colombia	82
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	86
ANEXOS	92

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

Milly Maite Ramírez Acha, Bachiller en Derecho, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, presento ante ustedes el trabajo de investigación titulado: **“Aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque”**, el mismo que, espero, reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación.

Agradezco, la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a Uds. las muestras de mi consideración y estima.

Cordialmente:

.....

Bach. Milly Maite Ramírez Acha

RESUMEN

La investigación tuvo como objetivo, evaluar la aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque. Justificándose en razón de que busca identificar si es que la prueba indirecta es suficiente para probar el daño moral extracontractual y de como viene siendo utilizada y motivada en las diferentes resoluciones de indemnización de daño moral en el Distrito Judicial Civil de Lambayeque; para lo cual se utilizó, una investigación descriptiva, con un diseño no experimental, bajo un enfoque cuantitativo y cuya población y muestra estuvo conformada por 55 personas que han tenido algún proceso de indemnización por daño moral extracontractual y 169 casos del distrito judicial de Lambayeque relacionado con el tema investigado. La investigación me permitió establecer la relación de las variables: Prueba indirecta, daño moral extracontractual, sucedáneos de los medios probatorios, reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia el cual me llevó a plantear el siguiente problema. ¿Por qué se viene aplicando la prueba indirecta para probar daño moral extracontractual, en el Distrito Judicial de Lambayeque?, concluyendo que la utilización de la prueba indirecta es de gran utilidad para probar el daño moral extracontractual porque tiene valor probatorio propio igual que la prueba directa.

Palabras clave: Prueba indirecta, daño moral, sucedáneos, medios probatorios, reglas de la lógica, la ciencia, máximas de la experiencia.

ABSTRACT

The objective of the investigation was to evaluate the application of indirect evidence of extracontractual moral damages in the Judicial District of Lambayeque. Justifying itself on the grounds that it seeks to identify whether the indirect evidence is sufficient to prove the extracontractual moral damage and how it has been used and motivated in the different resolutions of compensation for moral damages in the Lambayeque Civil Judicial District; for which a descriptive research was used, with a non-experimental design, under a quantitative approach and whose population and sample consisted of 55 people who have had some process of compensation for extracontractual moral damage and 169 cases of the judicial district of Lambayeque related with the subject investigated. The research allowed me to establish the relationship of the variables: Indirect test, extracontractual moral damage, substitutes of the means of evidence, rules of logic, science and the maxims of experience which led me to raise the following problem. Why is the indirect evidence to prove non-contractual moral damage, in the Judicial District of Lambayeque, being applied? Concluding that the use of indirect evidence is very useful to prove extracontractual moral damage because it has probative value just like direct evidence.

Keywords: Indirect proof, moral damage, substitutes, evidence, rules of logic, science, maxims of experience

INTRODUCCIÓN

En el proceso civil, es fundamental sin duda, el derecho probatorio, que tiene cada una de las partes cuando hace sus afirmaciones, siendo que la actividad probatoria en el proceso no es nada sencilla, por cuanto en un proceso existe hechos afirmados de difícil probanza o no se cuenta con la prueba idónea o el hecho cae en el ámbito subjetivo en el que el medio probatorio no es material, es decir que no siempre se cuenta con la llamada prueba directa, por lo que el juzgador tiene que echar mano a otro tipo de medio probatorio, como lo es la prueba indirecta.

Por lo que probar las pretensiones en un proceso civil, a través de prueba indirecta, tanto en nuestra legislación como en otras legislaciones no ha sido nada fácil y este tipo de prueba por lo común se ha utilizado para probar hechos subjetivos como lo es el daño moral y en efecto, salvo particulares excepciones de algunos países, en su mayoría, se encuentra una discordante utilización de la prueba indirecta en el daño moral. Como en legislaciones de Argentina, Chile, México la doctrina indica que el daño moral tiene que ser acreditado, mientras que su jurisprudencia indica que tiene que ser presumido.

Nuestra realidad procesal es que no siempre un hecho puede acreditarse mediante prueba directa. Es más, existen hechos que solo pueden probarse mediante un razonamiento indiciario, o como lo señala nuestra normativa y jurisprudencia presumido como los hechos internos (la intención, las emociones, las creencias y otros hechos psicológicos, como el conocimiento de ciertas circunstancias, la buena o mala fe, la indemnización, el daño moral etc.), los cuales, al no ser externamente observables, se infieren a partir de sus manifestaciones externas o indicios.

Pues probar un hecho subjetivo con prueba directa es sumamente difícil de ahí que se haya optado por un medio probatorio sucedáneo como es la presunción, evitando que el juzgador deje de resolver los conflictos por la insuficiencia o imposibilidad de los medios probatorios.

aparte que las indemnizaciones por daño moral 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, y esto siempre queda a discrecionalidad del juzgador.

Y es que el concepto de daño moral no discrimina entre personas y cualquier diferencia en la determinación de los montos de los daños tendrá lugar como consecuencia el empleo de los criterios de equidad para cuantificar el daño moral, siendo esta fijación aún discrecionalidad del juzgador.

Por ello se planteó como objetivos, describir como se viene aplicando la prueba indirecta en la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque, interpretar los criterios judiciales sobre la aplicación de la prueba indirecta en daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque debatir como se viene aplicando el artículo N° 1984 del Código Civil sobre daño moral en el Distrito Judicial de Lambayeque y especificar como se viene indemnizando a los perjudicados por daño moral en el Distrito Judicial de Lambayeque.

Por lo que en el capítulo I se aborda la realidad problemática y formulación del problema, se especificó los objetivos y la justificación, hipótesis, variables, importancia y metodología de la investigación

En el capítulo II se trata sobre la responsabilidad civil en el daño moral

En el capítulo III La prueba en el daño moral

En el capítulo IV La indemnización del daño moral

En el capítulo V La prueba del daño moral en la legislación comparada

Finalmente se dan las conclusiones y recomendaciones a las que se ha llegado con el presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

1. Aspectos de la Problemática

1.1. Realidad Problemática

Todo proceso civil tiene una etapa postulatoria, una etapa probatoria y una etapa decisoria¹ en donde uno de los temas más trascendentales del proceso civil, sin duda, es el derecho probatorio, que tiene cada una de las partes cuando hace sus afirmaciones, siendo que la actividad probatoria en el proceso no es nada sencilla, por cuanto en un proceso existe hechos afirmados de difícil probanza o no se cuenta con la prueba idónea o el hecho cae en el ámbito subjetivo en el que el medio probatorio no es material, es decir que no siempre se cuenta con la llamada prueba directa, por lo que el juzgador tiene que echar mano a otro tipo de medio probatorio, como lo es la prueba indirecta.

Paredes (2005). Parte de la idea de que los medios de prueba son directos e indirectos. Es directo, cuando el medio probatorio muestra al juez el mismo hecho a probar. Es indirecto, cuando muestra un hecho distinto pero proporciona datos o elementos a partir de los cuales el juez formula un argumento un juicio crítico, para deducir la existencia u ocurrencia del hecho a probar. Los sucedáneos de los medios probatorios corresponden a estos últimos p, 180.

Esta clasificación a lo largo de su regulación ha generado controversia por ejemplo Igartua citada por Miranda (2014). Indica que desde antaño las pruebas directa e indirecta rivalizan en donde la primera ha salido mejor parada del enfrentamiento que la segunda, a la que tradicionalmente se ha mirado con recelo, relegándola sin rubor a un mero papel de suplente

¹ Clasificación hecha por Monroy Gálvez. Juan [file:///C:/Users/Joelx/Downloads/Dialnet-LaPostulacionDelProcesoEnElCodigoProcesalCivil-5109950%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Joelx/Downloads/Dialnet-LaPostulacionDelProcesoEnElCodigoProcesalCivil-5109950%20(2).pdf)

de la primera, además que hasta no hace mucho la situación descrita permanecía invariada. p, 74

Por su parte Quiroz (2014). Indica que aún en la actualidad existen prejuicios y estereotipos que giran en torno a la prueba indirecta. Ellos son frutos de concepciones históricas culturales cuyo punto de partida es la definición vulgar y en consecuencia no jurídica de conceptos como “indicio” y “presunción” P, 2.

Por lo que probar las pretensiones en un proceso civil, a través de prueba indirecta, tanto en nuestra legislación como en otras legislaciones no ha sido nada fácil y este tipo de prueba por lo común se ha utilizado para probar hechos subjetivos como lo es el daño moral y en efecto, salvo particulares excepciones de algunos países, en su mayoría, se encuentra una discordante utilización de la prueba indirecta en el daño moral.

Hunter (2015). Indica que en la legislación chilena el fenómeno probatorio no puede ser mirado como una actividad sencilla. Pues la existencia de hechos que por su naturaleza compleja o por la identificación que el legislador hace de ellos en la praxis normativa, resultan particularmente difíciles de acreditar (hechos síquicos como las intenciones, hechos negativos como la ausencia de una característica o cosa o el daño moral) pues estos hechos resultan extremadamente difíciles de establecer mediante prueba directa por lo que se tiene que echar mano de la mal denominada "prueba indirecta". p 10 y por su parte Femenías (2011) señala que en efecto, salvo particulares excepciones de algunos especialistas, todos los autores y comentaristas del derecho civil, han descuidado profundizar y desarrollar a cabalidad, una esfera que se juzga sustancial en el universo de la responsabilidad civil, como lo es, la cuestión de la prueba del daño moral, en esta legislación la doctrina manifiesta que: “el daño moral debe ser 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 p,31, 35

Parra (sf) señala que en Colombia la precaria técnica legislativa, al incluir al indicio como medio de prueba autónomo, sin serlo en realidad, por lo que, ha generado pluralidad de críticas desde la doctrina y la jurisprudencia, que no tardaron en recordar la naturaleza lógico jurídica del indicio como una operación mental, a través de la cual de un hecho probado se infiere la existencia de otro hecho, con la guía de los parámetros de la sana crítica, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos. p, 13. Por su lado Cárdena & Gonzáles (2007). Indican que la dificultad de la prueba del daño moral viene dada principalmente por el hecho de que el mismo afecta a bienes jurídicos extrapatrimoniales, y porque es casi imposible hacer una valoración económica de dicho daño, cuando en ella no intervengan módulos de valoración objetivos, fijos y aisladamente considerados. Se puede hablar de dos “tipos” de daños morales: por un lado, aquellos cuya existencia puede presumirse y por otro, aquellos cuya existencia debe ser acreditada mediante pruebas distintas a la de presunciones o no sólo por éstas. p, 214, 227

En la legislación argentina Casanova (2015) Indica que el daño moral es una de las figuras jurídicas más controvertidas de este Ordenamiento Jurídico en los últimos tiempos y dos de las cuestiones más controvertidas en la actualidad, y probablemente de las menos exploradas por la doctrina, son las relacionadas con la prueba y la valoración del daño moral.

Lara (2013). Manifiesta que los factores que generan el daño moral, la prueba y su cuantificación es sin duda alguna un tema muy discutido en la actualidad en el Ecuador y en las legislaciones internacionales, el cuantificar el daño moral que se produce a la persona en su buen nombre, dignidad e imagen frente a los demás resultaría un poco complejo p, 4.

En el Perú aún existe cierta desconfianza sobre la prueba indirecta y es que “tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo, la han sometido a un asfixiante régimen de requisitos y exigencias que no se contemplan con igual, ni con parecido, rigor para la prueba

directa” (Miranda 2014 p, 74) En definitiva, continúa confinada en un segundo plano, claramente por debajo de la prueba directa.

Nuestra realidad procesal es que no siempre un hecho puede acreditarse mediante prueba directa. Es más, existen hechos que solo pueden probarse mediante un razonamiento indiciario, como los hechos internos (la intención, las emociones, las creencias y otros hechos psicológicos, como el conocimiento de ciertas circunstancias, la buena o mala fe, la indemnización el daño moral etc.), los cuales, al no ser externamente observables, se infieren a partir de sus manifestaciones externas o indicios (Zavaleta 2018 p, 6).

Probar el daño moral en la actualidad en nuestra legislación resulta bastante complejo para los jueces, así como para la parte que alega el daño moral, entendido este como el dolor, sufrimiento o aflicción como consecuencia de un evento dañoso y más aún, la dificultad de cuantificarlo como tal. Eso viene generando el hecho que, a nivel judicial, se otorguen diferentes montos de indemnización en casos análogos, evidenciando un divorcio en los criterios, y lo que es peor, una desproporción debido a que se reconocen mayores cantidades indemnizatorias a futbolistas consagrados que por algún motivo ven “lesionada” su imagen y, sin embargo, determinan sumas ínfimas a ciudadanos de a pie o a menores de edad que son víctimas de algún hecho generador de daños².

La prueba del daño moral en nuestra Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha sido vacilante creando a todas luces inseguridad para el justiciable. La cantidad de Ejecutorias de la prueba del daño moral expedidas por los Magistrados de la Sala Civil de nuestra Corte Suprema ha tenido criterios muy variados, por lo que la percepción que tiene

² Información recuperada de: <http://ius360.com/privado/como-probar-el-dano-moral-en-el-peru-y-como-determinar-su-cuantificacion-conforme-las-conclusiones-del-iv-pleno-jurisdiccional-nacional-civil-y-procesal-civil/>

el justiciable respecto del Poder Judicial no ha sido muy bien vista. Esta problemática es muy compleja porque se circunscribe en la parte afectiva del ser humano y que muy pocos doctrinarios peruanos han sido sensibles de percibir y escribir sobre dicho problema (Camus 2018 p, 6)

Por su parte la jurisprudencia en la casación N° 1594-2014 – Lambayeque en su quinto considerando señala que el daño moral:

Es particularmente difícil de acreditar debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

Probar el daño moral no es nada fácil por no contarse con prueba directa de ahí que en la casación en mención en su sexto considerando se haya optado por un medio probatorio sucedáneo como es la presunción. En consecuencia, a partir de la decisión del Pleno, el daño moral podrá acreditarse a través de indicios, presunciones (legales o judiciales) o incluso de conducta de las partes, que van a permitir a los magistrados sustentar sus decisiones más allá de la simple presunción (muchas veces arbitraria y sin mayor argumentación).

Utilizar los medios probatorios indirectos y sin una debida motivación podría sin embargo, ser una puerta de escape para que la magistratura nacional no sea tan cuidadosa en la calidad probatoria del daño moral, así como un fácil camino para que los abogados patrocinadores no se preocupen por esforzarse en la calidad probatoria de sus demandas.

Pero no hay que dejar de lado que la prueba indirecta es importante porque es a través de los diversos medios de prueba que se busca hallar la verdad dentro de un proceso, a través de ellos los hechos que configuran una pretensión o una defensa dejan de ser simples afirmaciones para pasar a ser hechos sobre los cuales el juzgador adquirió convicción con certeza y los medios sucedáneos. Operan cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no

puede alcanzarse a través de un medio de prueba directo que los constate por sí mismo (Iglesias 2018 p, 49).

De ahí que Donaires (2016) Mencione que *“el derecho ha instituido los sucedáneos de los medios probatorios para evitar que el juzgador deje de resolver los conflictos por la insuficiencia o imposibilidad de los medios probatorios”*.

Pero es cierto también que algunos Magistrados Supremos no es necesario probar el daño moral inclinándose de esta manera por la presunción de la prueba; para otros Magistrados Supremos se debe probar necesariamente el daño moral. En ese sentido resulta ser una problema cuestionado que merece ser atendido por nuestra Corte Suprema a través de un Pleno Casatorio o también llamado en nuestro Código Procesal Civil: “Precedente Judicial”. aparte que las indemnizaciones por daño moral 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 (Lingán 2014 p,72)(ANEXO1-B Y 1-C).

1.2. Planteamiento del Problema

Dentro del proceso civil la prueba directa es el medio por excelencia para acreditar las afirmaciones de las partes, pero existen hechos que por su naturaleza subjetiva, hace imposible contar con este tipo de prueba por lo que el juzgador en los últimos 15 años ha optado por recurrir a la llamada prueba indirecta; sin embargo su utilización es muy exigente por la jurisprudencia y muy criticada por la doctrinaria, pero es innegable que la prueba indirecta en la actualidad es muy importante para resolver casos en diferentes áreas del derecho penal, laboral, civil, siendo en esta última indispensable su utilización; pues las diversas instituciones como es la responsabilidad civil y en especial en la extracontractual, se vale de este medio de prueba para generar certeza en el juzgador.

La Responsabilidad Civil es aquella área del Derecho que se encarga de resarcir o compensar a quien se le haya causado daño ya sea por el incumplimiento de obligaciones o por el deber general de no dañar a otros; es decir ya sea por responsabilidad contractual o por responsabilidad extracontractual respectivamente. Aquí en esta última encontramos la responsabilidad que por *“dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”*³, el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima o a sus familiares, tal como lo regula el artículo N° 1984 del Código Civil vigente. Sin embargo, dicho artículo es impreciso y dota al juzgador de un poder discrecional.

Por lo que el fundamento de este tipo de responsabilidad se centra en la regla moral que establece que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a otro, por lo que si uno transgrede dicha regla, está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados; pues *“tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno”*⁴.

Entrar en el estudio del daño moral, es entrar en el estudio de la grave problemática que encierra su reparación. Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños que como el daño moral son de naturaleza extrapatrimonial. Pero, hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnizabilidad del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho privado.

La probanza del daño moral resulta dificultoso, ya que por más pruebas que aporte la víctima, el juez no tendrá la certeza absoluta sobre el monto preciso a reparar este tipo de daño,

³ Artículo 1969° del Código Civil

⁴ Osterling Parodi P, recuperado de:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

sobre este aspecto la Casación N° 3323– 2007/Lambayeque, emitido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, de fecha 14 de Agosto de 2008, sostiene que “doctrinaria y jurisprudencialmente se viene sosteniendo la dificultad de la probanza del daño moral de su existencia, cuantificación y magnitud”

Así tenemos que en el derecho civil, los hechos del daño moral extracontractual, son los que tienen mayor dificultad para probarse, debido a la naturaleza estrictamente espiritual y subjetiva del daño moral.

Por ello, la prueba indirecta resulta ser el medio más adecuado para probar este tipo de perjuicios (ANEXO 1-A), pues su utilización puede servir para que el juzgador resuelva los conflictos puestos a su conocimiento con mejor criterio y con mayores elementos de motivación. De ahí que es necesario preguntar si es que: ¿La prueba indirecta es suficiente para probar el daño moral extracontractual?

1.3. Formulación del Problema

¿Por qué se viene aplicando la prueba indirecta para probar daño moral extracontractual, en el Distrito Judicial de Lambayeque?

1.4. Justificación e Importancia del Problema

La presente investigación titulada: *“Aplicando de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque”* Busca identificar si es que la prueba indiciaria es suficiente para probar el daño moral extracontractual y de como viene siendo utilizada y motivada en las diferentes resoluciones de indemnización de daño moral en el Distrito Judicial de Lambayeque.

Por lo que esta investigación reviste importancia porque nos permite analizar y determinar la utilidad procesal que tiene la prueba indirecta sobre todo en aquellos procesos que no se cuenta con prueba directa y/o porque su ámbito de probanza se encuentra en el ámbito subjetivo.

Esto reviste utilidad para la sociedad y especialmente las partes procesales que buscan justicia, que en la aflicción de sus sentimientos llamado daño moral sea reparado idóneamente, ya hemos mencionado que es difícil su probanza, por ello aportaremos criterios judiciales y doctrinales muy importantes que sustentan la prueba indirecta en la fijación de la indemnización por daño moral extracontractual.

Por otro lado se aporta criterios jurisprudenciales importantes sobre el Principio de “Indemnización Equitativa el cual es base para fijar el monto indemnizatorio, lo cual es evidentemente positivo, pues se confía en el razonamiento del juez para que pueda prudencialmente estimar el monto justo al caso, sin embargo, las sentencias basadas en la equidad no dejan de engendrar ciertos temores por la inseguridad, por eso se debe contar con criterios en su aplicación de dicho principio para que se evite conocer los riesgos de considerar situaciones iguales en forma opuesta por simple voluntad judicial, por entender su resultado equitativo” (Manzanares 2008 p, 164).

Por lo que es de suma importancia que los jueces utilicen criterios para estimar el daño moral junto con el Principio de Indemnización Equitativa

En definitiva esta investigación beneficiara, a todos aquellos que sufran daño moral y petitionen un resarcimiento económico pues aquí se conocimientos doctrinarios y jurisdiccionales sobre prueba indirecta, responsabilidad civil, daño moral e indemnización, que podrán ser utilizados en su proceso. Asimismo servirá de fuente de consulta para abogados y magistrados del área del derecho civil, ya que se analizaran sentencias de como se viene aplicando la prueba indirecta en el daño moral extracontractual.

2. Objetivos

2.1. Objetivo General

- Evaluar la aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en el Distrito Judicial Civil de Lambayeque.

2.2. Objetivos Específicos

- Describir como se viene aplicando la prueba indirecta en la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque.
- Interpretar los criterios judiciales sobre la aplicación de la prueba indirecta en daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque.
- Debatar como se viene aplicando el artículo N° 1984 del Código Civil sobre daño moral en el Distrito Judicial de Lambayeque
- Especificar como se viene indemnizando a los perjudicados por daño moral en el Distrito Judicial de Lambayeque.

3. Hipótesis

Si, se aplica la prueba indirecta para probar el daño moral extracontractual, en el Distrito Judicial Civil de Lambayeque entonces; el indicio, la presunción legal y judicial; y la ficción legal, son auténticos medios de prueba para acreditar aquellos hechos subjetivos de difícil probanza y que solo es posible a través de la regla inferencial, en el que se utiliza las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

4. Variables

4.1. Variable Independiente.

- Prueba Indirecta
- Daño Moral Extracontractual

4.2. Variable Dependiente

- Sucedáneos de los Medios Probatorios
- Reglas de la Lógica, la Ciencia y las Máximas de la Experiencia

5. Marco Metodológico

5.1. Diseño y Contrastación de Hipótesis

5.1.1. Diseño.

Por su finalidad es Básica Considera que esta investigación es de carácter básico o fundamental porque tiene como finalidad la obtención y recopilación de información para ir construyendo una base de conocimiento que se va agregando a la información previa existente.

Por su Profundidad el estudio de la investigación, reúne las características de ser descriptiva, ya que este método. Describe y especifica a profundidad la **“Aplicación de la Prueba Indirecta en el Daño Moral Extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque”**

Es decir de como la jurisprudencia de la región viene dando respuesta a un hecho subjetivo como es daño moral extracontractual a través de la prueba Indirecta

Hernández, Fernández, Baptista (2010) señalan que *“los estudios descriptivos buscan especificar propiedades, características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se somete a un análisis”* (p.80)

“La investigación fue de tipo no experimental porque el estudio se realizó sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente para después analizarlos” (Hernández et al., 2006, p. 244-259).

5.1.2. Contrastación de Hipótesis.

Teniendo en consideración todo lo desarrollado a lo largo de ésta investigación, con todo lo recabado en la información doctrinaria expuesta y jurisprudencial, de los Jueces del Distrito Judicial Civil de Lambayeque y el análisis de casos resueltos en este distrito judicial. Demostrarán mi hipótesis planteada, como respuesta tentativa a esta investigación. En este análisis y contrastación de las variables independientes y dependientes, correspondientes a la hipótesis, objeto de la presente tesis, me permitió determinar lo siguiente:

Hipótesis.

“Si, se aplica la prueba indirecta para probar el daño moral extracontractual, en el Distrito Judicial Civil de Lambayeque entonces; el indicio, la presunción legal y judicial; y la ficción legal, son auténticos medios de prueba para acreditar aquellos hechos subjetivos de difícil probanza y que solo es posible a través de la regla inferencial, en el que se utiliza las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia”.

Variables

Variable Independiente

Prueba Indirecta

De lo que he investigado, he verificado a través de la doctrina y la jurisprudencia, y de los casos de análisis, que la prueba indirecta es la idónea para probar el daño moral extracontractual, por tratarse de hechos subjetivos (ANEXO 1-A), que hacen imposible su acreditación con prueba directa y/o material. Sin embargo en materia de prueba del daño moral, la cuestión no es pacífica y tal como ocurre con otros institutos que forman parte de la responsabilidad civil; encontrándose postulados contradictorios de la doctrina y jurisprudencia.

Por su parte la doctrina sostiene que en el asunto del daño moral debe ser 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. La dificultad de la prueba del daño moral viene dada principalmente por el hecho de que el mismo afecta a bienes jurídicos extrapatrimoniales, y porque es casi imposible hacer una valoración económica de dicho daño, cuando en ella no intervengan módulos de valoración objetivos, fijos y aisladamente considerados. pero esto viene siendo superado por nuestra jurisprudencia en el que indica que la prueba indirecta es una verdadera prueba, porque cuenta con todas las características que exige toda prueba directa para ser utilizada en un proceso judicial; además de tener un procedimiento lógico que lo hace confiable.

Daño Moral Extracontractual

El daño moral extracontractual por su naturaleza inmaterial es difícil probarlo de forma directa, sin embargo deben probarse aunque sea mínimamente de acuerdo al caso en concreto. Por esto, la prueba indirecta constituye un medio adecuado y suficiente para probarlo porque su aplicación requiere un razonamiento inductivo, es decir partir de varios indicios, se verifica que dichos indicios estén debidamente probados y a través de las máximas de la experiencia del juez se da a un determinado hecho por probado o no.

Variable Dependiente

Sucedáneos de los Medios Probatorios

Nuestra normativa civil indica que los medios sucedáneos son mecanismos auxiliares para lograr la finalidad de los medios probatorios. Operan cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directo que los constate por sí mismo (como sería en caso de la testimonial, pericia, inspección judicial y documentos) sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de éstos y a partir de los cuales se los induce mediante un argumento probatorio.

Sin embargo esta la dificultad de que la prueba no es conocida de manera directa por la percepción del juez o de un tercero, sino mediante su deducción, a partir de un hecho previamente probado.

Pero es muy utilizada por la jurisprudencia para no dejar de administrar justicia sobre todo en aquellos hechos de difícil probanza como son los hechos subjetivos, considerándose así auténticos medios probatorios.

Reglas de la Lógica, la Ciencia y las Máximas de la Experiencia

La prueba tiene que ser utilizada de conformidad con la regla inferencial y/ las “*reglas de la sana critica*”⁵ y es que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extralegales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica.

⁵ Jairo Parra Quijano consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/7.pdf>

5.2. Población

La población de nuestro estudio estuvo constituida por dos estratos: el primer estrato está dado por las personas que han tenido proceso por indemnización por daño moral. Un total (80 personas), y el segundo estrato está constituido por el número de sentencias emitidas por los diferentes juzgados de instancias del Distrito Judicial de Lambayeque y que serán materia de análisis. Un total de (300 resoluciones).

5.3. La muestra

La muestra es un subconjunto de la población, seleccionado de tal forma, que sea representativo de la población en estudio. En la investigación para elegir el tamaño de la muestra se utilizó el muestreo de tipo no Probabilístico, para el primer estrato, el cual fue al azar y se tomaron 55 personas que han tenido algún proceso de indemnización por daño moral extracontractual.

Y se siguieron los siguientes criterios de inclusión

- Personas que han tenido o tienen un proceso por indemnización por daño moral extracontractual y que aceptaron participar del cuestionario y/o entrevista con el consentimiento informado.
- Personas que han tenido o tienen un proceso por indemnización por daño moral extracontractual que no se encontraron y/o no aceptaron participar.

Para la determinación de las resoluciones se utilizó el método Probabilístico, para lo cual se utilizó la siguiente formula:

$$n = \frac{Z^2 p q N}{(N-1)E^2 + Z^2 p q N}$$

Donde

n = es el tamaño de la muestra;

Z= es el nivel de confianza; (2)

p= es la variabilidad positiva; (0.5)

q= es la variabilidad negativa;(0.5)

N= es el tamaño de la población; (80 casos)

E= es la precisión o el error. (0.5)

“Luego para el estudio siguiente se tiene en cuenta una población de 300 resoluciones y se consideró una confianza del 95%, un porcentaje de error del 5% y con la proporción del valor esperado conocida consideremos $p= 0.05$ ”

Entonces:

$$n = \frac{(1.96)^2 * (0.5) * (0.5) * (300)}{(300 - 1) * (0.05)^2 + (1.96)^2 * (0.5) * (0.5)}$$

$$n = \frac{0.9604 * 300}{299 * 0.0025 + 0.9604}$$

$$n = \frac{288.12}{1.70} = 169 \text{ Resoluciones}$$

Por lo tanto

Nuestra muestra a aplicar es de 169 casos que serán analizados en el distrito laboral de Lambayeque.

5.4. Métodos y Procedimientos Para la Recolección de Información.

Métodos Jurídicos

Aquí encontramos al Método Dogmático y Método Interpretativo

Método Dogmático

Se ha utilizado el **Método de la “Dogmática Jurídica”**: que es la actividad realizada por los estudiosos del derecho que tiene como objetivo establecer la calificación deóntica que, en un determinado sistema jurídico, se atribuye a tipos de acciones (casos genéricos) –pero en algunas ocasiones también a conductas concretas (casos individuales). Pero también su método y resultado que pretende precisar la consecuencia jurídica que un ordenamiento jurídico vigente asocia a un determinado tipo de comportamiento. (Núñez 2014 P. 247). Es a través de este método que se determina el ámbito a investigar.

Método de Análisis

Que es el método que permite “la descripción general de una realidad para realizar la distinción, conocimiento y clasificación de los elementos esenciales que forman parte de ella y de las relaciones que mantienen entre sí” (Calduch 1998 p. 29). “Es un procedimiento mental mediante el cual un todo complejo se descompone en sus diversas partes y cualidades” (Hernández et al., 2006). Es través de este método que se empleó el análisis sustantivo y adjetivo de la normatividad laboral vigente en nuestro país, concerniente a nuestro estudio de investigación.

Método Interpretativo

Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos de nuestra investigación sobre. **“Aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque”**

Método Lógico

Aquí está el Método Inductivo y Método Deducción

Método Inductivo

“Procedimiento mediante el cual a partir de hechos singulares se pasa a proposiciones generales, lo que posibilita desempeñar un papel fundamental en la formulación de la hipótesis” (Hernández et al., 2006, 244-259).

Método Deducción

“Es un procedimiento que se apoya en las aseveraciones y generalizaciones a partir de las cuales se realizan demostraciones o inferencias particulares” (Hernández et al., 2006). “Las inferencias deductivas constituyen una cadena de enunciados cada uno de los cuales es una premisa o conclusión que se sigue directamente según las leyes de la lógica” (Hernández et al., 2006, 244-259).

5.5. Procedimientos Para la Recolección de Información

1º Paso:

Se visitó las bibliotecas a fin de encontrar, recabar información necesaria de libros, revistas, manuales. Se visitó las bibliotecas locales, entre ellas: La Universidad Particular de Chiclayo, Pedro Ruiz Gallo, Universidad de Sipán, la Universidad Santo Toribio de Mogrobejo y Universidad Cesar Vallejo y se fotocopió la información correspondiente relacionada a la elaboración de la tesis.

2º Paso:

Construcción de instrumentos, como las diversas carpetas digitales, elaboración de cuestionarios de encuestas, resoluciones plenos casatorios concernientes al tema de la “Aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque”

3º Paso:

Visita a diversas instituciones que podrían tener relación con el desarrollo de nuestro trabajo teórico y práctico: Universidades, juzgados civiles, estudios jurídicos.

4º Paso:

Análisis y depuración de los datos de internet y documentales; doctrina, jurisprudencia, conseguidos, con el fin de seleccionar los materiales más importantes que nos ilustren sobre el tema que estoy desarrollando.

5.6. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

Se a utilizar la técnica de Observación, las documentales, ficha de información, internet, la entrevista.

Recopilación documental

Técnica aplicada mediante la referencia a la doctrina de diferentes juristas tanto nacional como extranjeros, así como a la legislación comparada sobre el tema materia de mi estudio.

Ficha de información

Técnica aplicada para la recopilación de información de diferentes fuentes tanto nacionales como internacionales sobre el tema de investigación, el cual nos permitirá seleccionar información importante sobre, **“Aplicación de la prueba indirecta en el daño moral extracontractual en el Distrito Judicial de Lambayeque”**

Internet

Técnica por la cual logramos acceder a páginas webs para complementar nuestro marco teórico, especialmente al momento de la búsqueda de antecedentes de la Investigación.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DAÑO MORAL

2.1. Responsabilidad Civil

Etimológicamente la palabra Responsabilidad se remonta al termino latino *respondere*, que es una forma latina del termino responder, por eso decimos que la responsabilidad es la habilidad de “responder”. El Diccionario de la Lengua Española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal (Rivas & Santamaría 2019 p, 17).

La Responsabilidad Civil viene a ser área del Derecho que se encarga de resarcir o compensar a quien se le haya causado daño, ya sea por el deber general de no dañar a otros (*alterum non laedere*) o por el incumplimiento de obligaciones. En el primer caso se hace referencia a la denominada “responsabilidad civil aquiliana” o “extracontractual”, mientras que en la segunda se refiere a la responsabilidad por inejecución de obligaciones o también llamada contractual. Es por ello que la responsabilidad civil tiene capital importancia en el ordenamiento jurídico, pues posibilita la tutela de derechos, si bien con posterioridad a la ocurrencia de un daño (Rangel 2015 p, 15).

Para Espinoza (2013) la responsabilidad civil es una “técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado” p, 46.

La responsabilidad civil se define por la obligación de reparar el perjuicio causado a un sujeto de derecho. La responsabilidad civil tiene por consecuencia imponer al ofensor, dentro de ciertas circunstancias, la obligación de repararlo (Peirano 2004 p, 25).

De esto se infiere que la responsabilidad civil tiene como finalidad la reparación del daño.

2.2. Funciones de la Responsabilidad Civil.

La responsabilidad civil de conformidad con Gálvez (2008) tendría tres funciones resarcitoria, preventiva y punitiva.

La primera es la reparación o resarcimiento de los daños causados a la víctima, sea ésta individual o colectiva; constituyendo dicha función su razón de ser o fundamento dentro del ordenamiento jurídico y del control social.

La segunda es la función preventiva ya sea general o específica. La primera referida al efecto disuasorio que transmite la amenaza efectiva de la consecuencia legal frente a la producción del hecho dañoso, y la segunda referida a la imposición de deberes especiales a determinados sujetos vinculados a actividades riesgosas o peligrosas a fin de evitar la consumación de daños o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada.

Por lo que resulta obvio que desde una perspectiva general la responsabilidad civil cumple una finalidad preventiva, pues, todo el ordenamiento jurídico al regular las conductas, busca prevenir acciones antisociales.

y la tercera que es “daños punitivos o penas civiles” a “... ciertas sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” p 40,41,42.

Lo relevante es que cuando ocurre el daño, a la manera de reparar las consecuencias dañosas se da la indemnización, la cual usualmente comprende una suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado. En ese orden de ideas, para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia.

De ahí que la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación con los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional responsabilidad civil extracontractual.

por ello Taboada (2003) De esta manera, debe quedar precisado que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuridicidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados p, 29.

2.3. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La responsabilidad contractual indica Gálvez (2008) es aquella que tiene como fuente un vínculo obligacional preexistente entre el agente del daño y el agraviado, por la cual se establecía una relación deudor - acreedor. Ordinariamente esta fuente de la obligación es el contrato (sin que se agote en éste, ya que puede tratarse de otro tipo de acto que vincule al deudor y acreedor), en estos casos se habla de responsabilidad contractual, y el daño resulta precisamente del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación específica asumida en el contrato, o alguna otra prestación especialmente vinculada a la asumida en la relación contractual.

Mientras que la extracontractual es, cuando la fuente de la obligación consiste en la infracción del deber general de no dañar a nadie, se habla de la llamada responsabilidad extracontractual.

Por lo que responsabilidad contractual tiene su origen en la voluntad de las partes del contrato y la extracontractual en la ley.

2.4. Elementos de la Responsabilidad Civil

Gálvez (2008). El contenido de este tipo de responsabilidad está determinado por los elementos que la componen, esto es, del daño, la acción o hecho dañoso y su autor, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, los factores de atribución de responsabilidad y obviamente de la reparación o resarcimiento del daño causado (que es el fundamento, finalidad y función de la responsabilidad civil).

Por lo que los requisitos comunes a la responsabilidad civil son: la conducta antijurídica, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución en los que no pueden dejarse de lado ninguno de estos elementos.

2.4.1. Conducta antijurídica.

La conducta antijurídica no solo se da cuando se contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico (Iglesias 2018 p, 13) por otra parte indica este concepto de la antijuricidad, en el sentido de antijuridicidad genérica, no se acepta sino en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuridicidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso o moroso.

La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321° del Código Civil, mientras que la antijuridicidad típica y atípica en sentido amplio y material

(no formal), fluye de los artículos 1969º y 1970º del mismo Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar.

De ahí que (Iglesias 2018 p, 14). Señale que el sistema jurídico está constituido por normas, pero también por principios, por ello, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual será antijurídica cualquier conducta ilícita, esté o no tipificada en una norma; en cambio en la responsabilidad civil contractual será antijurídica aquellas conductas ilícitas que vulneren una norma prohibitiva tipificada.

2.4.2. Daño.

“El daño en general es todo detrimento o menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (Larenz 1952 p, 193).

Concepción antigua que ha sido superada y ya no se pone el acento directamente en el objeto de protección (bienes o derechos que pueden ser afectados por el hecho dañoso), sino en las necesidades humanas o intereses que vienen a ser satisfechas por los bienes o el ejercicio de los derechos. En este sentido, se conceptúa al daño como la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial de las personas respecto de determinados bienes, derechos o expectativas (Gálvez 2008 p, 69). La palabra daño significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus derechos personales o reales⁶.

Y existen dos tipos de daños, el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. En el primero la reparación es siempre monetaria de acuerdo a la magnitud del perjuicio causado.

Dentro de este daño patrimonial se encuentran el daño emergente que es la pérdida que sufre

⁶ Bermejo Díaz, Almudena. La dificultad probatoria del daño moral: una aproximación jurisprudencial [ubicado el 06.IV 2018]. Obtenido en https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001421.pdf.

la víctima del daño en su patrimonio, justamente ocasionado por el autor del hecho lesivo. También se encuentra el Lucro cesante, que es aquello que la víctima dejará de ganar o percibir como consecuencia del hecho dañoso (Iglesias 2018 p, 14). Ejemplo, en un accidente de tránsito que lesiona a una persona será daño emergente el costo de la operación y atenciones médicas; mientras que el lucro cesante será todo aquello que dicha persona dejará de percibir al interrumpir sus labores por causa de la inmovilización clínicamente ordenada.

En el daño extrapatrimonial, no se produce un daño económico, pues lo que se lesiona es la persona misma, estimada como un valor espiritual, psicológico inmaterial. Aquí se incluye el daño a la persona por ejemplo el daño físico y el daño moral, este último, vinculado a los afectos personales del sujeto y sus emociones. Incluye también al daño al proyecto de vida (García citado por Iglesias 2018 p, 14, 15).

2.4.2.1. Factores Subjetivos

Estos factores son el dolo y la culpa, los que están referidos a consideraciones de orden interna del causante del daño; es decir referidos a la intencionalidad y a la capacidad del agente. En nuestro ordenamiento civil estos factores de atribución de responsabilidad están previstos en el artículo 1969 del Código Civil, es decir dentro de la responsabilidad extracontractual; pero además también están previstos en los artículos correspondientes a la inejecución de obligaciones, por culpa o por dolo; y también el dolo está previsto como vicio de la voluntad en el capítulo relativo al acto jurídico.

En el Código Civil peruano el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulado en el artículo 1969°, cuyo texto señala lo siguiente: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño, a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, mientras que el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970°, cuyo texto señala lo siguiente: “Aquel que

mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

2.4.2.1.1. La culpa.

Es este deber de cuidado el que impone a todos los individuos la obligación de no causar daño a nadie. Este deber, puede estar previsto en una ley -por ejemplo el Código de Tránsito-, en reglamentos administrativos u otras normas, así como también puede provenir de los usos y costumbres propios de la convivencia social. Una persona observará el cumplimiento de este deber de cuidado, cuando adapta su conducta a la prudencia, la diligencia debida y la pericia correspondiente en caso de profesionales, técnicos o especialistas; de cumplir los sujetos con la observancia de este deber de cuidado, no serán afectados los bienes jurídicos. Pero si la persona actúa imprudentemente, sin la debida diligencia o sin la pericia del caso (cuando está obligada a observarla) y como consecuencia de su obrar resultan daños para los bienes de terceros, se dirá que ha obrado culpablemente o con culpa.

es decir que para se pueda imputar culpa a un sujeto, es necesario que éste, al momento de actuar, se encuentre en la situación de actuar conforme a derecho, es decir que esté en la posibilidad de actuar observando la prudencia, diligencia y pericia debidas.

hay que también indicar que la culpa concurrente en la producción del daño, tiene relevancia no sólo cuando el que incurre en ésta es del agente del daño, sino también cuando el actuar culposo puede ser imputado al propio titular del bien jurídico afectado, en este caso tiene efectos jurídicos concretos al momento de la determinación de los daños resarcibles; pues, como nuestro Código Civil lo establece en su artículo 1972°, no son resarcibles los daños provenientes de la propia imprudencia de quien padece el daño.

Pues bien, la noción de culpa exige no sólo que se haya causado un daño a la víctima, sino que el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor, pues caso contrario por más que se acreditara el daño y la relación causal, no habría responsabilidad civil extra contractual del

autor. La culpa es, pues, el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil y es por ello que dicha exigencia fluye claramente del artículo 1969° antes anotado.

Sin embargo, ante la dificultad de probar en muchos casos la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, la doctrina moderna, y en tal sentido nuestro Código Civil, ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de modo tal que la víctima ya no estará obligada a demostrar la culpa del autor, lo cual es por regla general bastante difícil, sino que corresponderá al autor del daño demostrar su ausencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual en el sistema legal peruano, fluye claramente del mismo artículo 1969°, cuando dispone: “el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

2.4.2.1.2. *El dolo.*

Es el otro factor subjetivo de atribución de responsabilidad, consiste en la conciencia y voluntad de causar el daño (Mazeud, citado por Gálvez 2008 p, 102), No es suficiente con que se haya previsto la posibilidad del daño, hace falta que haya querido su realización.

Pues el dolo es la voluntad libre y consciente de practicar una determinada conducta, con el fin de lograr el objetivo, conducta y resultados prohibidos por la ley.

Por lo que El acto doloso en la esfera civil genera la obligación de resarcimiento a cargo del autor del hecho dañoso, conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual; pero además, y generalmente este hecho dañoso (doloso) es constitutivo de delito, por lo que añade la responsabilidad penal del agente del daño.

Para imputar la comisión de un acto doloso, se tiene que probar la existencia del dolo, la norma o el ordenamiento jurídico nunca lo presume, ni invierte la carga de la prueba del mismo en contra o a cargo de la persona a quien se le imputa el actuar doloso, como puede suceder en ciertos casos de presunción de culpa leve, o de inversión de la carga de la prueba

de la culpa en las obligaciones de resultado. Es por eso que al igual que la culpa, en tanto factor subjetivo, resulta de difícil probanza, por lo que para acreditar su existencia, únicamente se puede apelar a la conducta o actitud asumida por el agente antes, coetáneamente o después de realizar el hecho imputado, al igual que se hace en la doctrina penal para determinar la intencionalidad del agente; esto es, se tendrá en cuenta la forma como se ocasionó la lesión al bien jurídico, las frases proferidas y cualquier otro elemento que nos pudiera servir para presumir la intencionalidad del agente (Gálvez 2008 p,103).

A la fecha no existe problema alguno para considerar al dolo como factor de atribución dentro de la responsabilidad civil extracontractual, porque el artículo 1969° del Código Civil así lo establece expresamente.

En el ámbito civil, específicamente en relación a la inejecución de obligaciones, el dolo al igual que la culpa inexcusable, extiende la reparación del daño inclusive a los daños no previstos, lo que no sucede con la culpa leve, que es la que se presume en los casos de incumplimiento de una obligación, el dolo y la culpa inexcusable tendrán que ser probados por quien alega su existencia. Artículos: 1321, 1329 y 1330 del Código civil.

Finalmente hay que indicar que hay algunos que diferencian el dolo civil del dolo penal. Por su parte, los civilistas al estudiar el dolo encuentran que su relevancia y consecuencias en el Derecho civil se aprecia cuando se presenta como vicio de la voluntad en los actos jurídicos, cuando aparece como causal de inejecución de las obligaciones, y fundamentalmente cuando está presente en la causación del daño, en la responsabilidad extracontractual; en todos estos casos, la principal consecuencia jurídica del dolo o actuar doloso, deviene en la indemnización de los daños y perjuicios causados a terceros (sea este daño en la órbita de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual). De igual forma los penalistas afirman que hay diferencia entre el dolo civil y penal.

Por nuestra parte nos adherimos a la teoría de Gálvez (2008). Que indica:

Que el dolo en todo el ordenamiento jurídico (comprendiendo dentro de éste, tanto al derecho civil así como al derecho penal y demás ramas del derecho), tiene la misma naturaleza o entidad; es decir que el dolo en el ordenamiento jurídico es único, no existiendo razón alguna para hablar de “dolo civil” o de “dolo penal”, existiendo únicamente pequeñas diferencias en cuanto a la forma como debe acreditarse en cada uno de estos procesos, dados los distintos principios que informan al proceso penal y al proceso civil p, 106.

2.4.2 2. Factores objetivos de atribución de responsabilidad

Independientemente del dolo o la culpa, actualmente hay nuevos factores de atribución el riesgo o peligro creado, la solidaridad, la garantía de reparación y la equidad.

2.4.2 2.1. Riesgo y peligro creados

Como bien conocemos el efecto globalizador en el mundo trae con sí el avance científico tecnológico acelerado. Cada vez son más los instrumentos, equipos y artefactos tecnológicos que “invaden” nuestra vida diaria. Pues bien, para nadie es novedad que gran parte de esta tecnología moderna y de productos implican muchos riesgos para la salud y la seguridad de los consumidores, incrementando las posibilidades de daños causados en la realidad peruana. Frente a esta explosión y uso constante de tecnología moderna y de productos elaborados, la doctrina y los sistemas de responsabilidad civil extra contractual no podían permanecer inactivos, sobre todo dada la gran cantidad de nuevos daños que supone el uso constante de dicha tecnología.

Se elaboró la noción de riesgo creado, que ahora se encuentra consagrada legalmente en el artículo 1970° antes anotado. El significado de esta noción de riesgo creado es el siguiente: todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la

satisfacción de las diferentes necesidades existentes suponen un riesgo ordinario o común para las personas. Sin embargo, existen también, y cada vez en mayor número, bienes y actividades que significan un riesgo adicional al ordinario, tales como: los automotores, los artefactos eléctricos, las cocinas a gas, ascensores, los diferentes tipos de armas de fuego, escaleras mecánicas, los insecticidas, productos químicos para la limpieza, los medicamentos.

Tal es el significado de la noción de riesgo creado consagrado legalmente como factor de atribución objetivo en el artículo 1970° del Código Civil. Consiguientemente, para daños causados mediante bienes o actividades que suponen un riesgo común y ordinario se debe utilizar el sistema subjetivo y para aquellos causados mediante bienes y actividades que suponen un riesgo adicional al ordinario se deberá utilizar el sistema objetivo.

2.4.2 2.2. *La solidaridad.*

solidaridad como factor de atribución de responsabilidad estará contenido en la correspondiente norma jurídica, como las distintas leyes que mandan el aseguramiento de determinadas actividades, en concordancia con la norma genérica prevista en el artículo 1988° del Código Civil, existen otros casos, en que son las propias prácticas sociales las que determinan la forma de distribución del costo de los daños entre los componentes de la sociedad, tal es el caso del sistema de precios o los mecanismos de mercado, donde no existe una disposición expresa, pero es aceptado pacíficamente el recurso a estas prácticas.

2.4.2 2.3. *La garantía de reparación.*

En la mayoría de los casos de daños o lesiones a los bienes jurídicos, el causante directo del daño será el responsable civil, o deudor en la obligación resarcitoria; en estos casos no existe problema para determinar la responsabilidad del causante, con los factores de atribución antes desarrollados, sean los subjetivos o los objetivos. Sin embargo, el problema se presenta cuando

además de la atribución de responsabilidad al agente directo, se trata de atribuir responsabilidad a una tercera persona, por tener ésta, con la primera, una vinculación especial, de índole de dependencia o por encontrarse bajo su cuidado (gálvez 2008 p,116). Además nos indica que los:

los artículos 1975° -segunda parte-, 1976° y 1981° del Código Civil, atribuyen la calidad de garantes de la obligación resarcitoria de sus respectivos dependientes o personas bajo su cuidado, a los principales –empleadores-, o a los representantes legales -tutores, curadores, etc.- de personas incapaces. Debiendo tenerse en cuenta que esta imputación de responsabilidad se sustenta en un factor de atribución objetivo, por lo que también se tratará de una responsabilidad objetiva. Este criterio queda más claramente establecidos en las nuevas disposiciones correspondientes a la Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito ocasionados por vehículos automotores, Ley N° 27181 y su Reglamento el D. S. N° 024-2002- MTC donde se estipula que la responsabilidad civil del conductor, propietario del vehículo y el prestador del servicio es objetiva. En tal sentido, no es necesario que se acredite la concurrencia de culpa en la producción del daño o en la vinculación del tercero con el causante directo.

2.4.2 2.4. La equidad.

. De este tipo de daños es por ejemplo el contemplado en el artículo 1977° de nuestro Código Civil, es decir, el daño causado por una persona incapaz que actúa sin discernimiento.

La reparación de estos daños conforme a derecho -y conforme al factor garantía- corre a cargo del representante legal del incapaz, pero si el representante legal se encontrara en la imposibilidad de hacer frente a la obligación reparatoria, la víctima del daño no podría lograr la reparación accionando contra este responsable; asimismo, tampoco podría accionar contra el menor, precisamente por la ausencia de un factor de atribución de responsabilidad en contra de éste. Ante esta eventualidad, el ordenamiento jurídico recurre otra vez a uno de sus

principios generales que informan el sistema, es decir, a la equidad, con la cual fundamenta o justifica la responsabilidad del incapaz sin discernimiento, convirtiéndola (normativamente), en un factor de atribución de responsabilidad.

Igualmente, la indemnización o reparación prevista en el artículo 1954° de nuestro Código Civil, es decir, en los casos de enriquecimiento sin causa, la obligación resarcitoria del ilícitamente enriquecido, se sustenta en la equidad como factor de atribución de responsabilidad; toda vez que al responsable no se le puede atribuir, dolo o culpa, riesgo, solidaridad, o garantía de reparación; habiéndose plasmado el principio general de equidad normativamente.

2.4.3. Relación de causalidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil, para el caso de la responsabilidad contractual se requiere que exista una relación de causalidad inmediata y directa entre el hecho generador del daño y el daño causado. En cambio en la responsabilidad extracontractual se exige la presencia de una causa adecuada. En otras palabras, entre hecho y daño, esto es, que razonablemente tal hecho pueda producir tal daño.

2.4.4. Factor de atribución.

Este elemento se da atendiendo a la conducta del sujeto. Podrá ser dolo o culpa.

En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, la que se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave y el dolo. Mientras que en el campo extracontractual, son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. Estos dos factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en los artículos 1969° y 1970° respectivamente.

2.5. El Daño Moral

El *daño moral* es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil (León 2006 p, 190).

Es aquel daño extrapatrimonial que, muchas veces, se ocasiona a la par del daño patrimonial como consecuencia de un mismo hecho dañino y que se relaciona con los daños psicológicos o los daños a los intereses morales (Antúnez 2011 p, 139).

“(…) el daño moral es aquel que se produce en la esfera sentimental de la víctima –el dolor, sufrimiento, aflicción, etc. – como consecuencia de un ilícito o por el incumplimiento de una obligación” (Vilches 2008, p, 247).

El daño moral es “(…) considerado como el dolor, el sufrimiento, la pena, la aflicción» (Espinoza 2015, p, 205).

El daño moral es la lesión que el ser humano sufre en su parte afectiva, en sus sentimientos, en la parte subjetiva de la persona, que en algunos casos pueden causar un desequilibrio emocional en quien lo padece. No todas las personas tienen la misma reacción ante los problemas que se presenten, todo dependerá de la persona y las circunstancias. Actualmente el daño moral es resarcible e indemnizable establecido por ley.

2.5.1. Naturaleza del Daño Moral.

El daño es consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a otro. De esta manera se pueden distinguir dos clases de daños: El daño subjetivo, es aquel que agravia o afecta la naturaleza del ser humano mismo. Se refiere al ser del hombre: se incide contra el sujeto de derecho por excelencia. A este tipo de daño también se le denomina daño a la persona. El daño objetivo, es aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre, es decir, por aquellos que conforman su patrimonio (Díaz 2006 p, 49).

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 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 (Lingán 2014 p, 30).

El daño moral se ubica dentro de los daños subjetivos, ello debido a que los daños morales afectan la esfera afectiva, sentimental, inmaterial del ser humano. En cuanto a la naturaleza propiamente dicha del daño moral en general, se ubica actualmente como uno de aquellos daños cuyas consecuencias afectan directamente a la unidad psicosomática de la persona, más precisamente y como está dicho, a la esfera psíquico-emocional, generalmente de carácter no patológico.

El daño moral tiene su naturaleza en la parte subjetiva del ser humano, en los sentimientos, emociones, todo aquello que es parte de la persona por sí misma, es decir aquel lado espiritual que tenemos todas las personas. El daño moral es considerado por ello como un daño psíquico, sin embargo es independiente del daño psicológico, cada uno se califica individualmente, pero se relacionan mutuamente. Así también tanto el daño psicológico, el daño moral, el daño al proyecto de vida forman parte del daño a la persona y son subespecies de él, por ello estos tipos de daños en sí mismos no son autónomos (Iglesias 2018 p, 19).

2.5.2. Tipos de Daño Moral.

Los tipos de daño moral que podemos encontrar es El daño psíquico:

2.5.2.1. El daño psíquico.

"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"⁷.

⁷ Martín Reich, Rolando. Daño Psíquico ¿Qué se solicita al psicólogo forense? [http :/ /psicologiajuridica.org/psj169.html](http://psicologiajuridica.org/psj169.html)

Se Define como daño moral la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria⁸

Por lo que el daño psicológico Atenta contra la estabilidad psíquica de la persona creándole diversas patologías que se manifiestan a través de síntomas e inhibiciones, las mismas que 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) (Lingán2014 p, 30)

2.5.2.2. 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). (Lingán2014 p, 31)

2.5.2.3. 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

⁸ Jorge Bustamante Alsina, Teoría general de la Responsabilidad Civil, ed. 1997, 557, pág. 237 obtenida:

<https://www.diariojudicial.com/nota/5376>

(tratamiento psicológico u otras acciones razonables encaminadas a ayudar a superar el dolor de la víctima) (Lingán2014 p, 32)

2.5.2.4. 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 i su extensión} y la forma y costo de la retractación (Lingán2014 p, 32).

2.5.3. Características que Debe Reunir el Daño Moral.

El profesor argentino Mayo (1999) 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
- 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 p, 181-183.

2.5.4. Responsabilidad Civil por Daño Moral.

Lingán (2014). 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 p, 35.

Jiménez Gómez⁹ 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".

2.5.5. Daño Moral en el Código Civil de 1984.

En el Perú se otorga una, protección en sentido amplio a la reparación de este agravio por daño moral. 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.

Así tenemos que:

Artículo 351. "Si /os 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."

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

⁹ Jiménez Gómez, Juan Ricardo, El daño moral (presentada en la División de Estudios de Posgrado, UNAM.)

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 /as 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."

Analizando algunos de los artículo en especial el 1984° del Código Civil.

El artículo en mención señala que *"el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia"*.

Se limita a que el daño debe indemnizarse considerando la magnitud y menoscabo producido a la víctima y su familia, impone un criterio objetivo de cuantificación. Sobre la cuantificación del daño en la actualidad nuestra legislación no ha creado tablas ni establecido parámetros objetivos que establezcan criterios de cuantificación del daño moral. Se deja en manos de la Jurisprudencia la tarea de crear reglas que permitan prever las indemnizaciones, las que no son uniformes y muchas veces antagónicas (Ruiz 2011, p, 49).

Es del caso aclarar que ese menoscabo y magnitud no es uno que se mida en dinero, sino que está vinculado a elementos extrapatrimoniales, tales como la el sufrimiento y la frustración, sentimientos que el Juez debe valorizar, y cuya pauta y parámetros aún no han sido fijados (Linares S.F P, 2).

Concluimos que en el Perú si tenemos regulado en nuestro Código Civil al daño moral y a su indemnización, sin embargo, no existen métodos definidos, uniformes y regulados para la valoración y cuantificación económica del daño moral, pues hasta la actualidad se sigue el sistema de la sana crítica en donde es el juez quien según su criterio y razonabilidad valorará en cada caso concreto el daño moral ocasionado (Iglesias 2018 P, 20).

2.5.6 Reparación civil por daño moral.

Aquí hay que dejar en claro que la indemnización, es la suma en dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño. La reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a diferencia de las penas de privación de la libertad, que son punitivas y privativas, y que operan en materia penal.

En nuestra Legislación la reparación del daño moral se establece que puede ser por responsabilidad civil Contractual y Extracontractual; Así, el vigente Código Civil de 1984, en la primera se establece que dentro de la responsabilidad civil por inejecución de las obligaciones, acepta expresamente al daño moral, junto al daño emergente y lucro cesante, como un daño resarcible. Siendo regulado en el artículo 1322 del Código Civil, del siguiente modo: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Y en la responsabilidad civil Extracontractual se encuentra en el Artículo 1984° del Código Civil e indica que “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. Además es nuevamente reconocido en el artículo 1985 junto a otros daños resarcibles, “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 problema del daño moral radica en su difícil cuantificación pues no es un interés económico y solamente la víctima conoce a ciencia exacta la magnitud de su afectación personal. Dependerá de cada sujeto y las circunstancias que rodearon al hecho, que sea reparado en dinero no lo convierten en un daño patrimonial (García 2009 p, 286).

La determinación y cuantificación del daño moral subjetivo o extrapatrimonial entonces, queda a la equitativa y prudente valoración del Juzgador, quien acude para ello a presunciones

del ser humano inferidas de los hechos comprobados (Preinfalk, Citado por Iglesias 2018 p, 22). De ahí que además nos indique que:

El daño moral extracontractual es indemnizable y la determinación del monto correspondiente está a cargo del juez quien a su criterio fijara la indemnización correspondiente y para ello es necesario probar el daño aunque sea mínimamente, pues de esta manera el juzgador podrá determinar una reparación civil más justa y razonable de acuerdo al caso en concreto, a la persona y a las circunstancias (ANEXO 1-B Y 1-C).

CAPITULO III

LA PRUEBA EN EL DAÑO MORAL

3.1. La prueba

La prueba es aquel medio útil para dar a conocer algún hecho o circunstancia. A través de ella adquiere el juez el conocimiento de la realidad y no de las afirmaciones de las partes que bien pueden ser expresadas sin que estén acompañadas de prueba alguna que las sustente (Hinostroza, 2002 P, 14).

El derecho procesal de aportar medios probatorios le corresponde a los litigantes, ya sea que tengan o carezcan de fundamento la pretensión del actor o la contradicción del demandado, y a los demás sujetos que intervengan en el proceso (en el caso de la intervención de terceros: coadyuvante, excluyente (Iglesias 2018 p, 38). además indica que la prueba es el medio que, procesalmente, permite establecer verosímilmente la existencia de un hecho o un derecho.

En todo proceso se sostienen hechos que tienen que ser corroborados por los medios de prueba; por consiguiente no se trata de cualquier medio si no que, estos se rigen por la ley para ser admitidos en un proceso, y poder convertirse en medios de prueba. Pero no es que todos los hechos tengan que probarse sino solamente aquellos que son controvertidos y su finalidad es acreditar la verdad del hecho o hechos controvertidos.

Prueba Judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o certeza sobre los hechos. (Devis 2002, p, 25).

En este sentido, es importante precisar que la prueba es considerada como un derecho fundamental, lo que implica que goza de protección constitucional, pues como señala en Tribunal Constitucional Peruano se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios

que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen (Rodríguez, citada por Iglesias 2012 p, 39).

(...) tenemos que destacar la importancia de la prueba como piedra angular de todo el razonamiento jurídico. La prueba es un aspecto fundamental del Derecho porque es su conexión con la realidad. El derecho sin pruebas no sería sino una suerte de matemática abstracta o un relato de ficción. En verdad, la prueba hace terrenal al Derecho, lo hace partícipe del mundo de los hombres. Pero lo hace también justo; porque un Derecho perfectamente coherente e ideal pero aplicado a tuestas o sin correlación con la realidad, sería inicuo. (De Trazegnies 2004).

3.1.1. Clasificación de la prueba de acuerdo a su objeto.

De acuerdo a este criterio la prueba se clasifica en pruebas directas e indirectas.

3.1.1.1. Pruebas Directas.

“Son aquellas en las que el juzgador llega a conocer el hecho objeto de prueba en forma directa e inmediata por percibirlo él mismo mediante sus sentidos” (Iglesias, 2018). Además indica que, la prueba directa es aquella que brinda la existencia de los hechos al juzgador de manera directa e instantánea y no requiere de ningún tipo de raciocinio o inferencia para armar el cuadro del hecho principal que se está enjuiciando p, 42.

Así Devis (2002) indica que las pruebas directas resultan así más numerosas e incluyen los documentos, los testimonios y las confesiones, los dictámenes de peritos y las inspecciones judiciales, cuando versan sobre el hecho que desea probarse, es decir, medios de prueba que no son el mismo hecho por probar pero que los demuestran directamente o recaen directamente sobre este p, 499.

Aquí encontramos la: Confesión, dictamen pericial, inspección judicial, documentos, los informes, declaración de parte, juramento estimatorio.

3.1.1.2 Pruebas Indirectas.

Las pruebas indirectas, conocidas también como mediatas, son las que hacen conocer el hecho al juez a través de la comunicación de terceros o de informes, no verificando aquél directamente el hecho. Un medio probatorio indirecto recae sobre un hecho distinto al que es objeto de la prueba, siendo este inducido de tal hecho (Hinostroza 2002 p, 120).

Rives (1999). indica otras acepciones que ha recibido la prueba indirecta, indiciaria, circunstancial o conjetural, y menciona que es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados (indicios) y el que se trate de probar delito p, 121.

Y es que en el derecho penal ha sido más ampliamente desarrollada este tipo de prueba que en el derecho civil. Por lo que en este último esta tratado dentro del capítulo VII del Código Procesal Civil, correspondiente a los sucedáneos de los medios probatorios¹⁰.

Por lo que un medio de prueba será indirecto, cuando muestra un hecho distinto pero proporciona datos o elementos a partir de los cuales el juez formula un argumento, un juicio crítico, para deducir la existencia u ocurrencia de hecho a probar; es decir, ya sea un indicio, la presunción legal y judicial; y la ficción legal.

Por último sobre este punto es importante precisar que cuando la prueba indirecta sea utilizada, quede debidamente explicada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente

¹⁰ Artículo 275 de CPC. Indica que los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

exteriorizado en la resolución que la contiene justamente, ello en razón de las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme lo establece la Constitución (Bonifacio 2012).

De ahí que se diga que hoy la prueba directa reviste una triple ventaja:

“es indirecta porque se obtiene por razonamiento; es el resultado de la inferencia que induce del hecho conocido al hecho a probar; es objetiva, porque está basada precisamente en hechos, lo que representa una ventaja con respecto a la prueba testimonial por cuanto los testigos pueden mentir, los hechos no. Requiere de una adecuada interpretación. Es multiforme, precisamente por la gran diversidad y multiplicidad de los indicios o circunstancias, que suelen relacionarse entre Sí” (Mixán Mass 2003 p, 19).

3.1.2. Diferencias entre prueba directa y prueba indirecta.

- ✓ La prueba directa no necesita de un procedimiento lógico de inferencia por parte del juez; mientras que la indirecta sí.
- ✓ La prueba directa recae sobre el propio tema de la prueba.
- ✓ La prueba indirecta resulta más objetiva que la directa en tanto los hechos circunstanciales al hecho mismo son más confiables que los derivados de un medio de prueba directa en tanto las declaraciones o testigos son pasibles de ser adulterados.

3.1.3. Importancia de la prueba indirecta.

Mixan (2003). Indica que este tipo de prueba tiene ventaja sobre la prueba directa pues sostiene que este tipo de prueba se obtiene por razonamiento; es el resultado de la inferencia que induce del hecho conocido al hecho a probar; es objetiva, porque está basada precisamente en hechos, lo que representa una ventaja con respecto a la prueba testimonial por cuanto los testigos pueden mentir, los hechos no. Requiere de una adecuada interpretación. Es multiforme, precisamente por la gran diversidad y multiplicidad de los indicios o circunstancias, que suelen relacionarse entre sí p, 19.

Asimismo Iglesias (2018) indica que Asimismo la prueba indirecta es importante porque es a través de los diversos medios de prueba que se busca hallar la verdad dentro de un proceso, a través de ellos los hechos que configuran una pretensión o una defensa dejan de ser simples afirmaciones para pasar a ser hechos sobre los cuales el juzgador adquirió convicción con certeza; es pues gracias a la prueba que pasan a ser ciertos o verdaderos, procesalmente, los que eran simples hechos afirmados al inicio del proceso. Solo respecto de los hechos alegados y probados, puede el órgano jurisdiccional pronunciarse p, 49.

3.1.4. Los sucedáneos de la Prueba.

Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

Y su finalidad será corroborar los medios probatorios actuados en el proceso.

Los sucedáneos de la prueba “son mecanismos auxiliares para lograr la finalidad de los medios probatorios. Operan cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directa que los constate por sí mismo (como sería en caso de la testimonial, pericia, inspección judicial y documentos) sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de estos y a partir de los cuales se los induce mediante un argumento probatorio (Ledesma 2008 p, 967).

3.1.5. Sucadaneos de los medios probatorios.

Ledesma (2008). Sostiene que los medios sucedáneos son mecanismos auxiliares para lograr la finalidad de los medios probatorios. Operan cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directo que los constate por sí mismo (como sería en caso de la testimonial, pericia, inspección judicial y documentos) sino indirectamente mediante la prueba de ciertos y determinados hechos que no están

constituidos por la representación de éstos y a partir de los cuales se los induce mediante un argumento probatorio.

Mesa (2018). Indica que los sucedáneos probatorios son una categoría jurídica procesal que desempeñan un rol de auxilio legal o judicial, desenvolviendo una actividad probatoria alterna a la de los medios probatorios, ya que accesoriamente permiten complementarlos o corroborarlos, y, excepcionalmente, pueden sustituirlos p, 229.

Por otro lado, a favor de su aplicación, se ha formulado el siguiente argumento: «... no siempre es posible contar con la prueba plena. En tal caso ¿dejará el juez de administrar justicia? No, el Juez no puede dejar de sentenciar. Debe agotar todas las posibilidades de la actividad probatoria. Una de esas posibilidades es el uso de los sucedáneos de los medios probatorios» (Donaires 2008, p, 115).

En nuestro Código Civil encontramos que los sucedáneos de los medios probatorios son los indicios, las presunciones y la ficción legal.

3.1.5.1. Indicios.

Etimológicamente proviene de la voz latina *indicium* que es una derivación de *indicare*, que significa indicar, hacer conocer algo.

Es así, que por indicio debe entenderse todo hecho conocido o una circunstancia de hecho conocida del cual se deduce, por sí solo o juntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, en virtud de una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios o técnicos especiales (De Santo, 2005 P, 549).

Ledesma (2008). Indica que son rastros, vestigios, huella, circunstancia debidamente acreditado, susceptible de llevar por la inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. El indicio constituye una prueba indirecta de la cual el juez puede sacar conclusiones útiles para la demostración de los hechos. Es punto de partida para establecer una presunción. Es una prueba crítica o lógica o indirecta.

Art. 276.- Indicio El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

Por lo que, se suele decir, que: «El indicio no es, entonces, cualquier hecho, no es el hecho puro, sino el hecho que se ha logrado integrar dentro de un razonamiento para indicar algo (indicio, viene ciertamente de indicar)» (De Trazegnies 2004, P, 11).

3.1.5.2. Presunción

La “presunción” se define como el hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado¹¹; mientras que “presumir” se define como suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen¹².

Mesa (2018). Señala que esta categoría es un tipo de prueba indirecta, pero no idéntica a las pruebas indiciarias, ya que a las presunciones las integra un subtipo (las presunciones legales) que tienen una característica especial (relacionada a la fuerza probatoria y reglas de la carga de la prueba) de la cual no gozan las aludidas pruebas indiciarias p,232.

El Código Procesal Civil está la acepción de presunción como:

Art. 277.- Presunción “Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza de hecho investigado. La presunción es legal o judicial”.

Aquí se puede constatar que el Código Procesal Civil clasifica a la presunción en Legal y Judicial. En relación al tema en estudio, la prueba indirecta supone sin duda la presunción

¹¹ Segunda acepción proporcionada por el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, en:

<https://dle.rae.es/?id=U7ZEVjW> (consultado el 18 de Mayo del 2019).

¹² Primera acepción proporcionada por el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, en:

<https://dle.rae.es/?id=U7ZEVjW> (consultado el 18 de Mayo del 2019).

judicial prevista en el artículo 281¹³ del Código Procesal Civil, siendo la parte esencial y constitutiva de la prueba indirecta. La presunción judicial es el razonamiento lógico-crítico del juez basándose en las reglas de la experiencia y en sus conocimientos. Esto último hace referencia a que las conclusiones de los jueces deben estar bien fundamentadas y motivadas para que no se afecten derechos constitucionales como, el derecho de defensa y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial (Iglesias 2018 p, 53).

Aquí se debe distinguir la presunción legal y el judicial, la primera es la máxima que deduce el legislador de su propia experiencia y el segundo es la máxima deducida por el juez por su experiencia (Ledesma 2008 p, 973).

3.1.5.2.1. Presunciones Legal.

Las presunciones legales pueden ser, a su vez, *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según que admitan, o no, prueba en contrario. Unas y otras tienen en común la circunstancia de que dispensan, a la parte beneficiada por la presunción, de la carga de probar el hecho deducido por la ley, pero mientras las primeras tienen el efecto de invertir la carga de la prueba, transfiriéndola a la parte contraria, las segundas no admiten prueba alguna.

Presunciones legales son aquellas fijadas por el legislador, teniendo en cuenta que, según el orden normal de la naturaleza, de ciertos hechos derivan determinados efectos, y entonces, por razones de orden público vinculadas al régimen jurídico, impone una solución de la que el juzgador no puede apartarse.

3.1.5.2.2. Presunciones Judicial.

Son aquellas que el juez establece, a través del examen de circunstancias o hechos conocidos, llamados indicios. En algunas oportunidades, es imposible la prueba directa de los

¹³ Artículo 281.- Presunción judicial.- El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

hechos, situación en que el juzgador se ve obligado a recurrir a datos ciertos que debidamente probados, lo inducen a extraer consecuencias jurídicas¹⁴.

3.1.6.3. La ficción

La ficción del daño moral es otra creación jurisprudencial¹⁵ que da por existente al daño moral de la sola constatación del hecho antijurídico, sin la necesidad de aplicar un razonamiento lógico, argumentar alguna máxima de experiencia y sin la posibilidad de que la parte demandada pueda contradecir dicha existencia.

Por la doctrina es definida como: “la ficción legal es un hecho conscientemente inexistente. Responde a exigencias del sistema jurídico, de formular mentiras técnicas consagradas por la necesidad” (Ledesma 2008 p, 992), por ejemplo, considerar una nave un bien inmueble.

3.1.7. Aplicación de la Prueba Indirecta en el Daño Moral Extracontractual.

Se puede concluir que la prueba indirecta es suficiente para probar el daño moral extracontractual, en razón de lo siguiente:

3.1.7.1 Presunciones aplicables al daño moral.

“El daño moral extracontractual por su carácter inmaterial no puede probarse de modo directo con los medios probatorios típicos como el daño patrimonial. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia nacional concuerdan en que deben probarse a través de los sucedáneos de los medios probatorios concretamente los indicios y presunciones judiciales” (Iglesias 2018 p, 56).

Sin embargo, los indicios y las presunciones por sí solos no constituyen medios de prueba exactos. Ello en razón de que si bien es cierto los indicios constituyen fuente de prueba.

¹⁵ 284 «Por su parte la jurisprudencia [...] ha elaborado una presunción de derecho al respecto o más bien una ficción de existencia del daño moral que en la práctica no admite prueba en contrario» (Femenías Salas 2011, 44).

Igualmente sucede con las presunciones por sí solas denotan juicios incompletos que pueden derivar de un indicio y están basadas en la deducción o como dice Mixán Mass pueden ser confundidas con la idea de meras sospechas¹⁶.

Por este motivo, es que es necesario que tanto los indicios como las presunciones judiciales estén sometidos a un razonamiento inferencial inductivo, que permita llegar a una conclusión y que ella aporte conocimientos sobre el objeto de la prueba. Este procedimiento se realiza a través de la prueba indirecta, es decir se parte de varios indicios, se verifica que dichos indicios estén debidamente probados y a través de las máximas de la experiencia del juzgador se da a un determinado hecho por probado o no y se llega a una conclusión. Por esto, es que se considera que la prueba indirecta es la más adecuada para probar los casos de daño moral extracontractual (Iglesias 2018 p, 56).

3.1.8. Aplicación de la Prueba Indirecta en el Daño Moral Extracontractual en la Jurisdicción de Chiclayo-Lambayeque.

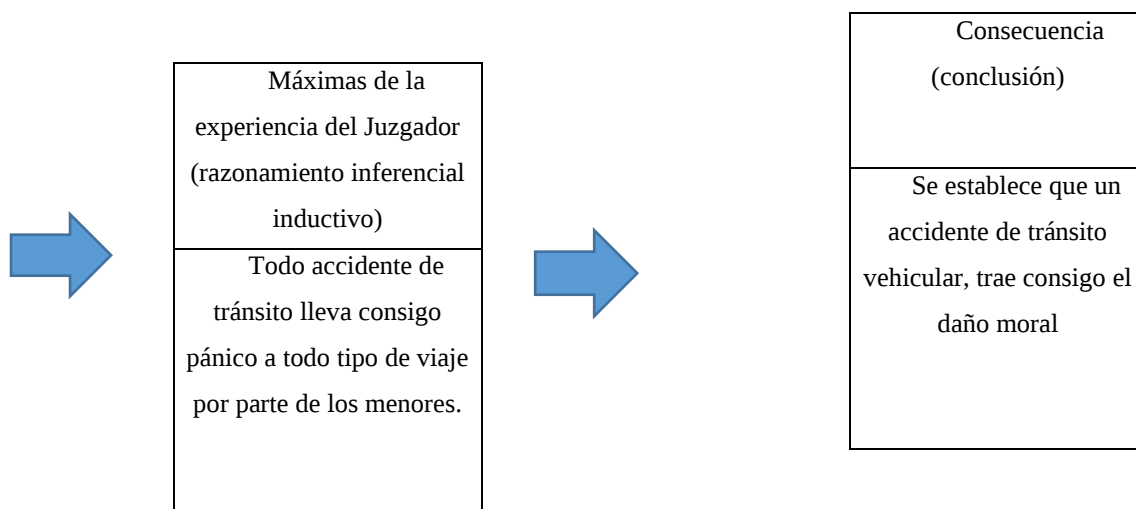
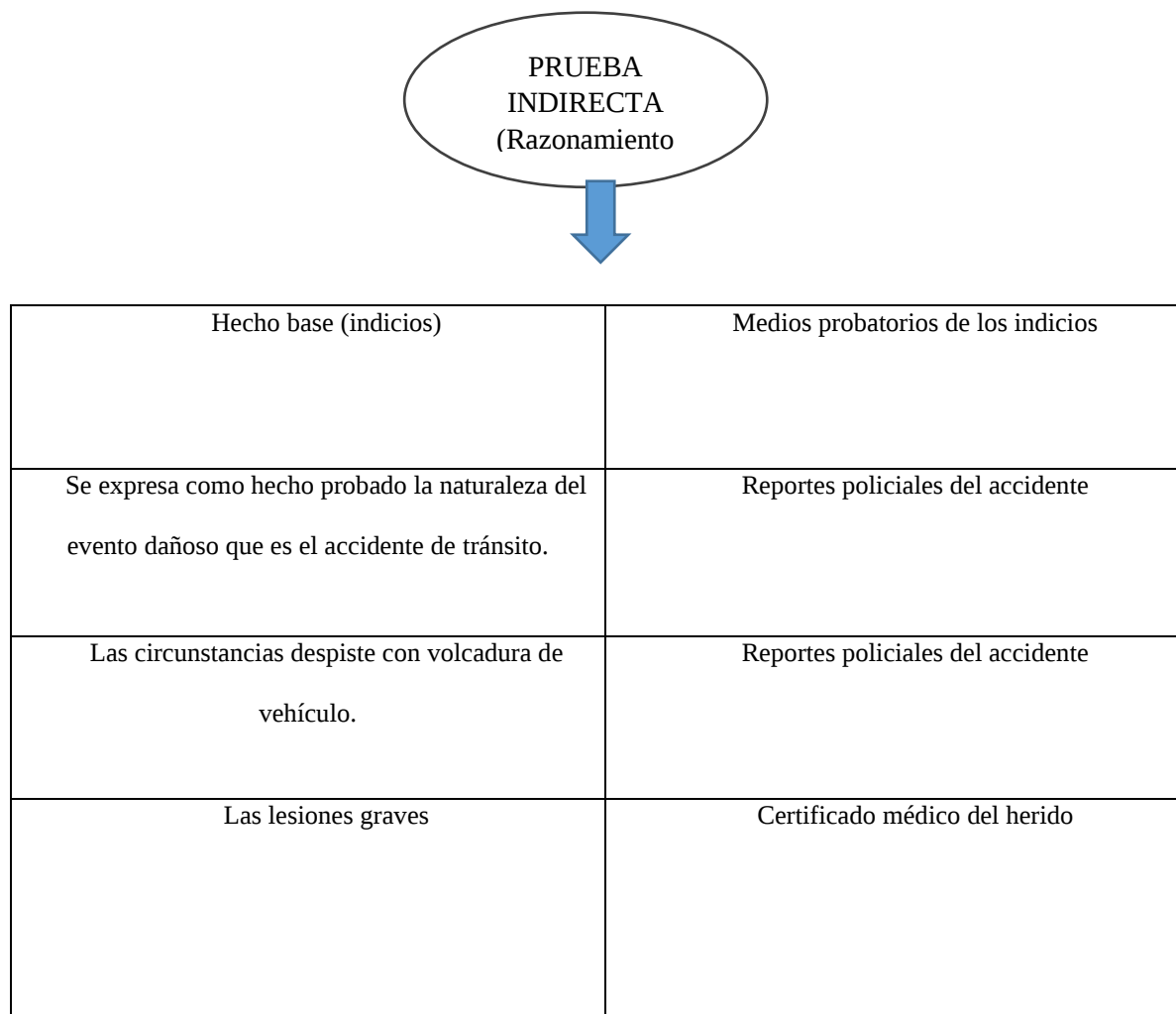
Es importante aclarar que la reparación civil que surge como consecuencia de un delito, no nace ni se deriva de este, sino del daño producido, por ello es una afirmación que sin daño, no habrá obligación de resarcir. En este sentido, la reparación civil se puede solicitar ya sea por la vía penal o en la civil, lo que no se permite es que se recurra a ambas vías en forma conjunta. También cuando un agraviado no está de acuerdo con la indemnización civil interpuesta en la vía penal, puede recurrir a la civil¹⁷.

¹⁶ Rosas Yataco, Jorge. Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional [ubicado el 17. X 2016]. Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_14.pdf.

¹⁷ Guillermo Bringas, Luis Gustavo. Aspectos Fundamentales del Resarcimiento Económico del Daño Causado por Delito (2016). Obtenido en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf).

Y el método seguido para probar el daño moral con prueba indirecta es el siguiente:



CAPITULO IV

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

4.1. Indemnización

“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”. (Lingán2014 p, 35) además indica que 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.

4.1.1. Indemnización 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.

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 (Lingán2014 p, 38).

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.
- c. El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor¹⁸.

4.1.2. Indemnización del Daño Moral.

Aquí hay que dejar en claro que la indemnización, es la suma en dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño. La reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a diferencia de las penas de privación de la libertad, que son punitivas y privativas, y que operan en materia penal.

En nuestra Legislación la reparación del daño moral se establece que puede ser por responsabilidad civil Contractual y Extracontractual; Así, el vigente Código Civil de 1984, en la primera se establece que dentro de la responsabilidad civil por inejecución de las obligaciones, acepta expresamente al daño moral, junto al daño emergente y lucro cesante, como un daño resarcible. Siendo regulado en el artículo 1322 del Código Civil, del siguiente modo: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Y en la responsabilidad civil Extracontractual se encuentra en el Artículo1984° del Código Civil e indica que “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. Además es nuevamente reconocido en el artículo 1985

¹⁸ Pianol & Ripert. tratado practico de derecho civil francés, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No.821, pág. 132.

junto a otros daños resarcibles, “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 problema del daño moral radica en su difícil cuantificación pues no es un interés económico y solamente la víctima conoce a ciencia exacta la magnitud de su afectación personal. Dependerá de cada sujeto y las circunstancias que rodearon al hecho, que sea reparado en dinero no lo convierten en un daño patrimonial (García 2009 p, 286).

La determinación y cuantificación del daño moral subjetivo o extrapatrimonial entonces, queda a la equitativa y prudente valoración del Juzgador, quien acude para ello a presunciones del ser humano inferidas de los hechos comprobados (Preinfalk, Citado por Iglesias 2018 p, 22). De ahí que además nos indique que:

El daño moral extracontractual es indemnizable y la determinación del monto correspondiente está a cargo del juez quien a su criterio fijara la indemnización correspondiente y para ello es necesario probar el daño aunque sea mínimamente, pues de esta manera el juzgador podrá determinar una reparación civil más justa y razonable de acuerdo al caso en concreto, a la persona y a las circunstancias.

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

4.1.3. Indemnización del Daño Moral en Caso del Artículo 351 del Código Civil.

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.

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

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.

4.1.4. Indemnización por Daño Moral en Caso del Artículo 1322 del Código Civil.

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 (Lingán2014 p, 43).

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,

4.1.5. Indemnización del Daño Moral en Caso del Artículo 1984 Y 1985 del Código Civil.

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 reparación¹⁹.

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.

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,

¹⁹ Guillermo Andrés Chang Hernández. las funciones de la responsabilidad civil: delimitación de la función de responsabilidad civil extracontractual en el código civil peruano.

https://www.academia.edu/4009104/las_funciones_de_la_responsabilidad_civil_delimitaci%C3%B3n_de_la_funci%C3%B3n_de_responsabilidad_civil_extracontractual_en_el_c%C3%B3digo_civil_peruano

ajenas por lo antes anotado, a la función de la Responsabilidad civil según las normas del vigente Código civil.

4.1.6. 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.

4.1.6.1. *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 (Lingán2014 p, 46).

En el caso específico 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. 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.

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, 6n algunas legislaciones.- el tratamiento es diferente, porque se establecen módulos cuantitativos para indemnizar el daño, o un sistema de tarificación preestablecida conocida como "baremos".

Entonces para la cuantificación del daño moral hay dos sistemas en relación de un daño material en la cual se deriva el daño moral y aquellos que dejan al criterio del juzgador y este segundo sistema es el que actualmente tiene mayor repercusión en los legisladores ya que se deja a criterio del juez el determinar un monto indemnizatorio adecuado para la reparación de un daño moral.

La doctrina manifiesta 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.

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, en el Perú se ha establecido que todo daño moral debe ser probado por quién lo invoca como fundamento de la acción reparadora, entonces me pregunto 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 Díez-Picazo²⁰, el daño moral no debe ser "simplemente presumido por /os tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Para algunos, debería ser objeto de algún tipo de prueba. Es indudable que se debería incluir como parte del petitorio en la demanda y merecer una argumentación.

Este tipo de daño 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.

4.1.6.2. 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 (Lingán 2014 p, 46). Además indica que 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.

4.1.6.3. Criterios de Cuantificación 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?.

²⁰ Citado por Dra. Silvia Roxana Sotomarin. el daño moral en la responsabilidad civil. análisis en el derecho comparado y el derecho nacional. Pág. 113.

La 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

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 (Lingán 2014 p,72).

Y conforme a la sistemática de dicha norma sustantiva están ubicados el primero en el título de 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 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"²¹.

En palabras de Lingán (2014). 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 aflictivo 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 p, 75.

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.

Por lo que concluimos que la indemnización por daño moral se hace necesaria ya que

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.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la República. Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria. 1 Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral Lima, 04 y 14 de mayo del 2012. Lima Perú 2013. pág. 43-45

CAPITULO V

LA PRUEBA INDIRECTA Y EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

5.1. En Argentina

En efecto, en países como Argentina o México la doctrina ha sido uniforme al señalar que el daño moral debe acreditarse²² 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 presuma²³.

Por lo que en esta legislación la indemnización del daño moral se encuentra subordinada a la exigencia de la prueba del daño; es decir, a la prueba de que el incumplimiento contractual ha originado a la parte inocente un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial.

Por lo que en esta legislación "El daño moral no requiere prueba de su existencia y se acredita por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho de la accionante. El art. 1078 del Cód. Civil habla de la obligación de resarcir y de reparación del agravio moral, de lo que se deduce su naturaleza resarcitoria incompatible con el concepto de pena o sanción ejemplar". (Juzgado Nacional de Primera Instancia, en lo Civil, N 52, abril 10-1990, ED, 142-437); (CApel.CC, Mercedes, Sala I, Abril 26-1990, ED, 140-471). Finalmente: "La entidad del daño moral no requiere prueba alguna, siendo facultad judicial su determinación en base a lo establecido por el Código Procesal, dado que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del hecho que dio motivo a la demanda.

²² Pizarro, Ramón. Daño moral. Prevención. Reparación. Punición –1a edición– Buenos Aires, Argentina:

Hammurabi, 2000, p. 532.

²³ Rodríguez Curutchet, Juan Pablo. La evaluación y prueba del daño moral en la jurisprudencia Nacional. Tesis (Licenciado en Derecho), Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, p. 125.

La indemnización en el país de Argentina²⁴, indica que:

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 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.

²⁴ Doris Pérez Retamal, Claudia Castillo Pinaud. Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia. Universidad de Chile. 2012. Pág. 22

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.

5.4. En Brasil

En la legislación de Brasil²⁵ señala que en este ordenamiento jurídico brasileño, hay también controversia doctrinaria y jurisprudencia! 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

²⁵ Da Silva, Anthony Cassemiro, (agosto 2000) la fijación de la indemnización cualitativo en las acciones por daños y perjuicios, Jus Navigandi, <http://jus.com.br/revista/texto/670>, (consulta: 21 julio 2019]

pecuniario del bien dañado. Encontramos también aquí la discusión relativa a si la indemnización debería tener un fin meramente resarcitorio o más bien punitivo.

En esta legislación 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 ofendido, ocasionándole daños de mayor envergadura, y en consecuencia se debe, 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.

5.5. En Chile

En materia de prueba del daño moral, la cuestión no es pacífica y tal como ocurre con otros institutos que forman parte de la responsabilidad civil de ahí que Femenias (2011) señale que aquí hay todavía una especial particularidad, por cuanto se han extrapolado con notable entusiasmo los postulados contradictorios de la doctrina y jurisprudencia al igual que otras legislaciones en la legislación Chilena la doctrina en general se encuentra conteste en una máxima que debe regir el asunto, “el daño moral debe ser 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. P, 35.

Particularmente en los ordenamientos jurídicos vecinos, el desarrollo de la materia ha seguido igual suerte.

Por lo que los jueces tenderán a excluir la exigencia probatoria del daño moral, por cuanto estiman, que la dificultad que entrañaría la prueba del mismo haría imposible obtener una indemnización por esta partida para el afectado, ya que resultaría una quimera intentar acreditar el dolor experimentado, o el pesar o malestar que se ha padecido.

Tratar que en el daño moral, la prueba sea mediante medios probatorios directos. “*Ello importaría, “conducir a la imposibilidad de la reparación moral, por ausencia de prueba”*”²⁶. Muy por el contrario, resulta evidente que concebido el daño moral como *pretium doloris*, los medios más eficaces para la producción de la prueba del perjuicio extrapatrimonial, serán aquellos de carácter indirecto, particularmente la prueba por presunciones o bien los peritajes de los expertos (Femenias 2011 p, 37).

Además indica que la prueba basada en presunciones, es sin lugar a dudas una herramienta probatoria importante al momento de acreditar el daño moral. Ahora, como hemos indicado anteriormente, es imperativo que las partes proporcionen los antecedentes necesarios al sentenciador, que le permitan a través de hechos conocidos y probados, arribar a otros desconocidos que se han de presumir. El juez, podrá perfectamente utilizar este medio probatorio respetando el silogismo básico que su utilización presupone, en donde la premisa mayor estará constituida por el hecho ilícito, la premisa menor por todos los antecedentes que permiten acreditar que efectivamente se ha padecido un daño moral, y la conclusión que será en definitiva la existencia del daño moral p, 43.

²⁶ Ochoa Olivera, Salvador. La demanda por daño moral. Atizapán de Zaragoza, España: Montealto Editores, 1999, p. 87

Por otra parte en Chile²⁷ 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).

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.

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

²⁷ Dr. E. u. 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.

5.2 En Colombia

En Colombia²⁸ la prueba por daño moral ha seguido dos posturas que ha mantenido la jurisprudencia nacional en lo que a la prueba del daño moral se refiere. Así, por un lado, nos encontramos con la más antigua en el tiempo y ya un poco trasnochada doctrina, de que el daño moral no requiere de prueba; por otro, con la moderna tesis que defiende que el daño moral, al igual que cualquier otro tipo de daño, debe ser probado por quien pretenda su reparación. Veremos seguidamente, como ambas posturas antagónicas conviven en las doctrinas de nuestros tribunales de justicia, sin que de momento podamos hablar de un firme y constante pronunciamiento a favor de una de ellas.

La primera de las referidas vías, fundamenta la falta de exigencia probatoria en la especial naturaleza, es decir, en el carácter espiritual y subjetivo del daño extrapatrimonial; lo que haría no sólo innecesario, sino imposible la acreditación de su existencia. En palabras de nuestras Cortes, “El daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado”.

Desde hace algunos años, con innegable influencia de la doctrina, ha comenzado a tener mayor peso en nuestra jurisprudencia, una nueva línea interpretativa que defiende la necesidad de que los perjuicios morales deben ser efectivamente acreditados en el proceso judicial, por quien los invoca. Así, la Corte de Santiago ha mantenido, que en “...relación con la acción de resarcimiento por daño moral que ha intentado el ofendido por el delito, preciso es tener en cuenta que todo daño debe probarse, sea patrimonial o extrapatrimonial.

²⁸ Cárdenas. H Gonzales. p. (2007) Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización obtenida de: <http://www.redalyc.org/pdf/1514/151413530008.pdf>

En efecto sobre la prueba del daño moral rigen las reglas generales, por lo que se requiere que el actor pruebe la verdad de sus proposiciones, esto es, que sufrió un daño cierto o real, sin que pueda darse por establecido o priori el agravio, su entidad y magnitud y las consecuencias que de él se han derivado”²⁹.

En cuanto a la indemnización por daño moral su reconocimiento solo ha venido a producirse en los últimos tiempos, debido a que tratándose de este tipo de perjuicios, solo se reconocían, hasta hace poco y con base en la interpretación jurisprudencial, los daños morales entendidos en su concepción restringida de *pretium doloris*. Por lo tanto, siempre que se tratara de reparar perjuicios no patrimoniales se restringían aquellos a la esfera íntima de la persona y a los sentimientos o afectos, lo que quiere decir que “el daño moral configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en el quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos...insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto...por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial”³⁰.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de mayo de 2001, Rol N° 25.892-2001, En: La Semana Jurídica, (materia penal), semana del 13 al 19 de agosto de 2001

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá D.C., 18 de septiembre de 2009, M.P William Namén Vargas

CONCLUSIONES

1. La prueba del daño moral, ha sido discrepante entre la doctrina y la jurisprudencia, por su parte la primera ha podido encontrar un espacio común, en torno a aceptar la necesidad de la prueba del daño moral en los procesos judiciales, Por su parte la jurisprudencia, ha sido vacilante en la materia, pero mayoritariamente se ha pronunciado negando la necesidad de prueba, o simplificando el asunto a la esfera de las presunciones. Por lo tanto, considero que la utilización de la prueba indirecta es de gran utilidad para probar el daño moral extracontractual porque tiene valor probatorio propio igual que la prueba directa.
2. De conformidad con la jurisprudencia el daño moral extracontractual por su naturaleza subjetiva es difícil probarlo de forma directa, sin embargo esto puede ser probado perfectamente por los llamados sucedáneos de los medios probatorios. Por esto, la prueba indirecta constituye un medio adecuado y suficiente para probarlo porque su aplicación requiere un razonamiento inductivo, es decir partir de varios indicios, se verifica que dichos indicios estén debidamente probados y a través de las máximas de la experiencia del juez se da a un determinado hecho por probado o no.
3. El daño moral tiene dos dimensiones probatorias, ya que las mismas ameritan de acreditación, las cuales son: su existencia y su cuantía.
4. Si bien el daño moral no puede resarcirse físicamente pero le otorgará a la víctima ciertas satisfacciones que podrán compensar el daño causado, más nunca eliminará el perjuicio sufrido. Se trata entonces de buscar la manera de balancear la situación del perjudicado, proponiéndole ciertos beneficios a cambio de su malestar eso si la cuantía del daño moral es de imposible determinación exacta, por lo que debe recurrirse a criterios de estimación, sin embargo, dichos criterios deben estar debidamente fundamentados y, cuando así lo demanden, acreditados y cuyos criterios de fijación han quedado a discrecionalidad del juzgador.

RECOMENDACIONES

1. Es fundamental que los jueces civiles conozcan el contenido de la prueba indirecta y la apliquen en sus sentencias de indemnización de daños y perjuicios a cada caso de daño moral extracontractual, pues con ella podrán resolver los casos con mejores criterios, pero sobre todo darle la motivación suficiente que requiere toda sentencia judicial.
2. Es importante que el manejo de la prueba indirecta, tenga ciertos requisitos por parte de los magistrados como: experiencia, dotes de sagacidad, deben tener amplios conocimientos doctrinarios y jurisprudenciales aplicando siempre la prueba indirecta bajo la regla inferencial valiéndose de las reglas de la lógica la ciencia y las máximas de la experiencia.
3. En su dimensión probatoria los magistrados deben poner énfasis en la motivación; ya que esta es esencial, pues a diferencia de los medios probatorios clásicos, no está regulada en los códigos de forma profunda o su regulación es insuficiente, por ello el razonamiento del juez debe detallarse en la sentencia de forma contundente.
4. También es importante que la indemnización del daño moral como un daño independiente, autónomo y sin ningún tipo de condicionante o limitación en los supuestos donde junto a él se solicite, se haga necesario que la jurisprudencia baya formando escalas de indemnización y o criterios jurisprudenciales de carácter vinculante que sean de guía de consulta para aquellos magistrados de inferior jerarquía.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Antúnez, L. E. (2011). *“La prueba y el daño moral”*, Lima - Perú primera edición, Talleres Gráficos de Editorial Tinco S.A.
2. Bonifacio, Ch. P. (Noviembre 2012). *“La operatividad de la prueba indiciaria como medio para formar convicción judicial en la sentencia penal”*, Dialogo con la Jurisprudencia, N° 170°.
3. Burga, C.A. (2015). *“La indemnización del daño moral en los procesos de divorcio en el Perú”*. Consultado en:

<http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/194/TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
4. Cárdenas, H. & González P. (2007). *“Notas en torno a la prueba del daño moral”*
Recuperada de:

<file:///C:/Users/Joelx/Downloads/DialnetNotasEnTornoALaPruebaDelDanoMoralUnIntentoDeSistem-2367523.pdf>
5. Casanova, A. (2015). *“el daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración”*. Obtenida de:

http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=208
6. Código Civil Comentado (mayo 2014). *“Responsabilidad civil”*, Lima- Perú Gaceta jurídica.
7. Código Procesal Civil Comentado (setiembre 2016). Lima Perú, Gaceta jurídica.
8. De Santo, V. (2005). *“La prueba Judicial”* Buenos Aires – Argentina, tercera edición, Editorial Universidad.
9. De Trazegnies, F. (2016). *“La Responsabilidad Extracontractual”*. Lima – Perú, Vol. II. Octava Edición, corregida y aumentada ARA Editores.

10. Devis, H. (2002). “Teoría General de la Prueba Judicial”. Bogotá- Colombia, Vol. II. Quinta Edición, Editorial Temis
11. Donaires, P. (2008). “Los Sucedáneos de los Medios Probatorios”. Lima- Perú, En compendio temas de derecho laboral. Centro de Investigaciones Judiciales.
12. Donaires, P. (2016). “*Los sucedáneos de los medios probatorios*” Obtenido en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/be5cd10046ed35679057f8199c310be6/T3->
13. Espinoza, J. (2016) “Derecho de la Responsabilidad Civil”. Lima – Perú, Octava Edición corregida y aumentada. Instituto Pacífico.
14. Femenías, J. (2011). “notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil” recuperada de:
[file:///C:/Users/Joelx/Downloads/16974-1-49469-1-10-20111021%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Joelx/Downloads/16974-1-49469-1-10-20111021%20(1).pdf)
15. García, Á. (2009). “*El daño Moral en las Relaciones de Trabajo*”, Actualidad Jurídica, Tomo N° 188.
16. Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación Científica*. México: Mcgraw-Hill
17. Hinostroza, A. (2002). “*La prueba en el proceso civil*”, Lima- Perú 3° edición, Gaceta Jurídica,
18. Hugo A. &. Cárdenas, p. (2007) Notas en torno a la prueba del daño moral: Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 37, No. 106 / p. 213 – 237. Recuperada de:
<file:///C:/Users/Joelx/Downloads/DialnetNotasEnTornoALaPruebaDelDanoMoralUnIntentoDeSistem-2367523.pdf>
19. Hunter, I. (2005). “*La prueba del daño moral*”. Consultada en:
<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2005/fjh945p/doc/fjh945p.pdf>
20. Hunter, I. (2015). “*Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*”. Recuperada de

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000100006#n333

21. Iglesias, V. (2018). “*El daño moral extracontractual y la prueba indirecta*”. Obtenida en:
http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/1251/1/TL_IglesiaCamposVanessa.pdf.pdf
22. Larenz, K. (1952). “*Derecho Civil. Obligaciones*”. Madrid-España T.I., Ed. Revista de Derecho Privado, p. 193.
23. Lara, A.D. (2013) “*El daño moral: parámetros para su determinación cuantitativa y la seguridad jurídica*”. Recuperada de:
<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4497/1/TUAMDC012-2013.pdf>
24. Ledesma, M. (2008). “*Comentarios al Código Procesal Civil*”. Lima- Perú, Tomo 1, Gaceta Jurídica
25. León, L. (2004). “*La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*”. Trujillo- Perú, 1ª. Edición, Editora Normas Legales S.A.C.
26. Linares, D (S.F). “*El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal*”. Consultada en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/Codigo-Civil.pdf>
27. Lingán R.J. (2014). “*La cuantificación del daño moral para una correcta indemnización civil en nuestra legislación*”. Recuperado de:
<http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/363/BC-TES-4397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
28. Mantilla, L.C. (2015). “*El daño moral en Colombia: un estudio sobre la nueva tendencia del “daño a la persona”*”. Recuperada de:
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2197/1/el%20da%c3%91o%20moral%20en%20colombia%20un%20estudio%20sobre%20la%20nueva%20tendencia%20del%20da%c3%91o%20a%20la%20persona.pdf>

29. Mayo, J. A. (1999) *"El Daño Moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran"*. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
30. Meza, Y. (2018). *"hacia una teoría de la prueba del daño moral en Perú"*. Recuperada de <file:///C:/Users/Joelx/Desktop/MILI/DEmefly.pdf>
31. Mego J. Y. (2015). *"Los criterios judiciales para la estimación del daño moral en las sentencias de la corte superior de justicia de Cajamarca"*. Recuperado de: <file:///C:/Users/Joelx/Desktop/MILI/Mego%20Horna%20Jesenia%20Yaneth.pdf>
32. Miranda, V. (2014). *"Prueba directa vs. Prueba indirecta"*. Obtenía de: [file:///C:/Users/Joelx/Downloads/prueba-directa-vs-prueba-indirecta-un-conflicto-inexistente-847746%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Joelx/Downloads/prueba-directa-vs-prueba-indirecta-un-conflicto-inexistente-847746%20(4).pdf)
33. Mixán Mass, F. (2003). *"Indicio y la Prueba Indiciaria"*, Trujillo- Perú, tercera edición, Ediciones BLG
34. Monroy, J. (S.F.). *"La Postulación del proceso en el Código Procesal Civil"* Obtenida en: [file:///C:/Users/Joelx/Downloads/DialnetLaPostulacionDelProcesoEnElCodigoProcesalCivil-5109950%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Joelx/Downloads/DialnetLaPostulacionDelProcesoEnElCodigoProcesalCivil-5109950%20(2).pdf)
35. Morales, M. (2014). *"valoración de la prueba en el proceso ordinario"*. Recuperada de: <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/01/Morales-Melisa.pdf>
36. Moscoso, P.A. (2015). *"la responsabilidad civil por daño moral en la legislación civil Ecuatoriana"*. Consultado en: <file:///C:/Users/Joelx/Downloads/tesis.pdf>
37. Osterling, F. (S.F.). *"Indemnización por Daño Moral"*. Obtenida de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

38. Parra, J. (S.F.) “*algunos apuntes de la prueba indiciaria*”. Obtenido de:
<http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>
39. Peirano, J. (2004). Responsabilidad Extracontractual, segunda edición, Bogotá, Temis S.A.
40. Ponce, M.A. (2016). “*fundamentos para la exigencia de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, como consecuencia de un daño moral: Trujillo- 2016*”. Obtenida de:
http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1794/1/re_derecho_exige.respons.civil.extracontractual.personas.juri_tesis.pdf
41. Quiroz, J. M. (2014). “*La prueba indiciaria como método de prueba*”. Obtenida de:
http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_14/articulos/articulos_concursos/la_prueba.pdf
42. Rangel D. (2015). “el daño a la persona’ en materia de responsabilidad civil extracontractual” recuperada de:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2684/DER_042.pdf?sequence=1&isAllowed=y
43. Rivas, J. E. & Santamaría, S. (2019) “*La responsabilidad civil médica y la inobservancia de los protocolos: mal praxis ginecobstetra en el hospital provincial docente belén de Lambayeque periodo 2010-2014*”. Tesis de Pregrado Universidad Señor de Sipán.
44. Ruiz, M. U. (2011). “*La responsabilidad civil por daño moral derivada de la filiación extramatrimonial*”, Actualidad Jurídica, Tomo N° 209.

45. Silva, C.A. (2018) “*Necesidad de distinguir el daño moral con daño a la persona en nuestro ordenamiento jurídico y establecer criterios para la determinación del monto indemnizatorio en el daño moral*”. Obtenido de:
<file:///C:/Users/Joelx/Desktop/MILI/MILI.pdf>.
46. Taboada, L. (2003) Elementos de la Responsabilidad Civil, 2ª edición, Lima, Grijley.
47. Tirado, R.H. (2018). “*Necesidad de distinguir el daño moral con daño a la persona en nuestro ordenamiento jurídico y establecer criterios para la determinación del monto indemnizatorio en el daño moral*”. Recuperado de:
<file:///C:/Users/Joelx/Desktop/MILI/MILI.pdf>
48. Vilches, D. (2008) “*Hechos y pruebas en el daño moral*”. Jus - Doctrina & Práctica (Grijley), n° 1.
49. Zavaleta, R. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios recuperada de:

ANEXOS**ANEXO: 1-A****CASACIÓN 2782-2014, LAMBAYEQUE: ACREDITACIÓN DEL DAÑO MORAL****CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****SALA CIVIL PERMANENTE**

Lima, 11 de setiembre del 2018.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con el expediente principal; vista la causa, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la Sucesión de Marco Antonio Isla Lotas de fecha 21 de enero 2014 (fojas 215), contra la sentencia de vista contenida en la Resolución N° 15 del 19 de diciembre de 2013, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (fojas 161), que confirmó la sentencia apelada su fecha 25 de febrero de 2013 (fojas 94), que declaró infundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios.

ANTECEDENTES: Interposición de la Demanda.-

Marco Antonio Isla Lotas, por escrito de fecha 22 de julio de 2010 (fojas 15), interpone demanda contra la Oficina de Normalización Previsional O.N.P. alegando lo siguiente: Pretensión.- – Solicita se ordene a la demandada cumpla con otorgarle un resarcimiento económico ascendente a la suma de ochenta mil 00/100 soles (S/. 80,000.00), por concepto de daño moral y daño a la persona, como consecuencia de los actos ilegales realizados por la entidad demandada. Fundamentando la demanda, sostiene lo siguiente:

Mediante Resolución N° 8288-PJ-SSP-79, del 04 de diciembre de 1979, se le otorgó pensión de jubilación a partir del 31 de julio de 1977 en un monto inferior a los tres sueldos mínimos establecidos en la Ley N° 23908. A pesar de cumplir los requisitos para la aplicación de la ley

antes mencionada, la demandada incurre en negligencia pues en ningún momento se le otorga el derecho que le corresponde.

Interpuso demanda de amparo contra la ONP, a efectos de solicitar el reajuste de su pensión de jubilación conforme a la Ley N° 23908, su expediente fue signado con el N° 4624-2006. Mediante sentencia del 01 de setiembre de 2006, se declaró fundada la demanda, la cual fue confirmada por Resolución N° 11 del 12 de enero de 2007.

Son más de tres años que se ha prolongado su proceso, en los que ha recibido una pensión ínfima que ha ocasionado deterioro moral y personal. El demandado deberá resarcir al haber incumplido dolosamente su obligación de omisión de aplicar su pensión de jubilación a la Ley N° 23908. Sobrevivió a la caridad de sus familiares y amigos, lo que generó angustia, preocupación, sufrimiento. El acto ilícito consistente en dilatar su proceso judicial, le ha ocasionado daño moral, pues al percibir una pensión por debajo del mínimo legal, le ocasionó sufrimiento lo cual afectó su autoestima. Se le ha ocasionado daño a la persona, pues a lo largo de su proceso contra la ONP, su salud se ha visto deteriorada sin que goce de recursos para una vida digna y poder solventar los gastos que acarrea su enfermedad.

Se ha deteriorado su expectativa de vida. Contestación de demanda – El representante legal de la Oficina de Normalización Previsional de la ONP, por escrito del 15 de abril de 2011 (fojas 57) contesta la demanda alegando lo siguiente:

El daño fue causado por el funcionario que denegó el derecho a la pensión, pero no pudo dejar de aplicar la normatividad vigente, por lo que su conducta se ha basado en lo dispuesto por las normas vigentes. En este caso el acto antijurídico no se ha configurado, por lo que no puede existir una relación de causalidad válida. El acto que se pretende sea el que causó el daño ha sido realizado en el ejercicio regular de un derecho. Los fondos de pensiones no pueden dedicarse al pago de indemnizaciones por errores administrativos.

DESPACHO SANEADOR Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Saneamiento Procesal.- Del Acta de Audiencia de Saneamiento de fecha 02 de agosto de 2011 (fojas 71) se declaró la existencia de una relación jurídicamente válida y saneado el proceso.

Puntos controvertidos.- Se fijó como punto controvertido lo siguiente: Determinar si corresponde que la demandada otorgue al demandante un resarcimiento económico ascendente a 80,000.00 soles por concepto de daño moral y daño a la persona.

ETAPA DECISORIA E IMPUGNATIVA:

Sentencia de Primera Instancia.- El Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por Resolución N° 09 de fecha 25 de febrero de 2013, declaró infundada la demanda tras considerar lo siguiente:

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

Por el contrario, solo se ha limitado a adjuntar entre sus medios probatorios las resoluciones de la Oficina de Normalización Previsional [ONP], así como la sentencia de primera instancia seguidas en un proceso de amparo, las cuales no acredita la existencia de daño alguno que deba ser resarcido a través del presente proceso.

En el caso de autos, la parte demandante no ha acreditado con medios probatorios idóneos los hechos que configuran sus respectivas pretensiones.

Siendo así y de conformidad con lo que señala el Código Procesal Civil, en su artículo 200: “Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada”, se deberán desestimar las pretensiones contenidas en el escrito de demanda como en el de reconvención.

Recurso de Apelación.- La Sucesión de Marco Antonio Isla Lotas, por escrito de fecha 18 de marzo de 2013 (fojas 106) interpone recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos:

El apelante pretende que se revoque la sentencia impugnada; y reformándola se declare fundada su demanda de indemnización por daños y perjuicios.

Alega que la demandada dolosamente no cumplió con reajustar su pensión teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Ley N° 23908, lo cual le causó un gran perjuicio daño moral y a la persona, que hasta la fecha no han sido resarcidos. Sentencia de Segunda instancia – La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por sentencia de vista de fecha 19 de diciembre de 2013 (fojas 161) confirmó la sentencia impugnada que declaró infundada la demanda al considerar lo siguiente:

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

Por otro lado, si bien las afectaciones que generan daño moral no pueden ser constatables en forma directa, sin embargo, ello no enerva el deber de realizar actividad probatoria tendiente a la comprobación indirecta de las afectaciones, pues en un proceso existe la carga de la prueba, y ello implica que no es posible disponer el pago de daños ante la simple afirmación de que se han producido los mismos, al menos debe existir algún medio probatorio del cual se pueda extraer indicios razonables, lo cual no existe en el proceso.

A ello se agrega que si bien ha resultado afectado el demandante con el pago de su pensión en forma diminuta, sin embargo, ello de por sí no implica daño moral ni personal, y en todo caso, esa mora en el pago oportuno y en el monto adecuado ha generado intereses, los cuales se han dispuesto pagar en el expediente que amparó el derecho del actor, conforme así se aprecia de la sentencia que en copia se ha adjuntado a la demanda, concepto que según lo señalado en el segundo párrafo del artículo 1242 del Código Civil, sirve como indemnización.

PROCEDIMIENTO CASATORIO:

Causales por las que se declaró procedente el recurso de casación.-

Esta Sala Suprema Civil Permanente, mediante resolución de fecha 01 de enero de 2017, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la Sucesión de Marco Antonio Isla Lotas, por las siguientes causales:

- a) Infracción normativa del artículo 3) de la Ley N° 28803. Arguye que, al no haberse producido el respectivo cumplimiento de la Ley N° 23908, se vulnera severamente a la Ley N° 28803 la cual fue creada con la finalidad de garantizar los mecanismos legales para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales vigentes a favor de las personas adultas mayores para mejorar su calidad de vida, con lo que se pretende se integre dicho grupo poblacional plenamente al desarrollo social, económico, político y cultural, y así se contribuya al respeto de su dignidad. Y así, específicamente se ha vulnerado el artículo 3, dado a que al no haber recibido un trato digno y apropiado en el procedimiento judicial y administrativo respectivo (inc. 8), se desconoció el fin de lograr una igualdad de oportunidades y una vida digna (inc. 1), y a la vez.

No se permitió alcanzar un acceso de atención preferente en los servicios de salud integral (inc. 5). Por ello a través de las respectivas sentencias tanto del a quo como del ad quem, y especialmente la recurrida se está convalidando una fragantísima violación de las mencionadas normas sustantivas, con lo que se desnaturaliza un Estado Social y Democrático de Derecho.

- b) Infracción normativa de los artículos 1° y 4° de la Ley N° 23908, 6° de la Ley N° 19990 y del artículo 1969° del Código Civil.

Alega que el conocimiento como el elemento del dolo se encuentra acreditado, ya que al tratarse de un órgano estatal especializado en el otorgamiento de pensiones, es de su total

conocimiento toda la normatividad pensionaria, específicamente lo establecido en la Ley N° 23908, la que contempla el aumento de toda pensión en una suma equivalente a tres sueldos mínimos vitales, tres ingresos mínimos legales o tres remuneraciones mínimas vitales, según los valores experimentados por estas variables con el transcurrir del tiempo, siendo estos montos parte del patrimonio jurídico de los pensionistas, pues se trata de derechos debidamente adquiridos durante el tiempo de vigencia de las leyes respectivas, en tanto la citada norma entró en vigencia el ocho de setiembre de mil novecientos ochenta y cuatro hasta el dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos, siendo que, indica el recurrente, adquirió su derecho el treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y siete, por lo que en aplicación de la teoría de derechos adquiridos era aplicable el beneficio de aumento.

Arguye que la vulneración de su derecho pensionario fue de veinte años, considerándose la Resolución N° 19391-A-992-CH-86-T-P-DPP-SGP-P-1986, de fecha veinte de agosto de mil novecientos ochenta y seis, con la cual se reconoce su derecho pensionario, pese a que ya se había emitido la Ley N° 23908, hasta la emisión de la resolución de incremento de pensión N° 0000027851-2007-0NP/DC/DL 19990, de fecha veintisiete de marzo de dos mil siete, a pesar de conocer el derecho total con el que se contaba en tanto la obtención de una pensión más elevada, acorde con lo establecido en la citada ley y no la suma otorgada. Señala que durante el periodo mencionado se le ocasionó incertidumbre, preocupación, indignación, perturbación de ánimo, impotencia, sufrimiento, aflicción, perjuicios que por su propia naturaleza poseen difícil probanza, lo que le obliga a demostrarlo vía el indicio del tiempo.

Agrega que sí concurre una responsabilidad civil en tanto se ha llegado a acreditar la concurrencia tanto de una conducta antijurídica y dolosa, como también, la existencia del elemento daño como de la respectiva relación de causalidad.

c) Infracción normativa de los artículos 1), 10) y 11) de la Constitución Política del Estado.

Arguye que, al ser el valor de la dignidad la esencia de los demás derechos fundamentales debe entenderse como el sustrato de los artículos 10) y 11) de la Constitución Política del Estado, que al infringirse deviene en intolerable en un Estado Social y Democrático de Derecho al ser uno de sus fines la protección y reconocimiento sustantivo de los derechos fundamentales, al permitirse dicha vulneración.

d) Infracción normativa del artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Estado.

Arguye que, existe en la sentencia de vista una inconsistente motivación, ya que se ha demostrado la procedencia del otorgamiento de indemnización por concepto de daño moral.

MATERIA JURÍDICA DE DEBATE:

La materia jurídica en debate en el presente caso se centra controlar si el razonamiento sobre el cual descansa las decisiones adoptadas guardan correspondencia con el principio de congruencia para amparar la demanda incoada, ello tenido en cuenta las reglas de la debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales y en su caso si es que bajo una incorrecta interpretación o aplicación indebida de la norma se declaró infundada la demanda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL DE CASACIÓN:

Primero.- Al momento de calificar el recurso de casación se ha declarado la procedencia por la causal de infracción normativa por vicios in procedendo como fundamentación de las denuncias; y, ahora al atender sus efectos, es menester realizar previamente el estudio y análisis de la causal referida a infracciones procesales (de acuerdo al orden precisado en la presente resolución y conforme al recurso interpuesto), dado a los alcances de la decisión, pues en caso de ampararse la misma, esto es, si se declara fundado el recurso de casación, deberá reenviarse el proceso a la instancia de origen para que proceda conforme a lo resuelto. Ello en armonía con lo dispuesto por el artículo 388° numeral 3) del Código Procesal Civil modificado por la

Ley N° 29364, que exige: “(...) indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio se precisará si es total o parcial y si es este último, se indicará hasta donde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en que debe constituir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviere ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado”, en ese sentido la Sucesión de Marco Antonio Isla Lotas. Si bien no indica como debe ser su pedido, esta Sala Suprema Civil, en primer orden, se pronunciará respecto a la infracción normativa procesal en virtud a los efectos que la misma conlleva y en sólo en caso que el proceso lo amerite expedir pronunciamiento conforme a los lineamientos regulados por el artículo 396° primer párrafo del Código Procesal Civil.

Segundo.- Respecto a la denuncia procesal, es menester indicar que el Derecho al Debido Proceso, consagrado en el artículo 139° numeral 3) de la Constitución Política del Estado, comprende a su vez, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, mediante las sentencias en las que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron; norma, que resulta concordante con lo preceptuado por los artículos 122° numeral 3) del Código Procesal Civil y 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del mismo modo debe precisarse que la exigencia de la motivación suficiente, prevista en el numeral 5) del referido artículo, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del juez; de allí que una resolución que carezca de motivación suficiente no sólo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional.

Tercero.- El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, una de cuyas expresiones es el principio de congruencia, exige la identidad que debe mediar entre la materia, las partes y los hechos del proceso y lo resuelto por el juez; lo que implica que los jueces se encuentran

obligados, por un lado, a no dar más de lo demandado o cosa distinta a lo pretendido, ni a fundar sus decisiones jurisdiccionales en hechos no alegados por las partes, lo que significa que tienen la obligación de pronunciarse respecto a las alegaciones efectuadas por las partes tanto en sus escritos postulatorios como, de ser el caso, en sus medios impugnatorios; y, por otro, a no omitir dicho pronunciamiento, pues de lo contrario se produce una incongruencia, que altera la relación procesal, transgrediéndose las garantías del debido proceso.

Cuarto.- A fin de determinar si un pronunciamiento específico ha cumplido con el deber de motivación, en los términos antes reseñados, conviene recordar que, según lo ha sostenido esta Suprema Corte, “el cumplimiento de este deber no se satisface con la sola expresión escrita de las razones internas o psicológicas que han inclinado al juzgador a decidir la controversia de un modo determinado, sin importar cuáles sean éstas; sino que, por el contrario, exige necesariamente la existencia de una exposición clara y coherente en la sentencia que no sólo explique, sino que justifique lógicamente la decisión adoptada, en base a las pruebas y demás hechos acontecidos en el proceso, y en atención a las normas jurídicas aplicables al caso”.

Quinto.- Asimismo, debe recordarse que la motivación, como expresión escrita de la justificación lógica en la cual se sostiene la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional, solo puede ser calificada como válida en tanto que ésta guarde correspondencia o congruencia con los argumentos esenciales esgrimidos por las partes dentro del proceso, puesto que sólo la fundamentación que responda adecuadamente al debate producido en el proceso garantizará una solución de la controversia que respete el derecho de defensa de cada una de ellas; y, sobre todo, garantizará la existencia de una solución imparcial del caso, al haber sometido a consideración razonada las alegaciones expuestas de someter a valoración los argumentos que han fundamentado su posición en la litis. Y si bien es cierto que el órgano jurisdiccional no se encuentra obligado a someter a análisis exhaustivo cada una de las numerosas alegaciones que

podrían ser expresadas por las partes en el proceso, sí lo está en relación con aquéllas que mantengan relevancia para la solución de la controversia.

Sexto.- Para determinar si estamos frente a una resolución carente de motivación, el Tribunal Constitucional ha señalado: “(...) que en el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, ésta debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrarrestar las razones expuestas en la resolución acotada, de modo que los medios probatorios del proceso en cuestión, sólo puedan ser evaluados para contrarrestar las razones expuestas, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis (...)”.

Sétimo.- En esa línea de ideas, se procede a efectuar el control, sobre el razonamiento efectuado para amparar la pretensión de indemnización por daños y perjuicios invocada por la parte actora en su escrito de demanda. – De la pretensión invocada en la demanda y de sus fundamentos se advierte que Marco Antonio Isla Lotas pretende que la Oficina de Normalización Previsional -ONP, cumpla con pagarle 80,000.00 soles por concepto de daño moral y daño a la persona, por la pensión ínfima que ha recibido. – La Segunda Sala Superior de Lambayeque confirmando la decisión impugnada determinó que la demanda deviene en infundada por improbada, pues no es posible disponer el pago de daños ante la simple afirmación de que se han producido los mismos, al menos debe existir algún medio probatorio del cual se pueda extraer indicios razonables; y si bien, ha resultado afectado el demandante con el pago de una pensión en forma diminuta, ello en modo alguno implica daño moral y en todo caso esa mora en el pago oportuno y en el monto adecuado ha generado intereses, los cuales se han dispuesto pagar en el expediente que se adjuntó a la demanda concepto que sirve como indemnización.

Octavo.- En tal sentido, del análisis efectuado por la Sala Superior no se advierte incongruencia externa en el razonamiento efectuado que permita nulificar la decisión adoptada como sostiene la parte recurrente, ya que en mérito a la pretensión formulada el órgano de mérito ha expedido fallo. Ahora cosa distinta es que ésta decisión se haya realizado bajo una interpretación errónea o una aplicación indebida de los preceptos legales que el ordenamiento prevé para su propósito. Siendo esto así, al no evidenciarse vulneración alguna al debido proceso, el recurso de casación, debe declararse infundado en cuanto a este extremo se refiere.

Noveno.- Habiéndose desestimado la denuncia procesal, corresponde a esta Sala Suprema proceder con el control analítico de la denuncia material de los artículos 3° de la Ley 28803, 1° y 4° de la Ley N° 23908 y 6° de la Ley N° 19990, a efectos de establecer su contravención por interpretación incorrecta, aplicación indebida o inaplicación de la misma.

Décimo.- En cuanto a la transgresión del artículo 3) de la Ley N° 28803, corresponde indicar que dicho precepto legal, si bien regula los derechos de la persona adulta mayor, no es menos cierto, que cuando la actora afirma que al no recibir un trato digno y apropiado en el reajuste de sus pensiones, se le ha desconocido una igualdad de oportunidades, no toma en cuenta que tal aseveración está orientada a cuestionar una decisión adoptada y reconocida en el proceso de amparo recaído en la sentencia 4624-2006 del 01 de setiembre de 2006, pues en la misma, se determinó que la parte demandante tenía derecho a que su pensión de jubilación sea actualizada según la boleta de pago que anexa la misma que indicaba que esta percibía una pensión menor a la mínima legal; en tal contexto, el pretender se aplique la misma al caso concreto no resulta atendible por ser ésta misma impertinente para los fines del proceso, debiendo declararse el recurso de casación infundado en cuanto a este extremo se refiere.

Décimo Primero.- En lo atinente a las denuncias de las normas previstas por los artículos 1 y 4 de la Ley N° 23908 (Fijan el monto mínimo de las pensiones de invalidez, jubilación, viudez y de las de orfandad y de ascendientes) así como del artículo 6° de la Ley 19990, la

impugnante refiere que se le causó daño, al no observar que con la Resolución N° 19391-A-992-CH-86-T-P-DPP- SGP-P-1986 se le reconoció su derecho pensionario, pese a que se le había emitido la Resolución N° 23908 hasta la emisión de la resolución de incremento de pensión N° 000027851-2007-ONP/dc/ dl 19990 habiéndosele causado indignación, perturbación, impotencia etc.

Décimo Segundo.- El artículo 1 de la Ley 23908, dispone que debe fijarse en una cantidad igual a tres sueldos mínimos vitales establecidos en la actividad industrial en la Provincia de Lima, el monto mínimo de las pensiones de invalidez y jubilación a cargo del Sistema Nacional de Pensiones; por su parte el artículo 4° de dicho cuerpo legal, señala que el reajuste de las pensiones a que se contrae el artículo 79° del Decreto Ley N° 19990 y los artículos 60 a 64 de su reglamento se efectuará con prioridad trimestral teniéndose en cuenta las variaciones en el costo de vida que registra el índice de precios al consumidor correspondiente a la zona urbana de Lima.

Décimo Tercero.- Por su parte el artículo 6° de la Ley N° 19990 prevé que constituyen fuentes de financiamiento del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social: a) Las aportaciones de los empleadores y de los asegurados; b) El producto de las multas y recargos por las infracciones a este Decreto Ley y su Reglamento; c) El rendimiento de sus inversiones; d) Los intereses de sus capitales y reservas; y, e) Las donaciones que por cualquier concepto reciba.

Décimo Cuarto.- La aplicación de las normas antes glosadas tampoco resulta aplicables al caso concreto, por cuanto al igual que la norma anterior desarrollada en el décimo considerando de esta sentencia, está orientada a cuestionar situaciones para determinar el incremento de remuneraciones pretendido por la actora, como que tampoco estas guardan relación con los fundamentos expuestos en la denuncia casatoria, toda vez que las mismas tienen como objetivo directo establecer el resarcimiento del monto demandado por la conducta antijurídica de la

demandada, la misma que será analizada a continuación resultando en este contexto la demanda infundada.

Décimo Quinto.- Respecto a la transgresión del artículo 1969° del Código Civil, refiere que no se ha observado debidamente la acreditación de los elementos constitutivos que dicha norma prevé para su propósito, pues el dolo se acredita con la inaplicación de las disposiciones previstas por la Ley 23908 del Código Civil, para fijar el incremento de sus pensiones, ocasionándole incertidumbre, indignación, perturbación, sufrimiento.

Décimo Sexto.- El artículo 1 de la Constitución Política del Estado, señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo el Artículo 10 del acotado cuerpo constitucional establece que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida; por su parte el artículo 11 señala que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas y mixtas, supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

Décimo Sétimo.- La responsabilidad civil, implica asignar a determinada persona la asunción del pago indemnizatorio como consecuencia de un daño o perjuicio generado sea por el ámbito contractual o extracontractual, donde deben cumplirse la concurrencia de los elementos o presupuestos constitutivos, por cuanto la ausencia de uno sólo de ellos, es suficiente para que no se genere finalmente la referida obligación legal de indemnizar.

Décimo Octavo.- En la doctrina se ha establecido que son cuatro elementos que conforman la responsabilidad civil: a) Antijuricidad.- entendida como aquella conducta contraria al ordenamiento jurídico; b) factor de atribución.- viene a ser el título por el cual se asume responsabilidad, pudiendo ser este subjetivo -dolo o culpa- u objetivo – por realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico-

considerándose inclusive dentro de esta sub clasificación al abuso de derecho y a la equidad; c) nexo causal.- es la relación adecuada entre el hecho y el daño producido; y, d) daño.- es la consecuencia de la lesión al interés protegido y puede ser patrimonial – daño emergente y el lucro cesante- o extra patrimonial – como el daño moral o el daño a la persona.

Décimo Noveno.- Hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en el proceso. El Juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado y la hipótesis de la norma. Y, habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla⁵.

Vigésimo.- Si bien la Sala Superior confirmando la decisión del juez de primera instancia considera que la conducta antijurídica de la demandada no se encuentra acreditada, también lo es que teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1417-2005-AA/TC del 12 de junio de 2006, delimitó los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que por pertenecer al contenido de dicho derecho fundamental a la pensión o estar directamente relacionado a él merecen protección a través del proceso de amparo para cuyo fin debe estar suficientemente acreditada.

Vigésimo Primero.- Analizando los elementos de la responsabilidad civil, detallados en el décimo octavo considerando de la presente sentencia, encontramos que: De autos se advierte que la conducta antijurídica atribuida a entidad emplazada Oficina de Normalización Previsional ONP, esta se encuentra acreditada con la omisión al reajuste de la pensión de jubilación conforme a las normas de la ley N° 23908 (Fijan el monto mínimo de las pensiones de invalidez, jubilación, viudez y de las de orfandad y de ascendientes).

Vigésimo Segundo. – En lo atinente al factor de atribución -denegado también por la Sala Superior- cabe anotar que dicha decisión también debe nulificarse por ser esta aparente. En tal contexto y revisado los autos se verifica dicho elemento constitutivo con la Resolución N° 321/2006 de fecha 01 de setiembre de 2006 (inserto en el expediente acompañado N° 4624-2006), que declaró fundada la demanda de amparo incoada por la demandante referida al reajuste de su pensión a tres sueldos mínimos vitales a su ingreso mínimo legal.

Vigésimo Tercero.- Respecto al nexos causal (también desestimado y no fundamentado), de la revisión de autos es de apreciarse que resulta manifiesta la relación entre la conducta de la demandada con la omisión a su reajuste pensionario a tres sueldos mínimos vitales conforme a la ley N° 23908, en el presente caso la demandante persigue el resarcimiento por daño moral.

Vigésimo Cuarto.- Luego de analizar los argumentos fácticos de la responsabilidad civil, se advierte que la emplazada incurrió en culpa inexcusable al haber dejado sin ingresos económicos a la parte recurrente durante el periodo reclamado, resultando amparable la indemnización peticionada. Y a efectos de determinar el monto de la indemnización debe tenerse en cuenta la magnitud del daño ocasionado al actor, sus características particulares y personales así como las circunstancias del evento dañoso.

Vigésimo Quinto. – El rotular el daño moral, como un daño psicosomático, es una visión que no concuerda, ni con la historia, ni con la importante función que cumple esta categoría, en atención a la finalidad preventiva y sancionadora. En el lenguaje del Código Civil; y sobre todo en las reglas de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, el daño moral, no sólo es el sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie lo suficientemente dúctil y amplia como para comprender las lesiones contra los derechos de la personalidad.

Vigésimo Sexto.- Compensar el daño moral, en sentido estricto, en atención a la aflicción psicológica, que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto, porque implica dar por

sentado, que en todos los casos tendrá lugar ese impacto anímico en el trabajador; y porque exagera la consideración de la culpa leve del empleador, la única que puede presumirse según el artículo 1329 del Código Civil, hasta incluir dentro del ámbito de este criterio de imputación, consecuencias que dependen, muy por el contrario de la situación de la persona que reclame el resarcimiento. El Código Civil, señala que el acreedor responde hasta el límite por los daños previsibles, salvo que incurra en error o en culpa grave.

Vigésimo Sétimo.- Del análisis de la sentencia impugnada, y atendiendo a los lineamientos glosados por esta Sala Suprema en los considerandos que precede, se colige que al momento de emitirse la Resolución N° 8288-PJ-SSP-79 del 04 de setiembre de 1979, por el cual se reajusto la pensión de jubilación otorgada por Resolución N° 4404-PJ-DFP-SGP-SSP-78 a Marco Antonio Isla Lotas elevándola a S/. 5,873.32 soles oro a partir del 31 de julio de 1977, por tener más años de aportación y debiéndosele reintegrar los montos dejados de percibir; en tal sentido, del cupón de pago mensual de la pensión de jubilación del mes de abril de 2006, figura como pensión inicial la suma ascendente a 49.98 soles y como ingreso total la cantidad de 334.00 soles. Para recuperar la pensión que arbitrariamente le fue denegada tuvo que iniciar un proceso de amparo recaído en el expediente número 4624-2006, en el cual el juez de la causa mediante sentencia de fecha 01 de setiembre de 2006, declaró fundada la demanda referido al reajuste de su pensión a tres sueldos mínimos vitales a su ingreso mínimo legal, debiendo la demandada ONP reajustar la pensión del actor, conforme a los criterios establecidos en esta sentencia y pagar los devengados e intereses legales en el caso de que se establezca, en ejecución de sentencia que no se hicieron los reajustes de la pensión mínima durante el periodo de vigencia de la Ley N° 23908.

En el caso sub examine, la configuración del daño moral infringido a la parte demandante, sin necesidad de demostración objetiva y específica distinta, se determina a partir de la forma y circunstancias en que se produce la falta de reajuste conforme a los lineamientos previstos,

pues por máxima de experiencia es posible concluir que cualquier persona en las condiciones antes aludida, verá perturbado su ánimo, causándole la situación adversa e injusta por la que pasa el sufrimiento que debe ser indemnizado, más aún si la pensión representa una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales orientado a la protección a la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, en los siguientes términos, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, pues se encuentra enmarcado dentro de la procura existencial, que debe brindar el Estado para posibilitar la existencia digna de los ciudadanos para solventar las necesidades del pensionista.

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

Vigésimo Noveno.- En cuanto al daño a la persona el demandante refiere que con el proceso se ha deteriorado su salud, por cuanto se ha visto deteriorada sin que goce de recursos para una vida digna y poder solventar los gastos que acarrea su enfermedad. No es menos cierto, que

esta Sala Suprema confirmando el fallo emitido por las instancias de mérito ha determinado que la misma no puede ser amparada en virtud a que esta no ha sido acreditada ni mucho menos la afectación del demandante con el pago de su pensión en forma diminuta ello no implica un daño a la persona por lo que el recurso en cuanto a este extremo debe desestimarse

Trigésimo.- Respecto a los intereses legales, corresponde citar el artículo 3 del Decreto Ley N° 25920 el interés legal sobre los montos adeudados por el empleador se devenga a partir del siguiente día de aquél en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el trabajador afectado exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación al empleador o pruebe haber sufrido de algún daño, por tanto en el presente caso se ha evidenciado una obligación pecuniaria del demandado, correspondiendo abonar a la accionante el pago de intereses legales con arreglo a la precitada norma, debiendo computarse a partir del día siguientes en que se produjo el incumplimiento.

Trigésimo Primero.- En cuanto a los costos procesales de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria de la Ley 29497 el Estado puede ser condenado al pago de costos procesales y el artículo 412 del Código Procesal civil, prevé que el reembolso de las costas y costos no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración; atendiendo a que en este proceso se ha considerado objetivamente la vulneración de los derechos invocados por la demandante y por ende la conducta lesiva de la emplazada que justifica su petición de tutela judicial efectiva de la atora para acceder a la restitución de su derecho conculcado, situación que en el presente caso le genera costos para accionar el presente proceso los cuales en aplicación de la Séptima Disposición complementaria de la Nueva Ley del Trabajo deben ser asumidas por las entidades públicas emplazadas a modo de condena.

DECISION: Por las razones expuestas y en mérito a lo dispuesto por el Artículo 396 primer párrafo del Código Procesal Civil;

DECLARARON:

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por La Sucesión de Marco Antonio Isla Lotas. **NULA** la sentencia de segunda instancia, expedida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque del 19 de diciembre de 2013, que confirma la sentencia (fs 874), su fecha veinticinco de febrero de dos mil trece que declaró infundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios. Actuando en sede instancia, **REVOCARON** la decisión impugnada que declaró infundada la demanda y reformando la misma declararon fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios disponiendo que la Oficina de Normalización Previsional – ONP cumpla con pagar al demandante por concepto de daño moral, la suma ascendente a S/ 15,000.00 (quince mil soles), más interés devengados.

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; y los devolvieron, en los seguidos con la ONP, sobre indemnización por daños y perjuicios. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Huamani Llamas.-

SS.TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES, HUAMANI LLAMAS

SALAZAR LIZARRAGA

CALDERÓN PUERTAS.

Comentario:

Sin necesidad de demostración objetiva y específica distinta, se determina a partir de la forma y circunstancias en que se produce la falta de reajuste conforme a los lineamientos previstos, pues por máxima de experiencia es posible concluir que cualquier persona en las condiciones antes analizadas, verá perturbado su ánimo, causándole la situación adversa e injusta por la que pasa el sufrimiento que debe ser indemnizado, en virtud al artículo 1° de la Constitución Política del Estado, en los siguientes términos, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, pues se encuentra enmarcado dentro de la procura existencial, que debe brindar el Estado para posibilitar la existencia digna de los ciudadanos.

La responsabilidad civil, implica asignar a determinada persona la asunción del pago indemnizatorio como consecuencia de un daño o perjuicio generado sea por el ámbito contractual o extracontractual, donde deben cumplirse la concurrencia de los elementos o presupuestos constitutivos, por cuanto la ausencia de uno sólo de ellos, es suficiente para que no se genere finalmente la referida obligación legal de indemnizar.

Siendo que tiene que darse los siguientes elementos para darse la reparación civil como es en el presente caso:

- a) Antijuricidad.- entendida como aquella conducta contraria al ordenamiento jurídico.
- b) Factor de atribución.- viene a ser el título por el cual se asume responsabilidad, pudiendo ser este subjetivo -dolo o culpa- u objetivo – por realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico- considerándose inclusive dentro de esta sub clasificación al abuso de derecho y a la equidad.
- c) Nexos causal.- es la relación adecuada entre el hecho y el daño producido.
- d) Daño.

ANEXO 1-B CASACIÓN 5008-2010, LIMA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
TRANSITORIA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

Lima, doce de marzo del año dos mil doce

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número cinco mil ocho-dos mil diez, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada** mediante escrito obrante a fojas ochocientos ochenta y ocho del expediente principal, contra la sentencia de vista emitida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante a fojas ochocientos sesenta y uno del expediente principal, su fecha veintidós de setiembre del año dos mil diez, que confirma la sentencia apelada obrante a fojas setecientos sesenta y dos del mismo expediente, en cuanto declara fundada en parte la demanda y ordena que el denunciado civil **Joel Fernando Zavala Carrillo** cumpla con pagar al demandante **Pompeyo Nicacio Gaspar Acco** la suma de diez mil nuevos soles -S/.10,000.00-, más intereses legales a partir de la fecha del evento dañoso; revocando la citada sentencia en el extremo que declara infundada la demanda con respecto a la empresa **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada**, y reformándola, ordenaron que la citada Empresa pague solidariamente con el denunciado civil el monto indemnizatorio señalado por concepto de daño moral, más intereses legales a partir de la fecha de producido el evento dañoso, confirmándose la sentencia en cuanto declara infundada la demanda respecto del codemandado Wallace Eddgar Aranibar Osorio, con costas y costos.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha ocho de setiembre del año dos mil once, por la causal de infracción normativa prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la Empresa recurrente denuncia que:

- a) La recurrida utiliza un silogismo sin contenido real, pues si bien es cierto que el codemandado Wallace Eddgar Aranibar Osorio -ex representante legal de la recurrente- presentó la denuncia policial, no es cierto que el citado codemandado haya inducido al denunciado civil **Joel Fernando Zavala Carrillo**, en su calidad de efectivo policial, a que adultere la citada constatación, máxime si no existe prueba material ni indicios razonables de tal afirmación. Resulta incongruente que no habiéndose probado la participación del citado codemandado se atribuya responsabilidad indemnizatoria a la recurrente, contraviniéndose el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo segundo inciso veinticuatro literal e) de la Constitución Política del Estado;
- b) La sentencia de vista es incongruente porque no se ha aportado prueba material del alegado nexo causal, en tanto la participación del referido codemandado en la adulteración de la citada denuncia no se acreditó a nivel policial ni en los presentes autos, no habiendo sido ponderada tal circunstancia por la Sala Superior al resolver el proceso; y,
- c) Los hechos enunciados por la citada Sala Superior relativos a la angustia, aflicción y sufrimiento causados al demandante no han sido corroborados con prueba material ni indicio alguno, apreciándose únicamente la pérdida de trabajo sin que ello tenga la característica de prueba material del alegado daño moral, siendo que el cese de la relación laboral se produjo por despido arbitrario del accionante (decisión del empleador de carácter inmotivado) y no por efecto de la referida constancia policial, a lo que se agrega que la posición de la Sala es contraria a lo dispuesto en el Decreto Supremo número cero tres-noventa y siete-TR, Texto

Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que señala puntualmente que en el despido arbitrario el trabajador tiene derecho a una indemnización tasada de acuerdo al tiempo de servicios, sin que se reconozca el daño moral.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, mediante escrito obrante a fojas sesenta y seis del expediente principal, **Pompeyo Nicacio Gaspar Acco** interpuso demanda contra la empresa **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada** y su apoderado, Wallace Eddgar Araníbar Osorio, para que cumplan con pagarle por concepto de indemnización la suma de veinticinco mil dólares americanos -US\$25,000.00- por los daños y perjuicios causados a consecuencia del despido arbitrario del que fue objeto por parte de su empleadora. Sostiene que en el año mil novecientos noventa y siete la empresa **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada** presentó ante la autoridad de trabajo una solicitud para proceder con el cese colectivo de sus trabajadores; sin embargo, tal pedido les fue negado por Resolución Directoral número cero cero cuatro – noventa y siete -TR/DRTPSL de fecha tres de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, por lo que el actor y los demás trabajadores debían reincorporarse a su centro de labores, lo que en efecto pretendieron concretar, pero les fue negado reiteradamente por su empleadora. Sin embargo, con fecha once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, el efectivo policial de nombre **Joel Fernando Zavala Carrillo**, a solicitud del Gerente de su empleadora, Wallace Eddgar Araníbar Osorio, adulteró una constancia policial en la que se consignaba que los trabajadores no se hicieron presentes a laborar entre los días siete al once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, documento que utilizó ante la instancia judicial en el proceso sobre pago de beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario para efectos de legitimar su proceder, pero cuyos verdaderos alcances quedaron demostrados en el proceso penal seguido ante la Segunda Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú, en la que se expidió sentencia condenando al Teniente de la Policía Nacional del Perú, Joel José Fernando

Zavala Carrillo, como autor del delito contra la Fe Pública – Falsificación de documentos. Es claro que los demandados pretendieron legitimar el despido arbitrario con la constancia policial, a fin de que el Juzgado Laboral no le otorgue los derechos que le correspondían, además que dio lugar a que se concluya una relación laboral después de catorce años de servicios, así como también se truncó su derecho a percibir los aumentos obtenidos mediante negociación colectiva, a contar en el futuro con una pensión y de acceder a un seguro de vida, desestabilizando su hogar al privarlo de su trabajo, causando no sólo daño económico sino también psíquico familiar, a lo que se agrega el daño emergente causado al tener que seguir el juicio laboral.

Segundo.- Que, al contestar la demanda, **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada** sostiene que, en efecto, la relación laboral con el actor concluyó por despido arbitrario, siendo que a tenor de lo dispuesto en el artículo treinta y ocho del Decreto Supremo cero tres – noventa y siete – TR, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización como única reparación por el daño sufrido. Agrega que no existe medio probatorio alguno que demuestre que el despido arbitrario haya tenido como origen la ocurrencia policial de fecha once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, pues como puede verse de la sentencia laboral que obra a fojas cuarenta y cuatro, dicha constancia careció de mérito probatorio alguno al haberse declarado fundada la tacha interpuesta contra la misma. Finalmente, señala que el representante de la empresa jamás ha intervenido material ni intelectualmente en la adulteración de la ocurrencia policial, siendo que no se le puede atribuir la comisión de un hecho doloso por situaciones en las que no ha podido ejercer su derecho de defensa, por lo que se le considera inocente mientras no sea declarada judicialmente su responsabilidad, más aún si en la sentencia dictada por el fuero militar se ha condenado a **Joel Fernando Zavala Carrillo** por haber sido quien adulteró la ocurrencia policial, señalándose entre otras reglas de conducta el deber de

reparar el daño causado por el delito, razón por la cual formula la respectiva denuncia civil para efectos de que éste sea incorporado al proceso.

Tercero.- Que, al contestar la demanda, Wallace Eddgar Araníbar Osorio sostiene que es temeraria la afirmación del demandante cuando señala que la adulteración de la constancia policial se produjo por requerimiento suyo, pues no existe ninguna prueba que acredite la denuncia o la existencia de algún proceso penal en su contra en el que se hubiera determinado esa situación, además que se deberá tener en cuenta que su parte no fue quien despidió arbitrariamente al demandante, sino que fue la Empresa empleadora, razón por la cual se considera ajeno a este proceso.

Cuarto.- Que, mediante resolución obrante a fojas ciento cincuenta y tres del expediente principal, **Joel Fernando Zavala Carrillo** fue incorporado al proceso en calidad de denunciado civil, pero al no contestar la demanda, fue declarado rebelde mediante resolución obrante a fojas ciento ochenta y uno del mismo expediente.

Quinto.- Que, al expedir sentencia en primera instancia, el Juez de la causa declaró fundada en parte la demanda interpuesta, únicamente respecto del denunciado civil **Joel Fernando Zavala Carrillo**, y ordenó que éste pague al demandante la suma de diez mil nuevos soles - S/.10,000.00-, declarando infundada la demanda respecto de los codemandados **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada** y Wallace Eddgar Araníbar Osorio, por cuanto:

i) Por sentencia de fecha doce de mayo del año dos mil uno expedida por la Segunda Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú se condenó a Joel Fernando Zavala Carrillo como autor del delito contra la Fe Pública, en la modalidad de falsificación de documentos, a la pena de dos meses de prisión condicional sujeto a reglas de conducta, al haberse establecido que el procesado modificó la Constancia número quinientos veinte de fecha once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, en el sentido de que los trabajadores no se habían presentado a laborar a la Empresa los días siete, nueve, diez y once de febrero del año mil novecientos

noventa y ocho y que, como consecuencia de ello, fueron despedidos más de veinte trabajadores; evidenciándose así que el accionar delictivo del denunciado civil ha generado daños en agravio del accionante existiendo relación de causalidad entre el hecho antijurídico provocado por el indicado denunciado y las acciones laborales que el accionante se ha visto obligado a proponer, motivo por el cual la incoada merece amparo con respecto al denunciado civil.

ii) De la revisión de la constancia policial, se aprecia que la misma se ha efectuado a requerimiento del codemandado Wallace Eddgar Aranibar Osorio, en su condición de apoderado de la demandada, para efectos de constatar la reincorporación de los obreros y empleados. En el sexto considerando de la sentencia dictada en el fuero militar se consigna que “...*el acusado en forma exprofesa y a solicitud del señor Aranibar Osorio es que hace una agregación a dicha ocurrencia en el sentido que los trabajadores de dicha empresa no habían concurrido a sus labores desde el día siete al once de febrero de mil novecientos noventa y ocho, causando con ello perjuicio laboral a los trabajadores de dicha empresa...*”; no obstante, esta sindicación no tiene sustento probatorio en razón que el ahora demandado no ha sido parte en ese proceso penal y no existe ninguna prueba que acredite que hubiera participado en la adulteración de dicha ocurrencia; por tanto, goza de la presunción de inocencia consagrada en el artículo segundo inciso veinticuatro literal e) de la Constitución Política del Estado, razón por la cual debe desestimarse la demanda respecto de este codemandado; y en interpretación contrario sensu del artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, al no estar acreditada la responsabilidad del subordinado, también debe desestimarse la incoada respecto de la codemandada **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada**.

iii) Respecto del lucro cesante y el daño emergente invocados por el accionante, éstos ya han sido resarcidos a consecuencia del despido arbitrario del que fue víctima [en el proceso laboral respectivo], por lo que tal extremo de la pretensión deviene en infundada; y en cuanto

al daño moral, es evidente que se ha causado aflicción y sufrimiento espiritual al actor, provocando un estado de preocupación e inestabilidad familiar por el tiempo que duró el proceso laboral acompañado, habida cuenta que fue productor de una sanción arbitraria que lesionó los derechos fundamentales del actor, por lo que el monto indemnizatorio por este concepto deberá ser fijado prudencialmente, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima.

Sexto.- Que, apelada que fuera esa decisión por el demandante, la Sala Superior confirmó la sentencia apelada en cuanto declara fundada la demanda respecto de **Joel Fernando Zavala Carrillo**, pero revocó la decisión en el extremo que declaró infundada la demanda respecto de la empresa **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada**, y reformándola ordenó que la citada empresa pague solidariamente con el denunciado civil el monto indemnizatorio fijado, confirmándola en cuanto declara infundada la demanda respecto de Wallace Eddgar Aranibar Osorio, por cuanto:

i) Conforme aparece del proceso laboral acompañado signado como Expediente número dos mil doscientos cinco – noventa y ocho, a fojas ochenta y siete, la empresa Hilados Andinos Sociedad Anónima, al contestar la demanda interpuesta por el actor, presentó la constatación policial de fecha once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, precisando además: *“(...) señor Juez, mi representada con fecha tres de noviembre de mil novecientos noventa y siete (...) solicitamos la terminación colectiva de los Contratos de Trabajo por motivos económicos de treinta y dos trabajadores; y como resultado de esta petición la Autoridad Administrativa de Trabajo (...) confirmó la Resolución Directoral en referencia [se declaró improcedente el cese colectivo] que fue notificado a las partes el seis de febrero, por lo que el reclamante debió apersonarse a la empresa el día sábado siete de febrero, sin embargo no lo hizo, tampoco los días subsiguientes lunes nueve, martes diez, miércoles once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, inasistencias que se encuentran*

debidamente acreditado [sic] con la Constatación Policial (...)”. En consecuencia, no obstante que, como indica el *A quo*, no existe una declaración judicial que señale que hay responsabilidad penal por parte del señor Wallace Eddgar Araníbar Osorio, sin embargo el referido codemandado, en calidad de representante de la empresa, fue quien solicitó la citada constatación, puntualizando en la contestación de la demanda laboral antes referida que la incomparecencia de los trabajadores fue un hecho real plasmado en la citada constatación policial, no obstante que en la sentencia penal se ha consignado que el señor **Joel Fernando Zavala Carrillo** hizo un agregado en la ocurrencia en el sentido que los trabajadores de la empresa no habían concurrido a sus labores desde el día siete al once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, dando lugar a que dicho documento fuera utilizado por los propietarios de la Empresa, despidiéndose a más de veinte trabajadores.

ii) Conforme puede advertirse, existe un evidente nexo causal entre el daño causado al demandante y el accionar del señor Wallace Eddgar Araníbar Osorio, quien con su proceder buscó beneficiar a la empresa codemandada a la cual representaba, siendo dicha conducta antijurídica e ilícita, y coligiéndose válidamente que existió ánimo deliberado del referido apoderado de causar daño, precisándose que el mismo actuó en tal calidad en el proceso laboral, y no por derecho propio, por lo que corresponde a dicha persona jurídica asumir el pago indemnizatorio de manera solidaria con el denunciado civil.

Sétimo.- Que, al sustentar los argumentos que fundamentan la infracción normativa de carácter procesal, la recurrente alega, en primer lugar, que la sentencia de vista es incongruente -acápites a y b-, pues pese a no haber probado la participación del codemandado Wallace Eddgar Araníbar Osorio en la adulteración de la constatación policial, sin embargo la Sala Superior imputa responsabilidad indemnizatoria a su empresa. Al respecto, cabe advertir que la sentencia de vista no sustenta la existencia del nexo causal sobre la base de la adulteración, en sí misma, de la constatación policial, sino por el hecho de que la empresa presentó, a través

de su apoderado, un documento adulterado para efectos de justificar el despido del demandante, en otras palabras, para desvirtuar la arbitrariedad alegada por el trabajador con respecto a su despido y sustraerse del pago de la indemnización que le correspondía por causal de despido arbitrario. Como bien señala el *Ad quem*, la Empresa demandante presentó el documento adulterado con la clara intención de sustraerse de sus obligaciones (documento que fue objeto de tacha en el proceso laboral, amparada recién en segunda instancia por el Colegiado Superior al emitir sentencia de vista pronunciándose sobre el fondo de la controversia, y en la que se advirtió que la ocurrencia policial se encontraba burdamente adulterada en su redacción, por contener borraduras y agregados), concluyendo dicho proceso amparando la pretensión del actor en el sentido de que el despido sí fue arbitrario.

De lo expuesto se concluye que la responsabilidad de la Empresa recurrente no ha sido determinada a consecuencia de la imputación a su apoderado de la adulteración del documento, sino por el hecho de que se había empleado a sabiendas un documento adulterado con la intención de causar daño al demandante; por ello, este Supremo Tribunal estima que no existe incongruencia entre la motivación de la sentencia recurrida y la decisión finalmente adoptada en su parte resolutive, y menos aún que se hubiera infringido el principio de presunción de inocencia reconocido en el Texto Fundamental; por lo que estos extremos del recurso deben ser **desestimados**.

Octavo.- Que, en cuanto a la última infracción normativa -acápito c-, la Empresa recurrente refiere que no obran en autos medios probatorios que acrediten la existencia del daño moral, y que la pérdida del trabajo por despido arbitrario sólo da lugar al pago de una indemnización tasada, sin que se reconozca el daño moral. Cabe señalar, sin embargo, que el daño moral, como integrante del daño a la persona, está configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos y estados depresivos que padece una persona, la misma que es de difícil probanza, pero cuya existencia no puede ser negada dependiendo de los alcances del

daño y las esferas que afecte, sean de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. En la Casación número novecientos cuarenta y nueve – mil novecientos noventa y cinco Arequipa, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República ya había establecido con claridad que: *“El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus afectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”*; y en el caso concreto, es evidente que la pérdida abrupta de un puesto de trabajo, que servía no sólo como fuente de ingresos económicos para la subsistencia del trabajador sino además de su familia, ha generado angustias y sufrimiento a quien lo padeció, más aún si se vio conducido a reclamar judicialmente sus derechos laborales a través de un proceso que duró aproximadamente nueve años, aspectos tangibles y evidentes que no pueden ser minimizados por la empleadora. En este punto cabe resaltar que no debe confundirse el derecho al resarcimiento por el daño moral con el monto indemnizatorio que finalmente se asigne; por cuanto el artículo mil novecientos ochenta y cuatro del Código Civil establece que el daño moral es indemnizado *“considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”*; en consecuencia, para efectos de establecer la magnitud y el menoscabo a que se refiere la norma, el juzgador debe valerse de todos los elementos de prueba, sucedáneos e indicios que le permitan evaluar este daño equitativamente. En consecuencia, encontrándose debidamente establecida la configuración del daño a consecuencia del despido que sufrió el demandante, y cuya arbitrariedad pretendió ser desvirtuada por su empleadora con un documento manifiestamente adulterado, no se configura la falta de acreditación del daño moral que se alega en el recurso de casación.

Noveno.- Que, con respecto al cuestionamiento de la Empresa recurrente en el sentido de que no le corresponde el pago por concepto de daño moral porque el Decreto Supremo cero cero tres – noventa y siete – TR, no contempla el pago de este concepto indemnizatorio, cabe señalar que si bien es cierto que el artículo treinta y cuatro del citado Decreto Supremo establece que el trabajador que haya sido despedido arbitrariamente tiene derecho al pago de la indemnización regulada en el artículo treinta y ocho de la misma norma, como “única” reparación por el daño sufrido, sin embargo ya la Corte Suprema de Justicia, en la Casación número trescientos noventa y nueve – mil novecientos noventa y nueve expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado que “*este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional como aquella que cubre la totalidad de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales (...) mientras que otros autores opinan que la indemnización tarifaria sólo involucra el aspecto laboral, mas no el civil*”, decantándose el citado Colegiado Supremo por esta segunda posición, no sólo porque nuestra legislación civil en su artículo mil novecientos ochenta y cuatro faculta expresamente a promover la demanda para efectos de obtener la reparación por el daño moral en concreto, sino porque además “*(...) se debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, de forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración (...)*”. Este Supremo Tribunal comparte esa posición, toda vez que la indemnización tarifada – equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios- importa la reparación del daño patrimonial inmediato ocasionado a la víctima a consecuencia de la pérdida del empleo y el quebrantamiento de la relación contractual laboral, lo que no impide que en la vía civil pueda intentarse las acciones correspondientes para obtener el resarcimiento de los daños producidos en el ámbito extracontractual; razones por las cuales concluimos que este extremo del recurso de casación también debe ser **desestimado**.

Décimo.- Que, siendo así, al no configurarse la causal de infracción normativa alegada, el recurso de casación debe declararse infundado, procediendo conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil. Por lo expuesto, declararon:

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada** mediante escrito obrante a fojas ochocientos ochenta y ocho del expediente principal; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas ochocientos sesenta y uno del mismo expediente, su fecha veintidós de setiembre del año dos mil diez; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por **Pompeyo Nicacio Gaspar Acco** contra **Hilados Andinos Sociedad Anónima Cerrada** y otro, sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y los devolvieron. Ponente Señor **Ticona Postigo**, Juez Supremo.

SS.

TICONA POSTIGO

IDROGO DELGADO

PONCE DE MIER

CASTAÑEDA SERRANO

CALDERÓN CASTILLO

Comentario:

En este pleno casatorio establece en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, de forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración (...). Este Supremo Tribunal comparte esa posición, toda vez que la indemnización tarifada - equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios- importa la reparación del daño patrimonial inmediato ocasionado a la víctima a consecuencia de la pérdida del empleo y el quebrantamiento de la relación contractual laboral, lo que no impide que en la vía civil pueda intentarse las acciones correspondientes para obtener el resarcimiento de los daños producidos en el ámbito extracontractual; razones por las cuales concluimos que este extremo del recurso de casación también debe ser desestimado.

**ANEXO 1-C CASACIÓN N° 2890-2013 ICA CRITERIOS PARA LA
CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL**

SALA CIVIL PERMANENTE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN N° 2890-2013 ICA

Lima, ocho de abril de dos mil catorce.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA:**

Con los expedientes acompañados, vista la causa número dos mil ochocientos noventa – dos mil trece, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO. En el presente proceso de indemnización por daños y perjuicios, el demandante **Reynaldo Cule Pariona** ha interpuesto recurso de casación (página ochocientos cuarenta y seis), contra la sentencia de vista de fecha dieciséis de mayo de dos mil trece (página ochocientos veintinueve), dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia de primera instancia del veintiséis de junio de dos mil doce (página setecientos sesenta y cuatro), en el extremo que declara fundada en parte la demanda, en consecuencia ordena que el Estado Peruano representado por el **Ministerio de Salud** cumpla con indemnizar al demandante con la suma de S/. 500 000.00 (quinientos mil nuevos soles) más los intereses legales; reformándola declararon infundada la demanda; confirmaron el extremo que declara infundada la demanda en cuanto se dirige contra los doctores **Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Julio Alonso Choque Raymundo, Edmundo Luis Pérez Ingunza y Javier Eduardo Uribe Godoy**, con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES.

1. Demanda. Reynaldo Cule Pariona interpone demanda (página doscientos cincuenta y ocho, subsanada por escrito de la página doscientos sesenta y seis) de indemnización por daños y perjuicios contra el **Ministerio de Salud** y otros, alegando que con fecha trece de setiembre de dos mil siete el Director Regional de Salud de Ica de aquel entonces aceptó la propuesta de la Estrategia Nacional de Inmunizaciones del Ministerio de Salud, programando la inmunización contra la fiebre amarilla desde el veintitrés de setiembre hasta el veintisiete de octubre de dos mil siete, período durante la cual su fallecida hija **Rocío Cule Quispe**, exactamente el veintisiete de setiembre del mismo año, acude al servicio de inmunizaciones del Hospital Regional de Ica, aplicándosele la vacuna contra la fiebre amarilla, recibiendo la recomendación que ante cualquier molestia que pudiera sentir tomara una pastilla, pero después de haber presentado síntomas posteriores a la vacuna que no pudieron ser controlados con las pastillas y ante el malestar acudió al Hospital Regional de Ica el día cinco de octubre, siendo atendida por los médicos de dicho hospital, quienes indicaron que los síntomas eran consecuencia de la vacuna recibida; posteriormente decayó gravemente su salud y, dado su estado, fue internada en la Unidad de Cuidados Intensivos, falleciendo el día seis de octubre de dos mil siete.

2. Contestación de la Demanda. Mediante escrito de la página doscientos noventa y seis, **Brian Rubén Francisco Donayre** Palomino contesta la demanda señalando que la decisión o política de aplicar las vacunas contra la fiebre amarilla en mención no fue por decisión suya o de la entidad que representaba en su condición de Director de la Dirección Regional de Salud de Ica, pues no tenía capacidad de decisión, sino que ello fue una decisión del Gobierno Central, específicamente del **Ministerio de Salud**, que inició esa campaña a nivel nacional. Agrega que lamentablemente de toda la población vacunada a veces se presenta en algunas personas reacciones adversas. Mediante escrito de página trescientos treinta y seis la

demandada Lucy Melchora Gonzáles Bravo contesta la demanda señalando que no se encuentra obligada a indemnizar sin que exista un nexo de causalidad entre el evento dañoso y su persona. Refiere que en el texto de la demanda no existe ningún sustento técnico, mucho menos legal que justifique o haga creíble la hipótesis de que la suscrita haya podido tener alguna responsabilidad en la producción del acto lesivo. Mediante escrito de la página trescientos cincuenta y cuatro el demandado Javier Eduardo Uribe Godoy contesta la demanda señalando que no tiene ninguna responsabilidad de carácter civil, toda vez que en la fecha que se suscitaron los hechos estuvo laborando en período de rotación de la especialidad de medicina interna del Tercer año en el Hospital Regional de Ica, en la Unidad de Cuidados Intensivos, y que se encontraba como médico de turno el doctor Edmundo Pérez Ingunza. En dicha condición, el recurrente expresa que no tenía facultades potestativas ni dispositivas en la prescripción de medicamentos, limitándose solo a faccionar la nota de ingreso de la paciente Rocío Cule Quispe el día seis de octubre de dos mil siete a horas diez de la mañana. Mediante escrito de la página trescientos sesenta y seis el demandado Julio Alfonso Choque Raymundo contesta la demanda señalando que no se ha determinado ni precisado con exactitud cuál es su responsabilidad, es decir qué hizo o dejó de hacer para que se produzca el fallecimiento de Rocío Cule Quispe. Mediante resoluciones de fechas dieciséis de diciembre de dos mil nueve y veinte de enero de dos mil diez se declaró rebeldes a los codemandados Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Procuraduría del Ministerio de Salud y Luis Pérez Ingunza.

3. Puntos Controvertidos. Se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

- 3.1. Establecer si el Estado Peruano incurrió en responsabilidad por haber establecido una política de vacunación contra la fiebre amarilla en la zona de Ica, producto del cual, a raíz de ser vacunada y como consecuencia de una razón adversa, falleció la estudiante de medicina humana Rocío Cule Quispe. De ser así establecer si debe ordenarse que se pague un monto indemnizatorio a favor del demandante en su condición de heredero.

- 3.2. Establecer si el Director Regional de Salud de la Dirección Regional de Salud de Ica, Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, ha incurrido en responsabilidad sobre los hechos que son materia de demanda, al haber aceptado la propuesta de la estrategia nacional de inmunizaciones del Ministerio de Salud que programó la inmunización contra la fiebre amarilla en la zona de Ica desde el veintitrés de setiembre del año dos mil siete al veintisiete de octubre del mismo año, o es que se limitó a cumplir ordenes de sus superiores en su condición de autoridad administrativa.
- 3.3. Determinar si tienen o no responsabilidad civil y por ende si deben pagar un monto indemnizatorio a favor de la parte actora los codemandados José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Gonzáles Bravo, Julio Choque Raymundo, Edmundo Pérez Ingunza y Javier Uribe Godoy, quienes fueron los profesionales que atendieron a la fallecida en el ínterin o desde que ella reaccionó adversamente ante la vacuna que se le suministró hasta su fallecimiento.
- 3.4. Establecer si los demandados médicos que atendieron a la que en vida fuera Rocío Cule Quispe actuaron con la diligencia necesaria en su condición de profesionales de salud.

4. Sentencia de Primera Instancia. Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia (página setecientos sesenta y cuatro), su fecha veintiséis de junio de dos mil doce, declaró infundada la demanda en cuanto se dirige contra los doctores Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Julio Alonso Choque Raymundo, Edmundo Luis Pérez Ingunza y Javier Eduardo Uribe Godoy; y fundada en cuanto ordena al Ministerio de Salud el pago de S/. 500 000.00 (quinientos mil nuevos soles) por concepto de indemnización, considerando que se actuó con negligencia en el desarrollo de la campaña de vacunación que se hiciera en la ciudad de Ica, ya que no se contaba con un estudio que respaldase tanto la existencia de necesidad de la aplicación de la vacuna en la ciudad, como las formas, modos y métodos bajo los cuales debió desarrollarse la

campana. Respecto a la responsabilidad de los médicos demandados señala que no existió dolo ni culpa por parte de ellos, por lo que no se genera responsabilidad civil en los mismos. Respecto al monto indemnizatorio, considera que es atendible ordenar un pago indemnizatorio por concepto de lucro cesante al estar acreditado la relación o nexo causal, dado que a su fallecimiento la causante era estudiante de medicina humana, próxima a culminar sus estudios, entendiéndose que en esa fecha su padre era quien afrontaba los gastos de sus estudios, siendo evidente que si la causante no hubiese fallecido habría podido ejercer su profesión y apoyar a su padre más adelante. En relación al daño moral, si bien es cierto en nuestra legislación no se encuentra debidamente desarrollado el tema de cuantificación del daño, ello no es óbice para que no se resuelva el conflicto de intereses suscitado.

5. Fundamentos de la Apelación. Mediante escrito de la página setecientos ochenta y seis la abogada de la Dirección Regional de Salud de Ica, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que el juez no ha valorado que el departamento de Ica, como consecuencia del terremoto ocurrido en esta ciudad, sufrió la proliferación de enfermedades infectocontagiosas y a fin de no poner en riesgo a la población se suministró la dosis de vacuna contra la fiebre amarilla a cerca de 63 174 personas, precisando que el comité consultivo mundial sobre seguridad de las vacunas concluyó que era preciso disponer de mejor información para determinar qué grupos de poblaciones son de riesgo y qué factores aumentan el riesgo de sufrir los dos tipos de acontecimiento adverso graves tras la vacunación. Señala que no se ha tenido en cuenta el informe emitido por el Instituto de Medicina Tropical Alexander Von Humboldt de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, obrante en la página setecientos cuarenta y seis, el cual da una explicación sobre la vacuna contra la fiebre amarilla y refiere que ésta es muy segura, siendo que los efectos adversos severos son muy pocos y raros, estimándose que en uno de cada dos millones de dosis se producen reacciones adversas severas. Añade que tampoco se ha considerado que la fallecida contaba con una enfermedad

cancerígena de la que aparentemente no tenía conocimiento (neoplasia bilateral de tiroides) que está comprendida dentro de las enfermedades que generan reacciones adversas a la vacuna y que se recomienda no aplicar a las personas que la padezcan, por lo que al no haber podido tener conocimiento oportuno de la misma se han generado los hechos mencionados, lo que es un evento que escapa de la responsabilidad de los médicos y del Estado Peruano. Mediante escrito de la página setecientos noventa y cinco, el demandante también apela la sentencia de primera instancia, alegando que la recurrida no se encuentra arreglada a ley porque el juez de la causa no ha tomado en cuenta las pruebas para determinar el nexo causal de los médicos codemandados, los cuales estuvieron de turno en el Hospital Regional de Ica, cuando la occisa acudió el cinco de octubre de dos mil siete, por sus propios medios, caminando, lúcida, orientada en tiempo y en espacio, y quien lejos de encontrar mejoría en su salud se precipitó hasta que falleció al día siguiente por evidente mala práctica de medicina.

6. Sentencia de Vista. Elevados los autos a la Sala Superior en virtud de los recursos de apelación interpuestos, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante sentencia de vista (página ochocientos veintinueve), del dieciséis de mayo de dos mil trece, revoca la sentencia apelada que declara fundada en parte la demanda, y, reformándola, la declara infundada, considerando que el hecho materia de litigio resulta ser una causa no imputable al Estado Peruano, toda vez que ha sido producto de un hecho inusual o caso fortuito, por lo que no hay culpa del autor del daño, quedando exento de responsabilidad en materia de responsabilidad extracontractual; habiéndose acreditado además que el objetivo del Estado Peruano era llevar a cabo una Estrategia Nacional de Inmunización, el que tenía como finalidad salvaguardar el bienestar de los pobladores de la región iqueña y no el de provocar la muerte masiva de ellas. La sentencia indica que los médicos acudieron a la fallecida desde el día que ocupó las instalaciones del nosocomio, ejecutando y combatiendo los efectos producidos por dicha vacuna, sin buenos resultados al tratarse de una enfermedad inusitada.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha veintisiete de setiembre de dos mil trece, obrante en la página sesenta y tres del respectivo cuaderno formado, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante **Reynaldo Cule Parionap** por infracción normativa de los artículos 1969 y 1972 del Código Civil, por haberse descrito con claridad y precisión dicha infracción normativa, así como se habría demostrado la incidencia directa de tal denuncia sobre la decisión impugnada.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

Primero.- Que, la controversia gira en determinar si existen los elementos de la responsabilidad civil que permitan una indemnización (artículo 1969 del Código Civil) o, si en cambio, se han presentado supuestos de fractura del nexo causal (artículo 1972 del Código Civil) que imposibiliten el referido pago.

Segundo.- Que, debe señalarse que el artículo 1969 del Código Civil alude a la llamada responsabilidad subjetiva, esto es, aquella que tiene como factor de atribución una conducta negligente o dolosa por parte del autor causante del daño. Aunque esa es la norma que ha invocado el recurrente, se advierte que también se ha admitido la presente casación por vulneración del artículo 1972 del Código Civil. Como quiera que dicho dispositivo se encuentra vinculado con los términos de la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 1970 del Código sustantivo, este Tribunal Supremo considera que el primer análisis que debe efectuarse es saber si la conducta que se imputa al Estado Peruano y a los médicos que atendieron a la víctima debe ser evaluada desde la responsabilidad subjetiva o desde la responsabilidad objetiva.

Tercero.- Que, en esa perspectiva, se observa que los hechos que ocasionaron el daño fue la administración de la vacuna denominada “antiamarílica” por parte del Estado, dentro de una

campaña realizada luego del terremoto padecido en la ciudad de Ica, en el año dos mil siete. ¿Tal acto es uno que genere un riesgo mayor a la actividad cotidiana? Si la respuesta es afirmativa el factor de atribución será uno, que corresponda a la responsabilidad objetiva; si no lo es, lo que debe analizarse es la existencia de culpa o dolo por parte de los funcionarios del Estado. Cuarto.- Que, en efecto, aunque al principio de las codificaciones el factor de atribución correspondió sustancialmente al de la responsabilidad subjetiva, ello fue modificándose con el advenimiento de los peligros propios que engendró la sociedad industrial y los nuevos daños que de allí emergieron. Por eso la idea de culpa fue variando a una culpa objetiva que puso énfasis en el “diligente padre de familia”, el “hombre razonable” o el “comerciante responsable”; luego, a la inversión de la carga de la prueba, para llegar a una responsabilidad objetiva que se sustenta no sólo en la “función social de asegurar a la víctima la existencia de un sujeto responsable, sino también en la de hacer socialmente soportable el coste de reparación del daño a través de una amplia repartición del mismo”.

Quinto.- Que, en el presente caso, a fin de resolver el debate entre responsabilidad subjetiva / responsabilidad objetiva, debe tenerse en cuenta la Comunicación Final de la Organización Panamericana de la Salud / Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) sobre investigación de eventos adversos graves en Perú posteriores a la vacunación con vacuna antiamarílica elaborada por Bio-Manguinhos, Brasil, de fecha de emisión veintiuno de marzo de dos mil ocho (página seiscientos dieciséis). Tal documento indica: “La enfermedad viscerotrópica aguda siguiente a la vacunación contra la fiebre amarilla es una reacción adversa rara vez notificada pero potencialmente fatal que fue reconocida por primera vez en 2001. Hasta setiembre de 2007, 36 casos probables o confirmados de enfermedad viscerotrópica se habían notificado a nivel mundial, después de la vacunación con ambas vacunas antiamarílicas 17DD y de sub-cepa 17D-204. La enfermedad se presenta habitualmente como una enfermedad similar a fiebre amarilla con insuficiencia multiorgánica y una aparición de síntomas en

promedio 2 a 5 días después de recibir la vacuna antiamarílica. El riesgo calculado para la enfermedad viscerotrópica después de la vacunación antiamarílica es de aproximadamente 0.3 – 0.4 por 100.000 personas vacunadas en total (el resaltado es nuestro). De lo dicho se desprende que la administración de la vacuna genera “riesgos” que aunque “calculados” ocasionan una “reacción adversa (...) potencialmente fatal”, lo que supone la necesidad de eventos desfavorables. En esa línea de interpretación este Tribunal Supremo estima que la generación del daño por administración de la vacuna antiamarílica tiene como factor de atribución la responsabilidad objetiva, conforme lo prescribe el artículo 1970 del Código Civil; por lo tanto no se hace necesario determinar si existe culpa o no del Estado, dado que la sola presencia del daño genera obligación de indemnizar.

Sexto.- Que, en un mundo de escasez de recursos y de imposibilidad de satisfacer todos los intereses, el Estado desarrolla una política general de salud que prioriza el bienestar general a pesar de la posibilidad de causar perjuicios personales, aceptando con ello la posibilidad del daño. Tal decisión no es reprochable moralmente, en tanto no administrar las vacunas generaría mayor dolor que el inocularlas, pero que no sea reprochable moralmente no significa que no pueda imputársele responsabilidad jurídica, tanto porque:

1. La imposición de la vacuna ha generado un riesgo mayor al normal, al extremo que en el caso en cuestión, ha quedado acreditado que el “riesgo calculado” por la administración de la vacuna incluso excedió los límites normales, al extremo que la Comunicación Final de la Organización Panamericana de la Salud informó que: “La incidencia de enfermedad viscerotrópica asociada a la vacuna antiamarílica en la Región de Ica en este evento es significativamente mayor (más de 20 veces) que lo observado anteriormente en otros entornos. Los cinco casos ocurrieron entre 63.174 personas vacunadas dando una tasa general de 7.9 por 100.000” (la cursiva y el resaltado es nuestro).

2. La responsabilidad no sólo surge por el incremento del riesgo y la necesidad de repartir el coste del daño, sino también encuentra sustento en los propios valores que animan la Constitución Política del Estado, que hacen de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad la clave para entender todos los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la vida y la integridad moral. En esa perspectiva, ante una acción del Estado que ha provocado un daño no resulta admisible indicar que las víctimas son un número estadístico cuyos perjuicios no deban ser reparados; por el contrario, la exigencia constitucional impone al Estado la reparación respectiva.

Sétimo.- Que, siendo un supuesto de responsabilidad objetiva, expresiones como “no hay culpa del autor del daño” (sentencia de vista, considerando 9.6) no es atinada porque ella implicaría asumir que el factor de atribución es la culpa. Hay que recordar aquí que en el caso de responsabilidad objetiva es irrelevante saber si el agente que ocasionó el daño lo hizo de manera dolosa o negligente, pues la imputación que se le hace es por haber incrementado el riesgo en la vida en relación.

Octavo.- Que, asimismo, se advierte que la Sala Superior ha indicado “que los hechos acaecidos han sido producto de un hecho inusual o caso fortuito” (considerando 9.6). Aunque la sentencia no ha sido precisa al señalar qué habría ocasionado la fractura del nexo causal, del contenido del fallo puede inferirse que ello habría ocurrido porque “era difícil para las autoridades del Estado Peruano prever que doña Rocío Cule Quispe, la persona fallecida, presentaría reacciones adversas a esta vacuna (...) si son pocos los casos presentados a nivel mundial”, a lo que debe acotarse que la fallecida “era una estudiante del sexto año de medicina, por lo que se infiere que tenía conocimiento de las reacciones adversas de la vacuna, por ser conocimientos inherentes a la profesión que estudiaba”, siendo además que “se desconocía que padecía de una neoplasia bilateral de tiroides con patrón mixto folicular y papilar, con

proliferación maligna y benigna (cáncer de tiroides) (...) enfermedad que le impedía el poder inocularse la vacuna contra la fiebre amarilla”.

Noveno.- Que, estando a lo expuesto en el considerando anterior puede colegirse lo siguiente:

1. Que sean “pocos los casos presentados a nivel mundial” no implica ruptura del nexo causal; es decir, la relación de causa a efecto no se analiza desde la cantidad de casos, sino desde la consecuencia del hecho generador. La pregunta a hacerse no es: ¿cuántas muertes anteriores han ocurrido?, sino ¿qué ocasionó la muerte de la víctima? Así las cosas, conforme lo ha señalado el Protocolo de Necropsia el fallecimiento ocurrió por síndrome viscerotrópico ocasionado por la administración de la vacuna antiamarílica, lo que evidencia que entre el hecho inicial (vacuna) y el hecho final (muerte) hay una causalidad adecuada que no se fracturó en ningún momento.
2. Que la víctima haya sido estudiante de medicina no rompe el nexo causal, sino establece una circunstancia de concausa, en la que la actividad de la perjudicada contribuye al daño mismo.

Décimo.- Que, en lo que concierne a la relación de causalidad debe indicarse que ella ha sido acreditada a plenitud, pues a la acción: administración de vacuna, le ha sucedido como efecto: el resultado muerte, lo que constituye una causalidad adecuada que enlaza el evento con el daño sufrido. “Un hecho -se ha indicado- es causa de otro cuando puede preverse que el primero incrementará significativamente la probabilidad de ocurrencia del segundo”. En esa perspectiva, para el caso en cuestión, queda claro que la administración de la vacuna: primer hecho, incrementó significativamente el riesgo en una tasa de 7.9, veinte veces mayor que la mundial y, como consecuencia de ello, se produjo el segundo suceso: muerte. En buena cuenta, en un escenario hipotético, a la interrogante: ¿la muerte de la estudiante hubiera ocurrido si no se le administraba la vacuna? La respuesta sería negativa tanto porque se desconoce cómo iba

a culminar el desarrollo de la enfermedad, como porque el deceso nunca hubiera ocurrido en las circunstancias en la que se presentaron de no ser por la vacuna administrada. Lo dicho supone desestimar la dolencia de la hija del demandante como factor que rompe el nexo causal, pues ello sería tanto como suprimir la causa real y aceptar la existencia de una causalidad anticipatoria (muerte por cáncer) que no llegó a producirse.

Undécimo.- Que, expuestas así las cosas, este Tribunal Supremo, en relación a la responsabilidad del Estado, considera que debe ampararse la casación al haberse vulnerado lo dispuesto en el artículo 1972 del Código Civil por aplicación indebida, considerado que se estaba ante un supuesto de responsabilidad objetiva.

Duodécimo – Que, sin embargo, en cuanto a la indemnización a los médicos demandados (José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Gonzáles Bravo, Julio Choque Raymundo, Edmundo Pérez Ingunza y Javier Uribe Godoy) este Tribunal estima que se está ante un caso de responsabilidad subjetiva, por lo que sí debe analizarse sus conductas, en tanto ellos no están siendo demandados por haber administrado la vacuna, sino por el tratamiento que le dieron a la víctima cuando se produjo el síndrome viscerotrópico. En este caso, se advierte que no existe en autos prueba alguna que determine que no desarrollaron sus actividades con la diligencia debida; por el contrario, los Informes del Instituto Nacional de Salud y del Instituto de Medicina Tropical Alexander Von Humboldt de la Universidad Peruana Cayetano Heredia señalan lo inusual del caso sufrido por la víctima y la inexistencia de impericia o negligencia por parte de los médicos tratantes. Hay que recordar aquí que la responsabilidad de los médicos es de naturaleza subjetiva tal como lo dispone el artículo 36 de la Ley General de Salud, de forma tal que ante la inexistencia de culpa deben ser exonerados de la obligación de indemnizar.

Décimo Tercero.- Que, por otra parte, en cuanto al médico Brian Rubén Francisco Donayre Palomino debe indicarse que, conforme lo refiere el Informe de la Universidad Peruana

Cayetano Heredia, la decisión para realizar la campaña de vacunación no provino de la ciudad de Ica, sino del Ministerio de Salud, lo que exonera de responsabilidad al referido funcionario.

Décimo Cuarto.- Que, estando a lo expuesto, debe ampararse la casación y, actuando en sede de instancia, corresponde fijar un monto indemnizatorio que corresponda a:

1. La existencia de daño cierto.
2. Los gastos causados por la atención hospitalaria y el sepelio de la víctima.
3. El daño moral sufrido por el demandante que hace referencia al sufrimiento y aflicción generada. En esa óptica, si bien la falta de precisión en su probanza y que se quiera reparar económicamente el daño no patrimonial, ha llevado a algunos a sostener que en realidad tal daño no debe existir, no es menos verdad que la existencia de daño moral ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, el que teniendo en cuenta su dificultad probatoria ha prescrito en el artículo 1332 del Código Civil que: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, norma que si bien está mencionada en el capítulo de inexecución de obligaciones corresponde también usarla en la responsabilidad extracontractual por la unicidad propia de la responsabilidad que pone su atención en la reparación del daño.
4. Ese análisis “equitativo” constituye método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad y que debe ser utilizado y aplicado por el operador jurídico en casos como los aquí expuestos. Ello significa de ninguna forma que necesariamente deba otorgarse la indemnización, pero sí que la norma debe ser tenida en cuenta y, en su caso, explicar las razones para su rechazo.
5. Aplicando tal precepto, y siendo que el daño no puede valorizarse en su monto preciso, la valoración debe efectuarse de manera equitativa, lo que supone evaluar en el caso concreto la edad de la víctima y atender a máximas de experiencia de las que se puede colegir la aflicción del padre al producirse la muerte de su hija, circunstancia rechazada

por el orden natural de las cosas, al extremo el idioma castellano contiene expresiones para la muerte de los padres o de la esposa(a) huérfano (a) viudo (a) no contiene término para el fallecimiento del hijo, pues se opone a aceptar lo que de manera cotidiana no sucede.

6. En cambio, este Tribunal considera que la cuantificación realizada por el juez de primera instancia, teniendo como referencia el monto que hubiera ganado la víctima en su vida laboral útil, no es pertinente, pues aquí lo que se está indemnizado sustancialmente es el daño moral del padre y no la actividad económica de la fallecida. Por lo demás, esta valoración se identifica con renta y no puede ser aceptada, pues no puede explicar lo que ocurre cuando no se tiene actividad laboral retribuida o cuando no se produce efectos sobre la actividad profesional, o por qué deben establecerse resarcimientos diferentes ante la existencia de un mismo tipo de daño.

V. DECISIÓN.

Por estos fundamentos y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Reynaldo Cule Pariona** (página ochocientos cuarenta y seis); en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha dieciséis de mayo de dos mil trece (página ochocientos veintinueve), dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica; actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada en el extremo que declara fundada en parte la demanda en cuanto se dirige contra el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Salud; y la **REVOCAN** en cuanto al monto indemnizatorio; **REFORMÁNDOLO** se establece la suma de S/. 300 000.00 (trescientos mil nuevos soles); **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley; en los seguidos con el **Ministerio de Salud** y otros, sobre **indemnización por daños y perjuicios**.

Comentario:

La responsabilidad objetiva no sólo se fundamenta en el incremento del riesgo y la necesidad de repartir el coste del daño, sino también encuentra sustento en los propios valores que animan la Constitución Política del Estado, que hacen de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad la clave para entender todos los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la vida y la integridad moral. Const. Arts. 1 y 2, inc. 1. CC. Art. 1970. Responsabilidad extracontractual, respeto a la dignidad, derecho a la integridad moral.

De ahí que en el presente caso aplicando tal precepto, y siendo que el daño no puede valorizarse en su monto preciso, la valoración debe efectuarse de manera equitativa, lo que supone evaluar en el caso concreto la edad de la víctima y atender las máximas de la experiencia de las que se puede colegir la aflicción del padre al producirse la muerte de su hija.

En este caso solo se ha fijado la indemnización por lo que ha dejado de percibir su hija mas no por el daño sufrido por el padre, de ahí que se declare fundado este recurso.