

DAÑO MORAL. APROXIMACIONES A PARTIR DE LA DOCTRINA PROCESAL

MORAL DAMAGE. APPROACHES FROM PROCEDURAL DOCTRINE

*Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo*¹

Abogado

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ORCID: 0000-0002-9253-2914

Brunotapia.procesal@hotmail.com

<https://doi.org/10.24265/voxjuris.2022.v40n1.03>

Perú

Recibido: 5 de mayo de 2021

Aceptado: 26 de mayo de 2021

SUMARIO

- Introducción.
- Análisis sustantivo del daño moral.
- Hechos.
- Prueba y verdad.
- Inferencia probatoria.
- Análisis procesal del daño moral.
- Sistemas de valoración de la prueba.
- El daño moral en la jurisprudencia.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El autor pretende demostrar la necesidad de diálogo entre el derecho privado y las reglas del proceso. Para ello, parte desde la relevancia de los hechos y luego analiza cuáles inferencias probatorias se deberían llevar al proceso. Por otro lado, se propone nuevos criterios de solución para el daño moral a partir de ciertos lineamientos del razonamiento probatorio. El autor termina diagnosticando los aciertos y/o errores desarrollados en la práctica jurisprudencial peruana, a partir del análisis de reglas procesales y el análisis de actividad epistémica.

PALABRAS CLAVES

Daño moral- Razonamiento probatorio- Prueba- Jurisprudencia- Valoración.

ABSTRACT

The author intends to demonstrate the need for dialogue between private law and the rules of the process. To do this, it starts from the relevance of the facts and from there analyze what probative inferences should be taken to the process. On the other hand, new solution criteria for non-pecuniary damage are proposed based on certain probative reasoning guidelines. The author ends by diagnosing the successes and / or errors developed in Peruvian jurisprudential practice, based on the analysis of procedural rules and the analysis of epistemic activity.

KEY WORDS

Moral damage - Evidentiary reasoning – Proof -Jurisprudence- assessment

INTRODUCCIÓN

“El camino que se tiene por recorrer en la responsabilidad civil sigue siendo considerable” (Mezard, 1957, p. 10). Uno de los caminos importantes es que se debe seguir construyendo el diálogo necesario que debe existir entre el derecho sustantivo y el derecho procesal.

¹ Master en Derecho de Daños por la Universidad de Girona (España). Candidato a Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Curso de Especialización en bases de razonamiento probatorio por la Fundación de la UdG (España).

En tal sentido, “el puente que se pretende trazar requiere un análisis tanto a nivel fáctico como normativo, que resulta de una trascendencia enorme” (Taruffo, 2011, p. 23). En esa línea, podemos expresar lo destacado por el profesor Allen (2017), cuando describe que los hechos son tan importantes como los derechos. “Es por ello que trabajar con hechos exige un conjunto de herramientas que el derecho en sí mismo no ofrece” (Vásquez, 2019, p. 10).

Desde luego, señala Laudan (2013) que:

Reflexionar a partir de los hechos no quiere decir saltar las reglas procesales, en todo caso, debemos reflexionar antes de pensar en los hechos: ¿qué objetivos tiene el proceso? Si es que uno de sus objetivos es alcanzar la verdad independientemente de que nos encontremos en el área penal o no. (p. 22)

Desde el lado de la práctica, describiremos los criterios que se tienen sobre el daño moral en la jurisprudencia peruana.

Llegado aquí, usaremos las herramientas brindadas por el razonamiento probatorio para diagnosticar en qué momento nos encontramos, lo cual nos permitirá concluir con aportes y soluciones desde el razonamiento probatorio. En tal sentido, justificaremos la importancia que tiene la epistemología en el proceso, como la relevancia de los hechos.

ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL DAÑO MORAL

Toda institución del derecho civil no puede estar desligada de su coherencia con el derecho procesal. En tal sentido, resulta trascendental debatir sobre la coherencia entre una delimitación conceptual sobre el daño moral y su necesidad para lograr uno de los fines del proceso: la verdad.

Cuando se pretende ver qué consecuencia puede acarrear una pretensión de daño moral, nos fuerza necesariamente a revisar la delimitación conceptual del perjuicio. En ese sentido, debemos de tener claro las funciones que se pretende exigir a la otra parte cuando se pretende daño moral. Por otro lado, esto no solamente podría atribuirse únicamente como problema de la parte demandante, sino también a los supuestos no determinables en los cuales procedería el daño moral.

El daño moral es un tema regulado concretamente, pero sin limitaciones o criterios de alguna manera uniforme de su comprensión y por ende de su aplicación. Asimismo, en un artículo del magistrado Poma (2012-2013) podemos observar la no claridad sobre el tema que el daño moral es uno de los aspectos menos desarrollados en las resoluciones judiciales, pues carece de una idónea fundamentación y debida motivación.

Adicionalmente, la complejidad de la prueba del daño moral pasa también por su indeterminación normativa que podemos observar en el artículo 1984 de nuestro Código Civil cuando se señala que el daño moral es indemnizado considerado su magnitud.

Esta generalidad normativa (sobre inclusión de supuestos en los que podría ser viable el daño moral) no permite a los justiciables y menos aún a los magistrados determinar en qué casos fundar o no la pretensión de daño moral. La citada norma no nos permite tener mayores luces (interpretación literal), ni haciendo una interpretación histórica (exposición de motivos) al menos una regla probatoria aplicable. A pesar de que nuestro Código Procesal Civil en su artículo 188 nos describe que la finalidad de los medios probatorios: acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez, respeto de los puntos controvertidos, y fundamentar sus decisiones.

Pareciera que esto no ha cobrado mayor relevancia e importancia en las pretensiones, ya que la admisibilidad de la pretensión de daño moral pasa por una suerte de salto entre la etapa de admisibilidad y decisión cuando sería perfectamente válido y pertinente que la parte demandante pretenda acreditar su pretensión de daño moral a través de una pericia conforme lo establece el Código Procesal Civil (Art.192. inc.4)

Muy por el contrario, se percibe como desarrollaremos más adelante del análisis por la jurisprudencia un salto de los medios probatorios típicos, y se termina resolviendo a través de los sucedáneos de los medios probatorios, regulados en el código procesal civil (Art.275-283), con mayor énfasis en la institución de la presunción Art (277-282)

“Es ciertamente difícil indemnizar aquello que no se puede definir” (Gómez, 2017, p.

48). Por otro lado, existe un gran problema al buscar una delimitación dogmática de lo que implica el perjuicio moral: a pesar del tiempo transcurrido, sigue siendo un tema que la doctrina no ha logrado ponerse de acuerdo (Casado, 2016).

Llegado a este punto, es necesario partir de dos términos que usualmente son mencionados al hablar del daño moral: dolor y sufrimiento. Han pasado 38 años de la dación del Código Civil del Perú de 1984, pero aún los estudios sobre responsabilidad extracontractual en nuestro país no llegan a ser numerosos. Uno de los grandes problemas poco tocados es justamente el *quantum* y la prueba del daño moral: diversa jurisprudencia muestra la no uniformidad en cuanto a montos y a conceptos.

La primera aproximación hacia la definición debe ser extraída de la exposición de motivos del Código Civil de 1984, el cual sobre el tema en mención nos expresaba el profesor Osterling (2016):

El daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de realidad económica. (...) Aunque es poco frecuente en materia de inexecución de obligaciones, ello no es objeto para que no se reparen cuando se demuestre su existencia. (p. 449-450)

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

En el ámbito extracontractual, veamos en específico la exposición de motivos realizada por el profesor León Barandiarán (2016) que señala que Compete al juez señalar el monto de la reparación por daño moral, actuando con criterio discrecional, esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado *quantum* pecuniario. (...) Solo puede repararse mediante una reparación de carácter patrimonial; de otro modo el daño moral no podría ser reparable, salvo casos muy singulares en que cupiese la reparación *in natura*; así el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia.

Aquí se puede observar un criterio muy genérico para establecer el *quantum* del daño moral, como es el uso de la discrecionalidad

por parte del juez, asimismo, se puede percibir la ausencia del diálogo con el derecho procesal, porque cuando la parte demandante establece en su pretensión, pero no presenta ningún medio probatorio y el juez establece montos basada en su mera discrecionalidad, estaríamos entonces frente a decisiones con una falta de motivación que se desprendería de la propia lectura de la decisión judicial. Ciertamente, estamos frente a un supuesto muy serio cuando el juez otorga montos por concepto del daño moral, basado únicamente en aquella pretensión, la cual, no presenta medio de prueba alguno.

Señala Trazegnies (2016) que:

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

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

1. Basado en la teoría de la reparación integral, mediante la cual todo daño que se causa a una persona debe ser reparado, es decir, volver al estado en que se encontraba la persona afectada antes de que se produjese dicho daño; por lo que, al no poder hablarse de reparar la afectación de los sentimientos, entonces no se debía regular porque se contradecía esta figura.
2. Si solo el dinero es la única forma de reparar y nos encontramos ante un caso de afectación no material, y por ende debemos encontrar otros mecanismos para no dejar con el perjuicio ocasionado al damnificado y/o víctima. En tal sentido, cabe precisar que el damnificado en cuestiones de daño moral será aquella persona que lo sufre de manera directa y el supuesto de víctima se da únicamente cuando a consecuencia del accidente el damnificado fallece. Por lo tanto, ambos deberían considerar presentar como medio de prueba la pericia en aras de cumplir con los fines de los medios probatorios, y que el magistrado o la sala puedan analizar y valorar la decisión judicial respectivamente.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe consenso sobre la noción del daño moral, ni en la inexecución de obligaciones y tampoco en responsabilidad extracontractual (Campos, 2016).

Para Roger (2019): “es muy frecuente afirmar la dificultad de definir éste, hasta el punto de que no pocos autores solo encuentran posible una definición negativa-moral sería lo que no es material” (p. 55).

Sin embargo, coincidimos con la posición del autor líneas seguidas, en la cual menciona que “el daño moral merece ser delimitado para evitar distintos montos en los procesos de daños y perjuicios por conceptos no unificados y que parece, más bien, ser confusos” (Roger, 2019, p.56).

El profesor León (2016) define al daño moral como: “desasosiego, angustia, melancolía, desazón, malestar anímico provocado por evento que no necesariamente están ligados con la responsabilidad civil, como los amores no correspondidos” (p. 62).

Para el profesor Fernández (2019) el daño moral es una afectación a la parte intrínseca del sujeto. Se plantea inicialmente como un tipo de afectación a la entidad psíquica del sujeto con imposibilidad de trasladarse a la faz externa, es decir, a la fase de la productividad. Cuando afecta la faz interna, nos encontramos ante un daño moral objetivo y cuando queda en la interna nos encontramos ante un daño moral subjetivo. El daño moral será aquel que la psiquis y sentimiento de la persona humano, el cual conforme a su origen conceptual refleja un padecimiento y dolor espiritual.

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

Se parte de la idea de que todas las personas se encuentran emocionalmente estables antes de un accidente o perjuicio. Esta presunción no se encuentra justificada ya que no existe

una cultura de velar por nuestra estabilidad emocional, menos aún un registro de cómo es que se encuentran las personas emocionalmente (vía test psicológico) cada cierto tiempo. Si es que fuera claro la afectación en determinados supuestos de hecho, estas son meras afirmaciones, los cuales deben acreditarlos por algún medio de prueba.

Otorgar dinero para el goce de bienes nos regresa al entendimiento del daño moral, esto es, pagar para distraer ese sentimiento de desequilibrio interno, lo que hace esto es alejarse del mismo concepto de daño moral.

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

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

Interpretando los conceptos definidos, podríamos decir que el daño moral es aquel perjuicio jurídico que abarca la esfera interna de la persona, en la cual están involucradas una serie de sentimientos y afectaciones emocionales.

En tal sentido, los hechos podrían ser una primera base que permita al juez determinar la exigencia y pertinencia de una pericia, la cual determine vía test psicológico las sesiones que sean necesarias para buscar aquel equilibrio emocional vulnerado.

HECHOS

“El derecho no solo tiene que ver con las normas, sino también con los hechos” (Gonzales, 2018, p.18). Son los hechos los que

no siempre han sido tomados en cuenta en la cultura jurídica. En los cursos de teoría general de la prueba se parte usualmente del análisis de las normas. En el desarrollo de dicho análisis se puede observar que hay un descuido en cuanto al enfoque fundamental, como en los de responsabilidad civil, es decir, el análisis fáctico.

Las preguntas pertinentes para resolver son: ¿Cuándo está suficientemente probado un hecho? ¿Cómo se prueban los estados mentales? ¿En qué consiste motivar los hechos?

Estas y otras interrogantes son respondidas a partir de la decisión en dos grupos (Gonzales, 2018):

1. El problema del conocimiento (y su justificación o motivación), de los hechos
2. La determinación conceptual de distintos tipos de hechos que pueden constituir el objeto de la prueba.

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

Cuando manifestamos que existió un hecho estamos explicando que algo aconteció y debe ser posible de constatación, por lo que, si seguimos en esta línea, los hechos y los objetos son cosas distintas. Lo que se puede inferir es que estos últimos no hacen verdaderas o falsas nuestras creencias.

“El hecho es el objetivo de la evidencia o su guía importante, en el sentido que es lo probado en el ámbito judicial” (Taruffo, 2005, p.90), y conforme a la valoración de la prueba y el derecho al contradictorio, la persona que dirige el proceso (juez) no puede ponerse su propia erudición (sin que estén acreditados por las partes).

Buscando ejemplificar la diferencia entre objeto y medio de prueba en el daño moral:

1. *Objeto de prueba.* – En el daño moral, sería buscar acreditar que “yo sufrí daño moral”, es decir, ello es lo que se debería pretender probar en el juicio.

2. *Medio de prueba.* – En el daño moral debería ser con un documento, el cual sería el informe psicológico sobre el estado emocional que tiene esta persona a partir de la afectación directa de un perjuicio o a partir de una afectación indirecta conforme al artículo 1984 (Refiriéndonos a la familia).

Suele acontecer en la práctica que la afirmación de que existió daño moral es sinónimo medio de prueba: esta es una conclusión equivocada. Conforme lo expresa Gonzales (2018) “en el proceso judicial se debe constatar si un “hecho individual” (el daño moral) ha tenido lugar; y segundo, si es un caso de un “hecho genérico” descrito en una norma” (p. 22). En el Código Civil Peruano de 1984 se encuentra regulado de una manera sobre inclusiva en el artículo 1984: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud”; y clasificada dentro del contenido de la indemnización en el artículo 1985.

Gonzales tiene una propuesta de clasificación de los hechos: 1) Hecho externo, 2) Hecho percibido y 3) Hecho Interpretado.

Si buscamos la verdad en el proceso judicial entonces debe importarnos que sea a través de las partes o jueces. Estos últimos, conforme lo establece el artículo 194 de nuestro Código Procesal Civil, se realizará de manera excepcional cuando los medios probatorios sean insuficientes, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso, de tal forma que cuando nos encontremos en la etapa final del proceso los jueces motiven a través de las pruebas presentadas por las partes, de modo que le permitan tener argumentos para resolver la controversia a partir de las pretensiones (Objeto).

Para poder delimitar en qué clasificación de hecho se encuentra el daño moral, situémonos en un accidente de tránsito entre “X” y “Y”, un acontecimiento de hecho externo. Ahora, de ese accidente resulta con graves lesiones “Y”, siendo esto comunicado a su esposa e hijos (esto último en la clasificación de los hechos es un hecho percibido). El juez tiene que realizar una interpretación de estos acontecimientos (hecho interpretado).

La aproximación de la búsqueda de la verdad pasará también porque el juez entienda lo que se debe resolver basado en un acervo probatorio

más que en su íntima convicción, aspecto del cual hablaremos más adelante. Es importante destacar la importancia de la búsqueda de la verdad porque, conforme expresa el profesor Ferrer (2007), “las normas están destinadas a dirigir la conducta de sus destinatarios” (p. 30).

Solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad, los ciudadanos se encontrarán motivados a seguir las reglas. Si embargo, si las decisiones judiciales son producto de elecciones aleatorias por parte de la judicatura o una suerte de azar para imponer papeletas, muchos correrán el riesgo de cometer las infracciones por tener probabilidades de que no sean sancionados (Ferrer, 2016).

PRUEBA Y VERDAD

Conforme lo ha expresado el profesor Taruffo (2016), la literatura de las últimas décadas existe muchas definiciones sobre prueba, existen 2 concepciones fundamentales sobre prueba: 1) una concepción epistémica sobre los hechos y 2) La prueba es una herramienta retórica persuasiva que tiene como función no determinar el conocimiento de un hecho sino crear en la cabeza del juez una creencia sobre algo.

La segunda concepción fue muy utilizada en el derecho griego, en el cual no existían reglas probatorias. Bastaba que el jurado creyera en tu teoría y aunque no estuviese regulada te podían llegar a dar la razón.

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

En el daño moral buscar la mayor proximidad a la verdad de los hechos (siendo consciente de que tendremos limitaciones de tiempo y espacio), pero que la verdad es una sola (como correspondencia) y no lo que se tenga por probado o no probado en el juicio, es aceptar esencialmente que se buscará acreditar un estado mental causado por dicha afectación emocional para la compensación del mismo. Una vez presentado un medio de prueba, el juez tendrá que justificar aquella decisión

judicial. Esta decisión tiene como condición necesaria la verdad (Ferrer y Gonzales, 2003).

Al respecto, es interesante apuntar la posición del profesor Ferrer (2016) sobre verdad y proceso: Lo que me aportan las normas son amenazas de sanción. Poniendo un ejemplo muy interesante para entender la idea plasmada si es que en una ciudad o lugar determinado no existiría radares para determinar cuando un vehículo va a excesiva velocidad y se atribuyese la sanción a cuestiones subjetivas como el color del carro, antigüedad, modelo y de cada 10 a uno sancione basado en esos criterios subjetivos entonces yo no tengo motivos para ir más lento o más rápido ya que será aleatorio la sanción que puede que se me aplique no debe existir entonces en ningún ordenamiento el alejamiento hacia la búsqueda de la verdad, el proceso a través de la prueba lo que busca es alcanzar la verdad llegara está a su máxima proximidad dependiendo de la restricción en cuanto a plazos y medios probatorios válidos para alcanzarla.

En el proceso se produce una actividad dialéctica sobre la base de afirmaciones y negaciones. Esta dialéctica genera en el juez una incertidumbre de los hechos ocurridos debido a que las partes pueden realizar afirmaciones contradictorias sobre los hechos. Las partes tienden a probar los hechos que convienen a la posición que asumen en el proceso. La actividad probatoria busca reconstruir los hechos que es distinto a la convicción de los hechos: esta es una de las fases más importantes del proceso.

Tener que justificar su decisión basada en argumentos que se hayan practicado en el proceso judicial permite delimitar algo que debería estar claro, es decir, que un enunciado de hecho (objeto de prueba) no debería (vemos que en la práctica se da) pasar a la etapa de valoración, porque esto implicaría que la dificultad probatoria (supuesto daño *in re ipsa* del daño moral) justifica que no se tenga que probar daño moral y que se encuentre justificado a saltar la etapa de admisibilidad, en el sentido que su mera alegación hace que no necesite medio de prueba, lo cual es incorrecto.

En la etapa de admisibilidad debe llegar la parte que tenga delimitado su pretende de daño moral (objeto de prueba), descartando muchos hechos que podrían ser circunstanciales y bajo qué medios de prueba pretende probarlo.

Un problema para delimitar por el daño moral es que si la búsqueda de los objetivos del proceso (búsqueda de la verdad) justificaría que las meras alegaciones de daño moral hagan que se solicite una prueba de este o se debería declarar infundada en ese extremo.

Consideramos que, siguiendo la línea epistemológica y conforme al artículo 196 del Código Procesal Civil: Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirme hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Esto en cierta medida nos permitirá observar el ideal de seguir fines epistemológicos en el proceso, el cual, dependiendo el ámbito donde se exija, serán más o menos medios de prueba. En ese sentido, conforme lo expresa el profesor León (2017), en lo que concierne a la prueba en un juicio de responsabilidad extracontractual:

Quien pretenda promover un juicio de responsabilidad extracontractual solo tiene que probar el daño y la relación de causalidad que liga el evento con las consecuencias perjudiciales (p. 185).

Consideramos, incluso, que el juez debe tener un rol conforme al principio de intermediación activo, sin que esto implique que pueda inclinarse a una de las partes.

Conforme a la praxis de la jurisprudencia peruana y del análisis realizado en el X Pleno Casatorio Civil, alcanzar la verdad es un objetivo del proceso y no necesariamente de las partes, ya que, aun cuando éstas tengan interés en alcanzarla, no sucede en la mayoría de los casos. Claramente, a través de la prueba oficio no se debe buscar favorecer a ningún de las partes, sino a un activo por parte del juez a través de la dirección, control de admisión de los hechos, con lo cual estaría cumpliendo como garante de una corrección epistémica del proceso.

INFERENCIA PROBATORIA

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

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

Por otro lado, se afirma a su vez que lo que se prueban son las afirmaciones; no obstante, somos de la idea de que se prueban los hechos, ya que las afirmaciones están basadas en lo que sucedió en un determinado momento, lo cual buscará ser acreditado mediante los medios probatorios. Debemos ser enfáticos en señalar que no podrán existir alegaciones sin hechos, por ende, los medios probatorios admitidos buscarán persuadir al juez sobre el daño moral aparentemente sufridos. El juez deberá resolver a partir de las pruebas de ambas partes (Tapia, 2017).

El razonamiento probatorio es esencialmente el análisis de las inferencias probatorias. Conforme lo expresa el profesor Gonzales (2018), “las decisiones judiciales en materia fáctica son esencialmente esto: inferencias. Desde qué hechos se tienen que probar hasta finalmente qué hechos se tienen como probados” (p. 53).

En el proceso judicial, como expresa el autor, existen dos fases: 1) La práctica de la prueba (de la cual podemos observar que debe existir al menos un medio de prueba), de la cual obtendremos información a partir de ella o ellas. Si en la práctica se sigue pensando que la prueba del daño moral es una mera afirmación, estamos entrando en que el sistema no cognoscitivista pretende que no sigas, el juez, también pueda ser aplicado a las partes, es decir, que su íntima convicción, por la parte que alegue sufrir daño moral, presume su existencia, lo cual es erróneo ya que esta afirmación no brinda ninguna información. Si es que esto es correcto las etapas del proceso

se estarían sustrayendo solo a una única etapa, ésta es afirmar el sufrimiento del daño moral.

No repensar la práctica de la segunda fase del proceso judicial, de la cual nos habla el profesor Gonzales, sería sacar una conclusión sin práctica. Poniendo de manera sintética lo explicado hasta el momento, es decir que la mera afirmación del daño moral supondría que ésta sea inmediatamente admitida, sin valoración probatoria (saltándose el contradictorio), sea ya materia de una decisión fundada. Sería en ese sentido una institución del derecho (daño moral), una suerte del omnipotente, de la cual no cabe valoración por parte del juez, ya que se presumiría que no necesita de información para llegar a una conclusión.

ANÁLISIS PROCESAL DEL DAÑO MORAL

Cuando uno inicia un proceso por daños y perjuicios busca obtener una tutela jurisdiccional efectiva, conforme lo establece nuestro artículo I del Código Procesal Civil (CPC): Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

En tal sentido, al buscar pretender algo de alguien, nos expresa el profesor Monroy (2010), “debe ser atendido por el órgano jurisdiccional, esto en congruencia con que tiene que respetar las reglas del artículo 424 (CPC)” (p. 304).

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

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

el artículo 1984, cuando se dice: El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

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

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

El Modelo del Proceso

En los procesos de daños y perjuicios, en específico sobre el daño moral, debe definirse frente a qué tipo de modelo y de juez estamos. Al respecto debemos destacar por el profesor Ferrer (2017) que los primeros 20 años del siglo XXI, se han realizado reformas procesales, a raíz, de ello, han vuelto al debate ciertos debates antiguos tales como saber que poderes en cuanto al ámbito de prueba tiene el juez.

Formas de actuar por parte del juez:

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

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

ocurrió (la verdad), tal como lo expresa el profesor Ferrer (2017), solo si atribuye la consecuencia jurídica prevista para quien cause daño a un tercero a quien lo haya causado realmente y no se aplica a quien no lo haya causado podrá decirse, en definitiva, que el proceso ha cumplido con su función de aplicar el derecho vigente.

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

Si en el proceso se atribuye responsabilidad y por ende un monto pecuniario, aún en los casos que no se acredite el daño moral. En tal sentido, lamentablemente en aquellos procesos se podrá corroborar que el demandante se aleja el objetivo de la actividad probatoria para comprobar los hechos condicionantes.

¿Quién es el protagonista en el proceso?

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

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

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

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

Principales poderes probatorios del juez:

1. *La potestad de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes:* Si es que esta potestad se ejerce a criterios subjetivos del juzgador, hablamos de una discrecionalidad muy débil. ¿Será prueba la mera afirmación del daño moral?
2. *La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba:* Respecto al daño moral, es pertinente saber las preguntas que el juez puede realizar, y también hacer que la parte que lo alego brinde mayores precisiones sobre el porqué del monto. Aquí es importante la implementación del principio de contradicción para la fiabilidad de las pruebas.
3. *La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias:* Pudiendo incluso determinar qué concretas pruebas deberían aportar y no han aportado al proceso, tiene por finalidad aumentar el peso probatorio. Si es que el juez debiera indicar la laguna probatoria existente en una proposición de prueba formulada por la parte (pretensión de daño moral), va a depender del uso de discrecionalidad que realice. Desde esta capacidad, si el juez encontrara una laguna probatoria del daño moral, entiende que solo se han alegado hechos, entonces debería desestimar la pretensión. Es mejor concebir esta potestad por parte del juez como poder y no como deber, ya que ello conllevaría a una impugnación porque el juez no le manifestó a la parte el medio de prueba que debió haber presentado.
4. *La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes:* En el daño moral pedir la incorporación de pruebas es de alguna u otra manera favorecer a la parte demandante. Lo que sería más idóneo es, en primer lugar, que la parte demandada pueda alegar, en principio, la no acreditación del daño moral. Si la parte demandante presentara la evaluación psicológica, lo idóneo es que el juez tenga un equipo multidisciplinario para corroborar los informes psicológicos o poder observar el método del test psicológico.
5. *La capacidad del juez de alterar la carga de la prueba:* Aquí se hace referencia a

las cargas probatorias dinámicas de la prueba, según fueren las circunstancias del caso, en quién está en mejores condiciones técnicas de probarlo. En lo que concierne al daño moral, al ser algo interno que abarca los sentimientos, de los cuales se desprende las emociones, dolores y otros, corresponderá al demandante, sin que esto implique que el demandado no pueda objetar aquel diagnóstico emocional. La carga de la prueba (el deber de aportar) estará a cargo del demandante y respecto a su interpretación, en el sentido estricto, nos referimos a quien pierde si no aporta (evidentemente en el ámbito del daño moral pierde el demandante). En la distribución de los poderes probatorios, en específico del daño moral, es la parte demandante la que se encuentra en una mejor posición para producir la parte, por ello, realizarla de oficio es inclinarse a favor de una de las partes.

6. *El juez está en la obligación de tomar una decisión basado en las hipótesis que considere probadas.*

Se pueden presentar 2 situaciones:

- a) Las malas decisiones están más allá de la interpretación que puede haber tenido un o varios jueces para un caso concreto, pasa también por saber qué técnica, pero sobre todo qué salida legislativa para la norma que se aplique a un caso concreto, si es que esto último es deficiente, entonces la aplicación de las normas que se sean cláusulas muy abiertas de contenido (generando que se pueda resolver

basado en la sana crítica) resultan siendo insuficientes (como la lógica o el concepto científico), o totalmente caprichosos (como la certidumbre judicial, decisiones basados en meros convencimiento no contrastables, la esperanza o el más allá de toda sospecha racional).

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

Respecto a los poderes probatorios, es relevante lo expresado por el profesor Ferrer (2017), el riesgo de que un mal uso de la potestad haga cruzar la línea de la parcialidad es mayor cuanto mayor es la intensidad del poder probatorio otorgado el juez y menores son los contrapesos de poder probatorio de las partes.

SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Históricamente existen dos: 1) Prueba tasada y 2) El sistema de libre apreciación de la prueba.

A continuación, el presente gráfico comparativo, se desprende del análisis realizado en Gonzales (2018), Ferrer & Gonzales (2003) y Taruffo (2002).

Prueba Tasada	Libre Valoración de la Prueba
De desconfianza del juez sobre los hechos.	De confianza en el juez sobre los hechos.
El legislador es quien decide el resultado probatorio de un determinado medio de prueba. El juzgador no tendría que realizar ningún razonamiento probatorio.	2 formas excluyentes de entenderlo: 1) El juzgador es soberano para ser lo que le venga en gana en materia de hechos. 2) Predeterminadamente libre, limitada por la racionalidad general.
Existe una subsunción de que el juez tiene un documento que se tiene como prueba.	El derecho no dice al juzgador cual es el resultado probatorio, en ese sentido es predeterminadamente libre
Tipos de pruebas: a) Documento públicos, b) Prueba testifical.	Tipos de pruebas: a) Una concreta prueba pericial y b) Un concreto documento.

Fuente: Gonzales (2018.), Ferrer y Taruffo (2002).
Elaboración propia.

Es importante delimitar qué tipo de procedimiento existe en el daño moral. Empezaremos por descartar que el legislador no tiene desconfianza del juez sobre los hechos, no decide el resultado, y no existen algún medio probatorio que el juez necesariamente lo deba tener como prueba; en consecuencia, en el Perú el daño moral no está basado en un procedimiento de prueba tasada.

Entonces, el daño moral está basado en una libre valoración de la prueba, pero con límites, que es entender a la prueba desde una concepción racional, es decir, que el juez va a decidir con base a la corroboración suficiente sobre las pruebas que se tienen en el expediente judicial, lo cual demuestra la necesidad de acreditar de alguna manera.

Desde la concepción racional de la prueba, es importante que el principio de inmediación sea entendido en un sentido fuerte y que el juez fortalezca la práctica de la prueba, promoviendo en primer nivel, un rol activo de las partes, respetando el derecho del contradictorio y en un segundo nivel, fortaleciendo el objetivo de la verdad, vía generación de preguntas que permitan aclarar información traída al proceso.

Al encontrarse obligado a motivar sus decisiones, tendríamos que dejar de lado el concepto de que el mero convencimiento por parte del juez será suficiente, por lo que se tendrá que justificar el pase de las pruebas a las conclusiones. Por último, la existencia de recursos estará basado en la corrección del razonamiento, no pudiendo realizarse esto en el procedimiento de prueba tasada.

EL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia

Casación 1070-95 Arequipa:

En la ciudad de Lima, Perú, a los 13 días del mes de julio de 1998, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

[...]

Considerando Quinto:

“Si bien no existe un concepto unívoco del daño moral, es menester considerar que este

es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la efectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”

[...]

Considerando Décimo:

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

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

Casación 1125-95- Arequipa

En la ciudad de Lima, Perú, a los 27 días del mes de mayo de 1998, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

[...]

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

Casación 949-95-Arequipa

En la ciudad de Lima, Perú, a los 18 días del mes de diciembre de 1997, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

- “El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. Son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede

producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador”.

Casación 3824-2013 Ica

En la ciudad de Lima, Perú, a los 12 días del mes de noviembre de 2014, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

- “Se trata del recurso de casación interpuesto por “x” contra la sentencia de vista, que revoca la sentencia apelada, que declaró fundada en parte la demanda y ordenó que los demandados paguen en forma solidaria la cantidad de S/.40.000, y reformando la recurrida declara improcedente la incoada en todos sus extremos”.

Sentencia de primera instancia:

- “X”, alega que se le estableció el pago irrisorio de s/15,000.00, debiendo resarcírsele conforme a ley por el gravísimo daño moral, social y familiar que se le ha causado, por lo que la suma mencionada le parece injusta (La demandante interpreta que el daño moral tiene una función sancionadora)”.
- No formuló apelación oportuna a dicha sentencia

Sentencia de segunda instancia:

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

órgano jurisdiccional dado que su pretensión invocada ya fue satisfecha”.

[...]

Considerado octavo. – La recurrente pretende se le conceda indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tránsito (atropello por homicidio culposo), del que fue víctima su menor hijo, a fin de que se le indemnice por el daño moral, social y familiar resultando por ende necesario un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión (...) Mas aún si en el proceso penal no se ha analizado el daño moral demandado en el presente proceso configurándose por ende la infracción normativa procesal del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

Se declaró fundado el recurso de casación.

Casación N°1318-2016 Huancavelica:

En la ciudad de Lima, Perú, a los 15 días del mes de noviembre de 2016, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

[...]

Argumentos de la demanda:

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

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

En los puntos controvertidos se fijaron los siguientes:

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

Sentencia de primera instancia

“Se declaró fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios. Respecto al daño moral se estableció el monto de S/.200,000.00, basado en que de las audiencias realizadas a las que ha concurrido el demandante se tiene que dicho demandante presenta signos de tristeza, aflicción, señalando repetidamente que ha sido objeto de un experimento humano por parte de los médicos, aspecto que se ven reflejados en el seno familiar” (criterio subjetivo basado en la íntima convicción del juez, sin medios de prueba).

Fundamentos de la apelación por parte del demandante (Respecto al daño moral):

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

Sentencia de segunda instancia

Respecto al daño moral considera el monto de S/ 250,000.00 soles. Considera a su vez que la sentencia de primera instancia ha justificado como ha establecido el daño, por lo que no se ha afectado el derecho a la motivación reconocida en el inciso 5 de la Constitución Política del Estado.

El fundamento del monto de daño moral es el siguiente:

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

Considerando primero:

1. “La recurrente (demandando) señala que ha existido una infracción normativa de los

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

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

[...]

Considerando séptimo:

- 6) “En el caso en cuestión, el tribunal supremo considera que la única solución válida para quien ha sufrido severos perjuicios en su organismo, que repercuten en su estructura psíquica y en su entidad corporal, solo puede consistir en otorgar una indemnización que comprenda tanto lo que comúnmente se ha entendido como daño moral (aflicción, pena), como el perjuicio psicosomático sufrido y el daño al proyecto de vida, pues entonces la víctima recibe una reparación acorde con el daño sufrido” .
- 9 (a) “Lo expuesto permite con el principio de reparación integral que se traduce en colocar materialmente a la víctima en la misma (o similar situación en la que se encontraría de no haber sufrido el daño. Es obvio que eso es más difícil tratándose de daños extra patrimoniales, pero ello no

impide otorgar suma indemnizatoria que tenga el carácter de compensadora por el daño ocasionado”.

Considerando octavo:

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

Considerando noveno:

- (2) “En el campo del daño moral se está ante subjetividades que son a menudo inasibles e imprecisas”.
- (3) “Que ello sea así impone una exigencia mayor para evitar arbitrariedad al momento de fijar la indemnización, razón por la cual deben tenerse en cuenta circunstancias tales como “valorar la situación dañosa” y “como la intimidad de la víctima no es accesible con métodos jurídicos, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo que experimentaría el común de las personas en similar situación levisa”. (¿Función disuasiva?)
- (4) “Ha dicho parámetro se le agregará la verificación de la gravedad objetiva del menoscabo, las circunstancias de la víctima y los propios niveles de nocividad del daño, así como la extensión temporal del perjuicio. Tales valores nos permiten apreciar, en el daño en cuestión, que una persona común sentiría gravemente una lesión de las características sufridas por el demandante y que lo han colocado en un estado en el que el propio contacto con los demás le es motivo de zozobra económica por la sonda que lleva incorporada y por la posibilidad de despedir olores fétidos de manera circunstancia. Se trata, además, de una persona que tenía 46 años de edad y cuyo malestar se extenderá en el tiempo. Hay, por tanto, claramente, una afección anímica que debe”.

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

- Lo perdurable del daño y la imposibilidad de la víctima de rehacer a plenitud su proyecto original.
- La edad de la víctima (46 años al momento de la producción del daño), y el tiempo que mantendrá la lesión, así como las escasas posibilidades de rehacer su periplo vital.
- Esta Sala Suprema considera que por concepto de daño moral la demanda debe pagar el monto de S/.800,000.00”. (La corte suprema en daño moral está valorando prueba cuando no es su función).

Recurso Nulidad N°. 1358-2018/Lima.

En la ciudad de Lima, Perú, a los 29 días del mes de enero de 2019, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

Difamación agravada y reparación civil

Sumilla.

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

Fundamento primero:

- (7) “La sentencia de vista careció de motivación, al confirmar el pago de la reparación civil sin pronunciarse respecto al sustento probatorio para determinarlo. No se justificó el monto señalado por

concepto de reparación civil. No se cumplió el estándar mínimo de motivación”.

Fundamento undécimo:

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

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

(Sentencia Casatoria civil 227-2013/Ica).

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

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

(Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Primera).

“El daño moral, entonces, no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o

vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad”

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

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

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

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

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

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

Fundamento duodécimo:

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

Casación N°2782-2014-Lambayeque

En la ciudad de Lima, Perú, a los 11 días del mes de setiembre de 2018, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

El recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista contenida en la resolución N°15 del 19 de diciembre de 2013, que confirmó la sentencia apelada, la cual declaró infundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios.

Pretensión:

La demandante solicito que se le otorgue un resarcimiento económico ascendente a la suma

de S/ 80,000.00 soles por concepto de daño moral y daño a la persona, como consecuencia de los actos ilegales realizado por la entidad demandada.

Punto controvertido:

Determinar si corresponde que la demandada otorgue al demandante un resarcimiento económico ascendente a S/ 80,000.00 soles.

Sentencia de primera instancia:

El juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil 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”.

Sentencia de segunda instancia:

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 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.

Considerando 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.

Considerando 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; 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 incurre en error o en culpa grave.

Considerando vigésimo séptimo:

Del análisis de la sentencia impugnada, y atendiendo a los lineamientos glosados por esta Sala Suprema en los considerandos que precede, se colige que 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 1º 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.

Considerando 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 soles.

Casación N°2084-2015 Lima

En la ciudad de Lima, Perú, a los 2 días del mes de octubre de 2017, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta

Sumilla:

El daño moral (artículo 1984 del Código Civil) es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. Es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas material. Esta categoría del daño es difícil de acreditar debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo inclusive fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan en la realidad. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

Se trata del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista que confirma la sentencia apelada que declara infundada la demanda, sobre indemnización por daños y perjuicios.

Argumentos del demandante:

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

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

Sentencia de Primera instancia:

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

Sentencia de segunda instancia:

“No se puede apreciar los detrimentos sufridos por el acto y que la sola declamación o aflicción no son suficientes para acreditar su pretensión; máxime que ni siquiera se tiene conocimiento de alguna información adicional que permita establecer el nexo causal. Tampoco se tiene información de cómo se perjudicaron sus intereses extrapatrimoniales”.

Fundamento sexto:

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

- Nótese que en autos se encuentra acreditado que el demandante tuvo que acudir al Poder Judicial.
- La Sala suprema considera que, por haber acudido el demandante a las instancias judiciales, se desprende que el accionante haya podido sufrir daño moral”.

Fundamento séptimo:

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

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

Voto en minoría del juez supremo Yaya Zumaeta:

Fundamento décimo tercero:

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

Fundamento décimo cuarto:

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

Fundamento décimo quinto:

“Lo realmente pretendido por el impugnante a partir del recurso interpuesto, es que se modifique la situación fáctica establecida en el proceso (cuando alega que sí se han producido los daños morales y personas que invoca y que por ello si tiene derecho a un resarcimiento económico vía indemnización), no obstante que se ha determinado a nivel de instancia que esos daños no están probados, aspecto que no sólo es ajeno al debate en sede Casatorio, al no

tener esta Sala suprema la calidad de instancia de mérito, sino que además es contrario a la finalidad del Recurso de Casación, circunscrita a la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y a la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte suprema”.

Casación N°4122-2014 Tumbes

En la ciudad de Lima, Perú, a los 30 días del mes de setiembre de 2016, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

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

Sentencia de primera instancia:

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

Sentencia de segunda instancia:

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

Considerando séptimo:

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

Considerando octavo:

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

Considerando noveno:

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

Considerando décimo:

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

- Declararon fundado el recurso de casación.

Casación 4045-2016- Lima

En la ciudad de Lima, Perú, a los 15 días del mes de setiembre de 2017, discutida y deliberada la causa de los actuados, resulta

Sumilla:

“El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente, y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de

la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través, de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador”.

Considerando quinto:

En el caso de autos, se interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la recurrente derivada de los actos de despojo que realizó esta última con fecha 13 de abril de 2009 contra su persona respecto del inmueble, a pesar de que existía un contrato de compraventa de fecha 22 de diciembre de 1998. La demandada contesta la demanda mediante escrito de fecha 14 de junio de 2013, corriente de fojas 142 a 160, precisando que el contrato referido por la demandante fue resuelto por falta de pago de la accionante.

Sentencia de primera instancia:

Mediante sentencia contenida en la resolución N° 12, de fecha 15 de junio de 2015, corriente de fojas 223 a 232, declaró fundada la demanda ordenando el pago de doce mil doscientos noventa soles (S/ 12,290.00) por concepto de daño emergente y cincuenta mil soles (S/ 50,000.00) por daño moral, sustentando su decisión en que la demandada no podía despojar del inmueble a la demandante sin una orden judicial previa, a pesar de que el contrato de compraventa celebrado entre ellos haya sido resuelto, a lo que abunda el hecho de que la accionante obtuvo con posterioridad sentencia favorable en el proceso de interdicto de recobrar que instauró contra la demandada.

Sentencia de segunda instancia:

Mediante sentencia de vista contenida en la resolución número cinco, de fecha 15 de agosto de 2016, de fojas 285 a 290, confirmó la apelada reformando los montos correspondientes al daño emergente en doscientos cincuenta soles (S/ 250.00), y al daño moral en veinticinco mil soles (S/ 25,000.00), haciendo un total de veinticinco mil doscientos cincuenta soles (S/ 25,250.00).

Considerando Séptimo:

Con relación a la falta de motivación denunciada respecto a la cuantificación del daño moral, este Colegiado considera que la

sentencia de vista ha desarrollado este punto en el fundamento 2.9 y no de forma escueta como ha señalado la recurrente. No obstante, debe precisarse antes de analizar el fundamento de la sala de mérito que, respecto al daño moral, la doctrina es unánime al precisar la dificultad de sustentarlo en razón a su propia concepción. El daño moral es definido en sentido estricto como el menoscabo del estado de ánimo, padecimiento interior o sentimiento de desasosiego que subsigue a la comisión de un hecho generador de responsabilidad civil. El daño moral se concreta en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por la comisión de cierto evento dañoso en su contra. En ese sentido, se conviene en reconocer que el daño moral constituye una afección del estado de ánimo, la cual se traduce en dolor y sufrimiento, y que, por ser inestimable, debe cuantificarse inevitablemente, según criterios de equidad, para efectos de su compensación. En consonancia con lo descrito, la casación número 949-95 señala que: “El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. Son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente, y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través, de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador. Concluimos que el daño moral, en principio inestimable, es materia de cuantificación por parte del juzgador, en atención a su criterio, siendo necesaria su incorporación en el monto indemnizatorio conforme al artículo 1985 del Código Civil.

Considerando octavo:

Conforme a lo expuesto, el citado fundamento 2.9 ha indicado que la parte actora ha sufrido

daño moral como consecuencia del despojo de la posesión de hecho del inmueble que ocupaba, toda vez que es innegable que ha sido sometida a una situación indebida por parte de la demandada, que le ha provocado una aflicción. Aunado a ello, el mismo fundamento precisa que, a fin de no exorbitar la protección legal, corresponde que el mismo se fije de manera prudencial señalándose la suma de veinticinco mil soles (S/ 25,000.00), es decir ha reducido el monto establecido por el mismo concepto en la sentencia de primera instancia, que ascendía a cincuenta mil soles (S/ 50,000.00). En consecuencia, teniendo en consideración que la cuantificación del monto indemnizatorio por concepto de daño moral debe efectuarse en base a criterios de equidad, se concluye que la sentencia impugnada no adolece de indebida motivación habiendo cumplido con ponderar la cuantificación, reduciéndola al monto indicado en el presente fundamento. Por estas razones, el recurso debe desestimarse en este extremo.

Casación N°47-2010 Del Santa:

En la ciudad de Lima, Perú, a los 21 días del mes de octubre de 2010, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

Es un caso de responsabilidad solidaria contra las empresas “X” y “Y”, mediante el cual la demandante alego que su esposo laboro como electricista y sufrió un accidente. En particular sobre el monto a determinar por el daño moral se percibe que:

Sentencia en primera instancia:

Se estableció el pago en forma solidaria de S/ 15,000.00 soles, este monto abarca daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sin llegar a determinar cómo es que llega a ese monto y cuánto corresponde al daño moral.

Sentencia de segunda instancia:

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

Considerando décimo segundo:

- Concluye que el recurso de casación no debe ser amparado.

Casación N°48-2005 Moquegua

En la ciudad de Lima, Perú, a los 2 días del mes de febrero del 2005, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta

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

Casación N°1270-2005- Lima

En la ciudad de Lima, Perú, a los 30 días del mes de marzo del 2006, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta

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

Casación N°1701-2006- Arequipa

En la ciudad de Lima, Perú, a los 30 días del mes de mayo de 1998, discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

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

Pleno Jurisdiccional del 1997 (Lima):

Sobre el tema que corresponde al presente trabajo, cabe mencionar el Pleno Jurisdiccional Civil de 1997, tema 6, relativo a la prueba del daño en la responsabilidad extracontractual. Al respecto cabe mencionar que los casos de indemnización son los establecidos por la ley. Respecto a la prueba del daño moral, el Pleno Jurisdiccional hace bien en delimitar, antes de tocar el tema de prueba, qué funciones tiene la responsabilidad extracontractual, porque

eso permitirá saber para qué serviría cada medio de prueba en un caso de responsabilidad extracontractual. Desde la interpretación del Pleno Jurisdiccional (ya que ni el código ni la exposición de motivos delimita sus funciones) la indemnización tiene una función reparadora antes que punitiva. Esta percepción, aunque no se ha expresado en el pleno, es excluyente, es decir, si cumple una función reparadora no podría posteriormente el juez pretender establecer una función sancionadora. Ahora bien, pasaremos a describir los criterios establecidos en aquel Pleno Jurisdiccional:

- I) “ Que el daño es una deuda de valor y no una deuda de dinero, y que por lo tanto, en concordancia con la función esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización, debe buscarse la actualización del monto de la indemnización al momento en que ésta es pagada, de modo tal que el perjudicado vea verdaderamente satisfecha su pretensión indemnizatoria, recibiendo un importe que efectivamente lo restituya o lo aproxime lo más posible a la situación en que se encontraba antes del hecho dañoso” .
- I) “Que para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño” .
- I) “Que la prueba de los daños es posible a través de los medios probatorios típicos, atípicos y los sucedáneos de los medios probatorios”.
- I) “Que para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones (enfaticado del suscrito)”.
- I) “Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas”.

Pleno Jurisdiccional 2017 – Chiclayo:

Sobre el tema que corresponde al presente trabajo, cabe mencionar el Pleno Jurisdiccional Civil de Chiclayo del año 2017, tema 3, relativo a el daño moral, pruebas y criterios para su cuantificación, de la cual se formuló la siguiente pregunta:

En los procesos por indemnización por daño moral, para amparar una demanda sobre daño moral, ¿se deben acreditar los elementos de la responsabilidad, así como con medios probatorios directos e indirectos?

Existieron 2 ponencias:

Primera ponencia:

Es suficiente presumir para otorgar la pretensión de indemnización por daño y con criterio de cuantificación amplios para su determinación.

Segunda ponencia:

Debe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos no siendo suficiente presumir, y los criterios de cuantificación deben ser objetivos.

La conclusión plenaria fue la siguiente:

El pleno adoptó, por mayoría, la segunda ponencia.

Interpretación de la Jurisprudencia

El concepto de daño moral en la jurisprudencia peruana no es unívoco (Casación N° 1070-95-Arequipa), muchos podrían interpretar que, si se hace alusión a derechos de la personalidad, esté ligado al concepto del daño a la persona, pero si es que la motivación de la resolución se encuentra en la parte de motivación del daño moral, debe desprenderse que se está haciendo alusión a este campo interno de la afectividad espiritual.

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

En cuanto a su alcance interno, como pertenecen al campo de la afectividad, se establece que abarca (Casación N° 949-1995-Arequipa) el

dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. Estos elementos pretenden brindar al juez tener mejores criterios objetivos del daño moral padecido, los cuales serán complementados con un test psicológico, ya que así puede determinarse conforme a los hechos acreditados qué grado de afectación emotiva es la que uno llega a sentir en ese tipo de casos.

Por otro lado, si es que el legislador ha optado por la indemnización económica del daño moral, los montos establecidos podríamos determinar qué función está cumpliendo, y en la mayoría de los casos, qué funciones cumple el daño moral para los jueces. En la vía penal el concepto de daño moral cumple una función sancionadora (Casación N° 3824-2013-Ica).

Si es que el daño moral es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y afectación espiritual (Casación N° 1070-95-Arequipa), ambas deben tener algún medio para acreditar esta afectación, a fin de evitar demandas colectivas al saber que la mera alegación determinará un monto sin que se pueda predeterminar el monto exacto, pero pecuniario, al fin y al cabo. La mera alegación de afectaciones emocionales no puede bastar para que se pague por un concepto de daño moral (Casación N° 1318-2016-Huancavelica), ya que hablamos de un plano netamente subjetivo, supeditado a la convicción que tenga el juez y no a la acreditación de esa afectación emocional vía test psicológico.

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

En la actual jurisprudencia de la Corte Suprema pasan dos cosas:

1. No es unánime y,
2. No se justifica el monto, esto también lo podemos ver en el área penal conforme a la resolución mencionada líneas arriba, y esto conforme a las reglas procesales es

relevante porque no justificar el monto permite acreditar que no se ha cumplido un estándar mínimo de motivación.

Un criterio incorporado en sede penal puede ser esta idea de resolver de acuerdo a la conciencia, lo cual alejaría un control de la decisión, porque esencialmente bastaría la convicción interna por parte del juez.

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

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

El criterio de conciencia y de que el daño moral resulte evidente, no puede apreciarse de manera uniforme en la jurisprudencia (Casación N°4122-2014-Tumbes), ya que esta idea es evidente y estará basada en un criterio subjetivo del juez, es decir, de la íntima convicción. El criterio subjetivo se ratifica con la aplicación de criterios, tales como fijación del daño moral de manera prudencial (Casación N° 4505-2016-Lima). Estos criterios son tan subjetivos que hacen que la parte demandante, esencialmente, no sienta la necesidad de buscar un medio de prueba, ya que como hemos podido apreciar de la jurisprudencia, pueden pedir 50 y le dan 25, basado en un criterio netamente subjetivo y sin necesidad de prueba.

La aproximación de lo que abarca al daño moral desde la jurisprudencia debe empezar por la idea de delimitación de afectaciones emocionales, tales como las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos u emocionales, los estados depresivos que padece una persona y que, por ser inestimable, debe cuantificarse, inevitablemente, según criterios de equidad (Casación N° 4122-2014-Tumbes y Casación N° 4045-2016-Lima).

Asimismo, no puede pretenderse determinar el mismo monto para dos personas, porque, aunque dos acontecimientos puedan ser

similares, de ello no se desprende la misma afectación emocional (Casación N°2784-2014 Lambayeque y Casación N°2084-2015-Lima).

Que exista dificultad para sustentarlo no debe tener como consecuencia la existencia de una presunción que no ha sido legislada, por lo que un test psicológico es un documento mediante el cual se pretenda diagnosticar el estado emocional o grado de afectación emocional, en el cual puede encontrarse la persona (Casación N° 4505-2016-Lima).

La acreditación usual del daño moral es su mera afirmación, pero la decisión judicial sobre el daño moral no puede basarse en meras afirmaciones que evidentemente podrían ser cuestionados desde la propia admisibilidad por no estar sustentados en medios probatorios. En el presente caso existe un monto por daño moral, el cual no se ha justificado como se llega a esa cifra monetaria por concepto de daño moral (Casación N° 47-2010 Del Santa).

El juez necesita de un acervo probatorio, es decir, información que pueda acreditar el perjuicio de intereses, este criterio es establecido en la segunda instancia del caso. La Corte Suprema no manifiesta ya la dificultad de probanza, sino que ha pasado a una presunción práctica con un criterio totalmente distinto, haciendo hincapié en presunción práctica y no normativa, teniendo como único sustento que la parte tuvo que recurrir a la vía judicial y ese argumento preocupa en esta línea. En el caso ha existido un voto en minoría, el cual según un criterio que creemos correcto, los daños no han sido probados y ese aspecto es ajeno a la sede casatoria (Casación N° 2084-2015-Lima).

La Corte Suprema no puede valorar la prueba, ya que ésta no es su función. Esta interpretación es normativa de acuerdo a las funciones de la Corte Suprema, pero conforme vemos de la jurisprudencia (Casación N°1318-2016-Huancavelica) llega a analizar prueba.

Aunque lleguen a existir acontecimiento de que es casi imposible no tener una afectación emocional, como por ejemplo la muerte de un familiar (Casación N° 48-2005-Moquegua), establecer un monto cualquiera (Casación N° 1270-2005-Lima) significa no tener un tratamiento psicológico basándonos en que estamos hablando de daño moral. En su lugar, con dinero se pretende no tratar la afectación

emocional en sí, sino distraer el foco de atención en otros proyectos que alejan la idea de tratar el daño moral.

Que la parte pretenda un determinado monto y que el juez establezca un monto un poco menor no es una debida motivación, ya que esta idea no es el mero arbitrio del juez, sino la debida ponderación de los hechos probados (Casación N°1701-2006-Arequipa).

Respecto al Pleno Jurisdiccional, tenía ya para aquel entonces (1997) una aproximación correcta sobre cómo puede ser valorado el daño, es en ese sentido que el pleno comprende que el daño no es únicamente una deuda de dinero (Punto I), por lo que al expresar que el daño es una deuda de valor, abría el camino hacia una forma de cumplir la norma donde se establezca otorgar indemnización, de una forma diferente a la dineraria.

Si es que seguimos el argumento del Pleno Jurisdiccional (Punto II), para cuantificar el daño moral hay que tener presente la situación de cada una de las personas que hayan sido afectadas como a su vez del demandado (posible productor del daño). A su vez, debemos expresar que, sobre el establecimiento pecuniario del daño, deberá necesariamente hacer una evaluación psicológica. ¿Por qué? Porque esto nos permitiría ser congruentes con la idea de compensar el daño moral.

La prueba, entendida como la afirmación de los hechos, debe ser acreditada a través de los medios probatorios pertinentes, sin excluir su origen, ya sean que estén plasmados en la norma (típicos) o no (atípicos), y los denominados sucedáneos (Punto III). Pasado el Pleno Jurisdiccional a la materialización de la prueba sobre el daño moral, establecieron que para acreditarlo bastaría la prueba indirecta de indicios y presunciones (Punto IV).

No compartimos la posición de materializar la acreditación del daño moral, porque esto ha llevado al resultado que tenemos hoy en la jurisprudencia, es decir, a que la mera afirmación del daño moral pueda hacer que se pasen por alto, todas las etapas del proceso, arriesgándonos a seguir en una suerte de indefensión para el demandado y también pasar por alto el principio del contradictorio. Por último, establece un criterio (Punto V), el cual consideramos correcto, que las

afectaciones emocionales (daño moral) no es pasible de sufrimiento por entes abstractos (Personas Jurídicas), ya que el concepto de daño moral está delimitado a una afectación de los sentimientos, los cuales solo pueden ser evaluados a personas naturales. Las personas jurídicas podrían pedir una rectificación pública de afirmaciones realizadas por otra persona y/o empresa, y, en el caso más grave de afectaciones a las ganancias y/o ingresos de una empresa, correspondería realizar una denuncia contra el honor por parte de la empresa hacia la persona o empresa que haya realizado declaraciones o publicaciones en agravio de determinada empresa.

Por otra parte, el Pleno Jurisdiccional del 2017 que se llevó a cabo en la ciudad de Chiclayo, el cual consideramos de mejor criterio al establecerse por mayoría el criterio que no será suficiente presumir, por lo que someter las reglas de pruebas al demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos, nos permite delimitar un avance no vinculante, pero si jurisdiccional, acción que debería marcar un criterio que esperamos pueda ser mantenido en el tiempo

CONCLUSIONES

1. El presente trabajo constituye una aproximación al daño moral desde el razonamiento probatorio, sin que ello constituya que desde el derecho sustantivo y el derecho procesal existan carencias. Desde el derecho sustantivo existe una guerra de etiquetas por delimitar dónde se encuentra el daño moral, si es una figura autónoma o es la especie del daño a la persona.
2. Desde las reglas procesales no se vendría respetando el debido proceso al tener como criterio de prueba la presunción judicial, la cual estaría siendo utilizada para otorgar montos por daño moral que no se encontrarían motivados, por lo que, solo se termina recurriendo a la figura de la presunción judicial sin que la parte demandante haya presentado ningún medio de prueba, aun cuando la parte demandada ejerza su derecho de defensa en la cual alegue que no existe medio de prueba alguna que justifique los montos que se vienen otorgando conforme lo hemos podido apreciar en la jurisprudencia. En

tal sentido, se estaría afectando el derecho de defensa, ya que, no estaría existiendo pronunciamiento sobre la falta de prueba por la parte demandante en lo que concierne al daño moral. Asimismo, estaría existiendo una indebida motivación, ya que las decisiones judiciales deben estar basadas en un acervo probatorio que le permita al juez decidir racionalmente a partir de un grado elevado de certeza y no en un sistema de prueba de íntima convicción

3. Desde el razonamiento probatorio podemos apreciar que no existe una clara delimitación entre el hecho percibido (que alega el daño moral) y la interpretación que tiene que hacer el juez. La mera alegación en la práctica peruana lamentablemente presupone que el daño moral se va a admitir, que ya se valoró por su mera alegación y que se decidirá a favor. Esto se aleja de cualquier estándar probatorio y de una decisión basada en la prueba racional.
4. Al ser la búsqueda de la verdad uno de los fines del proceso, se debería poder observar en los procesos de daños y perjuicios un rol más activo por parte del juez en el control de admisión y actuación de los medios prueba en sus etapas correspondientes. En tal sentido, cuando la parte demandante pretenda daño moral deberá acreditarlo. Por lo tanto, nuestra propuesta pasa por corregir la mala práctica de la prueba del daño moral que se ha venido realizando, es decir, solo expresarla en la pretensión y que se infiera de los hechos dañosos.
5. Con relación a la prueba de prueba de oficio como facultad excepcional, conforme lo establece la primera regla del X Pleno Casatorio Civil, el juez deberá centrarse en la capacidad de inadmitir objetos de prueba alegado por la parte cuando no venga acompañado de medio o medios de prueba. Asimismo, viendo la problemática recurrente en la jurisprudencia sobre el daño moral, el poder de oficio del juez se verá reflejado en indicar lagunas probatorias.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Allen, R. [. (5 de Julio de 2017). *Máster en Razonamiento Probatorio, doble titulación UdG - U. de Génova*. Recuperado el 22 de

Marzo de 2020, de <https://www.youtube.com/watch?v=Gw-CooULppc>

Campos García, H. (2019). Aproximación inicial a la prueba del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano. En R. J. Vargas-Machuca, *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*. (págs. 477-500). Lima-Perú.: Instituto Pacífico.

Casado Andrés, B. (2016). *Revista de Derecho UNED*(18), 399-424.

Fernandez Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones Universitarias*. Lima-Perú.: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica Del Perú. .

Ferrer Beltran, J. [. (5 de Julio de 2016). *Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho (Video 1)*. Recuperado el 25 de Marzo de 2020, de <https://www.youtube.com/watch?v=NQDTuTXqobs>

Ferrer Beltran, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid.: Marcial Pons.

Ferrer Beltran, J. (1 y 2 de Julio de 2016). *Cuestiones sobre la admisibilidad de las pruebas. Carmen Vázquez, Michele Taruffo y Jordi Ferrer*”: Recuperado el 25 de Julio de 2019, de Catedra de Cultura Jurídica: <https://www.youtube.com/watch?v=YCWRMdfjZzE>

Ferrer Beltran, J. (2017.). Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.*, 88-108.

Ferrer Beltrán, J., & Gonzales Lagier, D. (2003). Introducción. *Discusiones.*, 7-12.

Gómez Ligüerre, C. (2017). *El daño moral y su cuantificación*. (F. Gómez Pomar, M. Garcia, & I. (. Directores), Edits.) Barcelona: Bosch.

Gonzales Lagier, D. (2018.). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogota.

Henri, M., Mazeaud, L., & André., T. (1957). *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Quinta ed., Vol. I). (L. A.-Z. Castillo., Trad.) Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

- Jurista Editores. (2020). *Codigó Civil y Código Procesal Civil*. Lima: Jurista.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, Error y Proceso Penal*. Madrid.: Marcial Pons.
- León Barandiaran, J. (2016.). Responsabilidad extracontractual. En D. R. (Compiladora), *Código Civil, Exposición de motivos y comentarios*. (págs. 799-808). Lima-Perú.: Thomsom Reuters.
- León Hilario, L. (Julio. de 2016). Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. *Material autoinstructivo*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- Monroy Gálvez, J. (2010). *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Communitas.
- Osterling, F. (2016.). Las obligaciones. En D. (. Revoredo Marsano, *Código Civil, exposición de motivos y comentarios*. (págs. 449-450). Lima-Perú.: Thomsom Reuters.
- Poma Valdivieso, F. D. (2012-2013.). La Reparación Civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 95-117.
- Rogel Vide, C. (2019). *Responsabilidad Civil-Estudios-*. Madrid: Reus.
- Tapia Cornejo, B. A. (2017). Cuestiones fundamentales sobre la prueba, los hechos y verdad. *Actualidad Civil*, 275-283.
- Taruffo, M. (2002.). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones.*, 15-41.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (6 de Julio de 2016). *Poder Judicial De Chile, "Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho"*. Obtenido de Youtube: Recuperado de <<http://bit.ly/2k8MFFk>>.7 de Enero del 2017.
- Trazegnies Granda, F. D. (2016.). *La Responsabilidad Extracontractual* (Vol. II). Lima: Ara editores.
- Vázquez, C. (. (2019). *Hechos y Razonamiento Probatorio*. Puno-Perú: ZELA.