

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN SEDE JUDICIAL,

BASADA EN UN BAREMO

Para optar el grado académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

M.C.s. HUMBERTO ARAUJO ZELADA

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca, Perú

Noviembre, 2019

COPYRIGHT © 2019 by
HUMBERTO ARAUJO ZELADA

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA



ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS APROBADA

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN SEDE JUDICIAL,

BASADA EN UN BAREMO

Presentada por:

M.C.s.: HUMBERTO ARAUJO ZELADA

JURADO EVALUADOR:

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya

Asesor

Dr. Glenn Serrano Medina

Presidente

Dra. María Pimentel Tello

Primer miembro titular

Dr. Omar Álvarez Villanueva

Segundo miembro titular

Dr. Joel Romero Mendoza

Miembro accesitario

Cajamarca, Perú

Noviembre, 2019



Universidad Nacional de Cajamarca
 LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
 CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 19:00 horas, del día 22 de noviembre del año dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA, Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO y en calidad de Asesor, el Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN SEDE JUDICIAL, BASADA EN UN BAREMO**; presentada por el M.Cs. **HUMBERTO ARAUJO ZELADA**

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó Aprobar con la calificación de 17 (Diecisiete) la mencionada Tesis; en tal virtud, el M.Cs. **HUMBERTO ARAUJO ZELADA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**

Siendo las 20:40 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
 Asesor

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
 Presidente Jurado Evaluador

.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
 Jurado Evaluador

.....
Dra. Maria Isabel Pimentel Tello
 Jurado Evaluador

A:

Mis padres y hermanos, quienes fueron protagonistas de
una etapa maravillosa de mi vida

Un derecho que parta de que lo que cada cual tiene en cada momento es, poco o mucho, lo que le corresponde, y de que ese ser y tener de cada uno es lo que se ha de restituir mediante la aplicación de las normas de responsabilidad por daño extracontractual

Juan Antonio García Amado

Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En A.A.V.V. *La filosofía de la responsabilidad civil; agosto de 2013*

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	4
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	4
1.1 EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	4
1.1.1 Contextualización.....	4
1.1.2 Descripción del problema.....	19
1.1.3 Formulación del problema.....	20
1.2 JUSTIFICACIÓN.....	21
1.2.1 Desde una perspectiva teórica.....	21
1.2.2 Desde una perspectiva técnico – práctica.....	22
1.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	22
1.3.1 De acuerdo al fin que se persigue.....	22
1.3.2 De acuerdo al diseño de investigación.....	23
1.3.3 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	24
1.4 HIPÓTESIS.....	25
1.5 OBJETIVOS.....	25
1.5.1 Objetivo general.....	25
1.5.2 Objetivos específicos.....	25
1.6 ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	26
1.7 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	27
1.7.1 Métodos genéricos.....	27
1.7.2 Métodos propios del derecho.....	31
1.8 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	34
1.8.1 Técnicas.....	34
1.8.2 Instrumentos.....	35
CAPÍTULO II.....	36
MARCO TEÓRICO.....	36

2.1	MARCO IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN	36
2.2	MARCO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA.....	45
2.2.1	La persona humana como categoría fundamental en el Estado Constitucional	45
2.2.2	Daño a la persona y derechos fundamentales.....	58
2.2.3	Implicancia de la reparación y/o indemnización de daños en algunos de los principios constitucionales	69
2.3	LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO MECANISMO DE TUTELA DE LAS VÍCTIMAS	78
2.3.1	Fundamentos de la responsabilidad civil.....	78
2.3.2	Funciones de la responsabilidad civil	99
2.3.3	El daño indemnizable y sus requisitos.....	133
2.4	SISTEMAS DE REPARACIÓN DE DAÑO A LA PERSONA.....	148
2.4.1	Indemnización en especie o en equivalente económico.....	151
2.4.2	Principios que rigen la indemnización de los daños.....	154
2.4.3	Modelos de valorización o cuantificación de daños extrapatrimoniales	162
	CAPÍTULO III	175
	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	175
3.1.	EL BAREMO DE VALORACIÓN DE DAÑOS A LA PERSONA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD, SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO OBJETIVO, PREDICTIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y CONTROL ENDO Y EXTRAPROCESAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALE	175
3.1.1	Garantía del principio de igualdad	175
3.1.2	Garantía de seguridad jurídica en al aplicación del derecho objetivo y predictibilidad de las decisiones judiciales	191
3.1.3	Garantía de control endo y extraprocesal de la motivación de las resoluciones judiciales	206
3.2.	CRITERIOS PARA LA ELABORACIÓN DEL BAREMO	214
3.3.1	Criterios dogmáticos.....	214

3.3.2 Criterios técnicos vinculados a la medicina	233
3.3. PROPUESTA DE BAREMO PARA INDEMNIZAR DAÑOS A LA PERSONA	239
3.4.1. Aplicación del baremo	248
CAPÍTULO IV.....	251
PROYECTO DE LEY	251
4.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	251
4.1.1 Problemática de la indemnización de los daños extrapatrimoniales	251
4.1.2 Beneficios de un baremo como pauta objetiva	254
4.2 EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA PROPUESTA	255
4.3 ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL.....	256
4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.....	256
4.5 FÓRMULA LEGAL.....	257
CONCLUSIONES	265
RECOMENDACIONES	266
LISTA DE REFERENCIAS.....	267

LISTA DE ILUSTRACIONES

1. Tabla N° 01 Baremo – Incapacidad funcional permanente	240
2. Tabla N° 02 Baremo – Incapacidad Temporal (0 a 30 días)	242
3. Tabla N° 03 Baremo – Incapacidad funcional temporal (31 a 365 días)	244
4. Tabla N° 04 Baremo – Incapacidad temporal (366 a más)	246
5. Tabla N° 05 Baremo – Daño moral (afectivo emocional)	248
6. Cuadro N° 01 Indemnización en caso de muerte	279
7. Cuadro N° 02 Indemnización en caso de lesiones	280
8. Cuadro N° 03 Indemnización en caso de contravenciones (menores)	281
9. Cuadro N° 04 Indemnización en caso de violencia familiar	282
10. Cuadro N° 05 Indemnización en caso de despido del trabajo	283
11. Cuadro N° 06 Indemnización en caso de enfermedades profesionales	284
12. Cuadro N° 07 Indemnización en caso de divorcio (cónyuge inocente)	285

AGRADECIMIENTO

Con profundo agradecimiento a los pasos que acompañan mi camino, Ruth y
Adriana

LISTA DE ABREVIACIONES

1. **AED:** Análisis Económico del Derecho.
2. **Art.:** artículo.
3. **Arts.:** artículos.
4. **CC:** Código Civil.
5. **Const.:** Constitución Política.
6. **Exp.:** expediente.
7. **IF.:** incapacidad fisiológica.
8. **Inc.:** inciso.
9. **JEC:** Juzgado Especializado Civil.
10. **M.C.:** maestro en ciencias.
11. **V. gr.:** verbigracia.
12. **Vs.:** versus.

GLOSARIO

1. **A priori:** locución latina traducida como a primera vista.
2. **Ad infinitum:** locución latina cuyo significado es hasta el infinito.
3. **Alterum non laedere o neminem laedere:** locución latina que se traduce como no dañar a otro, o no causar daño a nadie.
4. **Ausstrahlungswirkung:** término alemán, cuyo significado es efecto de irradiación.
5. **Common law:** locución inglesa usada para referirse al derecho no escrito (normas y reglas), pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia. Es propio de los países de origen anglosajón.
6. **Bullying:** palabra inglesa que denota acoso escolar.
7. **Cheapest cost evoider:** locución inglesa que hace referencia a quien podría evitar el daño a un menor costo.
8. **Deep pocket:** locución inglesa cuyo significado es bolsillos profundos o de mayor riqueza.
9. **Deterrence:** palabra cuyo significado en español es disuasión.
10. **Ex ante:** palabra neolatina que se traduce como antes del suceso.
11. **Ex novo:** locución latina que hace referencia a nuevo o desde cero.
12. **Fairness:** palabra inglesa que significa equidad, justicia, imparcialidad.
13. **In extenso:** locución latina cuyo significado es por extenso, ampliamente.
14. **In natura:** locución latina cuyo significado es en especie.

- 15. *In statu quo ante*:** locución latina, cuyo significado se traduce como situación de algo en un cierto momento, como situación de equilibrio o armonía.
- 16. *Inter privatos*:** locución latina que hace referencia a la relación entre partes.
- 17. *Mínimum*:** palabra de origen latino cuyo significado es mínimo o mínima.
- 18. *Mutandis mutantis*:** locución latina cuyo significado es cambiando lo que se tenga o deba cambiar, o de manera análoga haciendo los cambios necesarios.
- 19. *Pecunia doloris*:** locución latina cuyo significado es daño moral o sufrimiento, pena civil.
- 20. *Per se*:** expresión latina que se traduce como por sí mismo o en sí mismo.
- 21. *Per-sonare*:** palabra de origen etrusco, que hace referencia a la máscara empleada en el teatro para las representaciones escénicas.
- 22. *Phersu*:** palabra de origen etrusco, que hace referencia a la máscara empleada en el teatro.
- 23. *Pretium doloris*:** locución latina que se traduce como el precio del dolor; indemnización que, en materia de responsabilidad, acuerdan los tribunales para compensar o reparar los sufrimientos físicos y morales.
- 24. *Prima facie*:** locución latina cuyo significado es a primera vista.
- 25. *Prosopon*:** palabra de origen griego que hace referencia a la cara de adelante.
- 26. *Quantum*:** palabra de origen latino, cuyo significado es cantidad; aunque su acepción más apropiada denota cantidad mínima.

27. *Restitutio in integrum o restitutionis in integrum*: locución latina que se traduce como restitución por completo o integral, o restablecimiento en la integridad de un derecho, volviendo a su titular a la situación anterior a la violación.

28. *Rights*: palabra inglesa traducida como derechos, en sentido jurídico.

29. *Risarcimento del danno*: locución italiana traducida como resarcimiento o indemnización del daño.

RESUMEN

La investigación que hemos realizado se ocupa de una problemática actual y recurrente en la práctica judicial. Se trata de la valoración e indemnización de los daños a la persona, cuya temática enfrenta un grave problema de falta de predictibilidad, inseguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo e inequidad en las decisiones judiciales; lo que –ciertamente– obedece a que los daños a la persona involucran la lesión de intereses y derechos subjetivos inherentes a la personalidad del ser humano, imposibles de ser cuantificados en dinero. Dentro de este contexto, se ha demostrado que la adopción del sistema tabular de valoración de daños, que vendría a complementar las reglas de valoración de los daños (vigentes), fundados exclusivamente en la reparación integral y principio de equidad, garantiza la solución a los problemas anotados. Ahora, la adopción de esta herramienta jurídica complementaria, necesariamente exige realizar modificaciones legislativas.

PALABRAS CLAVE: daño a la persona, reparación integral del daño, principio de equidad, baremo.

ABSTRACT

The research we have done deals with a current and recurring problem in judicial practice. It is about the assessment and compensation of the damage to the person, whose theme faces a serious problem of lack of predictability, legal uncertainty in the application of the objective law and inequity in judicial decisions; what - certainly - is due to the fact that the damage to the person involves the injury of interests and subjective rights inherent in the personality of the human being, impossible to be quantified in money. Within this context, it has been shown that the adoption of the tabular damage assessment system, which would complement the rules of damage assessment (in force), based exclusively on the principles of comprehensive reparation and equity, would solve the problems noted above. Now, the adoption of this complementary legal tool, necessarily, involves having to make legislative modifications, so that in addition to demonstrating the correctness of our hypothesis, a bill is proposed to introduce a valuation scale into the legal system of damage to the person.

KEY WORDS: *human person, human dignity, damage to the person, moral damage, comprehensive damage repair, equity principle, scale.*

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se ocupa de la problemática que enfrenta la judicatura al momento de cuantificar los daños a la persona, en los procesos judiciales promovidos con el objeto de indemnizar a las víctimas. El principio que regula la forma en que se debe establecer la indemnización es el de reparación integral de los daños, regulado en los artículos 1321¹ y 1985 del Código Civil, que norma la reparación civil de daños en el ámbito contractual y extracontractual, respectivamente, y que establece que la reparación o resarcimiento de los perjuicios, alcanza no solo a la lesión del derecho o interés protegido, sino a las consecuencias del evento dañoso, ya sea si éste deriva de la inexecución de las obligaciones o fuera de un programa contractual.

Como se sabe, el daño a la persona es un daño de naturaleza extrapatrimonial, por ende, el menoscabo sufrido por la víctima no se traduce en una pérdida de tipo económico, lo que *per se* genera la dificultad de su cuantificación.

Los criterios que se han utilizado para abordar esta problemática han dado lugar *mutandis mutantis* a tres modelos procedimentales, empleados para fijar indemnizaciones de daño a la persona: i) valoración de daño a la persona, basado en un criterio reidual, en el que se mide la magnitud del daño (a la persona) en función del detrimento patrimonial que el evento dañoso significa; ii) valoración de daño a la persona basado en un criterio no reidual, en el que se prescinde de cualquier criterio patrimonial; y iii) valoración de daño a la persona basado en un sistema tabular o de baremación, medio que provee a

¹ Norma que debe ser interpretada sistemáticamente con el artículo 1322 del Código Civil, que establece “El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

los operadores jurídicos de instrumentos útiles en términos de eficiencia económica, para cuantificar los daños sufridos por la víctima.

La propuesta de solución que se plantea a este problema, es la adopción del sistema tabular de valoración de daños, con el que creemos se superará los problemas de inequidad e inseguridad jurídica, generada por el sistema de valoración de daños basado exclusivamente en el principio de equidad y que confiere un grado sumamente amplio de discrecionalidad al juez.

Para ello, se ha dividido la investigación en cuatro capítulos: i) el primero, referido al aspecto metodológico, en el que se explica temas como la problemática a tratar, la hipótesis, los objetivos, así como los métodos y técnicas que se ha empleado para desarrollar el trabajo de investigación; ii) el segundo, referido al marco teórico en el que se ha expuesto la justificación iusfilosófica del trabajo de investigación, se han tratado las teorías que sustentan las principales instituciones jurídicas que tienen que ver con el problema de investigación, como es la noción de persona humana en el Estado Constitucional de Derecho, la responsabilidad civil, sus fundamentos axiológicos, sus funciones, los sistemas de cuantificación de daños a la persona, entre otros; iii) el tercero, referido a la contrastación de la hipótesis, en el que mediante la argumentación se ha logrado validar la hipótesis planteada, así como conforme al diseño propositivo de la investigación, se ha planteado una propuesta dogmática de medición de los daños a la persona, traducida en un proyecto de ley; y iv) el cuarto, en el que se incorpora el proyecto de ley de reforma legislativa.

Finalmente, se exponen las conclusiones y las sugerencias del trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1 Contextualización

El principio jurídico de no dañar a otro (*alterum no laedere*) hace que sea posible la vida en sociedad, y si es transgredido acarrea una consecuencia que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado. La indemnización viene a ser la herramienta de la cual el derecho y, específicamente, la responsabilidad civil, se vale para resarcir íntegramente los daños causados a las personas. Los daños que sufren las víctimas, considerando si se traducen en valor monetario o no, pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Se habla de daño patrimonial cuando éste implica el perjuicio directo al peculio de la persona, y de daño extrapatrimonial si lo que se ha causado a la víctima no es un daño económico sino un daño personal y/o moral. (Taboada Córdova, 2000)

La legislación civil (Código Civil) permite a los jueces hacer uso de la facultad discrecional, bajo el recurso de la valoración equitativa, para determinar el monto de la indemnización a aplicarse en cada caso en el que exista un daño extrapatrimonial, concretamente el daño a la persona como un típico caso de daño extrapatrimonial,

como se infiere de lo previsto en el artículo 1332 del Código Civil². Este tipo de daño, por definición, afecta a la persona en sí misma, sea en su aspecto psíquico o físico, independientemente de su patrimonio, sin embargo, el cálculo del monto indemnizatorio se hace en términos patrimoniales.

Ahora, puede ocurrir que la discrecionalidad del juez no esté acorde con el daño producido, y genere insatisfacción en las víctimas, generándose una situación injusta para la persona que va a ser indemnizada o para quien debe indemnizar. Ello se advierte – generalmente– cuando frente a situaciones sustancialmente similares u homogéneas, se fijan montos indemnizatorios diferentes.

La fijación de una indemnización por daño extrapatrimonial encuentra su primera dificultad en la imposibilidad de poderse cuantificar o valorar este tipo de daños, lo que implica que el juzgador debe recurrir a la facultad discrecional de la que está investido y al principio de equidad, como es que ocurre en nuestro medio; herramientas legales que, por cierto, no aseguran indemnizaciones equitativas o uniformes frente a casos similares o con gran similitud, por lo que es aquí donde se encuentra el segundo problema: la inequidad y la falta de predictibilidad en el establecimiento de montos indemnizatorios por daños a la persona.

² **Artículo 1332.- Valoración del resarcimiento**

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa

La existencia de decisiones no uniformes en materia de indemnizaciones por daños a la persona, en casos similares, sin considerar los casos de resoluciones judiciales con deficiente o inexistente motivación –que resulta la mayor parte y que constituye otro problema–, qué duda cabe resiente el principio de igualdad, que en líneas generales implica un trato igualitario a las víctimas.

Este trato inequitativo tiene como sustento diferentes motivos, según se aprecia de la jurisprudencia, en algunos casos es la actividad económica que realiza la víctima la que determina el monto indemnizatorio³, en algunos casos la edad⁴, en otros un porcentaje derivado del monto acordado por daño patrimonial⁵, y en muchos otros la formación humanista del magistrado, que aunque

³ V. gr., en el Expediente N° 01476-2010-0601-JR-CI-02 (2° Juzgado Especializado Civil de Cajamarca, Sentencia N° 56-2011, de fecha 16 de mayo de 2011); por daño moral causado por el fallecimiento de una mujer, se fijó una suma de S/. 25 000.00, habiéndose expuesto como fundamentos, además de lo avanzado de la edad de la víctima (59 años), lo que auguraba que no viviría muchos años más, que no se ha acreditado que haya trabajado en alguna entidad pública o privada, ni de manera independiente; mientras que en el Expediente N° 2008-288-0-0601-JR-CI-01 (1° Juzgado Especializado Civil de Cajamarca, Sentencia N° 47, de fecha 30 de abril de 2010); en que por daño moral causado por el fallecimiento de un hombre de 32 años de edad, se tuvo en cuenta su juventud y las necesidades económicas que habrán de soportar su esposa e hijos, por lo que se fijó una indemnización de S/. 200 000.00.

⁴ En el Expediente N° 265-2011-0-0601-JR-CI-01 (2° Juzgado Especializado Civil de Cajamarca, Sentencia N° 124-2011, de fecha 22 de setiembre de 2011); en que sobre el truncamiento del proyecto de vida de un menor de edad de 10 años, que falleció a causa de un accidente de tránsito, se expresó que por la juventud de la víctima su proyecto de vida resultaba incierto, además de que sobre un eventual proyecto profesional, sus padres habrían tenido que esperar unos 15 años y durante dicho tiempo le habrían tenido que proveer de alimentación, educación, salud, recreación, vestido y vivienda, fijándose la indemnización por daño a la persona la suma de S/. 35 000.00.

⁵En la Casación N° 4977-2015-Callao, emitida por la Segunda Sala de Derecho Social y Constitucional, de fecha 21 de enero de 2015, Expedientes N° 1486-2017-0-0601 (Sentencia N°138-2018, de fecha 28 de junio de 2018) y 1846-2013-0-0601-JR- LA-01 (Sentencia 128-2018, de fecha 06 de junio de 2018), de la Primera Sala Especializada Civil de Cajamarca; se calculó la indemnización por daño moral derivado de despido, en el 25% de lo que le tocó recibir por lucro cesante.

De otra parte, en la Casación N° 5721-2011-Lima, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 02 de julio de 2013, en la que se calculó la indemnización por daño moral derivado de despido, en el 50% de lo que le tocó recibir por lucro cesante

no se advierta de forma explícita en las decisiones judiciales, sin embargo, –es obvio– se encuentra presente, pues tal denota la existencia de montos indemnizatorios diametralmente distintos en casos que merecerían semejante indemnización. Ahora, legítimo o no, que pueda ser acudir a estos factores como justificación de los montos indemnizatorios por daños a la persona, lo cierto es que aterrizamos, otra vez, en un trato inequitativo a las víctimas, el cual no puede quedar sujeto tan ilimitadamente a la discrecionalidad del operador de la justicia.

En este contexto, consideramos de necesidad instaurar un sistema tabular de cálculo de daños a la persona, el cual –estamos seguros– tiene la virtualidad de corregir esta situación.

Países como España y Francia han buscado la solución a este problema con la adopción del sistema tabular de valoración de daños, aunque limitado al ámbito de la circulación vial o de accidentes de tránsito, con el fin de estandarizar los fallos judiciales sobre estos casos, lo que –en efecto– se ha conseguido en alguna medida a través de la creación de leyes de carácter técnico especial, que coadyuvan a establecer una cuantificación apropiada y uniforme (Moreno Fernández, 2001).

Entendemos que este modelo jurídico puede encontrar muy razonables cuestionamientos (v. gr., una supuesta valorización o cuantificación monetaria del ser humano, o que resulta materialmente imposible que un caso sea igual a otro, para

merecer un trato igual); sin embargo, consideramos que estos inconvenientes son razonablemente superables si con ello se conjura o resuelve el gran problema de desorden y falta de uniformidad de la jurisprudencia, los cuales son de mayor riesgo para el sistema de justicia, pues transgreden principios constitucionales como se explica a lo largo de la investigación.

En nuestro país, la inexistencia de criterios objetivos para establecer las indemnizaciones por daños a la persona, hace que la situación sea lamentable, como resulta de observar los fallos de nuestros tribunales de justicia, cuando al momento de fijar montos indemnizatorios por daños extrapatrimoniales, no se tiene claro lo que se va a indemnizar. Ello se comprueba, si leemos algunas de las sentencias expedidas entre el 2006 y el 2012 por los Juzgados Civiles del distrito judicial de Cajamarca, en cuyos contenidos no hemos podido encontrar el método racional que el juez aplica para obtener el monto de la indemnización, ni tampoco la justificación para determinar definitivamente la cuantía. Se ha podido observar que el juez, en algunos casos, le resta importancia al daño moral y daño extrapatrimonial, v. gr., en la sentencia recaída en el Expediente 91-2007-1JECC (Sentencia N° 176, del 22 de diciembre de 2008, 1° JEC de Cajamarca), en la que no se desarrolla los elementos de la responsabilidad civil, y la estimación de la demanda se sustenta vagamente en que existirían suficientes medios de prueba que acreditan el daño, quedando –por lo demás– sin justificación la determinación de la indemnización; en la

sentencia recaída en el Expediente N° 470-2006-2JECC (Sentencia de fecha 23 de abril de 2008, 2° JEC de Cajamarca), en la que se desestima el daño moral y lucro cesante, haciendo un análisis somero de la responsabilidad civil extracontractual y de sus elementos (antijuricidad, daño, nexo causal y factores de atribución), sin mayor profundización sobre los datos fácticos del caso; en la sentencia recaída en el Expediente N° 2004-00455-0-0601-JR-CI-2 (Sentencia N° 69-2009, del 24 de abril de 2008, del 2° JEC de Cajamarca), en la que por la muerte de un hombre de 60 años, se fija una indemnización de S/. 20 000.00, sin otro argumento que la pérdida de un familiar ha tenido que causar gran dolor y aflicción a los deudos, y en la sentencia recaída en el Expediente N° 1356-2010-0-0601-JR-CI-02 (Sentencia de fecha 18 de abril de 2012, 2° JEC de Cajamarca), el mismo juzgado fijó por daño a la persona la suma de S/. 50 000.00, por lesiones que dejaron cuadripléjico a un hombre adulto, bajo similares argumentos que en el caso anterior, esto es que el estado de la víctima ha tenido que causar grave dolor y aflicción a la familia.

Adicionalmente a la falta de claridad de conceptos y categorías, habría que agregar la carencia de criterios objetivos a considerar al momento de determinar los montos indemnizatorios en los litigios judiciales, lo que determina *per se* montos indemnizatorios –en muchos casos– abismalmente distintos.

Así, hemos encontrado en la jurisprudencia nacional, las siguientes decisiones, cuyas fuentes obran en los cuadros que aparecen como anexo de este trabajo de investigación:

- a) Al fijar la indemnización por el fallecimiento de una persona, se han liquidado montos dinerarios por daño moral: R.N. N° 1366-99-Amazonas (parricidio en grado de tentativa) la suma de S/. 10 000.00; R.N. N° 2027-2010-Cusco (homicidio calificado en grado de tentativa) la suma de S/. 3 000.00; Expediente N° 458-98 de la Corte Superior de Justicia de Lima (homicidio de mujer adulta) la suma de S/. 20 000.00; R.N. N° 844-2009-Junin (niña de dos años de edad, fallecida por error en la aplicación de medicamentos por parte de la enfermera en el hospital), la suma de S/. 30 000.00; Casación N° 1032-2004-Lima (adulto fallecido en un accidente de tránsito), la suma de S/. 20 000.00; R.N. N° 3651-2006-Lima (parricidio de mujer adulta), la suma de S/. 30 000.00; Expediente N° 607-2011-0-1411-JR—CI-01, de la Corte Superior de Justicia de Ica – Pisco (muerte de un joven de 20 años de edad a causa de un accidente) la suma de S/. 250 000.00; Expediente N° 18707-2011, del Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima (muerte por accidente de tránsito), la suma de S/. 150 000.00; Expediente N° 2411-2012 de la Corte Superior de Justicia de Lima (mueren varios jóvenes al interior de una discoteca que se incendió), la suma de S/. 40 000.00 por cada víctima; R.N. N° 1192-2012-Lima (homicidio por lucro) la suma de S/. 250 000.00; Casación

N° 997-2017-Arequipa (menor de edad de 17 años, a quien su agresor la mató al intentar violarla), la suma de S/. 45 000.00; Casación 3256-2015-Apurimac (menor de edad de seis años, que murió en un accidente de tránsito), la suma de S/. 120 000.00; Casación N° 1537-2017-El Santa (homicidio calificado de adulto) la suma de S/. 10 000.00; Expediente N°8132-2014, del Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima (varios jóvenes mueren en el interior de una discoteca que se incendió) la suma de S/. 70 000.00; R.N. N° 1212-2016-Huancavelica (lesiones graves seguidas de muerte a causa de una agresión física) la suma de S/. 20 000.00; R.N. N° 2174-2017-Lima (homicidio por omisión impropia de un niño) la suma de S/. 15 000.00.

- b)** Al fijar la indemnización por daños a la persona y daño moral, en casos de lesiones, se han liquidado los siguientes montos: R.N. N° 889-2004-Huánuco (pérdida del pabellón auricular por agresión) la suma de S/. 5 000.00 por daño a la persona; Casación N° 263-2017-Ancash (menor de 15 años perdió los dedos de una mano por detonación de los explosivos o juegos artificiales en una municipalidad, por inobservancia del deber de cuidado de la comuna), la suma de S/. 10 000.00 por daño a la persona; Casación N° 1740-2014-Lima (rotura del talón de Aquiles por accidente sufrido al interior de un casino, por falta de señalización), la suma de S/. 50 000.00 por daño a la persona; Expediente N° 2034-2010-0-0901-JR-CI-04 (mala

praxis médica en parto, dejó a recién nacido cuadripléjico) la suma de 180 000.00 por daño a la persona; R.N. N° 1208-2011-Lima (lesiones culposas graves de adulto –traumatismo encéfalo craneano con resultado estado de coma– a causa de un accidente de tránsito) la suma de S/. 350 000.00 por daño a la persona; Expediente N° 1221-2008-0-0904-JP-CI-02, del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Condevilla (traumatismo encéfalo craneano grave, con signos craneotomía frontal izquierda y ausencia de placa ósea, en accidente de tránsito), la suma de S/. 15 000.00 por daño moral y S/. 50 000.00 por daño a la persona; Expediente N° 584-2014-0-0601-JR-CI-02, de la Segunda Sala Civil de Cajamarca (monoparesia del miembro izquierdo asociado a problema cerebrovascular hemorrágico, que impide moverse con normalidad, causado por disparo de arma de fuego) la suma de S/. 25 000.00 por daño a la persona; Expediente N° 1811-2007-0-0601-JR-CI-01, de la Primera Sala Civil de Cajamarca (traumatismo maxilofacial seguido de fractura mandibular, sufrido por menor de 14 años, pero que ha logrado recuperarse con tratamiento médico) la suma de S/. 25 000.00 por daño moral; Casación N° 458-2005-Lima (mala praxis médica puso en riesgo la vida de la víctima, aunque se recuperó luego del tratamiento respectivo), la suma de S/. 10 000.00 por daño moral.

- c)** Al fijar la indemnización por afectaciones físicas y psíquicas de menores en casos de contravenciones, se han liquidado

montos dinerarios por daño moral: Expediente N° 147-2012-0-1001-JR-FT-03, del Tercer Juzgado de Familia de Cusco (actos de hostigamiento, violencia, intimidación de un menor, a causa de que sus compañeros le quitaban el refrigerio, lo golpeaban, insultaban, etc.) la suma de S/. 10 000.00; Expediente N° 176-2011-0-0601-JR-FT-01, de la Primera Sala Civil de Cajamarca (trastorno mixto ansioso depresivo con síntomas de ansiedad y depresión, sufrido por un menor escolar a causa de los maltratos de su profesora, quien le decía que iba a denunciar a sus padres y mandarlos a la cárcel, que sus padres son placeros, ignorantes, no saben escribir y no están a su altura) la suma de S/. 360.00 soles por daño moral; Expediente N° 70-2015-0-0601-SP-FT-01 de la Segunda Sala Civil de Cajamarca (haber tomado y llevado a cabo una prueba de ADN de una menor, en complicidad con el profesor del niño y trabajadores del laboratorio, sin consentimiento de la representante legal) la suma de S/ 300.00; Expediente N° 154-2017-0-0608-JM-FT-01, de la Segunda Sala Civil de Cajamarca (haber contratado a tres menores de edad para vender helados en la calle, sin ningún tipo de protección) la suma de S/. 250.00 por afectación a su integridad psíquica.

- d)** Al fijar la indemnización de la víctima en procesos de violencia familiar, se han liquidado montos dinerarios por daño psicológico y daño físico: Expediente N° 562-2015-0-0301-JR-FC-01, del Juzgado de Familia Transitorio –Sede Central–

Abancay (mujer golpeada por su pareja presenta agresión física que ha merecido 01 día de atención médica por 03 de incapacidad, según prescripción médica), la suma de S/. 475.00; Expediente N° 05-2013-0-1308-SP-FC-03, de la Corte Superior de Justicia de Huaura (víctima presenta cuadro de hipoacusia por traumatismo en oído izquierdo, causado con agente contundente, que ha merecido 02 días de atención médica por 08 de incapacidad para el trabajo), la suma de S/. 300.00; Expediente N° 666-2014-0-1618-JM-FC-01, del Juzgado Mixto Permanente de La Esperanza - Trujillo (el daño es producto de que la madre echó de la casa a hija menor de edad), la suma de S/. 60.00; Expediente N° 795-2014-0-2802-JR-FC-01, del Primer Juzgado de Familia de Ilo (daño sufrido por el maltrato al que fue expuesta la menor por las discusiones de sus padres que se disputaban la tenencia), la suma de S/. 300.00 por daño moral.

- e) Al fijar la indemnización de la víctima en procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de despido, se han liquidado los siguientes montos dinerarios: Casación N° 5721-2011-Lima, la suma S/. 50 000.00 por daño moral; Expediente N° 12381-2006, del Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado Civil de Lima, la suma de S/. 200 000.00 por daño moral y S/. 100 000.00 por daño a la persona; Expediente N° 51-2015-0-0601-JM-LA-01, la suma de S/. 10 000.00 por daño moral; Expediente N° 3048-2017-0-0601-JR-LA-03, la

suma de S/. 10 000.00 por daño moral; Expediente N° 006-2018-0-0608-JM-LA-01, la suma de S/. 5 000.00 por daño moral; Expediente N° 471-2017-0-0601-JR-LA-03, de la Segunda Sala Civil de Cajamarca, la suma de S/. 12 000.00 por daño moral; Expediente N° 2258-2017-0-0601-JR-LA-03, de la Segunda Sala Civil de Cajamarca, la suma de S/. 50 000.00 por daño moral; Expediente 1209-2017-0-0601-JR-LA-03, de la Segunda Sala Civil de Cajamarca, la suma de S/. 1 000.00 por daño moral; Expediente 1486-2017-0-0601-JR-LA-01, de la Primera Sala Civil de Cajamarca, la suma de S/. 2 000.00 por daño moral.

- f) Al fijar la indemnización de la víctima en procesos de indemnización por daños y perjuicios (enfermedades profesionales), se han liquidado los siguientes montos dinerarios: Expediente N° 1379-2013-0-0601-JR-01, de la Sala Civil de Cajamarca (trabajador con un grado de invalidez parcial temporal de 53%, a causa de una hernia en el núcleo pulposo, según informe de la comisión médica) la suma de S/. 50 000.00 por daño moral y la suma de 50 000.00 por daño a la persona; Expediente N° 1318-2016-0-0601-JR-LA-03, del Tercer Juzgado Especializado Laboral de Cajamarca (trabajador con un grado de invalidez total permanente de 80%, causado por neumoconiosis que le ha producido una disfunción pulmonar avanzada), la suma de S/. 80 000.00 por daño moral y S/. 40 000.00 por daño al proyecto de vida; Expediente N°

183424-2005, del Vigésimo Cuarto Juzgado Laboral de Lima (trabajador con un grado de incapacidad equivalente al 75%, causado por neumoconiosis en segundo grado de evolución), la suma de S/. 26 000.00 por daño moral y S/. 14 000.00 por daño a la persona; Expediente N° 127-2015-0-0603-JM-LA-01, de la Primera Sala Civil de Cajamarca (amputación traumática de la falange distal II y IV dedo de mano izquierda), la suma de S/. 44 000.00 por daño extrapatrimonial (no se indica que modalidad).

- g)** Al fijar la indemnización del cónyuge perjudicado, en procesos de divorcio, se han liquidado montos dinerarios por daño moral: Casación N° 3973-2006-Lima (frustrar el proyecto de vida al no haberle permitido realizarse profesionalmente), la suma de S/. 30 000.00; Expediente N° 854-2010-0-2111-JR-F-01, de la Corte Superior de Justicia de Puno – San Román Juliaca, la suma de S/. 5 000.00; Casación N° 2516-2006-Lima, la suma de S/. 5 000.00; Casación N° 3973-2006-Lima, la suma de S/. 30 000.00; Expediente N° 549-2010-0904-JM-FC-03, de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, la suma de S/. 100 000.00; Expediente N° 40-2017-0601-SP-FC-02, de la Segunda Sala Civil de Cajamarca, la suma de S/. 5 000.00.

La situación descrita constituye una grave transgresión de los principios y/o derechos de igualdad, debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad, que informan el derecho nacional, y a cuyo

estándar de justicia tiene derecho todo justiciable. Esto se determina fácilmente, ya que en muchos casos (en fechas coetáneas)⁶, los montos indemnizatorios por daño moral por haber perdido el trabajo o haberse disuelto el vínculo matrimonial supera ampliamente las indemnizaciones por la pérdida de un familiar a causa de su muerte, o una enfermedad profesional que implica grado de incapacidad permanente insuperable. Asimismo, se aprecia montos irrazonable y desproporcionalmente diferentes, en procesos por daños semejantes, como es el bullying sufrido por un menor en su centro educativo, haber perdido el trabajo por un despido ilegal o arbitrario, haber sufrido lesiones, o haber sido vencido en un proceso judicial de divorcio.

Nos preguntamos: ¿hasta qué límite es razonable que las indemnizaciones por daños que representan situaciones pasibles de ser superadas (despido del centro de trabajo o el divorcio), dinerariamente representen un monto mayor que el daño moral o personal irreparable, como es haber perdido a un ser querido por su muerte?

Sin ser necesario mayor comentario sobre los hallazgos encontrados en la jurisprudencia que se cita, nos permitimos asegurar que el origen es la falta de criterios objetivos de cuantificación de daños extrapatrimoniales, en su caso, herramientas auxiliares puestas en manos de los jueces, y naturalmente cierta desidia por parte de la magistratura, al no

⁶ Lo que se establece por las fechas de expedición de las decisiones o resoluciones.

haber mostrado un sincero interés por mejorar esta situación, pues si miramos lo que ocurre en otras latitudes, *v. gr.* Italia, nos podemos dar cuenta de que la jurisprudencia ha mostrado preocupación por uniformizar sus decisiones. En este país se han elaborado tablas de valores para indemnizar daños a la persona, con carácter orientador y coadyuvante de la función del juez, siendo reconocidos en la doctrina, por ejemplo, los modelos de valoración de Génova y Pisa (Espinoza Espinoza J. , 2006).

Para superar los problemas de falta de proporcionalidad, razonabilidad y predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales, se propone la adopción o utilización de una baremo o tabla de valores para los supuestos de daño a la persona, en los que, atendiendo a la magnitud del menoscabo sufrido por la víctima, se asigne parámetros o límites indemnizatorios, dentro de los cuales el juzgador atendiendo al caso concreto pueda determinar la indemnización del daño. Con ello, si bien no se salvará la dificultad que *per se* engendra cuantificar o valorar patrimonialmente daños extrapatrimoniales, sin embargo, se solucionará el problema falta de uniformidad de las decisiones judiciales, la inequidad al tiempo de establecer montos indemnizatorios y la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Se ha determinado, a la vez, en la investigación los criterios utilizados para establecer los valores indemnizatorios, de manera que resulten compatibles con la naturaleza e importancia de los bienes jurídicos lesionados, pues por tratarse de temas muy

sensibles como es medir daños a bienes jurídicos subjetivos (personalísimos), sustentados en la dignidad humana, el ser humano como fin supremo de la sociedad, la familia, entre otros, es preciso una justificación cualificada para evitar afectarlos.

1.1.2 Descripción del problema

Expuesta la problemática que gira en torno a la valorización del daño a la persona, se ha determinado que el principio de equidad (art. 1332 del CC), el principio de reparación integral (arts. 1984⁷ y 1985⁸ del CC), no son idóneos o, en todo caso, suficientes para asegurar decisiones justas, predecibles y uniformes. Lo que se verifica claramente si se encuentra una jurisprudencia impredecible y asistemática, como la nuestra.

Entendemos claramente que los valores, principios y derechos que se afecta con una jurisprudencia impredecible, no uniforme e inequitativa, transitan desde conceptos materiales, en algunos casos positivizados en el ordenamiento jurídico, como es el caso de la igualdad, seguridad jurídica, dignidad humana, etc., hasta

⁷ **Artículo 1984. Daño moral**

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

⁸ **Artículo 1985.- Contenido de la indemnización**

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

conceptos de contenido moral, como es el caso de la justicia, el bien común, etc. No obstante, tanto los valores materiales de alcance jurídico como los de alcance moral encuentran soporte en la teoría del derecho, bajo el enfoque del neoconstitucionalismo; corriente jurídica de pensamiento que plantea que el derecho no solo se compone de normas jurídicas positivizadas, sino –también– de valores, principios y categorías provenientes de la moral.

Entendemos que el sistema de valoración de daños tabular no se encuentra exenta de críticas, que por cierto son razonables, en la medida de que se plantea una valoración de la persona o sus atributos personales, sin embargo –consideramos– que tal argumento *per se* es relativo, pues aún en condiciones como la asumida por el derecho nacional, siempre se termina por asignar un valor económico al daño personal.

Las bondades que se tiene, por otra parte, son: una jurisprudencia más uniforme, más predecible y con mayor seguridad jurídica. Obviamente, se acrecentarán los niveles de aceptación de la judicatura por parte de la colectividad.

1.1.3 Formulación del problema

¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos que justifican la elaboración y uso de un baremo, que coadyuve a la determinación de indemnizaciones por daños a la persona en sede judicial?

1.2 JUSTIFICACIÓN

La responsabilidad civil es un área del derecho civil de notable importancia, lo que se explica por el crecimiento de los riesgos o peligros de la vida moderna, que lleva aparejada la generación de daños de diversa naturaleza. El problema de investigación que se aborda gira en torno a garantizar indemnizaciones justas y adecuadas, pues la evidencia demuestra que por la naturaleza misma de este tipo de daños (extrapatrimoniales), los montos indemnizatorios no son uniformes ni equitativos, en circunstancias en las que los daños pueden catalogarse de sustancialmente semejantes; lo que también ocurre cuando frente a la existencia de una notoria diferencia de valor entre los bienes e intereses jurídicos protegidos, se termina estableciendo montos indemnizatorios desproporcionados.

Consideramos que el trabajo de investigación se justifica por las siguientes razones:

1.2.1 Desde una perspectiva teórica

La investigación aborda el problema de decisiones judiciales carentes de uniformidad, en casos de daños a la persona sustancialmente semejantes, o que por la diferencia del valor del bien afectado, merece una respuesta equitativa y proporcional.

De acuerdo a ley los criterios que sirven de base para fijar las indemnizaciones por daños a la persona son los principios de equidad y reparación integral de los daños (arts. 1332, 1984 y 1985 del CC). En ninguno de ellos se provee criterios objetivos que

garanticen o conjuren el riesgo de decisiones arbitrarias, por inequitativas e impredecibles. Nuestra propuesta de solución plantea el uso de un baremo de valoración de daños a la persona, que incorpora criterios objetivos que permitan fijar indemnizaciones más predecibles, y para lo cual será necesario modificar el marco normativo que rige la responsabilidad civil por daños a la persona.

La justificación de la investigación desde una perspectiva teórica viene dada por la necesidad de fundamentar o argumentar la utilización del baremo con valores tasados.

1.2.2 Desde una perspectiva técnico – práctica

La investigación aborda un tema de vivo interés y actualidad en el derecho; esto es, que la jurisdicción resuelva los casos de indemnizaciones por daños a la persona con mayor grado de aceptación desde la perspectiva de las víctimas, despejando dudas sobre su imparcialidad e independencia. Es por ello que, para resolver los casos de pretensiones indemnizatorias por daños a la persona, nuestra propuesta proporciona herramientas útiles, que pueden coadyuvar a resolver los casos con mayor predictibilidad, uniformidad y equidad, trasluciendo decisiones más próximas a la justicia.

1.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.3.1 De acuerdo al fin que se persigue

El derecho es un fenómeno jurídico complejo que abarca: i) un componente fáctico, el cual es su destinatario, y a través del cual el

derecho tiene vitalidad; ii) un componente normativo, que no es otro que el derecho positivo contenido en normas de carácter formal, cuyo carácter es prescriptivo, y iii) un componente axiológico, compuesto por valores, principios y fundamentos metafísicos, que sustentan o sostienen el contenido de las normas jurídicas.

Visto el derecho en esta complejidad, es claro que puede ser estudiado científicamente en sus más variados matices, lo que nos ha permitido hacerlo bajo un enfoque teórico que se corresponde con una investigación básica, ya que la finalidad perseguida es incrementar y clarificar el conocimiento teórico en el ámbito de la responsabilidad civil.

1.3.2 De acuerdo al diseño de investigación

Considerando el objeto de estudio (constructos conceptuales abstractos), así como por los métodos empleados (método dogmático, hermenéutico, argumentativo, abstracción concreción, entre otros), el trabajo de investigación se ha llevado a cabo conforme a un diseño no experimental, lo que implica que el investigador no ha estado en opción de manipular las variables. Estas han sido observadas, trabajadas y analizadas en sus condiciones ordinarias.

Asimismo, se ha alcanzado un nivel causal explicativo, pues se ha logrado establecer y explicar, como sustento de un sistema tabular de indemnizaciones (de daños a la persona), la efectivización y

puesta en rigor de los principios de igualdad de trato de víctimas que sufran daños a la persona, la predictibilidad de las decisiones judiciales en casos de indemnizaciones por daños a la persona, la seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo y la garantía de control endo y extraprocesal de la motivación de las resoluciones judiciales.

Finalmente, en vista de los resultados, la investigación ha alcanzado un nivel propositivo, pues tras haberse justificado la necesidad de utilizar un baremo para indemnizar daños a la persona, se ha propuesto un proyecto de ley que incorpore un baremo de valoración de daños a la persona.

1.3.3 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La investigación se ha desarrollado desde el enfoque cualitativo, lo que se desprende de los métodos y procedimientos utilizados, tales como, el método dogmático, argumentativo e interpretación jurídica. Hemos prescindido de instrumentos estadísticos, porque las variables carecen de la propiedad de ser cuantificadas.

La investigación se ha ocupado de explicar los fundamentos jurídicos que han servido para diseñar un baremo que sirva para calcular las indemnizaciones por daño a la persona en sede judicial. A la vez, demuestra que las normas y los criterios vigentes no auspician uniformidad e igualdad en las decisiones judiciales.

1.4 HIPÓTESIS

Los principales fundamentos jurídicos que justifican la elaboración y uso de un baremo que coadyuve al magistrado a fijar las indemnizaciones por daños a la persona son:

- a) El principio de igualdad ante la ley en el tratamiento judicial de víctimas que han sufrido daños a la persona.
- b) La predictibilidad de las decisiones judiciales en casos de pretensiones de indemnización por daños a la persona.
- c) La seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo.
- d) Garantía del control endo y extra procesal del deber de motivación de las decisiones judiciales.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican el empleo de un baremo como herramienta legal para fijar indemnizaciones por daños a la persona en sede judicial.

1.5.2 Objetivos específicos

- a) Justificar la necesidad del uso del baremo para cuantificar el daño a la persona, de cara a satisfacer el principio de igualdad ante la ley en el tratamiento de víctimas, lograr mayor predictibilidad de las decisiones judiciales y seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo, así como garantizar el control endo y extraprocésal de la motivación de las decisiones judiciales, en casos de indemnización de daños a la persona.

- b) Establecer los criterios que deben tomarse en cuenta para la elaboración del baremo para indemnizar daños a la persona en sede judicial.
- c) Elaborar una propuesta de baremo para indemnizar daños a la persona, en sede judicial.

1.6 ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se ha hecho una búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, de la cual se ha encontrado algunos trabajos de investigación que se ocupan sobre el tema en estudio; sin embargo, éstos más allá de haberse planteado la necesidad de establecer criterios objetivos para lograr una justa indemnización del daño moral (entendido en su acepción amplia “daño a la persona”); lo que sugiere que han advertido el problema de investigación en términos similares al nuestro, empero, en todos ellos el estudio alcanza un nivel descriptivo de la realidad (falta de predictibilidad, falta de uniformidad de las decisiones y amplio margen de discrecionalidad por parte del magistrado), y a lo sumo explicativo (se expone como razones de esta situación anómala la falta de criterios objetivos, indeterminación del derecho, falta de motivación de las resoluciones judiciales, etc.)

Concluyen estos trabajos de investigación que el juez dispone de libertad para fijar el *quantum* indemnizatorio del daño moral, que la manera como se calculan los daños extrapatrimoniales pasa por un análisis del caso en concreto, atendiendo a sus particularidades. Se hace notar también que

en nuestro país no existen tablas de valores para cuantificar el daño moral o a la persona y, finalmente, se hace hincapié en la necesidad de establecer algunos criterios básicos y fundamentales que deberían seguir los magistrados. Aunque conviene señalar, todas estas recomendaciones no pasan de ser las mismas que siempre se han hecho (medir el grado de menoscabo del daño sufrido por la víctima, la magnitud del evento dañoso, la situación económica de la víctima, entre otros).

Todos estos aspectos, en efecto, son ciertos y constituyen el punto de partida de nuestro trabajo de investigación, el cual –a diferencia de los citados– alcanza un nivel propositivo, ya que además de plantear y justificar la necesidad de adoptar el sistema tabular de indemnización de daños a la persona, concluye con una propuesta legislativa, que modifique la actual normativa sobre cuantificación del daño a la persona.

1.7 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1 Métodos genéricos

a) Método deductivo

Se sabe que el método deductivo comporta un procedimiento intelectual abstracto, que transita de lo general a lo particular, estudiando conceptos y nociones generales, para determinar su virtualidad en temas específicos relativos a la problemática del trabajo de investigación.

Se ha usado el método deductivo para analizar constructos jurídicos y categorías propias del derecho constitucional (persona humana como fin de la sociedad y el Estado, dignidad

humana, igualdad, etc.), derecho de daños (distribución social del daño, la función disuasoria de la indemnización, las nociones de culpa en el ámbito de la responsabilidad civil, la responsabilidad civil sustentada en la culpa y en el riesgo, la justicia correctiva, entre otras), y a partir de los cuales se ha determinado su aplicabilidad al tema en particular de esta investigación; esto es, su efectivización dentro de un modelo de indemnización de daños a la persona, sustentado en una tabla de valores.

b) Método inductivo

El método inductivo comporta un proceso intelectual inferencial, que va de lo particular a lo general.

Mediante el método inductivo hemos podido analizar situaciones y casos particulares (decisiones jurisdiccionales), que han puesto en evidencia las dificultades del sistema normativo de cuantificación de daños vigente, tanto para lograr indemnizaciones predecibles y adecuadas, así como para establecer los criterios empleados para este propósito. Se ha llegado a conclusiones, reglas y principios generales, que dan solidez a nuestros planteamientos (la necesidad de utilizar el sistema tabular para indemnizar daños a la persona).

c) Método dialéctico

El método dialéctico implica poner en cuestión los planteamientos que sustentan una determinada doctrina,

inclusive la postura propia, para a partir de ahí arribar a una nueva posición, en su caso, un nuevo paradigma. Es el típico juego entre tesis, antítesis y síntesis.

Como se aprecia del marco teórico y el espacio argumentativo del capítulo “contrastación de hipótesis”, sobre la técnica o forma de valorizar los daños extrapatrimoniales, existen sistemas distintos y hasta opuestos; lo que nos ha permitido poner en cuestión el paradigma vigente, a partir de sus propios fundamentos, con el objeto de poder llegar a una propuesta alternativa plausible que ha terminado por validar nuestra hipótesis (justificar y proponer un sistema tabular de valorización de daños a la persona).

d) Método de análisis y síntesis

Los métodos de análisis y síntesis tienen –en efecto– lógicas distintas, pues mientras el primero implica estudiar el fenómeno u objeto a partir de sus componentes por separado (características, fundamentos, propósitos y finalidades), para llegar a tener un conocimiento pleno de ellos; el segundo se realiza reuniendo o reagrupando estas partes, para tener un entendimiento global del fenómeno.

En el trabajo de investigación, sobre la base de que existen varias teorías que explican la responsabilidad civil, desde sus fundamentos hasta sus finalidades, el método en cuestión nos ha permitido estudiar a las más importantes,

descomponiéndolas y analizando por separado sus fundamentos, para luego reconstruirlas desde una visión distinta a la que inicialmente proyectaban. En el caso específico del problema de investigación, se ha podido establecer que los fundamentos que sustentan las instituciones, conceptos y teorías, son reutilizables en un nuevo planteamiento teórico, bajo una perspectiva distinta; *v. gr.*, los fines de minimización de costos de transacción, creación de incentivos para reducir costos, predictibilidad y uniformidad de decisiones, seguridad jurídica, entre otros, concebidos desde la perspectiva de la teoría Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), han sido expuestas con argumentos plausibles dentro de la teoría del derecho de daños, sustentada en la justicia; lo que se ha traducido en una propuesta de valoración de daños a la persona con base en el sistema tabular.

e) Método de la abstracción – concreción

Se entiende al método abstracto – concreto como aquel que involucra dos momentos:

La abstracción es el proceso mediante el cual se aíslan elementos y propiedades del resto de los componentes y se destacan los nexos esenciales e inasequibles que pasan inadvertidos en una visión global. La concreción es el accionar mediante el cual se integran las abstracciones reproduciéndose el objeto en su totalidad de estructuras y conexiones; con ello se logra percibir lo esencial y se alcanza mayor profundidad en el conocimiento. (Villabela Armengol, 2015)

Se entiende, entonces, que la abstracción y concreción son ejercicios intelectuales complementarios, que nos permite –en un primer momento– aislar elementos o aspectos de un fenómeno, facilitando su estudio individual, que visto en un contexto global pasan desapercibidos; para luego reagruparlos –nuevamente– en su forma original, lo que posibilita ver lo esencial de cada componente y su funcionalidad como un todo.

En el trabajo de investigación se ha empleado el método de la abstracción, que nos ha permitido captar las propiedades y características más relevantes de las instituciones jurídicas en estudio (llámese dignidad humana, persona, igualdad, seguridad jurídica, responsabilidad civil, daños patrimoniales y extrapatrimoniales, factores de atribución, relación de causalidad, entre otros); lo que nos ha permitido comprenderlas con solvencia, estableciendo su naturaleza y características. A su vez, a partir de la integración de estos conceptos abstractos, se ha logrado determinar la corrección de nuestra propuesta normativa, la elaboración y uso de un baremo para indemnizar daños a la persona.

1.7.2 Métodos propios del derecho

a) Método dogmático

La dogmática jurídica es la rama del derecho, cuyo objeto de estudio lo es la norma jurídica, las instituciones o conceptos jurídicos, que emanan de distintas fuentes del derecho, como

es la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre, etc. (Fernández Flecha, 2016).

El objeto de estudio del trabajo de investigación está referido al aspecto normativo y axiológico del fenómeno jurídico (derecho positivo); de manera que se trata de un trabajo eminentemente teórico. En este sentido, el método dogmático, que se ocupa del estudio del derecho como sistema a partir de sus instituciones, conceptos, principios y normas, ha sido el principal método de investigación empleado. Nos ha permitido sustentar la corrección de nuestra hipótesis, como es la necesidad de elaborar y usar un baremo que establezca indemnizaciones para daños a la persona. En esta tarea ha sido necesario analizar con sentido crítico las normas que disciplinan esta materia, las instituciones jurídicas, la jurisprudencia, la doctrina, etc.

b) Método hermenéutico

La hermenéutica es el método de investigación científica, entendido como el procedimiento intelectual que permite desentrañar el sentido o significado del objeto de estudio; en las ciencias jurídicas, por lo general, el sentido de las normas jurídicas.

En el caso particular, el objeto de estudio está compuesto por el derecho positivo que regula el régimen de responsabilidad civil y los principios y valores que subyacen a este entramado

normativo; de manera que el uso de este método de investigación se ha concretado en la interpretación de las normas y principios que disciplina la responsabilidad civil.

Se sabe que el método hermenéutico tiene variables, como la interpretación gramatical, teleológica, sistemática, etc. Todas estas variables han sido empleadas en el estudio e interpretación de la norma jurídica.

c) Método de la comparación jurídica

El método de comparación jurídica es el recurso al que acude el investigador para cotejar o contrastar el sentido que un mismo objeto de estudio tiene en otra realidad jurídica. Nuestra investigación se ha servido de un análisis comparado del sistema de responsabilidad civil, no solo de latitudes afines a nuestra tradición jurídica (derecho continental), sino también del *common law*, de manera que esta visión plural nos ha permitido sustentar la hipótesis planteada como respuesta al problema de investigación, al paso que hemos podido concretar un aporte propositivo a la problemática.

Se ha encontrado en España un sistema de baremación para indemnizar los daños corporales (Ley 30/1995, del 08 de noviembre, denominada Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), que funciona para cuantificar los daños personales ocasionados por accidentes de tránsito; en Italia existen tablas de valores para indemnizar daños

extrapatrimoniales, adoptados por la jurisprudencia, con carácter orientador para el magistrado.

Si bien nuestro planteamiento gira en torno a la necesidad de adoptar un sistema tabular de daños a la persona, los criterios que manejamos son distintos a los del derecho español e italiano, como se explica en el capítulo de contrastación de hipótesis.

1.8 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1 Técnicas

a) Técnica de fichaje

La investigación por su carácter dogmática ha implicado un trabajo de gabinete, por lo que la recolección de datos se ha hecho mediante la técnica del fichaje bibliográfico.

b) Técnica de observación documental

Se ha observado diversas resoluciones, libros, revistas especializadas y documentos que resultaron pertinentes para la investigación.

c) Técnica de argumentación

Se ha hecho uso de la técnica de la argumentación jurídica, concebida como “la técnica orientada a persuadir o convencer a otra persona de una tesis” (Nicolás Martín, 2016); la cual ha sido sumamente necesaria, en la medida que por ser –precisamente– este trabajo uno dogmático que se ha planteado la necesidad de un cambio de modelo normativo que coadyuve

a la judicatura, al momento de valorizar y liquidar las sumas indemnizatorias, ha sido necesario emplear una serie de recursos argumentativos para justificar la necesidad de nuestra propuesta (adopción del sistema tabular).

1.8.2 Instrumentos

a) Ficha bibliográfica

La información se ha recolectado a través de fichas, que ha permitido filtrar la información pertinente para esta investigación.

b) Hoja de ruta

La hoja de ruta nos ha permitido determinar los momentos y pautas que hemos tenido que seguir durante toda la labor de investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 MARCO IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN

La temática de la que se ocupa esta investigación, necesariamente, nos lleva a ubicarnos en el contexto evolutivo vigente de la teoría del derecho. El neoconstitucionalismo es la corriente iusfilosófica que ha incorporado sus fundamentos en el derecho del mundo occidental. Se habla de un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, entendido en el sentido que destaca Riccardo Guastini (2016), como el proceso de transformación del ordenamiento jurídico, por el cual todo este sistema se ve impregnado por normas constitucionales⁹. Agrega como elemento característico de este fenómeno, que tanto la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y las relaciones privadas (inclusive), se encuentran condicionadas por la Constitución (Guastini, 2016). A la vez son cualidades del neoconstitucionalismo, la existencia de constituciones rígidas y control externo de la constitucionalidad de las leyes (Jiménez Cano, 2008).

El problema planteado en el trabajo de investigación no puede encontrarse al margen de este fenómeno, en la medida de que se ha propuesto como hipótesis, que los fundamentos que justifican la mutación del modelo de valoración de daños a la persona están constituidos por

⁹ Guastini (2016), por otra parte, señala que puede hablarse de constitucionalización del ordenamiento jurídico, cuando se introduce en un determinado sistema jurídico la primera constitución, o cuando el sistema jurídico vigente es producto de un proceso histórico de transformación de las relaciones jurídicas entre los detentadores del poder y los súbditos de un Estado, al margen de si se codifica la Constitución.

principios constitucionales (igualdad, seguridad jurídica y control de la motivación de las decisiones judiciales). Es más, el bien jurídico objeto de protección vía la responsabilidad civil, está compuesto por el complejo de derechos e intereses protegidos (integridad psicofísica, identidad, intimidad, honor, libertad, etc.) de la persona humana como categoría fundamental de la Constitución del Estado, cuyo valor en sí mismo descansa en su dignidad (art. 3 de la Const.); lo que implica que el derecho constitucional atraviesa de forma transversal las categorías, instituciones y demás entidades jurídicas estudiadas.

Es evidente que la configuración de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, es producto del neoconstitucionalismo; lo que se observa con más nitidez cuando se explica (más adelante), que el resarcimiento del daño bajo la influencia de los códigos decimonónicos, estuvo marcado por el derecho patrimonial, habiendo sido recién tras la segunda guerra mundial y –luego– con el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, que se ha venido a poner en valor a la persona humana. Esto, naturalmente, ha hecho cambiar la perspectiva en cuanto a la necesidad de indemnizar el daño a la persona.

No obstante, paradójicamente, es bajo la concepción de un sistema jurídico compuesto no solo reglas sino por principios¹⁰¹¹ (las primeras

¹⁰ Dworkin, en realidad, se refiere no solo a principios, como los conceptos que además de las reglas componen el derecho, sino a directrices políticas y otras pautas. Sin embargo, el mismo agrupa a todos estos otros conceptos (distintos a las reglas) como principios. Llama principio a un estándar que debe ser observado por ser una exigencia de justicia (igualdad, justicia, libertad, etc.); llama directriz al tipo de estándar que propone un objetivo a ser logrado o alcanzado (Dworkin, 1989).

¹¹ La diferencia entre regla, principio y directriz, se puede advertir por la naturaleza de su estructura. La regla cuenta con una estructura cerrada, tanto en cuanto al supuesto de hecho como a la consecuencia jurídica; el principio tiene una estructura abierta, en cuanto al supuesto de hecho, pero cerrada en cuanto a la consecuencia; mientras que la directriz tiene una

albergadas en el derecho positivo y los segundos en la moral), y que de acuerdo con Dworkin (1989), garantizaría una sola respuesta o solución a una controversia judicial (tesis de la única respuesta correcta), que en el caso de indemnizaciones de daños a la persona, en los que por mandato legal (art. 1332 del CC) se debe observar el principio de equidad, se ha llegado a generar una jurisprudencia impredecible, desproporcionada y transgresora de principios fundamentales como la igualdad y seguridad jurídica. De manera que lo expresado por Dworkin (1989), cuando señala que “No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derecho nuevos” (pág. 146), apelando a la figura ideal del juez Hércules [entendido como aquel absolutamente sabio y experto, que sabe todo de todo (García Amado, 2019)], no pasa de ser una quimera.

Desde ya tomamos distancia de la teoría de la única respuesta correcta, que propugna la tesis de Dworkin, y asumimos –conforme al iuspositivismo– que el juez al decidir sobre casos judiciales, en supuestos en los que Herbert L. Hart llamaba “zonas de penumbra”, equivalente a los denominados casos difíciles de Dworkin, que el juez asume un rol creador del derecho (para el caso en concreto), pues bajo el manto de discrecionalidad que lo coloca en opción de adoptar una entre varias posibles soluciones, al hacerlo incorpora valoraciones de tipo moral y política, como parte de la solución del problema jurídico, lo que en su

estructura abierta en cuanto al supuesto de hecho y abierta en cuanto a la consecuencia jurídica.

momento hace también el legislador cuando legisla (con vocación de generalidad).

Pues bien, nuestra propuesta para resolver el problema de inseguridad jurídica, inequidad, desproporcionalidad y finalmente de injusticia, generada a partir de la fijación de indemnizaciones por daños a la persona, es adoptar el sistema tabular o de baremación como parte del derecho positivo; de manera que el enfoque de derecho que se defiende es uno positivista, aunque de corte incluyente, como se explica a continuación.

Sobre la vigencia del paradigma positivista como teoría que estudia y explica el fenómeno jurídico, es claro que existe una muy activa controversia. Hay quienes dicen que el neoconstitucionalismo ha terminado por sustituir al positivismo, al haberse agotado el ciclo histórico de este último, como en su momento lo hizo el iusnaturalismo (Aguiló Regla, 2018), y quienes aseguran que la teoría neoconstitucionalista es el nuevo positivismo jurídico de nuestros días, que la Constitución, más allá de su lectura moral, es distinta del derecho natural (no puesto por los hombres), pues es finalmente una norma escrita y positiva (Jiménez Cano, 2008).

No obstante, no es posible (en nuestro concepto) asegurar que positivismo moderno y neoconstitucionalismo sean lo mismo. Es evidente que aún respecto del positivismo incluyente, cuyos planteamientos son cuestionados fuertemente por el positivismo excluyente, el neoconstitucionalismo tiene características propias que lo diferencian. El rechazo a la discrecionalidad y/o poder creador de derecho, por parte del

juez, precisamente, es uno de los aspectos que destaca el neoconstitucionalismo.

Las tesis sobre las que se estructura el positivismo, desde el punto de vista de Herbert L. Hart, son básicamente tres: i) la fuente social del derecho, que se sitúa no en un mundo ideal ni tampoco en la moral, sino en un hecho social, el cual es identificable a través de la regla de reconocimiento¹², que no resultan ser otra que una práctica social que sirve para identificar el contenido de lo jurídico; ii) la separación conceptual entre derecho y moral, lo que quiere decir que pese a la eventual existencia de numerosas e importantes conexiones entre derecho y moral, dichas conexiones son solo contingentes, y no lógicas o conceptualmente necesarias¹³; en otras palabras, el derecho siempre encuentra su fundamento o fuente en un hecho social, el cual es determinado en cuanto a su contenido a través de la regla de reconocimiento (práctica social), aunque (eventualmente) la regla de reconocimiento pueda terminar incorporando valores morales o políticos, si estos han sido adoptados como práctica social; y iii) la tesis de discrecionalidad judicial, que plantea en casos en los que el derecho es indeterminado e incompleto, que el juez debe ejercitar su discreción para crear derecho *ex novo* (para el caso concreto); este poder discrecional se

¹² Según Herbert Hart, el derecho está compuesto por reglas primarias, que se ocupan de regular los comportamientos de los individuos, y de reglas secundarias (de reconocimiento, de cambio, de adjudicación), cuyo papel principal es fijar los criterios específicos para aplicar las reglas primarias. De estas reglas secundarias la regla de reconocimiento es la que sirve para identificar el derecho; no es una regla positivizada sino un hecho, una práctica social.

¹³ De acuerdo a la tesis de Hart, la regla de reconocimiento, así como presta una utilidad importante al momento de determinar el derecho, conforme a la tesis de la fuente social del derecho, también lo hace en cuanto a la separación entre derecho y moral, en razón de que la regla de reconocimiento puede incorporar contenidos morales al derecho, aunque ello no siempre suceda.

concreta en la elección de una solución, entre una multitud de alternativas extrajurídicas (Jiménez Cano, 2008).

La escuela no positivista refuta los fundamentos de las tesis del positivismo. Así, i) en relación a la tesis de la fuente social del derecho, cuestiona que la regla de reconocimiento (como criterio delimitador de lo jurídico) solamente tome en cuenta el derecho por su origen o pedigrí (hecho social), lo que equivale a un juicio puramente formal del contenido y validez del derecho, sin tener en cuenta que su validez material deriva de su contenido moral; ii) en relación a la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, se asegura que la determinación de lo jurídico (a partir de la regla de reconocimiento) resulta defectuosa, pues solo atiende a criterios formales y no de validez material, de manera que no sería posible establecer una distinción final entre normas jurídicas y valores morales; y iii) en relación a la tesis de la discrecionalidad judicial, se termina trivializando el poder de elección que tienen los jueces, al momento de determinar el derecho en un caso concreto; se habla de una discrecionalidad en sentido débil (que se da cuando el operador jurisdiccional aplica una regla que prevé una respuesta al caso sometido a jurisdicción), la cual no puede ser una aplicación mecánica, pues siempre exigirá un proceso intelectual complejo (discernimiento); a su vez, se habla de una discrecionalidad fuerte (aplicable en los casos difíciles); sin embargo se impugna que en realidad –en estos casos complejos– el juez cree derecho *ex novo*, pues tal pretensión transgrede los principios básicos de todo el sistema jurídico y político, como es la separación de poderes y la seguridad jurídica (Dworkin, 1989).

Es evidente que la constitucionalización del derecho ha implicado un cambio de paradigma, respecto del positivismo del siglo XX, lo que obliga necesariamente a replantear sus fundamentos. Si la Constitución ha venido a condicionar el contenido, no solo de la legislación sino de la jurisprudencia, la doctrina jurídica y las relaciones privadas, siendo imperativo que toda práctica jurídica, para aspirar a ser válida y legítima, deba serlo también constitucional; todo esto no hace sino corroborar la evidente relación que existe entre derecho positivo y valores morales, éstos últimos incorporados por la Constitución bajo la forma de cláusulas abiertas (art. 3 de la Const.). No podemos afirmar, entonces, que esta relación puede ser meramente contingente.

El positivismo incluyente (incorporacionista) es una suerte de puente entre el positivismo excluyente o fuerte y el neoconstitucionalismo (no positivismo). Sus fundamentos han sido cuestionados al interior del positivismo, e inclusive se ha llegado a señalar que no muestra diferencia sustancial con el no positivismo, como lo pone en evidencia Jiménez Cano (2008), cuando citando a Dworkin, señala “Este acercamiento no ha pasado inadvertido para el propio Dworkin, quien manifiesta su dificultad para apreciar las diferencias entre una teoría del derecho de este signo [positivismo incluyente], por mucho que se califique de positivista, y su propia teoría del derecho” (pág. 203).

No obstante, conviene citar algunos de los argumentos que esgrime el positivismo incluyente, para afirmar su postura positivista. Así, i) en cuanto a la tesis de la fuente social del derecho, se ratifica que la fuente u origen (fundamento) del derecho es el hecho social, sin embargo a diferencia de

Hart, que no diferenciaba entre criterios de existencia y de validez del derecho, considera que estos últimos incorporan hechos sociales y también principios morales¹⁴; ii) en cuanto a la tesis de la conexión entre derecho y moral, mientras el positivismo excluyente plantea una necesaria separación entre estos ámbitos, así como una eventual vinculación contingente; en el caso del positivismo incluyente se afirma la tesis de la “separabilidad”, que sugiere no una separación tajante sino una posibilidad de separación; y iii) en cuanto a la tesis de la discrecionalidad judicial, el positivismo incluyente (a diferencia de la postura excluyente) llega a separar dos espacios en los que podría ejercerse discrecionalidad: el primero, cuando apelando a criterios morales incorporados por el derecho positivo, se puede obtener una sola respuesta para un problema jurídico, en cuyo caso se puede hablar de una suerte de discrecionalidad como discernimiento (como lo predica el no positivismo) y; el segundo, cuando no existen suficientes pautas o herramientas jurídicas que puedan llevarnos a una sola respuesta al problema jurídico, inevitablemente se llega a admitir discrecionalidad en sentido fuerte (Jiménez Cano, 2008).

Para concluir, consideramos que la visión del derecho que más se acomoda a nuestros planteamientos, es la que provee el positivismo incluyente, básicamente, por las siguientes razones:

Es evidente que el derecho positivo no es ni puede ser una obra completa y perfecta, pues existen una serie de ámbitos de la interacción social que no regula. En muchos casos, de forma deliberada, como cuando el mismo

¹⁴ Se entiende desde la perspectiva del positivismo incluyente que los principios morales, como criterios de validez jurídica, quedan incorporados al derecho no solo por su positivización sino por la remisión que la norma hace para tenerlos en cuenta como criterios de determinación del derecho, como ocurre en el caso del artículo 3 de la Constitución Política del Estado.

legislador ha delegado expresamente en el juez la posibilidad de elegir una opción entre muchas alternativas, como sucede en el caso – precisamente– del artículo 1332 del Código Civil, que establece como criterio de cálculo del daño de difícil probanza el principio de equidad, y que en otras palabras significa que se deberá resolver de acuerdo a las circunstancias del caso concreto (caso por caso); empero puede suceder que la indeterminación del derecho no derive de una delegación expresa, sino debido a los defectos lógicos del sistema, porque el material lingüístico empleado en la redacción de la norma resulta poroso, ambiguo o vago (García Amado, 2019; Rodenas, 2012). Como fuere en ambos escenarios estamos frente a espacios en los que el derecho positivo no ofrece respuestas ni estándares de solución uniformes a un problema jurídico.

Si bien aceptamos que el sistema jurídico está impregnado por valores, principios y directrices, sin embargo, aun así, no es posible aceptar la tesis de la completitud del derecho, porque existen espacios en los que los valores derivados de la moral no han adquirido suficiente consistencia jurídica, para arribar a una respuesta unívoca frente a problemas jurídicos específicos. Esto, precisamente, se ha detectado como problema de investigación; la discrecionalidad conferida al magistrado para fijar indemnizaciones por daños a la persona, que eventualmente haya obedecido a lo controvertido del tema, ¿cómo valorar pecuniariamente daños no patrimoniales?, así como a la ausencia de estándares jurídicos plausibles, no ha sido adecuadamente satisfecha por la jurisprudencia, pues las decisiones judiciales han terminado por afectar principios

constitucionales, como la seguridad jurídica, la igualdad, la proporcionalidad y motivación de las decisiones judiciales.

En este escenario, el planteamiento busca restringir el ámbito discrecional del juez, copando el espacio legislativo al que –en su momento– renunció el legislador, e incorporando criterios de valoración de daños a la persona, sustentados en la dignidad humana, la igualdad, proporcionalidad, seguridad jurídica.

Finalmente, siempre bajo una perspectiva positivista, consideramos que este planteamiento aun dejará ámbitos de discrecionalidad en el magistrado, para acomodar el monto indemnizatorio al caso concreto; aunque es evidente que dichos espacios se habrán reducido ostensiblemente.

2.2 MARCO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA

2.2.1 La persona humana como categoría fundamental en el Estado Constitucional

Como lo refiere la doctrina nacional (Espinoza Espinoza J. , 2008; Varsi Rospigliosi, 2014), es ciertamente dudoso el origen etimológico del término persona. Entre los vocablos que posiblemente pudieron haber fungido como antecedente de esta categoría jurídica, tenemos: el etrusco *per-sonare*¹⁵, el etrusco *phersu*¹⁶, el griego *prosopon*¹⁷, entre otros. Como fuere, según las

¹⁵ Hace referencia a la máscara empleada en el teatro para las representaciones escénicas.

¹⁶ Es la máscara empleada en el teatro.

¹⁷ Hace referencia a la cara de adelante.

fuentes citadas, su origen está vinculado al lenguaje teatral, y es de ahí que tras pasar por la filosofía, finalmente, saltó al derecho para identificar al sujeto de derecho como centro de imputación de derechos y obligaciones (Varsi Rospigliosi, 2014).

Jurídicamente hablando, la noción de persona se asocia necesariamente al ser humano, ya sea en forma individual (persona natural) como colectiva (persona jurídica). A decir de Varsi Rospigliosi (2014):

Se es persona por tener calidad humana, lo que confiere aptitud de adquirir derechos y para actuar en el mundo jurídico, aunque no se tenga participación en ninguna relación jurídica. Entonces es la capacidad, la aptitud para llegar a ser sujeto de derecho lo que le atribuye a un ser la calidad de persona. (pág. 224)

Si quisiéramos hacer un símil de la noción que se tiene de persona en el ámbito jurídico, con la otrora noción de persona (como máscara o antecara empleada en las representaciones teatrales), podríamos decir que la cualidad de persona es la cara que permite al hombre, sea de forma individual (persona natural) o colectivamente (persona jurídica), desenvolverse en todos los actos de su vida cotidiana o de relación con su entorno social. Así es, *mutandis mutantis* como la entiende el tratadista argentino Arauz Catex, citado por Espinoza Espinoza (2008), cuando sostiene respecto de la categoría jurídica de “persona”:

La máscara como centro de imputación de derechos y deberes, ésta puede cubrir tanto a un solo hombre

(persona individual), como una colectividad organizada para un fin valioso e inscrita o reconocida por ley (persona colectiva). Dicha imputación teórica se dirige a la máscara, o sea, a la persona. (págs. 163-164)

Ahora, siendo claro que al hablar de persona nos estamos refiriendo a un concepto jurídico, de suma relevancia dentro de las diversas ramas del derecho, son también varias las posturas sobre su naturaleza:

- i)** La teoría formalista, que entiende al término como una construcción normativa, independientemente de la realidad ontológica de la que se trate.
- ii)** Teoría realista, que pone de relieve la naturaleza ontológica del ser hombre, para ser calificado como persona, independientemente de si la norma así la califica.
- iii)** Teoría ecléctica, entiende que tanto la teoría formalista como la realista se complementan y, por lo tanto, se es persona no solo porque el ordenamiento jurídico así lo establece, sino porque se hace referencia al hombre.
- iv)** Teoría tridimensional, defendida en nuestro medio por Fernández Sessarego, y entiende que en la noción de persona se encuentran presentes tres elementos: vida humana, valores que le permiten al hombre decidir y dar un sentido a su vida y la norma que regula la convivencia. Estos tres elementos aparecen conjugados. (Espinoza Espinoza J. , 2008; Varsi Rospigliosi, 2014)

Independientemente de las teorías que explican la naturaleza jurídica de la persona, es evidente que mayoritariamente se la asocia al hombre o al ser humano, en tanto realidad ontológica, y cuya relación con el derecho, la coloca en un lugar preeminente dentro del sistema de valores, principios y reglas que componen el derecho. Fernández Sessarego (2013), sostiene en torno a la importancia de la persona humana en el sistema normativo:

El enunciado contenido en el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993 es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del derecho. (pág. 43)

El mismo Fernandez Sessarego (2015), reflexiona en relación al desarrollo dogmático por el que transitó la noción de persona humana, que el derecho en su conjunto se encuentra en una etapa de evolución o de transición, con una clara tendencia hacia la humanización de los bienes tutelados; cuyo proceso histórico tiene como principio la primera mitad del siglo XX, con el surgimiento de la filosofía de la existencia¹⁸, en la que –a decir suyo– se transforma el paradigma que se tenía del hombre, ya no entendiendo a la razón como la esencia del hombre sino la libertad, lo que le permite desenvolverse y actuar como un ser moral y conforme a un “proyecto de vida” por él elegido. Es, precisamente,

¹⁸ El existencialismo es la corriente filosófica que pregona que la existencia precede a la esencia y que la realidad es anterior al pensamiento; tuvo su origen en el siglo XIX y se prolongó hasta la segunda mitad del siglo XX. Sus exponentes fueron Kierkegaard, Jean-Paul Sartre, entre otros.

la libertad de poder elegir lo que le permite al ser humano constituirse como un ser dotado de una dimensión espiritual (Fernández Sessarego, C., 2013), y lo que finalmente lo hace responsable por sus actos.

A. La dignidad humana y los derechos fundamentales

Resulta del artículo 1 de la Constitución Política del Estado, que, junto a la condición de persona humana, como categoría jurídica capaz de generar todo un sistema superlativo de protección en el hombre, se encuentra a la dignidad, la cual – como viene redactado el texto constitucional– consiste en un ámbito de protección jurídica que no cabría, en absoluto, soslayar y/o transgredir.

En el pasado, la concepción de dignidad humana se vinculó, a partir del pensamiento religioso, con la idea de que el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios (Génesis 1:26). Posteriormente, la idea de dignidad humana se trasladó del origen divino del hombre a la relevancia y distinción de sus capacidades intrínsecas (v.gr. razonamiento, voluntad, etc.), en contraste de lo que ocurre con los animales, las cuales lo convierten en único portador de la dignidad (Seifert, J., 2002).

Por tanto, la distinción del ser humano a partir de sus capacidades únicas se convierte en el fundamento de su dignidad, la cual es concebida como valor absoluto e irremplazable de la persona; de ahí que Emmanuel Kant (2007) diga que:

La razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, y esto no por virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la *dignidad* de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo. (...) La *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. (págs. 47-49)

Por su parte, el filósofo norteamericano Ronald Dworkin (1989)

sostiene que:

Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio, y que elogie a nuestro gobierno por respetarlos, debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto. (pág. 295)

En nuestro medio, se ha puesto de manifiesto en la doctrina la gran dificultad que implica conceptualizar lo que es la dignidad humana. Así, Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio (2013), (no sin hacer notar esta dificultad), sostienen que a la dignidad humana se la puede entender como: i) un mandato de no instrumentalización del ser humano, ii) un atributo o condición inherente a todo ser humano, iii) autonomía personal o capacidad para decidir racional y moralmente, o iv) como una aspiración política normativa; es decir como un “deber ser”. En todo caso, afirman los citados autores que:

La dignidad de la persona humana ha sido colocada como punto de partida, fundamento y horizonte de nuestro sistema jurídico, pues se considera que constituye a la

vez un umbral mínimo sobre lo que debe contener un ordenamiento justo y que su realización es la aspiración máxima para todos los Estados constitucionales. (Gutiérrez Camacho, W. y Sosa Sacio, J, 2013, pág. 25)

El Tribunal Constitucional (2002), por su parte y bajo la misma línea, expone que la dignidad humana “(...) constituye un *mínimum inalienable* que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” (STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC, f. j. 218); lo que se corresponde –por otra parte– con la idea de dignidad humana como fundamento de la ética pública y como valor supremo del Estado (Peces-Barba Martínez, 2004).

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; lo que interpreta el Tribunal Constitucional (2003), en los siguientes términos “(...) la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales” (STC Exp. N° 02209-2002-AA/TC, f. j. 14).

No cabe duda, entonces, que el efecto más importante que genera la cualidad de persona en el ser humano, es su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Numerosos son los instrumentos legales internacionales que reconocen los derechos de la persona, bajo una nomenclatura variada. A

saber, se tiene a la Carta de las Naciones Unidas (1945)¹⁹, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)²⁰, Convención Europea de Derechos Humanos²¹, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²², Convención Americana de los Derechos Humanos.²³

Como antecedentes históricos de los instrumentos internacionales que reconocen los derechos de la persona, se cuenta a la Carta Magna (1215)²⁴, Declaración de Derechos de

¹⁹ La Carta de las Naciones Unidas es adoptada como reacción frente los flagelos de las dos guerras mundiales que azotó a la humanidad. Esta carta es el documento fundacional de las Naciones Unidas como organismo internacional de derecho público de carácter universal, cuyo propósito –entre otros– es mantener la paz y tranquilidad en el mundo. En el preámbulo de este documento se hace expresa referencia a la necesidad de respetar los derechos fundamentales, la dignidad y el valor de la persona humana, de todas las naciones del mundo.

²⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; en ella se recogen por primera vez los derechos humanos fundamentales que deben ser respetados en todo el mundo. En cada uno de sus 30 artículos, se regula los derechos fundamentales de la persona, proscribiéndose cualquier tipo de limitación o restricción.

²¹ La convención Europea de Derechos Humanos fue adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Reconoce los derechos fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros. Se dice que, por su antigüedad y grado de desarrollo, es el más importante sistema de protección de derechos humanos del mundo.

²² La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que regula o reconoce los derechos fundamentales de la persona humana, fue aprobada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, el 07 de diciembre de 2000 en Niza. En su artículo 1 proclama la inviolabilidad de la dignidad humana, en los que siguen, se recogen los derechos fundamentales de la persona, su ámbito de aplicación y modo de interpretación.

²³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada –también– Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

²⁴ La Carta Magna fue el documento que el rey Juan I de Inglaterra, fue obligado a firmar el 15 de junio de 1215, luego de que violara un gran número de leyes y tradiciones antiguas. Si bien la materia que reguló fueron asuntos relevantes del siglo XIII y, finalmente, los compromisos asumidos no fueron cumplidos, tiene importancia en la medida que se constituye en el antecedente de la Constitución inglesa.

Virginia (1776)²⁵, la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (1789)²⁶, entre otros.

El proceso de consolidación de la persona humana como valor supremo de la sociedad, cuyo *minimum irreductible* resulta ser el respecto de su dignidad, ha sido un proceso largo y tortuoso, que sucedió a la versión liberal del Estado de Derecho, cuyo surgimiento se sitúa entre los siglos XVII y XVIII, en contextos político sociales como Inglaterra, Francia y Norteamérica; su resultado fue un sistema jurídico político sustentado en la división de poderes y el respeto de las libertades individuales, lo cual debía ser garantizado por el Estado, bajo un esquema de estricto respeto de la ley. Resulta, entonces, que luego de la segunda guerra mundial, surge la necesidad de reevaluar el paradigma de derecho imperante y sustentado en el culto a la ley, surgiendo así el neoconstitucionalismo²⁷, que trae una nueva configuración del orden jurídico, en el cual no es más la ley el garante del nuevo orden instaurado, sino la Constitución, contándose entre sus características más relevantes, la rigidez de la norma fundamental y el control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias. Son ejemplos de este tipo de orden

²⁵ La Declaración de derechos de Virginia fue el documento acordado por la Convención de delegados de Virginia en 1776, en el marco de la revolución americana, a través de la cual las colonias británicas de Norteamérica lograron su independencia. Se proclama, entre otros, que todos los hombres son libres e independientes por naturaleza.

²⁶ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, en el marco de la revolución francesa, con fecha 26 de agosto de 1789. Define los derechos de la persona y los de la comunidad.

²⁷ Corriente de pensamiento que ha sido llamada también neopositivismo, neoiusnaturalismo, etc.

constitucional, las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978).

Espinoza Espinoza (2008), apunta que los derechos de la personalidad han venido ganando terreno en los textos legales, luego de una áspera y difícil confrontación con una economía que reducía el ámbito de tutela de los derechos a los de contenido patrimonial, dejando de lado los bienes jurídicos relacionados con la personalidad. Se entendía que los derechos de la persona, por encontrarse imbuidos de la filosofía iusnaturalista²⁸, no ameritaban encontrarse regulados en el derecho positivo, por lo que se los dejaba desprotegidos, no solo en el derecho objetivo sino en los foros jurisdiccionales. Clara muestra de esta tendencia es el Código Civil peruano de 1936, que solo reconocía el derecho al nombre y al domicilio. Contrariamente, el Código Civil de 1984, recoge en el Libro de Derecho de Personas, *in extenso* los derechos de la persona, que han tenido trascendencia a lo largo del devenir histórico del derecho, al igual que las Constituciones de 1979 y 1993.

Al ser, como lo dice Fernández Sessarego (2015), el ser humano “una unidad psicosomática, constituida y sustentada por su libertad” (pág. 255); el cual ha sido creado para vivir en sociedad, así como para un cierto espacio de tiempo, que empieza con el nacimiento y concluye con la muerte, debemos

²⁸ Recuérdese que –precisamente– el paradigma positivista sucedió al iusnaturalismo, y entre sus más importantes aportes se encuentra, haberle dado a la ciencia o teoría del derecho, la necesaria claridad sobre el objeto de estudio (fenómeno jurídico), entendido como el derecho formal traducido en la legislación.

asumir que la afectación de uno o más de estos ámbitos de protección (soma, psique, vida en sociedad, libertad), implica la afectación o anulación de sus derechos personales o subjetivos (Fernández Sessarego, C., 2015).

Son numerosos los nombres que se le ha dado a estos derechos: derechos innatos, derechos de estado, derechos esenciales, subjetivos, originarios, fundamentales, del hombre, de la persona, etc. (Varsi Rospigliosi, 2014), lo que, sin embargo –para efectos prácticos– no tiene mayor relevancia. Empero, si es importante entender que los derechos de la persona (en su conjunto) representan una institución que sirve para hacer valer la dignidad de la persona como fin supremo de la sociedad, y hacer factible que éste alcance su plena realización o proyecto vital (Varsi Rospigliosi, 2014).

Se puede decir, entonces, sin temor a equivocarnos que los derechos fundamentales nacen a partir de la dignidad, y su satisfacción –a su vez– redundan en la satisfacción de la dignidad humana.

B. La eficacia de los derechos fundamentales

Se afirma que los derechos fundamentales derivan de la dignidad humana, por lo que al ser ésta el fin supremo de la sociedad y del Estado, se entiende que la satisfacción de estos derechos implica –finalmente– el respeto de su dignidad.

La dignidad humana se proyecta de forma universal y exige su satisfacción a la sociedad, ya sea jurídicamente organizada

(Estado) o a la sociedad como conjunto de personas individualmente reconocidas (sociedad en sentido lato). Además, marca el derrotero de la eficacia de los derechos fundamentales, que se proyecta en un plano vertical, cuando se refiere a la exigencia hecha al Estado, y horizontal cuando se exigen frente a cualquier particular.

En efecto, los derechos fundamentales irradian todo el sistema jurídico, a través de una fuerza expansiva, como lo destaca Prieto Sanchís (2004), cuando afirma:

[El derecho constitucional] ya no disciplina únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hace operativo en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. (Prieto Sanchís, 2004, pág. 51)

El Tribunal Constitucional ha desarrollado con amplitud el tema de la eficacia de los derechos fundamentales, en reiterada jurisprudencia. Se ha precisado que la eficacia horizontal o *inter privatos* se desprende, por un lado, del deber contenido en el artículo 38²⁹ de la Constitución, referido al respeto y cumplimiento de lo dispuesto en todo el texto constitucional; y, por el otro, del principio y derecho de la dignidad humana como

²⁹ Artículo 38.- Deberes para con la patria

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

exigencia universal (Tribunal Constitucional, 2006, STC Exp. N° 06730-2006-PA/TC, f. j. 9). Asimismo, se ha expresado:

Al respecto cabe señalar que el Estado Social y Democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical –frente a los poderes del Estado– y horizontal –frente a los particulares–. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros–recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional. (STC Exp. N° 10087-2005-PA/TC, f. j. 3)

El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales apertura una zona de convergencia entre el derecho privado y el derecho público, en tanto las relaciones privadas tendrían un margen de control constitucional cuando se trate de exigencias sustentadas en derechos fundamentales como principios legitimadores (Mendoza Escalante, 2005); y, su fundamento subyace, pues, “en ese efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) que es, a su vez, una consecuencia de la fuerte rematerialización que incorporan los derechos” (Prieto Sanchís, 2004, pág. 52).

A su vez, la eficacia vertical de los derechos fundamentales se presenta como la exigencia de respeto y satisfacción de estos derechos frente a la actuación estatal.

En suma, mientras las relaciones entre privados demarcan la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, las

relaciones de poder Estado-persona hacen lo propio con la eficacia vertical de estos derechos (Mendoza Escalante, 2005).

2.2.2 Daño a la persona y derechos fundamentales

No resulta claro en la doctrina, el momento en el que aparece o se configura el daño extrapatrimonial (en el derecho europeo), aun cuando se conoce que lo hizo bajo la nomenclatura de daño moral, habiendo sido el pionero el derecho francés (De Trazegnies, 1990; Díez-Picazo, 2011). Se afirma, sin embargo, que fue el alemán Samuel Pufendor, de la escuela del derecho natural, quien postuló por primera vez que el daño resarcible debía incluir la reparación del padecimiento del espíritu, la *pecunia doloris* (Galgano, F., 2105).

De cualquier forma, originalmente, se identificaba al daño extrapatrimonial como daño moral subjetivo, el cual era resarcido en casos muy excepcionales. Así lo confirma la doctrina, cuando señala que la posibilidad de indemnizar los daños no patrimoniales estuvo marcada por la presencia de una conducta ilícita de contenido penal (Vettori, 2012; De Trazegnies, 1990), pues el artículo 187, segundo párrafo,³⁰ del Código Penal italiano, daba la impresión de habilitar la tutela resarcitoria solo cuando se hubieren causado daños patrimoniales o no patrimoniales, como consecuencia de la comisión de un delito. Este mismo rasgo se

³⁰ **Artículo 185, segundo párrafo, del Código Penal italiano**

(...)

Todo delito que ha causado un daño patrimonial o no patrimonial obliga a repararlo y a la persona que, conforme las normas civiles, deben responder por el hecho de este.

observó en el derecho alemán, cuyo Código Civil, en su sección 253³¹, preveía la posibilidad de indemnizar o resarcir el daño no patrimonial “solo en los casos determinados por ley.

El daño a la persona fue estudiado, preponderantemente, en sus inicios en Italia (años 80), como lo asegura Fernández Sessarego (2015), quien –por cierto– la introdujo en la doctrina y la legislación nacional. Antes de este periodo (en relación a los años 70 del siglo XX), la responsabilidad civil –en el derecho italiano como el resto que sigue la tradición continental– brindaba una valoración privilegiada al daño patrimonial (Marini, 2012).

El artículo 2059 del Código Civil italiano,³² que es el que disciplina la reparación de los daños no patrimoniales, no hace una clasificación de estos, menos hace directa alusión al daño a la persona. Es, básicamente, la doctrina y jurisprudencia la que le ha dotado de contenido. Ha sido, pues, el análisis y consecuente desarrollo dentro del ámbito constitucional, el que ha traído a la luz (en el derecho italiano) la noción de daño no patrimonial identificado como daño a la persona, al interpretarse que el citado artículo 2059 del Código Civil, no puede aplicarse al margen del

³¹ **Sección 253 del Código Civil alemán**

El daño no patrimonial es resarcible solo en los casos determinados por la ley.

Es también indemnizable el daño corporal, a la salud, a la libertad o cualquier daño no pecuniario, en una suma razonable.

³² **Artículo 2059 del Código Civil italiano**

El daño extrapatrimonial (no patrimonial) debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.

artículo 32³³ de la Constitución, la cual establece como uno de los deberes fundamentales del Estado, la protección de la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad, así como que la ley –en ningún caso– podrá violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana.

Se aprecia, entonces, que de manejarse una idea restringida de daño extrapatrimonial (daño moral), limitada a la afectación psicológica pasajera; a partir del año 2003, vía una lectura o interpretación constitucional del artículo 2059 del Código Civil (casaciones 8828 y 8827), se extendió el concepto de daño extrapatrimonial (persona), al daño moral subjetivo, daño biológico en sentido estricto y daño derivado de la lesión a otros intereses de rango constitucional inherentes a la persona (Koteich Khatib, 2012), lo que implicaba ya la aceptación de un concepto amplio de daño a la persona, que comprende no solo la afectación sentimental del ser humano, sino ámbitos de protección como su dimensión física y existencial (vida de relación).

De este modo, ha sido la jurisprudencia la que ha llevado a configurar al daño a la persona como un daño resarcible autónomo, prescindiendo de que el damnificado tenga capacidad para obtener

³³ **Artículo 32 de la Constitución italiana**

La república protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes.

Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

ganancias e independientemente de que haya desarrollado actividades tendientes a obtenerlas (Calvo Costa, 2003).

Según Vetori (2012), este proceso de evolución nos conduce (en el contexto jurídico italiano) a una importante conclusión:

El sistema [de responsabilidad civil] se articula en una partición binaria y se diferencia por el tratamiento del interés protegido. El daño patrimonial es caracterizado por una atipicidad que se articula en la hipótesis en que es lesionado un interés jurídicamente relevante, el daño no patrimonial es reconocido en hipótesis típicas previstas por la ley o en caso en que se lesione un derecho inviolable de la persona. (pág. 57)

Posteriormente, el concepto de daño no patrimonial fue expandiéndose aún más, por obra de la Corte de Casación italiana en el año 2006 (Casación 6572), cuando se introdujo el concepto de daño existencial, al cual define como:

Todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior. (Koteich Khatib, 2012).

Pero esta tendencia expansiva del daño extrapatrimonial no se ha encontrado ni se encuentra al margen de un fuerte debate, pues si bien se acepta que el daño a la persona abarca: el daño biológico o a la salud, daño psicológico y daño existencial; existe resistencia a admitir este último, en el sentido de que no es razonable que simples alteraciones del estado de ánimo, de tranquilidad o placidez, justifiquen la obligación de indemnizar.

La Corte Constitucional italiana, dentro de esta problemática, ha establecido como solución un estándar o criterio constitucional para determinar qué derechos o intereses de la persona, deben ser indemnizados (tutelados). Se ha asumido, entonces, como regla definitoria la necesidad de realizar un balance entre los principios en pugna, el de la solidaridad hacia la situación de la víctima y el de tolerabilidad. Por tanto, se ha concluido que solamente son resarcibles los perjuicios serios y de una magnitud grave, bajo una ponderación de intereses. Acota a este respecto Giovanni Marini (2012), que “La Constitución se ha convertido en un límite en el sentido que solamente la lesión de los intereses que pueden ingresar en el área de los valores como derechos inviolables, encuentran reparación” (pág. 90).

En el derecho francés, por otra parte, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del artículo 1382³⁴ del Código Civil francés de 1804, ha terminado por admitir como resarcibles, no solo los daños patrimoniales y extrapatrimoniales (daño moral), tradicionalmente aceptados, sino también los daños a la persona, el cual –a su vez– involucra una vasta tipología de daños. Así, se acepta de modo similar la indemnización o reparación de los daños a la persona, dentro de los que se ubica a los daños en puridad corporales, que implican una lesión al ser humano (unidad psicosomática), los daños morales, entendidos como daños que se

³⁴ **Artículo 1382 del Código Civil francés**

Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo

traducen en dolor o sufrimiento y los daños a la amenidad, que –a nuestro modo de ver– constituiría (estos últimos) la versión francesa de los daños existenciales, que implican la alteración de la práctica de un actividad específica, como los deportes o las artes, o simplemente de la comodidad o los placeres. Así, lo explica Philippe Brun (2015), cuando afirma:

De hecho, la lista de daños extrapatrimoniales relacionada con el daño corporal no ha dejado de crecer en los últimos años. El famoso *pretium doloris* (precio del dolor) que tiene en cuenta el sufrimiento físico de la víctima antes de la consolidación de su estado, el daño estético pasando por el perjuicio sexual y, sobre todo, por el daño de amenidad. (pág. 219)

Esta doctrina clasifica a los daños morales en dos tipos: i) el daño de afectación, que no es sino el clásicamente llamado daño moral (pena, tristeza, sufrimiento) y ii) el daño por afectación de los derechos de la personalidad, resultante del atentado a la imagen, la privacidad, la presunción de inocencia, el derecho al nombre, etc. (Brun, 2015).

En Latinoamérica, por su parte, las tendencias europeas han sido acogidas, en algunas latitudes con mayor entusiasmo que en otras; en todo caso, se ha seguido la línea orientada a darle autonomía al daño moral, de un lado, y receptor en esta categoría a una variedad de manifestaciones de daño a los atributos de la personalidad, de otro lado.

Así, se habla en Colombia como modalidades de daño moral (daño extrapatrimonial), de daño psicológico o espiritual (transitorio) y de

daño fisiológico (psicopatológico permanente y físico), llamado también como daño a la vida de relación (Álvarez Pérez, A., 2015; Tamayo Jaramillo, J., 2015).

Se habla en Uruguay como modalidades de daño moral (extrapatrimonial), de daño traducido en dolor o aflicción (sufrimientos, molestias, pena) y el daño a la vida de relación social (perjuicio estético, sexual, juvenil, recreativo, físico, etc.) (Mariño López, 2015).

En nuestro país, la noción de daño a la persona no es distinta a la de aquellos sistemas que admiten el daño extrapatrimonial, entendido indistintamente como daño moral, daño a la persona, entre otras denominaciones (daño existencial, daño al proyecto de vida, vida de relación, etc.), concebido no solamente dentro de un marco de protección legal sino constitucional.

Es evidente que, si se afecta o lesiona derechos fundamentales relativos al hombre y/o mujer, resulta no ser sino una obviedad que se atenta contra el valor constitucional supremo que proclama el artículo 1 de la Constitución Política del Estado; esto es, el valor persona humana y el ámbito irreductible de su protección, su dignidad. Frente a ello, el sistema jurídico no tiene otra opción sino reaccionar, como lo anota Fernández Sessarego (2013), cuando precisa que la defensa y protección de la persona humana, en primer lugar, debe ser preventiva, y para lo cual se cuenta en el caso peruano con el artículo 200 de la Constitución Política de

1993, que regula las acciones de habeas corpus y amparo, así como la acción inhibitoria, regulada en el artículo 17 del Código Civil de 1984.

Pero agrega Fernández Sessarego (2013), que la defensa de la persona, aparte de preventiva, debe ser unitaria e integral, y en este sentido se hace referencia a la tutela resarcitoria, cuando naturalmente se ha afectado cualquiera de los atributos o bienes jurídicos que componen la personalidad del ser humano, llámese libertad, vida, integridad física y psíquica, identidad personal, intimidad personal y familiar, etc.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional (2007) ha puesto de manifiesto que es un principio jurídico esencial, que todo aquel que causa daño a otro está obligado a indemnizarlo (STC Exp. N° 1776-2004-AA/TC, f. j. 50). Los daños que involucra la afectación de los derechos de la personalidad, por su naturaleza serán *prima facie* de naturaleza extrapatrimonial, aun cuando indirectamente es posible que generen, a la vez, consecuencias patrimoniales (verbigracia, si como consecuencia de una lesión en el brazo, la víctima tuvo que dejar de trabajar y percibir su salario durante un mes).

Por tanto, debemos concluir en que la institución jurídica de daño a la persona, más allá de encontrarse regulada en el artículo 1985 del Código Civil, tiene carta de ciudadanía en la Constitución Política, por llamarlo de algún modo, al implicar el atentado de derechos

fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución Política del Estado.

Buena parte de la constitucionalización de los derechos de la persona se debe a la necesidad de proteger a la persona como fin supremo de la sociedad y razón de ser de todo el sistema jurídico, reconocido así por las constituciones modernas y, por lo tanto, capaces incluso de derrotar el ejercicio de otros derechos de igual naturaleza (Cristie, G. C., 2013).

Bajo esta premisa, se acepta sin ninguna duda que la tutela resarcitoria o indemnizatoria de estos derechos es también un derecho de orden constitucional. Precisamente, en esto radica la influencia del derecho constitucional en esta rama del derecho privado, al haberse configurado la responsabilidad civil como un sistema de protección legal de derechos fundamentales.

Tiene mucha razón Nestor Sagües (2006) cuando dice que no todos los temas del mundo jurídico son captados por el derecho constitucional, pues la mayor parte de asuntos del derecho privado no son de competencia del derecho constitucional, aun cuando se advierta una paulatina y mayor constitucionalización de temas de derecho privado. Agrega, el derecho a la reparación de los daños es una buena muestra de este fenómeno, que habría atravesado por distintos estadios. En un primer momento, al que llama derecho constitucional de primera etapa, se refiere al reconocimiento del derecho a la indemnización en casos de expropiación (textos

constitucionales liberales del siglo XVIII, como el caso de la constitución norteamericana de 1787). Una segunda etapa corresponde al momento en que se reconoce el derecho a obtener una indemnización por error judicial (Constitución Política del Estado del Perú de 1933). Una tercera etapa está representada por las constituciones que reconocen el derecho a obtener una indemnización cuando se afecte derechos liberales y sociales, como el honor, la imagen, domicilio, el medio ambiente, etc. Y, finalmente, una cuarta etapa de reconocimiento del derecho a obtener una indemnización por lesiones a los derechos fundamentales, la cual sin embargo proviene desde afuera de los ordenamientos jurídicos nacionales. Es la etapa en la que los tratados y/o convenciones internacionales reconocen el derecho de las víctimas de obtener la indemnización por daños sufridos por la vulneración de sus derechos fundamentales (Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, la Convención contra la tortura, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, entre otros). Este derecho ha sido constitucionalizado al interior de cada orden jurídico nacional, por obra de su incorporación al derecho doméstico (Sagües, N, 2006).

En la Constitución Política de nuestro país, es claro que existe un marco normativo de regulación (de rango constitucional) del derecho a la reparación o indemnización de los daños, aunque marginalmente la norma se refiera –solamente– a los casos

puntuales de daños al derecho de propiedad expropiada y al caso de errores judiciales o privaciones de la libertad arbitrarias (arts. 70³⁵, 139, inc. 7³⁶ de la Const.). No obstante, es evidente que si existe norma constitucional expresa que dota de rango constitucional al derecho a obtener una justa indemnización en supuestos de afectación de derechos constitucionales como la libertad, eventualmente, presunción de inocencia, honor, la vida, entre otros, que se pueden ver comprometidos por razón de un error judicial, así como el derecho de propiedad en caso de expropiación, no se encuentra razón alguna para no hacer extensible la categoría de derecho de rango constitucional, a una justa reparación o indemnización, cuando se vean comprometidos otros derechos subjetivos constitucionales no contemplados de forma expresa.

Asimismo, es pertinente citar sobre este tema, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los

³⁵ **Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad.**

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

³⁶ **Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional**

(...)

7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

casos “María Elena Loayza Tamayo vs. Perú”³⁷ y “Alberto Cantoral Benavides vs. Perú”³⁸

2.2.3 Implicancia de la reparación y/o indemnización de daños en algunos de los principios constitucionales

Uno de los temas importantes al tiempo de fijar indemnizaciones en supuestos de afectación de derechos o intereses protegidos, es precisamente su medición. Tradicionalmente, la cuantificación de daños patrimoniales no ha generado mayor debate, pues el cálculo ha obedecido a la magnitud del perjuicio o menoscabo económico sufrido por la víctima. Empero, lo que sí es un asunto en demasía controversial es la cuantificación de daños extrapatrimoniales, llámese daños morales, daños personales, daños al proyecto de vida, daños biológicos o corporales, entre otros.

La norma que regula la fijación de indemnizaciones es, básicamente, el principio de reparación integral, prevista en los artículos 1321³⁹ y 1985 del Código Civil, que establecen *mutandis*

³⁷ Caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sentencia del 17 de septiembre de 1997, en el que se encontró responsable al Estado peruano, por haber violado el derecho a la libertad personal, integridad personal, las garantías procesales en el doble juzgamiento al que fue sometida (fuero militar y civil) por traición a la patria y terrorismo; asimismo, se ordenó que el demandado Estado peruano la ponga inmediatamente en libertad y le pague una indemnización por los daños.

³⁸ Caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sentencia del 18 de agosto de 2000, en el que se encontró responsable al Estado peruano por haber violado el derecho a la libertad personal, integridad personal, garantías procesales (fuero militar y civil), cuando fue juzgado por traición a la patria y terrorismo. Se ordenó que el Estado peruano le pague una indemnización por los daños sufridos.

³⁹ **Artículo 1321.- Indemnización por dolo; culpa leve e inexcusable**

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

mutantis que el daño comprende no solo la lesión del derecho o interés protegido, sino sus consecuencias. No obstante, en el caso de daños de difícil cuantificación, sea por su naturaleza o difícil probanza, como resultan ser los daños no patrimoniales, el artículo 1332 del código citado, establece como criterio de valoración el principio de equidad.

De acuerdo al planteamiento del problema la aplicación del principio de equidad, por su carácter de norma principio (derivado, a su vez, del principio de igualdad), es insuficiente para garantizar indemnizaciones proporcionales, predecibles y eventualmente justas. Frente a la ausencia de normas de desarrollo o concreción del citado principio, la labor del juez termina por ejercerse con un alto grado de discrecionalidad, hasta cierto punto intolerable, como lo demuestran los casos judiciales trabajados en la problematización de la investigación, que claramente muestra la afectación de principios constitucionales de primer orden, como el de igualdad, seguridad jurídica y motivación de las resoluciones judiciales.

Es por ello que en las líneas que siguen nos hemos ocupado de hacer un bosquejo general de lo que se entiende por cada uno de

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

estos principios jurídicos fundamentales, que se ven afectados con la situación detectada en el problema de investigación.

A. El principio de igualdad

El principio derecho de igualdad alcanza su fundamento en la propia naturaleza humana, de acuerdo a la cual todos los seres humanos participan de la misma condición como seres libres y racionales (García Toma, 2013). Es evidente la conexión de este principio general del derecho con el de dignidad humana, pues al cual por ser la persona humana el fin supremo de la sociedad, resulta ser una premisa implícita que todos merecemos el mismo trato, independientemente de la condición étnica, económica, social, religiosa, entre otras razones, que eventualmente nos diferencien a unos y otros.

El principio y derecho de igualdad ante la ley se encuentra positivado en el artículo 2 inciso 2)⁴⁰ de la Constitución Política del Perú. Esta doble condición implica que, “[e]n cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico” (Tribunal Constitucional, 2004, STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC, f. j. 20).

Mientras que, “[e]n cuanto derecho fundamental, constituye el

⁴⁰ **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona**

Toda persona tiene derecho:

(...)

1. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario” (Tribunal Constitucional, 2004, STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC, f. j. 20).

Al respecto, Francisco Eguiguren Praeli (1997) apunta que:

Al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. (pág. 63)

Una eventual afectación de la igualdad, necesariamente, está relacionada con la afectación de otros derechos (v. gr. libertad de empresa, trabajo, etc.), por lo que posee un carácter correlacional que permite con su satisfacción la de otros derechos que la Constitución garantiza y, *contrario sensu*, con su afectación la de otros derechos de similar naturaleza (Tribunal Constitucional, 2006, STC Exp. N° 00004-2006-PI/TC, f. j. 122). En ese sentido, se dice que:

Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con -o más bien- en la regulación, ejecución o aplicación del acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por sólo poner unos ejemplos. (García Morillo, 1991, pág. 144)

El principio de igualdad, de otra parte, exige que el Estado asuma una posición negativa o abstencionista y otra positiva o intervencionista (García Toma, 2013). La vinculación negativa está referida a tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, quedando proscrita cualquier forma de discriminación; mientras que la vinculación positiva está referida a las acciones afirmativas sobre determinados sectores poblacionales como la discriminación positiva.

Asimismo, cabe distinguir la igualdad en la ley de la igualdad ante la ley. Por la primera manifestación, la actividad del legislador se limita por el respeto a la igualdad, encontrándose prohibido establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. La segunda manifestación, se constituye como límite a la actividad de los órganos administrativos y jurisdiccionales, los cuales, al momento de aplicar la ley, lo deben hacer sin establecer diferencias a situaciones manifiestamente iguales (Eguiguren Praeli, 1997).

El principio de igualdad es, en suma, la exigencia jurídico-moral de no efectuar trato diferenciado entre los seres humanos que comparten situación de igualdad; mientras, por el contrario, exige tratar de forma diferente a los seres humanos que tienen una situación desigual.

B. La seguridad jurídica

El principio de la seguridad jurídica no está reconocido expresamente en el texto constitucional peruano; sin embargo, el Tribunal Constitucional (2003) ha dicho al respecto que:

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. (STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC, f. j. 3).

Asimismo, el intérprete constitucional (2014) ha expresado que:

El principio predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales. Si bien el principio constitucional de seguridad jurídica no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, ello no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un principio constitucional implícito que se deriva del Estado constitucional de derecho (artículos 3 y 4.3 de la Constitución). (STC Exp. N° 03950-2012-PA/TC, f. j. 7).

La seguridad jurídica, en el sentido que es pertinente para la investigación, se puede definir como la posibilidad de los justiciables de prever el resultado del litigio, según las normas jurídicas establecidas. Pero no se conforma solo con la necesidad de predecir eventos, controlar riesgos y programar la estabilidad de las relaciones humanas, pues además requiere que el resultado de esa predictibilidad (decisión judicial) sea un

producto aceptable, acorde con los derechos fundamentales (Sagües, 1997).

De otra parte, la seguridad jurídica no puede alcanzar niveles absolutos, por lo que siempre será un fenómeno gradual, habida cuenta que no existe un régimen normativo que haya logrado obediencia completa o eficacia plena, sin que ello sea impedimento para que todo ordenamiento jurídico pretenda alcanzar la seguridad jurídica como una aspiración total (Cea Egaña, 2004).

En efecto, la seguridad jurídica supone la correcta interpretación normativa, uniforme y estable, en respeto al principio de igualdad, la jerarquía normativa, entre otras (Cea Egaña, 2004); todo ello con la finalidad de alcanzar previsibilidad o predictibilidad respecto a las expectativas jurídicas razonablemente fundadas, es decir aquellas que se sustentan *prima facie* en el ordenamiento jurídico (Lifante Vidal, 2013).

Lo expresado es evidencia clara de que la seguridad jurídica es un principio que se vincula muy estrechamente con el de predictibilidad en la función jurisdiccional, pues ambos se implican mutuamente. Así, se podrá predicar de una justicia tributaria de la seguridad jurídica, si las decisiones jurisdiccionales son predecibles; así como que se hará lo mismo de una justicia predecible, si existe seguridad jurídica en

la naturaleza y sentido de las decisiones, con base en el derecho objetivo y el respeto del debido proceso.

C. La motivación de las decisiones judiciales

Según Ariana Deho (2013) “La introducción del deber de motivar las sentencias va de la mano con la evolución del moderno Estado de Derecho, uno de cuyos postulados es el sometimiento de todo órgano depositario de poder a la normativa vigente” (pág. 76). Agrega que la obligatoriedad de la motivación de las sentencias nace el 24 de agosto de 1790, cuando como consecuencia de la revolución francesa, la Asamblea Nacional francesa aprueba la ley de la nueva organización judicial revolucionaria (Ariano Deho, E., 2013). El deber de motivar las decisiones, entonces, tiene sustento o basamento en el sometimiento del pueblo francés (incluyendo la jurisdicción) a la ley.

La disciplina del razonamiento jurídico exige que la construcción de las decisiones judiciales esté siempre acompañada de estándares de lógica y adecuada justificación de los argumentos (Figueroa Gutarra, 2014). La lógica en el derecho se encarga de garantizar la validez formal de las premisas; esto es sus asertos, mas no garantiza la verdad material de ellas; por esta razón, el razonamiento judicial requiere además de argumentos que otorguen o desmientan la validez material de las premisas discutibles (Figueroa Gutarra, 2014).

La debida motivación de las decisiones judiciales, se presenta así, como un principio derecho contemplado en el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política, cuyo contenido está delimitado, por supuestos típicos de afectación de este derecho: a) inexistencia de motivación o motivación aparente, b) falta de motivación interna del razonamiento, c) deficiencias en la motivación externa, d) motivación insuficiente o sustancialmente incongruente, e) motivaciones cualificadas (Tribunal Constitucional, 2008, STC Exp. N° 00728-2008-PH/TC, f. j. 7).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional (2011) afirma que:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que la administración exprese las razones o justificaciones objetivas que la lleva a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. (STC Exp. N° 03891-2011-PA/TC, f. j. 19)

Autorizada doctrina asegura que la motivación de las decisiones jurisdiccionales cumple hasta tres funciones: i) una función preventiva de los errores, pues al exigírsele al juez que dé las razones de su decisión (en la resolución), le permitirá analizar la racionalidad, legalidad y validez de sus argumentos; ii) una función endo procesal o de garantía de defensa, pues contar con las razones o fundamentos de una decisión de primer grado, permitirá abrir o reabrir un debate en segunda instancia, respecto de los extremos que el impugnante decida cuestionar mediante los recursos; y iii) función extraprocesal o

democrática, en razón de que las decisiones judiciales son pasibles de crítica por los miembros del colectivo, sin perjuicio de que son obligatorias y de ineludible cumplimiento, lo que termina constituyendo una garantía de publicidad e interdicción de la arbitrariedad (Ariano Deho, E., 2013).

En síntesis, lo que la debida motivación exige es que las resoluciones judiciales, sean fundamentadas de acuerdo a las premisas normativas y fácticas pertinentes a la controversia, siguiendo una secuencia lógica que permita dilucidar una decisión acorde a derecho, pero además que las premisas fácticas y normativas puedan ser corroboradas a través de un discurso racional argumentativo. Constituye, por tanto, también una garantía de la correcta aplicación del derecho objetivo.

2.3 LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO MECANISMO DE TUTELA DE LAS VÍCTIMAS

2.3.1 Fundamentos de la responsabilidad civil

El estudio de la responsabilidad civil hace necesario abordar y desarrollar aspectos importantes de las más prominentes teorías que se han formulado en torno a las bases axiológicas del derecho de daños. Es evidente que el objeto de esta área del derecho tiene como propósito resarcir adecuadamente los daños sufridos por las víctimas, los que por su origen rebasan el ámbito de las conductas ilícitas (culposas), en las que es claramente identificable al agente causante y quien estaría llamado a responder por ellos. Se habla en cambio de daños sociales, en los que no es posible identificar al

causante, de manera que la cuestión en estos casos es –en principio– a quién adjudicar estos daños y –luego– justificar los fundamentos que se emplea para tal propósito (Rosenkrantz, C., 2005)⁴¹.

Sobre el particular, asegura Jorge Fabra Zamora (2013), que mientras en el derecho continental, del cual ha heredado la base dogmática el derecho latinoamericano, el movimiento codificador del siglo XIX quitó a esta materia la vitalidad intelectual que tuvo durante la modernidad⁴². Este panorama fue completamente diferente en el derecho anglosajón, pues en dicho medio la tradición de pensar filosóficamente la responsabilidad extracontractual, sobrevivió al formalismo y al realismo, lo que aparentemente tendría su razón de ser en el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la Economía (Fabra Zamora, J., 2013, pág. 25). Los protagonistas de esta discusión filosófica son los representantes de la teoría del AED, representados por Ronald Coase, Guido Calabresi, Richard A. Posner, entre otros, de un lado, y los representantes de la teoría que sustenta la responsabilidad extracontractual en la justicia correctiva, cuyos principales exponentes son Jules Coleman y Ernest J. Weinrib.

⁴¹ A este respecto Rosenkrantz es crítico respecto de la posición que aconseja que los fundamentos de la responsabilidad civil, en tema de daños sociales, pueda ser la justicia correctiva.

⁴² En esta época tuvo lugar la Ilustración, que fue un movimiento cultural e intelectual, que produjo profundos cambios culturales, sociales y políticos. Uno de ellos fue la revolución francesa, en 1789.

A. Fundamentos de la responsabilidad civil en el derecho continental

Estimamos que la razón del entumecimiento intelectual que sufrió el derecho continental, en cuanto se refiere al estudio filosófico de la responsabilidad civil, se ha debido básicamente a la consagración de un cuerpo normativo (bajo el paradigma positivista)⁴³ del que se asumía, podía dar solución a todos los problemas sociales, y del cual el juez se limitó a aplicar las normas o mandatos⁴⁴, sin poder siquiera interpretarlas o darles un sentido distinto que pueda adecuarse mejor al cambio social. Por su importancia en la tradición romano germánica, este modelo de desarrollo dogmático fue importado por gran parte de legislaciones en el mundo, incluida Latinoamérica. En este sentido, desde la perspectiva del derecho continental clásico, el único sustento filosófico para la responsabilidad extracontractual es la existencia de una conducta culposa que haya causado daño (Bianca, C.M., 1997; Visintini, 1999); lo que por cierto se verifica del Código Civil francés de 1804, que reguló como fuente de las obligaciones, a los contratos, los

⁴³ Como se sabe, el positivismo se forjó a partir del siglo XIX, habiendo aparecido en sus inicios como una fuerte orientación ideológica, al que se conoce como el positivismo ideológico, cuyo carácter definitorio era que el derecho tenía naturaleza normativa y por lo cual debía ser obedecido. Se tiene además al positivismo teórico, entre cuyos planteamientos más importantes, se tiene al carácter imperativo del derecho, su completitud y ausencia de lagunas o defectos lógicos, así como la función lógica y mecánica del juzgador. Aparte de estas dos líneas teóricas el positivismo jurídico admite una postura más moderada frente al elemento ideológico, llamado positivismo metodológico, y cuyo principal matiz es acometer el estudio del derecho como una teoría científica, prescindiendo de todo tipo de valoración sobre su contenido.

⁴⁴ En el siglo XIX se afirmaba que el juez no era más que la boca de la ley, por lo que tenía un poder casi nulo al momento de exponer su criterio o sentido de justicia al de resolver, pues se limitaba a realizar un juicio de subsunción de los hechos en la norma positiva.

cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos; todas bajo la impronta de un tipo de responsabilidad civil sustentada en la culpa.

En ese sentido, Pablo Suárez (2013) anota que:

El desarrollo teórico propio de países de tradición continental ha encontrado por lo general una única justificación filosófica para la responsabilidad extracontractual: la existencia de culpa o motivo de reproche en el actuar del agente, y solo cuando dicha conducta censurable a su vez deriva en un daño a terceros. (pág. 155)

Esto, sin embargo, no quiere decir que en el ámbito del derecho continental no hayan existido planteamientos tendientes a mostrar la insuficiencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, lo que se ha debido a la insuficiencia de la culpa para responder a la problemática de los daños producidos por conductas lícitas, como lo advierte la doctrina (De Trazegnies Granda, F., 2015), que agrega “Esta teoría de la culpa no pudo soportar la inflación de riesgos que es propia del mundo moderno” (De Trazegnies Granda, F., 2015, pág. 31), y prosigue:

Todo ello lleva a una objetivación de la responsabilidad por dos caminos: uno más tímido, más tradicional; el otro más osado, pero también más espinoso. El primero consistió en mantener la teoría de la culpa, pero invirtiendo la carga de la prueba; el segundo consistió en formular una nueva teoría que se denominó de responsabilidad objetiva (De Trazegnies Granda, F., 2015, pág. 31)

Empero, si este panorama se vivió en el ámbito del derecho continental, en el que tradicionalmente la culpa fue el

fundamento base de la responsabilidad civil, en los países del *common law*, ha existido y aún persiste un profundo debate acerca de cuál es el fundamento filosófico último del deber de responder por los daños causados a las víctimas, debate en el que la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, han tenido un protagonismo similar (Suárez, P., 2013).

B. Fundamentos de la responsabilidad civil en el derecho anglosajón

Previamente a abordar las dos líneas teóricas que caracterizan los estudios axiológicos de la responsabilidad en Norteamérica, conviene citar –con fines ilustrativos y de ubicación en contexto– lo que a juicio de Coleman y Mendlow (2013), viene a constituir el caso típico o paradigmático de daño y acción dañosa, según una u otra escuela. Señalan que quienes adoptan la teoría del AED (punto de vista instrumental de la responsabilidad civil), asumen que el hecho dañoso paradigmático es el accidente, y la conducta ilícita paradigmática es la negligencia; mientras que los que abrazan las teorías de la justicia correctiva, entienden que el hecho dañoso básico o típico es el acto ilícito, y el ejemplo paradigmático es un daño intencional (Coleman, 2013).

a) Teoría del Análisis Económico del Derecho

En Estados Unidos de Norteamérica (tradición anglosajona), el primer movimiento de gran envergadura que tomó la vocería de la responsabilidad civil

extracontractual estuvo representado por el AED, cuyos primeros representantes fueron de Ronald Coase y Guido Calabresi, seguidos luego por Richard A. Posner, entre otros, quienes más allá de algunas diferencias de matiz en sus planteamientos, comparten aspectos centrales sobre el estudio de la responsabilidad civil, como la relevancia de principios y métodos de la economía a la hora de administrar los daños sufridos por las víctimas, los cuales son asumidos como costos sociales (que involucran a toda la comunidad); de manera que la responsabilidad civil asume como papel la maximización de la riqueza y reducción de estos costos sociales, no visto como un hecho aislado sino como un fenómeno global, cuyo remedio pasa por la mejor redistribución de la riqueza. (Fabra Zamora, J., 2013).

De acuerdo a la lógica del AED, la responsabilidad civil no sería otra cosa que un instrumento o mecanismo destinado a cumplir un objetivo social, la maximización de la riqueza, lo que hace sin embargo de un modo negativo: minimizando los costos de los accidentes y el costo de evitarlos. A este respecto, sostiene Posner, citado por Fabra Zamora, "La lógica del derecho es la economía" (Fabra Zamora, J., 2013, pág. 36).

Como señala Peter H. Schuck (2005), respecto de los planteamientos de Ronald Coase, "el único objetivo del

derecho de la responsabilidad extracontractual era regular los usos conflictivos de los recursos comunes con el objetivo de maximizar el valor social” (pág. 174). Según Coase, el tema de la obligación de indemnizar los daños requiere previamente plantearse, si quien daña estaba autorizado o permitido de dañar o no. Para Ronald Coase, la necesidad de asignar externalidades⁴⁵, se da en un plano de reciprocidad; esto es, el imponer a alguien (A) la obligación de prevenir un daño a otro (B), siempre implicará que A asuma un daño (costo de prevención del daño); de manera de que al tiempo de establecer si A debe responder por el daño que le causó a B, es preciso determinar *a priori*, si A estaba autorizado o permitido de dañar a B, tomando como base del juicio criterios de eficiencia o utilidad (maximización de la riqueza); o como – refiriéndose a la teoría de Coase, Peter Schuck (2005), explica:

Para decidir la cuestión de si autorizamos a alguien dañar a un tercero o si garantizamos a alguien que será liberado de todo daño, debería ser guiado no por los principios de la justicia correctiva o por otras nociones a priori de derechos, sino por los dictados de la utilidad social. (págs. 174-175).

Guido Calabresi (2005), por otra parte, se plantea como objetivos de la responsabilidad civil, reducir la suma del costo de los accidentes más el costo de evitarlos; objetivo

⁴⁵ Se entiende por externalidades a los costos o beneficios no justificados, pueden ser positivas o negativas.

general que se dividiría en tres sub objetivos: i) primario, reducir la cantidad y la gravedad de los accidentes (finalidad preventiva), ii) secundario, reducir los costos de los accidentes resultantes, traducido en la necesidad de compensar los daños sufridos por las víctimas, y iii) terciario, reducir los costos administrativos de los accidentes; es decir, tanto los derivados de los costos en prevención como los de compensación a las víctimas.

Los mecanismos de los cuales se tendría que echar mano para lograr estos objetivos, son dos: i) la compensación de los costos mediante la dispersión y la distribución de estos, de quien esté menos preparado para asumirlos a quien lo esté mejor (*cheapest cost avoider*); y ii) la disuasión de los potenciales causantes de daños mediante la disuasión general, a cargo del mercado, y la disuasión específica, a cargo de la legislación y administración, las que limitarán mediante medidas de Estado, las actividades indeseables o perniciosas (Calabresi, G., 2005).

A diferencia de Ronald Coase, Guido Calabresi sostiene que no únicamente la eficiencia es un principio que fundamenta la asignación de costos, sino que ella tendrá funcionalidad –solo– en la medida que conduzca a consecuencias eficientes, pero justas. Así, para él, la justicia es el primer valor que debemos tener en cuenta en

la creación de nuestras instituciones, y solo debemos buscar las soluciones eficientes entre las soluciones justas. Finalmente, es importante acotar que Calabresi –en el derecho estadounidense– es promotor de la responsabilidad objetiva, ya que desde su perspectiva la responsabilidad basada en la culpa no es un sistema adecuado para lograr un uso eficiente de los recursos sociales, en razón de que concentra su atención en un esquema particular (bilateral) del conflicto y no en uno general que comprenda a la sociedad en su conjunto (Fabra Zamora, J., 2013).

Finalmente, corresponde ocuparnos de Richard A. Posner⁴⁶, para quien las reglas de la responsabilidad extracontractual deben ser entendidas como mecanismos o instrumentos para maximizar la eficiencia; lo que se logrará imponiendo a quienes contribuyen con la producción del daño la obligación de compensarlo –únicamente– cuando los beneficios que se generarán con la contribución al daño son menores que el costo que *per se* el daño implica para el damnificado, pues si ello no ocurriese, el costo del daño deberá ser soportado por la víctima (Rosenkrantz, C., 2005).

A diferencia de Calabresi, la tesis de Posner se construye otorgándole prelación a los sistemas de responsabilidad

⁴⁶ Richard A. Posner ha sido catalogado como el más influyente defensor del AED, en razón de que ha expandido los fundamentos de esta teoría a casi todas las ramas del Derecho.

por culpa; empero, bajo una lógica o sentido económico⁴⁷. Así mientras la doctrina tradicional asocia a la culpa a un concepto moral, un estándar de prudencia y diligencia, el sentido que aquí tiene es distinto; se asume que se obró culposamente cuando pese a que los costos de evitación del daño eran menores al daño sufrido por la víctima, no se los asumió (Fabra Zamora, J., 2013)

Como conclusiones sobre las principales características que comparten los distintos planteamientos hechos por los defensores de la teoría del AED, se tiene a las siguientes: i) le asignan una finalidad instrumental a las normas de la responsabilidad extracontractual, pensadas para servir de mecanismo de maximización de riqueza, en su caso reducción de los costos; ii) la responsabilidad civil no es vista como un juicio moral o de aplicación de justicia, sino como una herramienta destinada a evitar accidentes, mediante la toma de precauciones, lo que va a generar un beneficio mayor (general), y iii) finalmente, la responsabilidad extracontractual no es un problema entre dos particulares (relación bilateral), sino una situación que se relaciona con la utilización de los recursos de toda la sociedad; por tanto, la relación bilateral entre el dañador y la víctima, no tiene nada de particular, no pasaría de ser

⁴⁷ La noción de culpa para los analistas económicos se corresponde con el sentido que le asignó el juez Learned Hand, en el emblemático caso *United States vs. Carroll touring Corp*, cuando sostuvo que hay negligencia en quien contribuyó a causar el daño, solamente si el costo de la prevención para evitarlo, hubiere sido menor que el costo del daño, multiplicado por las probabilidades de su ocurrencia.

una anécdota o un pretexto para hacer efectivos los fines de la eficiencia: maximización de riqueza mediante la reducción de costos (Fabra Zamora, J., 2013).

b) Teorías de la responsabilidad civil sustentadas en la justicia

Frente a las teorías del AED, aparecieron con posterioridad aquellas otras, que acometían de modo diverso la problemática de los daños injustos. Son teorías que se oponen al consecuencialismo [derecho como mecanismo destinado a lograr un beneficio mayor (general)], y son conocidas también como teorías basadas en la equidad (*fairness*) o en los derechos (*rights*). Replantea el problema de la responsabilidad civil como una situación particular, que no tiene más protagonistas que el dañador y la víctima, independientemente de su riqueza o recursos, y prescindiendo del interés del colectivo, aquél que busca la redistribución o maximización de la riqueza social (Fabra Zamora, J., 2013)

Esta escuela tiene como sus principales representantes a Jules Coleman y Ernest J. Weinrib, entre otros, y tiene como eje que el fundamento axiológico que sustenta la responsabilidad civil, no puede ser la eficiencia, sino la justicia⁴⁸. En este sentido la responsabilidad

⁴⁸ Para efectos de este estudio, es relevante tener presente la noción de justicia ideada y discutida por Aristóteles en sus obras “Ética a Nicómaco”, “Ética a Eudemo” y “La Magna Moralia”. Aristóteles asumía que la justicia era la virtud más importante y necesaria para la conservación del mundo; existen dos tipos de justicia, según su modo de ver, i) una justicia

extracontractual, como expresión de un tipo de justicia correctiva, estaría llamada a rectificar un desequilibrio desencadenado por el evento dañoso.

Jules Coleman (2013), señala que la responsabilidad civil es en sí una institución de justicia correctiva, con lo que esta rama del derecho no tendría una naturaleza instrumental.

Asimismo, plantea Coleman que los elementos básicos de la responsabilidad civil extracontractual son: i) el quebrantamiento de un deber, ii) el daño y iii) una relación adecuada entre el quebrantamiento del deber y el daño (causa). Empero, hace la precisión que para poderse hablar de un daño indemnizable, debe repararse en que el derecho protege solo algunos intereses, los jurídicamente protegidos, lo que implica en sus propios términos que “dañar a alguien es entorpecer un interés legítimo de esa persona” (Coleman, 2013, pág. 182)

Según Coleman, solo las acciones incorrectas habilitan el mecanismo de la reparación de daños y justifican o implican normativamente la imposición de la obligación de indemnizar, debiéndose entender por aquéllas a las invasiones a los derechos de los demás (Coleman, J.,

general o universal, que era la que aglutinaba todas las virtudes, y se orientaba al bien del prójimo, y ii) una justicia particular, que a su vez se subdividía en: a) una justicia distributiva, que consistía en la distribución proporcional entre todos los hombres, de bienes, derechos, honores, dinero, etc., y b) una justicia transaccional, llamada luego “correctiva”, que es aquella que puede llegar a rectificar o corregir las desigualdades que se da entre los individuos.

2005). Agrega Coleman, la incorrección de la conducta no está vinculada a un nivel de reproche a la conducta del agente productor del daño, sino que es una suerte de conducta objetiva, caracterizada por la invasión de los derechos ajenos. Para ello entiende que, si las invasiones a un derecho provienen de un acto ilícito, las llama “violaciones”, empero si provienen de un acto lícito, las denomina “infracciones” (Fabra Zamora, J., 2013).

En este sentido, manifiesta que “En algunos casos de responsabilidad extracontractual, la incorrección resulta de una conducta que en el balance de razones se encuentra justificada y bajo ningún modo reprochable” (Coleman, J., 2005, pág. 81). Por ello, tanto la responsabilidad civil extracontractual por falta (culposa) y la objetiva, conducen a un destino común: la indemnización de los daños sufridos por las víctimas. Coleman juzga que “de hecho, una vez que consideramos los casos, es probable que descubramos que en ciertas instancias la norma de responsabilidad objetiva es moralmente superior al criterio de la falta” (Coleman, 2013, pág. 70); ello básicamente porque los mecanismos que activan la asignación de responsabilidad objetiva, colocarán el peso del costo en quien mejor lo puede distribuir (ejemplo, indemnizaciones a cargo del empleador, el fabricante, etc.) (Coleman, 2013).

Cabe precisar, finalmente, que Coleman— inicialmente— postulaba que la responsabilidad extracontractual, si bien es un método institucional que traduce el principio de justicia correctiva, sin embargo, no sería el único, pues el Estado, mediante impuestos, sanciones, seguros obligatorios y otras medidas (legislativas), podría regular y crear incentivos para prevenir daños y para compensar daños. La razón reposa en que los derechos de las víctimas no son correlativos a los deberes de los dañadores (visión relacional o correlacional, planteada por Weinrib); posición que reformuló al exponer su teoría de la concepción mixta de la justicia correctiva, en la que si bien llega a admitir que la reparación de daños por conductas incorrectas, parte o se desprende del punto de vista relacional; sin embargo se mantiene en que la justicia correctiva y la distributiva se complementan, pues se relacionan de muchas maneras (v. gr. cuando la justicia correctiva garantiza el equilibrio alcanzado en la distribución de los bienes por la justicia distributiva, o cuando en casos dramáticos de injusticia, la justicia correctiva debe ceder a consideraciones de justicia distributiva). Se advierte, entonces, que la teoría de Coleman se mantiene afín a un criterio de eficiencia económica, en la medida de que para rectificar situaciones de injusticia, es posible recurrir a principios de justicia distributiva o redistributiva de los

recursos. La responsabilidad extracontractual sería, en todo caso, una suerte de mezcla de mercados (eficiencia) y moral (justicia correctiva) (Fabra Zamora, J., 2013)

Por su parte, Ernest J. Weinrib (2013) –haciendo el deslinde con las teorías del AED– señala en relación a las teorías sustentadas en la justicia, que la dimensión de la responsabilidad extracontractual debe ser entendida desde dentro de la estructura misma de la responsabilidad (conflicto de intereses generados por el daño). Esta aproximación a diferencia de la que se sustenta en el principio de justicia distributiva, implica la práctica de una justicia correctiva o rectificadora de daño causado a la víctima (Weinrib, E. J., 2013).

Para Weinrib la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de justicia correctiva, actúa sobre una situación particular que enfrenta a demandante y demandado, en una situación de correlatividad (de relación mutua), llegando a ser justa para ambas. Esta relación de correlatividad se expresa en una mirada interpretativa común, que ve la injusticia en los dos planos: del dañador y de la víctima. Bajo esta lógica, el planteamiento de Weinrib se distancia del de Coleman, por lo que descarta –por completo– que la responsabilidad extracontractual pueda tener objetivos de eficiencia o de justicia distributiva, lo que

en todo caso sería ocupación del derecho público y no del derecho privado (Fabra Zamora, J., 2013).

Finalmente, de acuerdo con la tesis de Weinrib la justicia correctiva –únicamente– podrá operar en supuestos de responsabilidad por culpa, en la que se verifica esa bilateralidad (víctima y dañador), no así en sistemas de responsabilidad objetivo, en el que el deber de reparación de daños se define con una sola parte. Por tanto, un sistema de responsabilidad objetivo, como un sistema de seguros, no podrían ser denominados responsabilidad extracontractual (Fabra Zamora, J., 2013)

Como resumen de lo dicho de las teorías sustentadas en la justicia, se puede extraer las siguientes características estándar: i) la existencia de correlatividad en la estructura del conflicto que motiva la actuación de la responsabilidad extracontractual (víctima y dañador); ii) el no instrumentalismo de la responsabilidad extracontractual, en la medida que sus reglas no están pensadas en una finalidad distinta que no sea la reparación de la víctima, como un asunto particular, y iii) el no consecuencialismo, pues la responsabilidad extracontractual tiene por fines la reparación de los daños, resultándole ajeno asuntos como el bienestar general, la reducción de los costos o pérdidas sociales (Fabra Zamora, J., 2013)

c) Balance de las teorías: i) Análisis Económico del Derecho y ii) Deontológicas o sustentadas en la justicia

Al hacer un balance entre los planteamientos expuestos por las teorías del AED y las teorías deontológicas o sustentadas en la justicia, más allá de haberse hecho notar algunas de sus diferencias podemos arribar a la conclusión de que estas posturas (distintas en muchos sentidos, pues obedecen a planteamientos metodológicos, valores y principios distintos), pueden alcanzar puntos de contacto y pueden complementarse.

Es claro que el principio fundamental que sustenta el régimen de la responsabilidad civil bajo la teoría del AED, es la eficiencia, el cual conduce a la maximización de la riqueza y el bienestar general. Se le otorga –desde esta perspectiva– a la responsabilidad extracontractual una naturaleza instrumental, utilitarista y consecuencialista, y desde una óptica distinta se le pretende conferir una justificación moral. Sostiene Fabra Zamora, sobre el argumento de los economistas del Derecho, que:

Los analistas económicos sostienen en filosofía moral que, en un mundo en que los recursos son escasos, la mejor ética es aquella que censura el desperdicio y alaba la eficiencia y optimización. Así se construye la primera teoría ética del análisis económico: lo correcto es maximizar la riqueza en todas las circunstancias. (Fabra Zamora, J., 2013, pág. 49).

La responsabilidad extracontractual, por tanto, no sería sino uno de los modos de alcanzar la eficiencia y

maximización de la riqueza, contándose entre los demás, a la imposición de multas, impuestos, medidas legislativas restrictivas de ciertas actividades intolerables, etc.

A su turno, las teorías deontológicas, no sin antes pasar por posturas atenuadas (Calabresi, quien junto a la eficiencia como fundamento de la responsabilidad civil, advierte la presencia del principio “justicia”), plantean que la responsabilidad extracontractual no puede ser utilitarista, consecuencialista o instrumental, pues las reglas de la responsabilidad extracontractual *per se* son una forma de justicia correctiva, cuyo propósito es rectificar una situación de injusticia, generada por una conducta incorrecta. Por tanto, únicamente habrá responsabilidad extracontractual, cuando se configure una situación de conflicto bilateral (entre el dañador y la víctima), cuya composición mediante la imposición de responsabilidad, es finalmente la razón de ser de la responsabilidad civil. Las demás formas de actuación del Estado (imposición de impuestos, sanciones, multas, medidas legislativas sobre seguros obligatorios), si bien coadyuvan a hacer efectivo el principio de justicia distributiva o redistributiva, en todo caso, son ajenos a la responsabilidad extracontractual, la cual ante todo es una forma de ejercitar la justicia correctiva.

Diego M. Papayannis (2012), refiriéndose a la bilateralidad que vincula a dañador y víctima, destaca que éste, además

de traer consigo la necesidad de compensar a la víctima, minimizar costos y –eventualmente– contribuir a un fin de bienestar general, está compuesto por un elenco derechos y deberes primarios (derecho a no ser dañado y el deber de no dañar), de los cuales no es posible prescindir. El citado autor cuestiona que la teoría del AED, así como las teorías deontológicas, desatiendan aspectos relevantes del conflicto jurídico como son los derechos y deberes primarios, y se concentran –en el caso del AED– en la necesidad de compensar a las víctimas por los daños, crear incentivos para prevenir costos, maximizar la riqueza y el bienestar general; y en el caso de las teorías deontológicas, si bien se hace referencia a aquéllos y los realza, no se los desarrolla y los deja sin explicación (Papayannis, 2012).

No obstante, ni la teoría del AED o las teorías deontológicas, tienen necesariamente que ser equivocadas. En realidad coincidimos con Papayannis (2012) cuando señala “En definitiva, la responsabilidad extracontractual admite dos lecturas: una distributiva y otra correctiva” (pág. 81). Por tanto, es aconsejable asumir una postura mixta sobre los fundamentos de la responsabilidad civil, en la que no se deseche de antemano los fundamentos y fines de la responsabilidad extracontractual que cada una plantea.

Bajo esta línea, se debe destacar como lo hace la doctrina, “que una institución tan compleja como la responsabilidad extracontractual de nuestro mundo actual no puede ser explicada y justificada bajo un único principio, sino que una multiplicidad de consideraciones necesariamente hacen parte del análisis filosófico de esta institución” (Fabra Zamora, J., 2013, pág. 111). Creemos que es perfectamente posible admitir como fundamentos axiológicos de la responsabilidad civil tanto a la justicia como a la eficiencia, en la medida que es posible salvar eventuales situaciones de tensión, ponderando adecuadamente las circunstancias particulares que se presentan en cada caso.

Dentro de esta concepción mixta, sin embargo, es preciso exponer algunas consideraciones que –definitivamente– deben ser asumidas como planteamientos base y no transables. A saber, i) debe entenderse que la responsabilidad civil responde a un conflicto bilateral, que enfrenta a la víctima y al dañador o causante del daño (Papayannis, 2012), de manera que se debe descartar la idea difundida por el AED, de que el conflicto no tiene nada de particular, o funge a manera de anécdota, pues el fin sería lograr la minimización de los costos de la sociedad; ii) se debe aceptar como principio general de la responsabilidad civil la minimización de los costos, o lo que

es lo mismo bajo la perspectiva del AED, la maximización de la riqueza; empero este fundamento, debe ser –en todo caso– contenido por razones o consideraciones de justicia, vinculadas a los agentes que involucra el conflicto (afectación de derechos inviolables de las personas) (Fabra Zamora, J., 2013).

De acuerdo con la propuesta de Jorge Fabra Zamora (2013), la explicación del derecho de la responsabilidad extracontractual se basa en un principio no consecuencialista de justicia correctiva, frente al cual tenemos la facultad de apartarnos cuando existan razones suficientes de utilidad general, que permitan maximizar la riqueza y conseguir el mejor estado de las cosas, empero siempre restringidas por consideraciones de derechos individuales (inviolables) y de justicia. (Fabra Zamora, J., 2013).

Ahora, dentro de esta lógica y siguiendo a Fabra Zamora (2013), llegamos a entender que las teorías del AED y las deontológicas no necesariamente están tan divorciadas como parecería, si se repara en que existen posturas atenuadas entre sus representantes. Así, si bien planteamientos como los de Guido Calabresi y Jules Coleman, se adscriben a sus respectivas escuelas o líneas de pensamiento; esto es al AED y teorías deontológicas, respectivamente, sin embargo, admiten puntos de

encuentro entre los principios de eficiencia y justicia. Guido Calabresi ha señalado, *mutandis mutantis*, que el principio de eficiencia como objetivo de la responsabilidad extracontractual será admisible, en la medida que conduzca a resultados eficientes pero justos; al paso que Jules Coleman llega a sostener que la responsabilidad extracontractual es una mezcla de mercados y moral, en el entendido que si bien el objetivo central de la responsabilidad extracontractual es la rectificación de la injusticia, como forma de justicia correctiva, es evidente que no en todos los casos el derecho funcionará de este modo, como en muchos de los supuestos de responsabilidad objetiva, daños masivos, en los que se guiará por razones consecuencialistas y de eficiencia (Fabra Zamora, J., 2013).

2.3.2 Funciones de la responsabilidad civil

Se ha dicho que la responsabilidad –en términos jurídicos– exigirá en todos los casos haberse alterado un orden impuesto por el derecho, requerirá necesariamente de haberse alterado el equilibrio de las relaciones sociales o de la vida de relación de los miembros de una comunidad, en que se vean comprometidos intereses y derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento legal. En este

escenario, el sistema jurídico reacciona de distintas formas, según los intereses y bienes jurídicos que se tutelen⁴⁹.

Como lo refiere la doctrina, tradicionalmente, la responsabilidad civil cumple cuatro funciones fundamentales: i) la de reaccionar frente al ilícito dañoso, a fin de resarcir a los sujetos que han sufrido el daño (compensación de los daños), ii) la de restaurar el *statu quo ante* en el que se encontraba el damnificado antes de padecer el perjuicio; iii) la sancionatoria o de reafirmación del poder punitivo del estado, y iv) la disuasiva (*deterrence*), dirigida a quien potencialmente pueda causar el daño, sea voluntaria o culposamente (Alpa, 2006). A estas funciones tradicionales, según el mismo autor, se agregan dos funciones subsidiarias, por influencia de las teorías del AED, como son: v) la distribución de pérdidas, de una parte, y vi) la asignación de costos por otro lado (Alpa, 2006)

Si bien se acepta a las citadas funciones de la responsabilidad civil, dentro del desarrollo evolutivo que ha tenido la disciplina a lo largo del tiempo, resulta que no todas gozan de la misma importancia en los distintos sistemas normativos vigentes, al paso que su preponderancia en el tiempo obedeció a razones de orden filosófico, político, religioso, social y cultural, como lo sugiere Fernando de Trazegnies (1990), cuando señala que las tendencias doctrinarias vigentes y los efectos globalizadores han puesto sobre

⁴⁹ En el derecho penal, la reacción del derecho implicará la imposición de una sanción; en el derecho laboral, la reivindicación de los derechos socio laborales, en el derecho civil, la tutela de los bienes jurídicos afectados (patrimonio, persona, etc.)

el tapete las características de la responsabilidad civil en los más variados ordenamientos jurídicos, desde los cuales la posición funcional de la responsabilidad civil varía según la utilidad requerida en el contexto en el que se desarrolla.

En este contexto, se debe destacar la importancia que ha tenido el factor de atribución como justificación de imputación de responsabilidad durante el tiempo que ha presenciado su evolución. Se acepta, aun cuando no en ausencia de cierta discrepancia, que el primero de los factores atributivos o de imputación de responsabilidad civil fue el objetivo, en la antigua Roma⁵⁰, mientras que el principio subjetivo apareció – probablemente– con los juristas medievales, influidos por el cristianismo, y quienes asumieron que el causante de un daño debía responder siempre que haya obrado con culpa (De Trazegnies Granda, F., 2015). La responsabilidad civil, bajo esta lógica, tendría un fin preponderantemente sancionador, como lo señala la doctrina, “la atribución jurídica del daño a su causante, esto es, la responsabilidad, más allá de la reparación que con ello tendía a lograrse, tenía por principal objetivo hacer asumir a aquél

⁵⁰ No obstante ser mayoritaria esta posición, pues se ha encontrado que junto a De Trazegnies Granda, en el medio colombiano la doctrina también reconoce la naturaleza objetiva de la responsabilidad civil en Roma (Fabra Zamora, J., 2013); sin embargo, Díez Picazo, citando a Emilio Betti, asume que en la edad más antigua del derecho romano –para sustentar la obligación de indemnizar– debió estar presente una versión bastante primitiva de culpa, aunque la idea que se maneja de este estadio o tiempo, es que la imputabilidad se sustentaba en una relación objetiva o nexo causal objetivo entre hecho y lesión, entendiéndose implícito e innecesario indagar sobre la existencia o no de culpa. (Díez-Picazo, 2011)

las consecuencias de sus actos como un acto estatal de reproche”
(Anzoátegui, I., 2013, pág. 285)

Luego de esta etapa, como consecuencia del cambio en los modos de transporte, los de producción masiva, nuevas tecnologías, ha virado la visión sobre los fundamentos filosóficos que sustentan la necesidad de indemnizar los daños sufridos por las víctimas. Frente a la insuficiencia del criterio subjetivo para justificar el pago de las indemnizaciones a las víctimas, aparecen las teorías objetivas, sustentadas en criterios como los del riesgo, garantía del superior jerárquico, responsabilidad por actividades altamente peligrosas, reparación de trabajadores por accidentes de trabajo (Calabresi, G., Hirschhoff, J., 2005); en las que pese a descartarse supuestos de conductas ilícitas o contrarias a derecho, se verificaba daños en víctimas que justifican la reacción del derecho, para compensarlas o indemnizarlas. Bajo este nuevo paradigma Ignacio Anzoátegui (2013), sostiene:

El derecho de daños tiene planteada en la actualidad una enorme cantidad de problemas relacionados con el avance tecnológico, la protección del medio ambiente y del consumidor; por nombrar solo algunos. La aparición de estos fenómenos ha provocado en la disciplina un cambio de paradigma (...)
Esto se ha producido, en parte, por un cambio de concepción en el sistema de reparación de daños, que pasó a considerar el elemento trascendental de la responsabilidad civil no ya a la culpabilidad, sino al acaecimiento de un daño injusto, y al deber de repararlo.
(pág. 283)

En el caso de las teorías del AED, los fines de la responsabilidad civil, se encuentran fuertemente condicionadas por los principios y

métodos de las ciencias económicas y –naturalmente– del derecho, como son la “eficiencia” y “justicia” (Calabresi, G., 2005). Asegura Calabresi, que:

En el derecho de la responsabilidad extracontractual hay dos objetivos “compensatorios” – el objetivo de la dispersión de los costos de los accidentes y de la distribución de los costos de los accidentes (de quien está menos preparado a quien está más preparado para hacerles frente) – y dos objetivos “disuasorios” – el objetivo de la disuasión específica o colectiva y a la disuasión general o de mercado. (Calabresi, G., 2005, pág. 151)

En torno al debate sobre la finalidad de la responsabilidad civil; si es un mecanismo de punición, reparación o corrección de un daño injusto, la doctrina mayoritaria se adhiere a esta última postura como lo afirma Anzoátegui (2013), así como otros exponentes de la doctrina extranjera y nacional, cuando señalan como funciones de la moderna responsabilidad civil, de una parte, la compensación o indemnización de las víctimas y, por otro, la distribución de los costos (Alpa, 2006; De Trazegnies Granda, F., 2015).

Como epílogo de esta aproximación a las funciones de la responsabilidad civil, es importante destacar algunos aportes de la doctrina española (Díez-Picazo, 2011), que identifica junto a las funciones tradicionales mencionadas, una “función demarcatoria”; se sostiene que las normas de responsabilidad civil suponen limitaciones –legítimas– a la libertad personal en tanto imponen al agente causante del daño la obligación de indemnizarlo. Se produce “una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y otros ámbitos en que esa libertad de actuación se

encuentra restringida y limitada, en atención a que existe un determinado sistema de protección de determinados bienes e intereses” (Díez-Picazo, 2011, págs. 22-23)⁵¹.

Por su parte, Juan Espinoza Espinoza (2006) –en nuestro medio– sostiene que las funciones de la responsabilidad civil deben ser advertida desde la posición de sus protagonistas: respecto a la víctima es satisfactiva (indemnizatoria), del agresor es sancionadora, de la sociedad es disuasiva, y respecto a todos ellos, es distributiva de los costos producidos por los daños ocasionados; posición que –igualmente– tiene defensores en la doctrina extranjera (Mosset Iturraspe, 2015; Tamayo Jaramillo, J., 2015).

En el Código Civil peruano vigente, no se encuentran reguladas las funciones que la responsabilidad civil están llamadas a cumplir, habiendo sido tarea de la doctrina y jurisprudencia, el estudio de estas, lo que eventualmente obedece a los modelos de codificación en los que se ha inspirado (desde el Código Civil francés de 1804 y las modificaciones operadas en este cuerpo normativo); sin embargo, no puede dejarse de destacar la sistemática que ha recogido el Código Civil y Comercial de la república de Argentina, vigente desde el año 2015, en cuyo artículo 1708⁵² se establece

⁵¹ Luis Díez-Picazo (2011, p. 21) afirma que el derecho de daños se concibe solo a partir de entender a la indemnización como un derecho subjetivo que le asiste a la víctima.

⁵² **Artículo 1708 del Código Civil y Comercial de Argentina**

Funciones de la responsabilidad

Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

de forma precisa los fines preventivos y de reparación de daños que persigue el sistema legal.

A. Función indemnizatoria

Para entender el papel de la función indemnizatoria en el ámbito de la responsabilidad civil, debe recordarse que frente a la alteración del orden impuesto por la ley, surge la obligación de parte del responsable de reparar la afectación a los derechos de la víctima, lo que en otras palabras implica la obligación de indemnizar los daños (Kemelmajer de Carlucci, 1964).

La función indemnizatoria pone especial énfasis en la posición de la víctima al tiempo de acordar la consecuencia jurídica luego de verificado el ilícito civil, al punto que se afirma que el problema principal de la responsabilidad civil no es otro que indemnizar al damnificado, en la medida que haya sufrido un daño injusto. Esta función es la que mejor se corresponde con el sentido que envuelve al derecho de la responsabilidad civil. Implica una respuesta o reacción frente a un comportamiento lesivo de los intereses del damnificado, una respuesta que pueda compensar o resarcir los perjuicios que se ha causado.

Diez Picazo (2011) señala:

La delimitación del derecho de daños corre pareja con la determinación de la función indemnizatoria (...) lo que obliga a separar las indemnizaciones de daños de otro tipo de prestaciones que personas que han sufrido tal daño pueden recibir. (pág. 28)

Es pertinente deslindar conceptualmente lo que se entiende por “indemnización” y lo que se entiende por “reparación”. De acuerdo con las acepciones que les da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por “indemnizar” al resarcimiento de un daño o perjuicio, generalmente mediante una compensación económica; mientras que se entiende por “reparar” (dos primeras acepciones) arreglar algo que está roto o estropeado, enmendar, corregir o remediar; de manera que –por definición– uno y otro no tienen en puridad el mismo sentido, aunque en el argot jurídico se suele usar indistintamente ambos términos. La reparación implica la pretensión de una vuelta al estado anterior al que se produjo el evento dañoso, una suerte de cancelación del perjuicio o evento dañoso, y un restablecimiento perfecto del equilibrio alterado; mientras que la indemnización se atiene a un resultado más modesto, implicando un resarcimiento o desagravio por los perjuicios o daños irrogados a la víctima, en la medida que no sea posible volver al estado anterior.

Desde un punto de vista teórico la distinción deviene en necesaria, tanto si tratamos con daños extrapatrimoniales como con daños patrimoniales, pues no siempre es posible retornar a un estado similar al que se alteró o modificó, ya que el bien jurídico protegido puede terminar dañado irremediablemente, y en cuyo contexto lo que se logra con la

indemnización es simplemente un efecto satisfactorio (De Trazegnies, 1990). De esta misma idea es Guido Alpa (2006), cuando asegura sobre la posibilidad de restaurar el *statu quo ante*, que tal “forma parte de un modelo normativo del ilícito que es abstractamente racional, pero que resulta difícil de aplicar en concreto” (pág. 199)

El legislador nacional ha optado por una fórmula polivalente, en su caso, ha asimilado ambos términos bajo una misma idea, pues para casos de responsabilidad civil basada en la culpa (art. 1969 del CC) emplea el término “indemnizar”, y para casos de daños causados por actividades riesgosas (art. 1970 del CC) utiliza el término “reparar”. Ambos vocablos “indemnizar” o “reparar” están referidos a la necesidad de resarcir y/o compensar el perjuicio sufrido por la víctima a causa de un hecho riesgoso o ilícito.

Asimismo, en el caso de que el daño sea uno de difícil o imposible cuantificación pecuniaria, la norma faculta al juzgador a recurrir a la fórmula “indemnización equitativa” (art. 1332 del CC), para salvar la dificultad de establecer una obligación económica, cuando los bienes dañados no pueden ser valorados en dinero.

La opción legislativa del Código Civil es cuestionada por Leysser León (2007), quien, siguiendo la doctrina italiana, plantea que el término indemnizar no es el más aconsejable,

atendiendo tal vez a la evolución histórica de los conceptos.

Sostiene:

Respecto de los actos lícitos dañosos, sería conveniente hablar de compensación de daños y no de resarcimiento. Esta última expresión debe reservarse para los casos en que media responsabilidad por los daños injustamente causados. (León, 2007, pág. 98)

El término resarcimiento o su equivalente en el medio italiano *risarcimento del danno*, estaría reservado a los supuestos de daños causados por comportamientos culposos, en los que la reparación, además de un componente compensatorio, tiene un fin punitivo; mientras que cuando no, lo que cabría sería simplemente compensar los perjuicios de quien por desgracia los padeciere.

Independientemente de las precisiones semánticas anotadas respecto de los términos empleados por el legislador peruano, en todo caso, indemnizar y/o reparar deberá ser entendido – para efectos prácticos– en su sentido corriente, como reparar, compensar, resarcir. La responsabilidad civil se convierte así en un mecanismo de justicia, que procura devolver al damnificado la plenitud e integridad de las cuales gozaba antes del evento dañoso (De Ángel Yagüez, 1993). O como bien señala Luis Mosset Iturraspe (1980), la responsabilidad civil, concretamente, “la indemnización, compensación o reparación vuelve las cosas a su sitio; equilibra la situación alterada (...) Se considera odioso o injusto que una persona sufra un ‘sacrificio especial’ sin indemnización” (pág. 23).

Ahora, el deber de indemnizar, reparar, resarcir o compensar, puede cumplirse de más de una manera. En algunos casos el daño podrá ser indemnizado o reparado con otro de su misma especie, en otros casos ya no será ello posible por la imposibilidad física de los hechos o la realidad⁵³.

Fernando de Trazegnies (1990) señala que la reparación en especie o *in natura* es la más perfecta cuando se trata del daño a una cosa, sin embargo, el juez deberá ser muy cauto al momento de condenar al responsable al cumplimiento de la obligación de indemnizar. Es cierto que en algunos casos la reparación en especie será la más adecuada, sin embargo, dependiendo de que con ello no se termine enriqueciendo a la víctima, lo que puede ocurrir por ejemplo si el causante de la destrucción total de un automóvil viejo es obligado a devolver otro automóvil, y como quiera que no es posible conseguir uno de las mismas características, tenga que devolver uno nuevo y más costoso; o a la inversa –por ejemplo– si hundida una embarcación en altamar, su recuperación (volvimiento a flote) cuesta mucho más dinero que el adquirir uno nuevo. Es decir, lo óptimo es la indemnización en especie, pero cuidando siempre que con esto no se vaya a convertir en un ejercicio abusivo del derecho; y cuando esta forma indemnizatoria no

⁵³ V. gr., si a causa de un accidente propiciado por un imprudente conductor se derriba una parte de una pared, la reparación del daño pasará por la reconstrucción de lo afectado, pero este tipo de reparación no podrá ser posible si no es la caída de una construcción lo que causa un daño, sino la pérdida o destrucción de una valiosa pintura de la época del renacimiento, en este caso a lo sumo se podría aspirar a exigir un monto dinerario como indemnización o compensación

sea viable (por su imposibilidad o excesiva onerosidad) dar pie a una indemnización pecuniaria (De Trazegnies, 1990).

La legislación peruana no dice nada al respecto, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el Código Civil y Comercial de la república de Argentina, que en su artículo 1740⁵⁴, establece como facultad del damnificado poder elegir la forma de resarcimiento (en especie o en dinero), salvo supuestos de excesiva onerosidad o abuso.

B. Función de restauradora o restaurativa del *statu quo ante*,

La función restaurativa del *statu quo ante* es la segunda de las funciones tradicionales que tiene la responsabilidad civil (Alpa, 2006). No obstante, el sentido lógico que envuelve a este propósito, definitivamente, es cuando menos impensable que se pueda lograr, ya que no es posible cancelar el evento dañoso y regresar a una situación anterior. El mismo Guido Alpa (2006), señala al respecto que:

La segunda función, por ejemplo, inherente a la restauración de la situación anterior a la producción del evento dañoso, forma parte de un modelo normativo del ilícito que es abstractamente racional, pero que resulta difícil de aplicar en concreto. Es fácil percatarse de ello si damos la razón a quien ha destacado, correctamente, que el evento dañoso jamás puede ser reducido a la nada,

⁵⁴ **Artículo 1740 del Código Civil y Comercial de Argentina**

Reparación Plena

La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

desde ningún punto de vista, por un retorno a la situación anterior, porque toda forma de resarcimiento provoca siempre el empobrecimiento de un sujeto (a veces coincidente con el damnificado, si las pérdidas se dejan donde han caído, o con el dañador, si se trasfiere a éste las pérdidas. (pág. 199)

De otra parte, no sin dejar de tener presente los planteamientos que harían imposible esta función, explicados por Guido Alpa, resulta necesario poner nuestra atención en los tipos de daño extrapatrimonial, en los que la función restaurativa encuentra muchos más inconvenientes para efectivizarse, *v. gr.*, si el daño sufrido por la víctima es la pérdida de un brazo o una pierna o, finalmente, de la vida. Se podrá hablar en este contexto de restaurar el *statu quo ante*. Obviamente, no, por lo imposible que ello resulta.

No obstante, dependiendo de la naturaleza de los bienes o intereses jurídicamente protegidos, comprometidos con el evento dañoso, la función restaurativa puede lograr distintos grados de realización o concreción. Así, podemos decir que estaremos más cerca de volver a la situación anterior si lo que se debe indemnizar es un daño patrimonial; ejemplo, un vehículo automotor, una vivienda, que siempre es posible ser restaurada o intercambiada por otra de su mismo valor, lo que desde la perspectiva de la víctima podría generar una situación similar a la que tenía antes de sufrir el daño, aunque – naturalmente– no puede decirse lo mismo desde la perspectiva del dañador, quien para lograr satisfacer los intereses de la víctima, tendrá –por fuerza– que experimentar una pérdida en

su patrimonio. Empero, este grado de proximidad al *statu quo ante*, consideramos, se presentará más lejano, cuando los daños comprometen bienes jurídicos no cuantificables dinerariamente, como es la vida, la integridad física o psíquica de la persona.

Concluimos, en todo caso, que la función restaurativa tiene importancia desde un punto de vista normativo o formal, sustentado en principios de justicia correctiva y retributiva, pues mediante la actuación del derecho, que manda restaurar el desequilibrio generado por el evento dañoso (a través del pago de una indemnización), se pacifica la situación de violación de los derechos e intereses que dan lugar a la reacción del sistema jurídico. Obviamente, este efecto restaurativo no es posible conseguir desde un enfoque naturalista.

C. Función sancionadora o punitiva

Para entender la función sancionatoria de la responsabilidad civil es preciso reparar en el contexto histórico, cultural, social e ideológico, en el que ha transitado esta rama del derecho privado. Es claro que, bajo la influencia del Código Civil francés de 1804, los códigos que recepcionaron las instituciones jurídicas más importantes (naturalmente las de la responsabilidad civil) adoptaron como factor de imputación de responsabilidad “la culpa”, entendida en su doble variante, dolo y negligencia. La imposición de la obligación de reparar los daños tenía no un propósito resarcitorio o compensatorio

(como lo tiene hoy) sino sancionatorio, –precisamente– por haberse obrado culpablemente. Es más, la indemnización del daño no tenía que corresponderse con la magnitud del menoscabo sino con el grado de reproche que merecía el dañador (Anzoátegui, I., 2013). En este sentido, si habríamos de referirnos al accidente, es decir al daño que no cuenta con un responsable y, por lo mismo, no sea posible descubrirle un culpable, tal queda excluido del ámbito jurídico; el derecho solo se refiere a él como un caso fortuito, y no puede dar lugar a sanción alguna contra nadie (De Trazegnies, F., 2012).

Diez Picazo (2011), mostrándose crítico con la idea de que la responsabilidad civil pueda tener fines sancionatorios o punitivos, señala que la función punitiva de la responsabilidad civil se asocia a sus orígenes, pero en la actualidad esta función ha sido reservada para el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Como se hace evidente, si bien la función sancionatoria no le es ajena a la responsabilidad civil, pues está ligada íntimamente a la responsabilidad por culpa, y en esa medida existe doctrina que le reconoce actualidad (De Ángel Yagüez, 1993), cuando se afirma que pese a que la doctrina mayoritaria propone que en el campo de la responsabilidad civil (a diferencia del derecho penal) lo importante no es sancionar al agente productor del daño, sino reparar a la víctima, no se puede desatender al hecho que aquél percibe a la

indemnización del daño que provocó como una sanción; o como cuando Ignacio Anzoátegui (2013) afirma que:

Numerosos institutos indican que al momento de definir cuestiones tan trascendentes como la existencia de responsabilidad del sujeto, o el alcance de la obligación resarcitoria, el sistema toma como criterio la reprochabilidad de la conducta del agente y no el daño causado injustamente.

De ello no debe colegirse que el derecho de daños es un sistema sancionatorio, sino que el objetivo *sanción* sigue estando latente en nuestro ordenamiento y tal vez de una forma más decisiva de lo que creemos. (pág. 319)

El tema, obviamente, no es pacífico y cobra mayor complejidad si se plantea la pregunta de forma general ¿Cumple el derecho civil una función sancionatoria? La respuesta no puede ser otra que sí, pues en una infinidad de supuestos normativos regulados en el Código Civil (no necesariamente vinculados al área de la responsabilidad civil), se advierten efectos sancionatorios como sucede con los artículos 462⁵⁵, 465⁵⁶, 742⁵⁷, 795⁵⁸, 910⁵⁹, 1050⁶⁰, entre otros, los cuales suponen la

⁵⁵ **Artículo 462.- Pérdida de la patria potestad**

La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.

⁵⁶ **Artículo 465.- Autorización a los hijos para vivir separados de los padres**

El juez puede autorizar a los hijos, por causas graves, para que vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona.

El juez fija las atribuciones que ésta debe ejercer.

⁵⁷ **Artículo 742.- Definición de desheredación**

Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.

⁵⁸ **Artículo 795.- Remoción de albacea**

Puede solicitarse, como proceso sumarísimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios dentro de los noventa días de la muerte del testador, o de protocolizado

realización de conductas reñidas con los principios y reglas del ordenamiento jurídico.

Concretamente, dentro del ámbito de la responsabilidad civil, si bien por el principio de reparación integral, regulado en los artículos 1321 y 1985 del Código Civil, y por el cual el contenido de la indemnización está representado por el daño efectivamente sufrido (daño evento y consecuencias del mismo), excluyéndose cualquier concepto sustentado en criterios de reprochabilidad; sin embargo, se encuentra una serie de normas que implican la presencia de la culpa a la hora de medir la magnitud del daño y la indemnización. Así, del análisis mismo del artículo 1321 del Código Civil, se infiere que el grado o magnitud en que actúa culposamente el agente productor del daño, tiene implicancias al momento de atribuirle responsabilidad; lo mismo ocurre del análisis del artículo 1983 del código citado⁶¹, el cual hace depender el grado de responsabilidad por los daños, de la gravedad de la falta de los autores, cuando se trate de coautoría.

el testamento, o de su nombramiento judicial, lo que corresponda, o dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente con tal objeto por los sucesores.

⁵⁹ **Artículo 910.- Restitución de frutos por el poseedor de mala fe**

El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir.

⁶⁰ **Artículo 1050.- Extinción por no uso**

Las servidumbres se extinguen en todos los casos por el no uso durante cinco años.

⁶¹ **Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria**

Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

Fernando de Trazegnies (1990), refiriéndose a las indemnizaciones punitivas, no sin antes hacer notar que este tipo de indemnizaciones son contrarias al espíritu de la teoría moderna de la responsabilidad extracontractual (función reparatoria), llega hasta cierto punto a justificarlas, pues – señala– que cuando el daño se produce fuera del marco del accidente ordinario (*v. gr.*, un delito doloso), la indemnización punitiva puede adquirir un cierto sentido.

Bajo este contexto, consideramos que, si bien en el ordenamiento jurídico existen normas que darían cuenta de que en el área del derecho civil, a la vez que se regulan y tutelan derechos y obligaciones, eventualmente se imponen sanciones a los destinatarios de las reglas o mandatos emanados de las normas; de manera que no es posible descartar que, eventualmente, esta rama del derecho puede llegar a cumplir fines sancionatorios. Sin embargo, este efecto debe ser interpretado restringidamente; debido a que tanto el estudio como la aplicación de una determinada área del derecho, como en este caso resulta ser el derecho privado, no puede merecer un tratamiento aislado de las normas, al margen de los fundamentos, principios y valores, que justifican axiológicamente el sentido de los mismos. La interpretación y aplicación de las normas que componen el derecho objetivo no puede hacerse sin tener en cuenta las bases filosóficas de la moderna teoría de la responsabilidad civil, cuyo propósito no es

sancionar al agente productor del daño, pues para ello está el derecho administrativo sancionador, etc.

Sin desconocer que la responsabilidad civil, en alguna medida, puede verse aún influido por la noción de responsabilidad como castigo o sanción, por una conducta reprochable, debe tomarse nota de que tal cariz no corresponde sino a un rezago de la teoría subjetiva dominante en cierto periodo histórico, cuando el centro de gravedad de esta disciplina jurídica estaba situado en el reproche de la conducta del agresor, y no tanto en el daño sufrido por la víctima. Por tanto, somos de la opinión de que la interpretación de las normas que –en alguna medida– rescatan una función sancionatoria, deben ser interpretadas y aplicadas de forma restrictiva, y en casos en los que no existan normas de vertiente sancionatoria, no es posible crear por vía jurisprudencia nuevos derechos u obligaciones, como ha ocurrido –por cierto– con el criterio adoptado en V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (2016), en el que además de fijar como obligación de los jueces la de imponer de oficio condenas de indemnizaciones punitivas, se precisa que la indemnización punitiva es una suerte de pena privada y no tiene fines compensatorios sino ejemplarizantes. Creemos, que además de haberse –probablemente con buena intención– arrogado la Corte Suprema la facultad de legislar, pues se ha creado *ex novo* un tipo de daño inexistente en el derecho positivo, se ha sustentado tal necesidad en principios

de justicia retributiva, propios del derecho penal, pues es claro que el derecho de daños o responsabilidad civil no está llamado a ejercer el poder punitivo del Estado.

En esta línea, coincidimos con la doctrina cuando señala que a la responsabilidad civil le incumbe más la función compensatoria, aunque el sujeto condenado al pago de los daños viva esta obligación como un castigo (Vergara, 2011).

Finalmente, resulta importante hacer referencia –brevemente– sobre la utilización de esta institución en el derecho anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos de Norteamérica), al cual por cierto se recurre constantemente en los tribunales de justicia.

En la jurisprudencia norteamericana, como lo señala Diez Picazo (2011), los tribunales norteamericanos extienden la operatividad de los daños punitivos a los siguientes supuestos:

- i) Cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento que pueda deberse al perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (p. ej. fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos o a no cesar en la fabricación).
- ii) Cuando la conducta dañosa, sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación con el coste del eventual proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento.
- iii) Cuando independientemente de sus consecuencias el sujeto actúa con el fin específico de causar daño. (pág. 24)

Según afirma George L. Priest (2005), las indemnizaciones punitivas están pensadas para el logro de fines disuasorios y/o

preventivos, de manera que si bien niega que tales propósitos puedan ser logrados cuando el causante del daño es una empresa productora de bienes y servicios, llega a aceptar –en cierta medida– que estas indemnizaciones pueden tener algún efecto disuasorio en el caso de que los dañadores sean personas físicas. Al respecto, Carlos F. Rosenkrantz (2005), pone en cuestión que –inclusive– para el caso de personas físicas, la imposición de indemnizaciones punitivas pueda ser adecuada y justa, básicamente, por las razones que hemos expuesto, que si los fines de la responsabilidad extracontractual se satisfacen acordando una indemnización a las víctimas, no puede exceder el límite del daño efectivamente sufrido. Sostiene Rosenkrantz (2005) sobre el particular:

La eficiencia quizá recomiende la sanción de los daños punitivos. Las razones por las que podríamos considerar oponernos a su adopción deben ser de otra índole, más precisamente, porque ellos son injustos del mismo modo en que las condenas penales desproporcionadas son injustas. (pág. 41)

En la jurisprudencia inglesa, por su parte, como señala Díez Picazo (2011), a partir del caso *Rookes c. Barnard*, los daños punitivos se limitaron a las siguientes categorías:

- i) Cuando hay una disposición legal que los autorice, lo que en Inglaterra sucede con la Ley de derechos de autor.
- ii) Cuando se trata de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional, realizada por un funcionario público que vulnera un derecho fundamental del ciudadano.
- iii) Cuando el autor del ilícito ha actuado evaluando que la utilidad derivada de la conducta dañosa será mucho mayor que la indemnización debida al damnificado. (Díez-Picazo, 2011)

D. Función disuasiva o de desincentivo (*deterrence*)

La función de desincentivo de conductas dañosas es la cuarta de las funciones tradicionales de la responsabilidad civil, a la cual Guido Alpa (2006), junto a la función compensatoria, apunta como las dos predominantes; de una parte, la función compensatoria se fija en el daño sufrido por la víctima, mientras que la *deterrence* lo hace en los dañadores.

Autorizada doctrina, en el medio nacional y extranjero, asimilan a la función de desincentivo o disuasiva con una función preventiva. Juan Espinoza Espinoza (2006), señala “cuesta entender la separación entre la función preventiva con la disuasiva o la desincentivadora, cuando en realidad, la primera se materializa a través de estas (pág. 54). Luis Díez-Picazo (2011), por su parte, denomina a esta función como de prevención general, asemejándola a la función preventiva de la teoría penal, en tanto se manifiesta como una presión psicológica de advertencia sobre el ciudadano para no cometer acciones que pueda ocasionar daño. De cualquier modo, es evidente que el efecto disuasivo de la responsabilidad civil actúa *ex ante*, mediante el aparato legal que regula las consecuencias de un eventual hecho dañoso, que reúne las condiciones de imputación o asignación de responsabilidad, como lo pone de relieve Calvo Costa (1997), al señalar “[l]a importancia de la prevención radica, pues, en que el sistema actúa *ex ante*, minimizando la producción de daños e

incentivando la precaución en los comportamientos sociales” (pág. 107).

Guido Alpa (2006), sobre el significado que debe dársele a esta función de la responsabilidad civil, hace notar el cambio que ha sufrido debido a la evolución de las técnicas de imputación del daño; señala que la función de desincentivo ha variado su sentido, ya que bajo un régimen de responsabilidad subjetiva sustentado en la culpa, la disuasión actúa respecto del dañador, haciéndolo desistir de su afán de causar el daño (conducta dolosa), o conminándolo a actuar con mayor diligencia (conducta negligente), sin embargo, se muestra escéptico que la función de desincentivo pueda tener la misma virtualidad o eficacia en sistemas de responsabilidad objetiva.

De otra parte, la explicación de la manera en la que actúa la función de desincentivo en los sistemas de responsabilidad civil objetiva, nos obliga –necesariamente– a sumergirnos dentro del ámbito de estudio de la teoría del AED; esto es, bajo la lógica de que el asunto de la responsabilidad civil no es uno particular que vincula tan solo al dañador y víctima, sino que es un mecanismo que busca la maximización de la riqueza, minimizando –paralelamente– los costos o pérdidas sociales, o lo que es lo mismo actuando eficientemente. A este respecto Hugo A. Acciarri (2013), refiriéndose los planteamientos del AED, hace ver los puntos de contacto de Coase y Calabresi, quienes coinciden en que los daños que se producen en una

sociedad no abarcan solo un problema distributivo privado entre dañador y víctima, sino que incide en la riqueza total de la comunidad y en el bienestar general. Por tanto, las reglas de la responsabilidad operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas, que potencialmente son portadoras de daños.

De acuerdo con Guido Calabresi (2005), los objetivos disuasorios de la responsabilidad extracontractual pueden ser descritos como aquellos que buscan minimizar la suma de los costos de los daños y los costos de prevención, lo que se deberá lograr creando incentivos para que la gente evite conductas que vale la pena evitar⁶². Ahora, la forma como se minimizarían los costos, de acuerdo a la teoría planteada por Calabresi, funciona mediante un juicio por parte de la sociedad y del mercado, respecto de si debe aceptarse las actividades riesgosas causantes de daños, midiendo los beneficios que ellas generan, en contraste con los costos, y evaluando si vale la pena asumir tales costos (Calabresi, G., 2005).

Sobre los planteamientos de Calabresi, finalmente, Alpa (2006) señala que los mecanismos de mercado por sí solos difícilmente podrán cumplir un efecto disuasivo en el colectivo de cara a evitarse conductas dañosas, debiendo –en todo caso– ser complementadas con la intervención legislativa. Por

⁶² De acuerdo con la teoría del análisis económico del derecho, las conductas de prevención de daños, que vale la pena implementar o realizar, son solamente aquellas que representan un menor valor que el beneficio que se logra de la actividad aceptada como lícita que trae consigo la generación de daños.

tanto, al no ser necesariamente una conducta imprudente o dolosa de la que surge el deber de indemnizar, sino de una conducta permitida (pero riesgosa), el efecto disuasivo que tendrían las reglas de la responsabilidad objetiva, se traduciría en una exigencia hacia el propietario, transportista, productor, etc. (que realiza una actividad riesgosa), de soportar el más alto riesgo y costo en sus actividades, de modo que las utilidades que se obtenga sean suficientes para resarcir los daños que se cause, imponiéndoles seguros obligatorios. De esta manera solamente podrán operar las empresas o personas que sean capaces de soportar los más altos costos que la ley o el Estado les impone (Alpa, 2016).

E. Función de distribución de pérdidas y asignación de costos

El problema de la distribución de pérdidas y asignación de costos, del que se tiene que ocupar la responsabilidad civil, nos ubica en la disyuntiva inicial, de decidir entre si el que sufre o experimenta el daño no tiene más posibilidad que la resignación (lo sufre él solo), o si puede esperar algo de los demás, conforme lo plantea Díez Picazo (2011). El mismo Díez Picazo hace la atinencia, que frente a este escenario, cabría la posibilidad de crear un sistema de auxilio o ayudas, a modo de un ente de beneficencia o seguridad social (caso en el cual ya no podríamos hablar propiamente de responsabilidad civil), o se establece un derecho subjetivo a favor del damnificado

que lo habilite a reclamar el importe del daño, caso en el que sí cabría entender al tema como uno de responsabilidad civil (Díez-Picazo, 2011).

Tradicionalmente, la forma en la que la responsabilidad civil ha acometido esta dificultad (la asignación de costos o pérdidas), se ha movido dentro de la responsabilidad subjetiva, la cual hacía recaer el daño en el sujeto que lo ha provocado con intención o impericia. Sin embargo, en tiempos modernos en los que han cambiado de manera drástica las formas de transporte, de comunicación informática, actividades de recreo y, en general, las formas de vivir, los planteamientos o fundamentos de la responsabilidad civil (sustentados en la culpa) han resultado insuficientes, y se ha transitado de un sistema de responsabilidad civil visto como una relación interindividual (que prescinde del análisis de los aspectos sociales) a uno denominado teoría de distribución o difusión social de los daños, el cual analiza el tema de los daños como un problema social (De Trazegnies, 1990).

Este panorama, ha llevado a que a las funciones tradicionales de la responsabilidad civil se incluyan dos más, las cuales no dependen únicamente de criterios jurídicos, pues se apoyan en mecanismos de mercado y cumplen funciones de justicia distributiva (Alpa, 2016). El derecho, entonces, al tiempo de asignar responsabilidad civil a tal o cual miembro de la sociedad (quien es seleccionado de entre los demás por su

particular posición en el colectivo), cumple con distribuir las pérdidas sufridas por las víctimas en quienes finalmente estén en mejor aptitud de asumirlas.

La distribución de las pérdidas o daños es lo primero que se realiza luego de haber sufrido un perjuicio; se impone la obligación de indemnizar o resarcir. Autorizada doctrina, nacional y extranjera, así lo afirma "(...) resarcir es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (...)" (De Trazegnies, 1990, págs. 43-44). O cuando se dice:

El mecanismo resarcitorio sirve para transferir el riesgo al sujeto que está en mejor condición para soportarlo, o bien al sujeto que puede recurrir, en mejores condiciones, a los seguros y que puede, así mismo, contribuir a que el riesgo se distribuya entre toda la colectividad. (Alpa, 2006, pág. 213)

Resulta claro, entonces, que la función distributiva de pérdidas o riesgos es una función propia de la responsabilidad civil, aun cuando ya luego requiera de ciertos mecanismos de mercado para alcanzar mayor concreción.

De Trazegnies (1990), por cierto, advierte que las denominadas teorías de la distribución o difusión social de los daños, y que suponen que el peso económico que representa el daño debe ser asumido no solo por el causante del daño, sino por toda la comunidad, resultan aplicables a los supuestos en los que el evento dañoso se produzca en condiciones de imprevisibilidad

y de anormalidad⁶³, cuáles serían los accidentes rutinarios; es decir, en los casos que el daño es producto de un obrar lícito el causante directo no es más responsable que los otros, a quienes se les va a trasladar la carga de responder por los daños también⁶⁴.

Ahora, frente a la necesidad de asignar y/o distribuir los costos de los daños, se han planteado varias opciones, sobre la base de los fundamentos de la responsabilidad civil. Así se tiene: i) la primera de las opciones pasa por ubicar como fundamento de la obligación de responder por los daños a la culpa (con dolo o negligencia), siendo el único responsable del daño el que lo causó, lo que hace irrazonable que se pretenda distribuir los costos en alguien más. Las codificaciones del siglo XIX y de los primeros años del siglo XX, no hacen más que aplicar esta teoría, bajo el principio de responsabilidad por culpa; ii) la teoría que plantea que la asignación del costo debe pesar en quien ha creado el riesgo y que es el directamente beneficiario de la actividad riesgosa desarrollada. Esta posición le asigna responsabilidad a la empresa por los daños que hubiere producido en la realización de su actividad económica (productor, fabricante, transportista, etc.) (Priest, G., 2005), iii) la postura que plantea que si de lo que se trata es de distribuir

⁶³ Es el acontecimiento que se encuentra fuera del orden natural de las cosas y de forma imprevisible. No serían aceptables –cuando menos en nuestro medio– las teorías de la distribución social en el caso de actos dolosos o de culpa inexcusable.

⁶⁴ Por ejemplo, el accidente de tránsito que lleva entre sus consecuencias, la lesión de varios de los pasajeros de un autobús de transporte interprovincial

el costo de los daños entre todos (distribución social del daño), lo razonable sería que paguen más los que más tienen o más ricos; lo que se ha venido a denominar como el principio del “*deep pocket*”, descartado por burdo por De Trazegnies Granda (De Trazegnies Granda, F., 2015); iv) la teoría de la asignación del costo del daño a quien teniendo dentro de su competencia la posibilidad de evitarlo, mediante la inversión de costos de prevención menores a los daños esperados, debe asumir las consecuencias del daño, haciéndose cargo de ellos [recoge la regla del juez Learned Hand, citada por Calabresi y Hirschhoff (Calabresi, G., Hirschhoff, J., 2005)]. Es decir, si los costos de prevención del daño fuesen mayores al costo de los daños esperados, no habría culpa ni responsabilidad por los perjuicios que se ha producido, pues tal implicaría mayores costos; v) la teoría que plantea que los daños o perjuicios causados por los accidentes, deberían ser asumidos por el evitador más barato (*cheapest cost avoider*), y quien –por cierto– se encontrará en la mejor posición de diluir el perjuicio en el resto de la colectividad (Calabresi, G., Hirschhoff, J., 2005); vi) la que plantea que tanto la fabricación de productos de consumo, el transporte masivo de pasajeros (terrestre, aéreo, marítimo, etc.), tienen como final beneficiario el consumidor, de manera que es a éste a quien le corresponde asumir el costo del riesgo (De Trazegnies Granda, F., 2015).

Se aprecia, claramente, que los fundamentos axiológicos de la responsabilidad civil, han ido mudando paulatinamente, desde una perspectiva individualista sustentada en el liberalismo, de acuerdo al cual la responsabilidad causal por los daños era asumida por quien los provocó (con culpa), hasta posiciones expresadas en las teorías de la solidaridad, por suerte de las cuales la categoría de los interesados se amplía hasta comprender no solo a los sujetos identificados de modo usual, sino a otros que han participado de distinta forma (han creado el riesgo, han obtenido beneficios de la actividad dañosa), quienes deben asumir también el peso del daño. Se toma en cuenta consideraciones de orden político y económico. Asimismo, se hace notar la aparición y consolidación de otros criterios de imputación, sustentados en la prevención del daño, su previsibilidad y en su fácil distribución entre los miembros de la sociedad (Alpa, 2006).

De acuerdo con De Trazegnies Granda (2015), la imputación objetiva de la responsabilidad por daños rutinarios causados a las víctimas, no puede sustentarse en criterios como los de riesgo beneficio o de quien tenga los bolsillos profundos (*deep pocket*), pues “La razón por la que la empresa [en su caso el causante de daños rutinarios] pagaría de acuerdo con la teoría de la distribución social del daño es porque esa empresa es la que está en mejores condiciones de disolver la carga del daño en la sociedad toda” (pág. 83). Ahora, las formas más útiles

como se distribuiría socialmente el costo de los daños, según el punto de vista de De Trazegnies Granda (1990) y otros estudiosos del tema como Alfredo Bullard González (2015), es a través de los precios de los productos puestos en el mercado y los seguros que se contrate para compensar a las víctimas.

a) El sistema de precios

La asignación de costos en los precios de los productos por parte del productor, industrial, comerciante, transportista, etc., es un medio bastante eficaz que sirve para diluir el peso económico del daño, que en un primer momento recayó en la esfera individual de la víctima (salud, seguridad, integridad, patrimonio, etc.), luego fue trasladado a quien causó el riesgo por una cuestión de utilidad más que de justicia (porque es el sujeto que se encuentra en mejor posición para incluir estos costos en el precio de sus productos y trasladarlos a los intermediarios), y de estos a su vez a los consumidores, llegándose a una más o menos adecuada distribución de pérdidas (De Trazegnies, 1990); ejemplo, la indemnización que obtiene un consumidor que compra un vehículo defectuoso es incorporado por la empresa vendedora en el precio de los vehículos que venderá a otros consumidores, de modo que el costo de la indemnización se distribuye en el mayor número de beneficiarios o compradores de vehículos posible.

b) La contratación de seguros

El sistema de seguros es otro mecanismo que viabiliza la distribución de los costos y riesgos mediante la contratación de seguros obligatorios para actividades riesgosas de carácter rutinario. Aquí ya no es el precio en el que se incorpora el costo del riesgo sino en la póliza de seguro. Es la empresa de seguro la que asume la adecuada satisfacción de los intereses de la víctima y traslada este peso económico a todos los demás asegurados, quienes a su vez lo hacen en sus costos de producción.

Fernando de Trazegnies (1990), señala que el daño no es una anécdota, un fenómeno aislado, que incide en los intereses de las partes sino un fenómeno recurrente que involucra una serie de entes interrelacionados, un sistema de relaciones entretejidas. Es por ello que el problema debe ser abordado de manera integral y sistemática, tomándose en el que se tome en cuenta al causante del daño, la víctima, las aseguradoras, los consumidores, etc. “La percepción clásica de la responsabilidad civil es diádica, mientras que la percepción es sistemática y estadística” (De Trazegnies, 1990, pág. 59).

A este respecto, señala Guido Alpa (2006), citando a Ronald Coase, que:

La socialización de los riesgos se realiza, en efecto, mediante mecanismos (descritos como instrumentos de la intervención del Estado en la economía y como medio para extender a todo individuo las ventajas de la sociedad opulenta) son absolutamente conformes con las directrices del mercado, y tiene, no tanto a la internalización de los riesgos, sino más bien a su externalización. En cierto sentido, el traslado del riesgo de la empresa al público –que se realiza mediante manipulaciones de precios– hace que sean de cargo de la sociedad todos (o por lo menos la mayor parte de) los costos afrontados por la empresa. (págs. 204-205)

Concluye Alpa (2006), citando a Fleming, que el proceso de modificación de los sistemas de responsabilidad civil, puede hacer creer que la función actual del régimen del ilícito no es la de asignar los daños, sino más bien la de distribuir los costos vinculados con aquél, entre el más amplio número de sujetos.

F. Función satisfactiva o de satisfacciones sustitutivas

La función satisfactiva o de satisfacciones sustitutivas es una suerte de función residual, dentro de las funciones principales que cumple la responsabilidad civil. Ello en razón de que –de antemano– esta función supone la imposibilidad de poder reparar el daño causado a la víctima, por la imposibilidad material y jurídica de poder hacerlo. Sin embargo, es evidente que en algunos tipos de daño como los que resulta de la afectación de derechos inherentes a la personalidad del ser humano, esta cualidad residual puede adoptar un papel principal o preponderante, ya que gran parte de estos daños a la persona (pérdida de la vida, lesiones e incapacidades permanentes, entre otros) no encuentran otra forma de

resarcimiento sino la compensación sustitutoria del daño sufrido por la víctima, por otros intereses o placeres insatisfechos o pendientes de hacerlo.

La doctrina no es pacífica sobre el particular, empero, entre quienes la defienden argumentan a su favor que “De nada vale sostener, por un lado, que debe resarcirse a la víctima, para luego, a la hora de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, sin entidad alguna, que nada compensa” (Mosset Iturraspe, 2015, pág. 91), con lo que se cuestiona que la indemnización en caso de daños extrapatrimoniales, necesariamente, debería tener un fin vindicativo o enriquecedor en la víctima.

Por su parte, Javier Tamayo Jaramillo (2015), sostiene refiriéndose tanto al daño moral como al fisiológico, que no son sino sub tipos de daños a la persona, que la indemnización busca proporcionarle a la víctima la posibilidad de desplegar alguna actividad que, atendiendo a su estado psicofísico, le permita suplir en parte las actividades que fueron suprimidas, con lo que se le da cierta tranquilidad, a pesar de la desgracia sufrida, entregándose a otras actividades o menesteres.

En el artículo 1741⁶⁵ del Código Civil y Comercial de la república de Argentina, el cual a nuestro juicio es uno de los

⁶⁵ Artículo 1741 del Código Civil y Comercial de Argentina

Indemnización de las consecuencias no patrimoniales

(...)

más modernos (en este tema) en Latinoamérica, se establece expresamente (para el caso de daños no patrimoniales) que el monto de la indemnización debe tener en cuenta las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, que la suma de dinero pueda procurar.

En suma, la función satisfactiva o de satisfacciones sustitutivas, implica paliar el daño irreparable sufrido por la víctima, proveyéndole de otro tipo de ventajas o beneficios, que puedan mejorar de alguna forma la situación en la que quedó por causa del evento dañoso.

2.3.3 El daño indemnizable y sus requisitos

La doctrina ha asumido la presencia de elementos comunes en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y responsabilidad extracontractual; a saber: i) la imputabilidad, entendida como la capacidad que el sujeto debe tener para ser responsable civilmente por los daños que causa, ii) la ilicitud o antijuricidad, referida a que el daño no está permitido por el derecho; iii) el factor de atribución, o elemento justificante de la atribución de responsabilidad, iv) el nexo causal, entendido como el enlace o vínculo entre el evento lesivo o contrario a derecho y el daño producido, y v) el daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión al bien jurídico tutelado (Espinoza Espinoza J. , 2006)

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

No obstante, el elemento esencial en la moderna teoría de la responsabilidad civil, indiscutiblemente, resulta ser el daño indemnizable.

Luis Andoro (2006), parafraseando a Graciela Messina, señala que el moderno derecho de daños prescinde de algunos de sus presupuestos tradicionales (antijuricidad), en el caso de reparación de actos lícitos; al paso que el daño jurídico se ha convertido en el epicentro del sistema de responsabilidad civil y ha ampliado su espectro en tres sentidos: i) admitiéndose como tal a la simple lesión de un interés serio, ii) aumentando el número de hipótesis de daños y iii) ampliando el número de legitimados (activos y pasivos).

Ahora, más allá de existir cierto consenso en que los daños pasibles de ser sufridos pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales, no existe el mismo grado de consenso respecto de su naturaleza ontológica. Esto es, si la noción de daño comprende el evento lesivo del interés o derecho protegido, las consecuencias del mismo, o ambas. hay quienes entienden que el daño no puede identificarse o ser la lesión al interés jurídico protegido, aun cuando éste deviene en un presupuesto necesario (Díez-Picazo, 2011); mientras que hay quienes sostienen que “el daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias. Desde el punto de vista del derecho civil, no es necesario distinguir el evento de las consecuencias” (Alpa, 2006, pág. 775). La razón de esta última postura, que por cierto, la encontramos conforme, se sintetiza en: que el daño indemnizable ha dejado de ser un simple

detrimento del patrimonio de la víctima, pues comprende también bienes jurídicos inmateriales, cuya lesión adquiere significancia con la sola lesión al derecho protegido, y que la noción de daño se configura actualmente en términos de daño injusto (Alpa, 2016).

En nuestro medio, por su parte, conviene destacar las opiniones de Espinoza Espinoza (2006), quien, parafraseando a Ferri, sostiene que:

El daño no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso; el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero autónomos conceptualmente cuanto al contenido y a la naturaleza. (pág. 226)

Nótese, sin embargo, que no se niega que la lesión al interés protegido se encuentra al margen del contenido de daño. Lo que comparte Leysser León (2007), quien señala que el daño se distingue del evento que lo genera, en tanto que el evento pertenece al mundo de los hechos jurídicos, el cual es apto para impedir que el interés sea satisfecho, mientras que daño es la cualidad que subsigue al evento y que califica, más bien, en términos económicos.

A. Requisitos o condiciones del daño indemnizable

En cuanto a los requisitos o condiciones que debe reunir el daño para ser indemnizable, la doctrina coincide en que no cualquier tipo de molestia o perjuicio debe ser indemnizable. Se

ha dicho que el daño debe tener: i) un carácter cierto, esto es que debe determinarse su efectividad o materialización⁶⁶, ii) el interés lesionado debe tener un carácter lícito o legítimo, o cuando menos no se encuentre reñido con el orden público o las buenas costumbres⁶⁷; iii) el carácter personal del interés lesionado, lo que responde a la forma tradicional en que ha sido invocado el derecho a la reparación de daños, por quien lo ha sufrido (Brun, 2015). Actualmente, este aspecto viene atravesando cambios, por razón de la aparición de nuevos tipos de daños, como los daños colectivos, cuya representación es ejercida por entes dotados de personería jurídica, pudiendo ser de derecho privado o público.

Junto a estas condiciones se ha dicho que el reclamo o invocación de estos daños puede ser hecha, no necesariamente por la víctima sino por representante, lo que tiene sentido si se considera que –en muchos casos– el evento dañoso puede haber dejado imposibilitado de acudir ante la autoridad judicial a la víctima (Brun, 2015).

La doctrina nacional, por su parte, ha precisado que el daño indemnizable exige de las siguientes condiciones: i) ser un daño cierto; es decir, presente o futuro, pero finalmente cierto, descartándose supuestos de daño hipotético o eventual. Esta condición –naturalmente– no excluye que el daño puede ser

⁶⁶ No debe confundirse materialización con la noción de daño material, pues la materialización o efectivización, puede darse también daños de naturaleza espiritual.

⁶⁷ Es un tema problemático aún en la jurisprudencia admitir la indemnización planteada por la concubina, si la unión no se ha concretado en una unión de hecho propia o concubinato propio.

indirecto y futuro, el primero referido al daño reflejo sufrido por persona distinta a la que sufrió la lesión al derecho de forma directa, mientras que el segundo referido a un daño que aún no se ha producido, pero que con seguridad se producirá en el futuro; ii) ser un daño probado, lo que no necesariamente debe confundirse con la certeza sobre el daño, pues habrá casos en los que pese a tenerse certeza sobre el daño, no se llega a probar en toda su magnitud, caso en el que la norma permite su apreciación razonable o equitativa. Adicionalmente, se dice que, al momento de fijar la indemnización, convendrá tener en cuenta las condiciones personales de la víctima y del deudor, lo que por cierto debe ser observado con prudencia y razonabilidad, pues la indemnización no es un medio para enriquecer a la víctima o el deudor (De Trazegnies, 1990).

La doctrina discute si el daño por pérdida de oportunidad es indemnizable o no. Inicialmente existía cierta reticencia a admitir su resarcibilidad, aunque ahora es mayoritaria la posición que acepta su indemnización (Espinoza Espinoza J. , 2006; Brun, 2015).

B. Tipos de daños indemnizables

Los tiempos modernos atestiguan la preocupación de la doctrina por el estudio de los diversos tipos de daño, al punto de llegar a sostenerse que “del hecho cuantitativo se ha pasado a un hecho cualitativo” (Alpa, 2006, págs. 767-768), en el afán por especificar todos los tipos de daño resarcibles. En la

misma línea, se ha pronunciado autorizada doctrina argentina, cuando refiriéndose a los daños, se los llega a clasificar en daño a la persona, daño al patrimonio, daños masivos y daños colectivos. (Lorenzetti, R., 2012).

Por su parte, el profesor Carlos Fernández Sessarego (2002), plantea que los daños deben entenderse como daños subjetivos y objetivos, en contraposición a los daños personales y no personales propuestos por la dogmática italiana, pues, aunque toda persona sea sujeto de derecho, no todo sujeto de derecho es persona (*v.gr.* el concebido) y, por lo tanto, es más coherente hablar en ese sentido de daño subjetivo que de daño a la persona.

Sin embargo, más allá de los tipos de clasificación que se admiten en la doctrina, tradicionalmente, los daños han sido clasificados en: i) daños patrimoniales y ii) daños extrapatrimoniales (Brun, 2015; Espinoza Espinoza J. , 2006; Tamayo Jaramillo, 2013).

Ahora, cabe hacer notar que los daños patrimoniales pueden resultar de una afectación a derechos subjetivos de la personalidad (Brun, 2015), o a la inversa, si es como consecuencia de la afectación de bienes patrimoniales que se produce una afectación psicológica, traducida en sufrimiento, dolor, desasosiego, etc. (*v. gr.*, la destrucción de una vivienda produce al propietario una grave aflicción emocional).

En el caso de la legislación peruana, la regulación de esta temática se ubica en los artículos 1321, 1322⁶⁸ (responsabilidad por inexecución de obligaciones) y artículos 1984 y 1985 (responsabilidad extracontractual) del Código Civil, en los que se recoge de forma difusa los daños de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial, siendo precisamente esta la línea que se seguirá en este trabajo.

a) El daño patrimonial

La doctrina es pacífica sobre la noción de daño patrimonial, pues se remite –en estricto– al daño material entendido como cualquier perjuicio económico que sufra la víctima como consecuencia del accionar antijurídico del agente. En ese sentido, Alessandri (1981) señala que “[e]l daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción” (pág. 220).

También existe un cierto consenso al distinguir dentro del daño patrimonial, al daño emergente del lucro cesante, como lo anota Puig Brutau (1998):

El daño emergente es una pérdida real y efectiva; el lucro cesante, en cambio, es de momento una pérdida invisible que se apoya en la presunción de cómo se habría sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. (pág. 181)

⁶⁸ **Artículo 1322.- Indemnización por daño moral**

El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Se dice que el daño emergente no es otra cosa que la pérdida patrimonial efectivamente sufrida (Taboada Córdova, 2000), por ejemplo, aquel que pierde su vehículo como consecuencia de un accidente de tránsito. Como tal su presupuesto básico es la pérdida económica actual y efectiva de la víctima y, por lo tanto, demarca la función restitutiva del sistema de responsabilidad civil, que busca reintegrar su patrimonio (Alpa, 2016).

Por su parte, el lucro cesante está vinculado a la expectativa de generar utilidad o ganancia, que se ve frustrada como consecuencia del evento dañoso (Taboada Córdova, 2000; Espinoza Espinoza J. , 2006), por ejemplo, el dinero que dejó de percibir la víctima del accidente de tránsito a causa de los daños sufridos por su vehículo.

b) El daño extrapatrimonial

El daño extrapatrimonial ha estado asociado – tradicionalmente– al daño moral, como lo explica Espinoza Espinoza (2006), cuando señala que todos los códigos civiles que siguen el modelo jurídico francés optan por la voz “daño moral” y lo entienden como sinónimo de daño no patrimonial (pág. 231). Asimismo, lo explica Fernández Sessarego (2015), para quien es indemnizable el daño que pudiera sufrir la persona humana.

En el artículo 1916 del Código Civil Federal de México⁶⁹, se hace una descripción pormenorizada de lo que se entiende por daño moral, incluyéndose además del *pretium doloris*, el daño físico, el daño a la reputación, vida privada, entre

⁶⁹ Artículo 1916 del Código Civil Federal de México

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determina el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informáticos que considere conveniente. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma referencia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

- i. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, o exponerlo al desprecio de alguien;
- ii. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;
- iii. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y
- iv. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto es sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

otros aspectos e intereses subjetivos de la persona, protegidos por el derecho.

Se observa, entonces, que el daño extrapatrimonial viene dado por el perjuicio causado a valores inmateriales no apreciables pecuniariamente y que se corresponden con la afectación a la persona en sí misma (Espinoza Espinoza J. , 2006). Carlos Fernández Sessarego (1985) lo define como el daño que lesiona directamente a la persona, a su realidad psicosomática.

Sobre la naturaleza del daño a la persona nos hemos ocupado con cierta amplitud en el numeral 2.2.2. del presente trabajo, de cuya exposición se puede advertir que se trata de un concepto algo indefinido hasta ahora, pues dependiendo del contexto normativo, no solo ha adquirido nomenclatura diversa sino que se ha agrupado dentro de su contenido una considerable cantidad de sub especies, *v. gr.*, los sufrimientos morales o psíquicos, el perjuicio estético, perjuicio sexual, daño a la vida de relación, daño existencial, daño biológico, etc. (Díez-Picazo, 2011; Koteich Khatib, 2012; Fernández Sessarego, C., 2013; Tamayo Jaramillo, J., 2015; Espinoza Espinoza J. , 2006).

En nuestro medio, a diferencia de lo que ocurre en países como Italia y Francia, por citar dos ejemplos, las cláusulas normativas que regulan los tipos de daños son taxativas al

establecer lo que comprende la reparación e indemnización (arts. 1321, 1322, 1984 y 1985 del CC), especificándose cuales son los daños pasibles de ser indemnizados. De manera que, en cuanto se refiere a daños extrapatrimoniales, estos son el daño moral y el daño a la persona.

Ahora, en el derecho nacional el denominado daño moral (daño extrapatrimonial) apareció recién en el Código Civil de 1936, empero solo referido a la responsabilidad por acto ilícito (art. 1148)⁷⁰, no así para el caso de responsabilidad por inejecución de obligaciones; aunque en el Código Civil de 1852 (art. 2202)⁷¹ se reguló –no explícitamente– la reparación por daño extrapatrimonial para el caso de injuria.

En el Código Civil vigente de 1984, se ha recogido no solo el concepto de daño moral sino el daño a la persona, cuya conceptualización ha encendido un debate que hasta ahora no ha concluido, habida cuenta que tradicionalmente el daño moral cubría todas las modalidades de daños pasibles de sufrir la persona y susceptibles de ser indemnizados, sin embargo, ahora junto a este concepto de

⁷⁰ **Artículo 1148 del Código Civil peruano de 1936**

Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima.

⁷¹ **Artículo 2202 del Código Civil peruano de 1852**

En caso de injurias tiene derecho el que las recibe, a pedir una indemnización proporcionada a la injuria.

daño extrapatrimonial se regula la figura de daño a la persona.

La doctrina que ha incorporado el daño a la persona en el Código Civil de 1984 es la impulsada por Carlos Fernández Sessarego (2002), para quien el daño a la persona resulta ser un concepto amplio que comprende: i) el daño psicosomático, entendido también como daño biológico y que consiste en la lesión del derecho subjetivo *per se*, que a su vez podría afectar su ámbito somático o físico, y su ámbito psíquico o psicológico; ii) el daño a la salud, que es el resultado de la lesión a las dimensiones psicológica y somática de la persona, traducida en una afectación al estado de bienestar integral de la persona humana; y iii) daño al proyecto de vida, el cual presupone un previo daño psicosomático, y se expresa como la afectación a la libertad que tiene toda persona de lograr un proyecto personal de vida, a causa de las imposibilidades que le significa habersele truncado su posibilidad y libertad de lograrlo, lo que –a su vez– se traduce en un vacío existencial por la pérdida de sentido que experimenta su vida (Fernández Sessarego, 2002). Precisa, no obstante, el jurista peruano, que el concepto daño existencial no podría ser parte del daño a la persona, en tanto que las manifestaciones existenciales del ser humano desbordan el concepto de salud o bienestar propiamente dicho, por lo

que en este aspecto se distancia de las ideas traídas de Italia⁷², que la entienden como una sub especie de daño no patrimonial (daño a la persona), resultando más propio entender daño existencial como equivalente de daño a la persona (Fernández Sessarego, 2002)

La Corte Suprema (III Pleno Casatorio Civil, 2011), acoge una acepción amplia de lo que debe entenderse como daño a la persona, dentro de cuya categoría ubica a las siguientes nociones: i) el daño biológico y a la salud, que corresponderían a dos conceptos estrechamente vinculados, pues mientras el daño biológico representa la lesión a la integridad psicofísica de la persona, el daño a la salud es lo que esta lesión representa con posterioridad (daño a la vida de relación, daño estético, daño psicológico sea –simplemente– afectivo o patológico, daño sexual, etc.); adicionalmente, se identifica ii) el daño al proyecto de vida, que consiste en la afectación más grave a la persona, pues implica la lesión a su libertad de actuación dentro de un contexto temporal de vida.

⁷² Recuérdese que en Italia, la interpretación constitucional del artículo 2059 del Código Civil italiano, por la Corte de Casación, significó comprender como modalidades de daño no patrimonial al daño biológico, al tradicional daño moral subjetivo y el daño derivado de la lesión a otros intereses de rango constitucional inherentes a la persona. El daño existencial, por su parte, se entiende como el perjuicio que le impide a la persona un normal desenvolvimiento, al haberse afectado su calidad de vida, y que es consecuencia del daño biológico; lo que podrían asimilarse a lo que Fernández Sessarego entiende como daño a la salud o al bienestar, aunque el cuestiona tal posibilidad.

A nivel doctrinario, sin embargo, el tema no es pacífico, pues como se advierte la admisión de la institución de daño a la persona en el Código Civil y la doctrina que la alienta, es duramente criticada (León, 2007), y no es compartida por otro sector (De Trazegnies, 1990).

Antes de exponer los principales cuestionamientos a esta figura, sin embargo, daremos cuenta de otro sector de la doctrina que se muestra no tan frontal con la necesidad de incorporar la noción de daño a la persona en el Código Civil. Así pues, Lizardo Taboada (2000), sin descartar la necesidad y conveniencia de incorporar el daño a la persona en nuestro sistema, sostiene que el daño moral y el daño a la persona son dos categorías distintas entre sí, e integrantes del daño extrapatrimonial. Juan Espinoza Espinoza (2006), por su parte, sostiene que “si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto a su contenido extrapatrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie” (págs. 229-230).

Fernando de Trazegnies (1990), disiente de la necesidad de crear una especie adicional a lo que se conoce como daño moral, refiriéndose al daño a la persona; explica que cualquier atentado a la persona se traduce, o bien en un daño patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o en un

daño de carácter psicológico que afecta el equilibrio emocional, usualmente, conocido como daño moral. Amplía, que inclusive aquellas violaciones de los derechos de la personalidad (libertad, integridad física, honor, derechos de autor, etc.) conllevan consecuencias económicas, y más allá de ellas, eventualmente, aflicción, pena, angustia; de manera que no hay nada nuevo cuando se invoca un daño a la persona (De Trazegnies, 1990).

Leysser León (2007), por su parte, invocando algunas voces importantes en la doctrina nacional, como las de José León Barandiarán, el mismo Fernando de Trazegnies Granda, Lizardo Taboada Córdova y Carlos Cárdenas Quiroz, señala que ninguno de ellos ha planteado –como lo sugiere y pretende Carlos Fernández Sessarego– la eliminación del daño moral, de la terminología del Código Civil, lo que hace que la propuesta de sustitución del daño moral por el de daño a la persona, sea minoritaria. Por lo demás, sostiene enfáticamente que la regulación del daño a la persona -como tal- es inconveniente y representa un accidente en nuestra codificación, porque en buena cuenta reitera un concepto comprendido en la idea de daño moral, conforme a la original comprensión del derecho francés (León, 2007).

2.4 SISTEMAS DE REPARACIÓN DE DAÑO A LA PERSONA

Como lo señala Philippe Brun (2015) “contemplar las reglas relativas a la reparación, es tocar el corazón mismo de la materia, como objetivo final de la responsabilidad civil” (pág. 525). Agrega, lamentablemente, esto no siempre es posible, el daño no es muy a menudo susceptible de una resorción verdadera, lo que se lograría –más perfectamente– con una reparación en especie, y que por lo general la víctima debe contentarse con una compensación, como simple consuelo (Brun, 2015).

Se ha dicho que los daños para ser indemnizables exigen del cumplimiento de ciertas condiciones, como es tratarse de un perjuicio cierto, involucrar un interés lesionado legítimo y abarcar el ámbito personal de titular afectado. En el caso de los daños patrimoniales, cuyo perjuicio es –por regla general– mensurable, esta situación no genera mayor dificultad, el criterio que se sigue es “el cálculo de la diferencia entre el valor de mercado fijado antes y después del hecho, o bien el cálculo del costo de la reparación” (Alpa, 2006, pág. 795); cuestión que no representa mayor labor que llevar a cabo un cálculo matemático cuidadoso de las pérdidas. Sin embargo, cuando tratamos con daños extrapatrimoniales el asunto no es tan simple, no solo por la dificultad de acometer el reto de valorizar económicamente bienes no cuantificables dinerariamente, sino también por su difícil probanza.

En el derecho comparado, además de diferentes principios y reglas jurídicas que ayudan a realizar esta tarea, se encuentra también diferentes técnicas o modelos (legislativos y jurisprudenciales) de

cuantificación de daños extrapatrimoniales (Alpa, 2006; Mosset Iturraspe, 2015; Espinoza Espinoza, J, 2015; Fernández Sessarego, C., 2015), que van desde confiar en principios como el de reparación integral, el principio de equidad, criterios subjetivos, que confieren un alto margen de discrecionalidad al juez para valorar y liquidar los daños sufridos por las víctimas, sistemas tasados, en los que el cálculo viene determinado por criterios normativos⁷³ (en función de montos ciertos), hasta sistemas tabulares de valorización de daños.

De otra parte, sobre daños extrapatrimoniales, se plantea en la doctrina el problema relativo a la entidad que debe tener el daño (moral, estético, sexual, etc.), para ser resarcido, en el entendido de que no cualquier tipo de daño (fútil) puede ser resarcido o indemnizado. Las posiciones transitan desde una perspectiva restrictiva a admitir la resarcibilidad de los daños extrapatrimoniales, cuya fuente es la tradición histórica que asumía que los daños extrapatrimoniales no podían ser resarcidos y solo lo admitía en casos muy excepcionales (art. 253 del CC alemán y 2059 del CC italiano). Son partidarios de esta postura, Díez Picazo (2011), quien justifica la no resarcibilidad de estos daños en la existencia de un riesgo permitido que quienes se ven comprometidos en ciertas actividades, están en el deber de asumir. Sostiene al respecto:

La indemnización por daño moral requiere hechos de alguna especial gravedad y que es una reacción especial frente a la gravedad. Históricamente no cabe duda de que

⁷³ **Artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR**

La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

fue así pero también debería serlo desde el punto de vista del derecho moderno por lo que hay que oponerse vehemente a lo que más arriba llamamos trivialización. (Díez-Picazo, 2011, págs. 317-318)

De similar postura, en nuestro medio, es Fernando de Trazegnies (1990), quien en torno al tema, cuestiona “Puede satisfacerse el espíritu de retribución de la víctima (que, en este caso, es un eufemismo para decir el espíritu de venganza), castigándose al culpable con la obligación de pagar un suma de dinero. Pero no puede subsanarse con dinero lo que no es valorizable en dinero” (págs. 98-99).

Sin embargo, de otra parte, se encuentran los que justifican –plenamente– la viabilidad de la indemnización de los daños extrapatrimoniales, como lo hace Guido Alpa (2006), quien afirma que el daño comprende tanto el evento lesivo y sus consecuencias, y por lo mismo (en estricto) no sería necesario distinguir el evento de las consecuencias; por tanto, en cuanto a la diferencia entre daño patrimonial y no patrimonial, señala que “Esta disposición implica dos modelos de regulación diferenciados, y dos funciones diferenciadas: reparatoria, la primera, e incluso sancionatoria, la segunda” (Alpa, 2006, págs. 773-775). Mosset Iturraspe (2015), por su parte, rechazando –tajantemente– la posibilidad de admitir penas simbólicas en casos de daños extrapatrimoniales (morales), concluye:

En nuestra opinión la gravedad de la falta (...) debe siempre, en los actos ilícitos y en los incumplimientos obligacionales, tenerse en cuenta. Integra las circunstancias del caso, que la equidad impone considerar. Pero de ninguna manera puede ser la razón del acogimiento o del rechazo de la pretensión

indemnizatoria, ni el factor principal de determinación de la cuantía. Tal criterio, además de desnaturalizar la institución, carece de apoyo legal en nuestro ordenamiento. (págs. 91-96)

Carlos Fernández Sessarego (2015), rebatiendo la postura de Fernando de Trazegnies, esgrime:

Somos del parecer, en consonancia con la doctrina dominante y la jurisprudencia comparada, que el principio rector en cuanto a la responsabilidad es que “todo daño a la persona, cualquiera sea su origen o naturaleza, debe ser reparado. La persona es el centro del derecho y éste ha sido creado para su protección preventiva, unitaria e integral. Por tanto, si nos encontramos ante un daño a la persona, sus consecuencias deben ser reparadas. (pág. 288)

Finalmente, debemos tocar un asunto de suma importancia, no solo en el caso de reparación de daños patrimoniales sino también extrapatrimoniales, la indemnización no puede ser un instrumento para enriquecer a la víctima o al victimario, o viceversa. Por ello los elementos o presupuestos que exige el derecho para hacer indemnizable un bien jurídico o interés protegido (antijuricidad, daño, nexo de causalidad y factor de atribución), deben ser escrupulosamente seguidos y analizados, no sin dejar de tener en cuenta que la reparación se guía por el principio de reparación integral o *restitutio in integrum*, lo que implica que la reparación como remedio implica resarcir los daños irrogados a la víctima, sea reparando el bien dañado o compensando en valor la pérdida.

2.4.1 Indemnización en especie o en equivalente económico

Es claro que, si se entiende por daño resarcible a la afectación de derechos y/o intereses jurídicamente protegidos, y siendo estos de diferente naturaleza (daños materiales e inmateriales, daños

económicos y daños espirituales), el cumplimiento del propósito resarcitorio no pasará en todos los casos por seguir la misma metodología, procedimientos o técnicas. Lo que nos lleva a hablar, como lo entiende la doctrina, de tipos o modelos resarcitorios, dentro de los que se ubica: i) el resarcimiento dinerario o por equivalente, que consiste en la compensación económica de la víctima, y ii) el resarcimiento de forma específica o *in natura*, que busca la reconstitución de la situación anterior a la producción del daño (Espinoza Espinoza J. , 2006).

En torno a la necesidad de optar por un sistema de resarcimiento en equivalente o en forma específica, no es fácil decidirse por la conveniencia de uno u otro. Así, en el modelo francés, ante el silencio de la norma, la doctrina señala que la jurisprudencia no ha consagrado un principio de jerarquía sobre las posibles soluciones frente al daño, lo que –en todo caso– ha sido entendido como un derecho de la víctima, de elegir uno u otro, en la medida de lo posible (Brun, 2015); lo mismo ocurre en derecho español, empero que –como lo señala De Trazegnies– tras algunas vacilaciones, la doctrina y la jurisprudencia se ha inclinado por una restitución en especie sobre una en equivalente (De Trazegnies, 1990).

En el derecho peruano, igualmente, el Código Civil ha guardado silencio sobre este tema, a diferencia de –por ejemplo– lo que ocurre con el Código Civil italiano, que en su artículo 2058⁷⁴,

⁷⁴ El texto del artículo 2058 del Código Civil italiano de 1940, en su versión original expresa.

establece que el damnificado puede requerir la reintegración en forma específica, en la medida que ello sea posible en todo o en parte, o el Código Civil y Comercial de la república de Argentina, en cuyo artículo 1740⁷⁵, en el cual se regula la opción de decidir por una reparación en especie o en equivalente, como un derecho de la víctima, el cual –por cierto– no es absoluto (como ningún derecho lo es), y está sujeto a los límites que la propia ley, la razón y la equidad impone, inhibiéndose el abuso del derecho.

En relación al silencio operado en el Código Civil peruano, Fernando de Trazegnies (1990), no sin antes precisar que la indemnización en especie es la más perfecta, cuando se trata de daños a una cosa, pues es más fiel al principio de la *restitutionis in integrum*, y por lo mismo alcanza mayor plenitud, hace ver los problemas prácticos que podría generar, como por ejemplo cuando es ineficiente, demasiado costosa, imposible, etc., en cuyos casos por razonabilidad se tendría que optar por una indemnización en

“Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”; traducido al español:

“La víctima puede optar por la reparación del daño en forma específica o en especie, en todo o en parte.

Se opta por el resarcimiento en equivalencia, si la reparación en especie resulta excesivamente onerosa al deudor”

⁷⁵ **Artículo 1740.- Reparación plena**

La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

equivalencia. No obstante ello, y en clave de que no se encuentra descartada esta forma de indemnización (*in natura* o en especie), más allá del silencio del legislador, reflexiona que la reparación *in natura* es un derecho y no una obligación, por lo que podría escogerse cualquiera de ella; aunque únicamente se podrá llegar a concretar ésta si existe asentimiento del obligado (v. gr., cuando una prestación deba ser prestada personalmente por el deudor o causante del daño, y éste se niega a hacerlo) (De Trazegnies, 1990).

Finalmente, es pertinente señalar que estos aspectos (la naturaleza de los bienes o intereses jurídicos afectados, y la modalidad de reparación –en especie o equivalencia–), ponen en evidencia la necesidad de distinguir diferentes técnicas de cuantificación de daños, pues mientras el daño patrimonial se mide con criterios ofrecidos por el mercado, el daño no patrimonial, con el método equitativo (Alpa, 2006). En todo caso, es el juez quien tendrá que ponderar las circunstancias del caso, para asumir los criterios más razonables para que el daño sea lo más plenamente resarcido, sea en especie o en equivalencia.

2.4.2 Principios que rigen la indemnización de los daños

Cuando hablamos de los principios que rigen la indemnización, nos estamos refiriendo, en estricto, a las normas que fijan las pautas para valorar y liquidar los daños sufridos por las víctimas. La doctrina nacional hace ver que siendo la responsabilidad civil un área propia del derecho privado (lo que la distingue por los

principios y fines que la rigen, del derecho penal o administrativo), su función es preponderantemente reparativa, antes que punitiva o vindicativa; por tanto “el principio general que rige casi unánimemente en esta materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. Este principio es el que se conoce como reparación plena o integral” (De Trazegnies, 1990, págs. 15-16), aunque advierte que este principio es más un anhelo que una realidad, pues resulta imposible borrar totalmente las huellas del daño.

Empero, si es sumamente difícil borrar las huellas del daño, cuanto más lo es en el caso del daño extrapatrimonial (daños a la persona), el cual no es mensurable en dinero, y lo que – normalmente– se espera, luego de haberlos sufrido y haber reclamado su pago, es una suma dineraria que calme o suvise los efectos del daño. En este caso, como lo señala la doctrina “la indemnización por daños inmateriales apunta a un fin satisfactorio o compensatorio, más no resarcitorio o reparatorio como ocurre en el caso de los perjuicios materiales” (Álvarez Pérez, A., 2015, pág. 147). Bajo esta misma línea se afirma que si bien bajo ciertas circunstancias, las pretensiones de indemnización de daños extrapatrimoniales, puedan tener fines punitivos o vindicativos, sin embargo, ello no sucede en todos los casos, en los que el accionante no busca venganza, sino una reparación que atempere un poco su aflicción (Tamayo Jaramillo, J., 2015).

Ahora, el principio de reparación integral de los daños, no solo rige sobre el modo de calcular el daño patrimonial sino también para el caso del daño extrapatrimonial, bajo la idea de que, con la indemnización, el derecho habrá logrado restablecer el equilibrio alterado como consecuencia del evento dañoso, y cuyo fundamento no solo se aplica en casos de menoscabo patrimonial, sino también extrapatrimonial.

Del estudio del Código Civil peruano vigente se tiene que junto al principio general “reparación integral”, recogido en los artículos 1321 (interpretado sistemáticamente con el art. 1322 del mismo código) y artículos 1984 y 1985, se ha regulado el principio de equidad, como resulta de los artículos 1332 y 1977 del código citado, aplicables para los casos de responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente.

A. El principio de reparación integral

El principio de reparación integral del daño, conocido también por su expresión latina *restitutio in integrum*, es entendido – desde un punto de vista normativo– como el restablecimiento del desequilibrio (injusticia) generado como consecuencia del evento dañoso, mientras que –desde un plano fáctico– como la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la indemnización que se procure al afectado, de tal forma que se lo coloque con la mayor precisión posible en una situación parecida a la que se encontraba antes de producirse el hecho

dañoso (Naveira Zarra, 2004); o como lo dice Guido Alpa (2006), busca “poner el patrimonio del damnificado en el mismo estado en que se habría encontrado si no hubiese mediado el evento lesivo” (pág. 782)⁷⁶.

Resulta, entonces, que a través del principio de reparación integral el daño, se busca –finalmente– hacer efectivas las funciones de la responsabilidad civil, como son la resarcitoria o indemnizatoria, pues con la condena de reparación de daños es que se concreta la finalidad de resarcir o compensar los daños sufridos por la víctima.

El principio de reparación integral, por su naturaleza, es una norma principio y no regla, que para ser concretada en la práctica judicial o en el caso judicial en específico, exige de fórmulas legales adicionales de concreción, como la generación de una regla hasta ese momento implícita en el principio, a través de un razonamiento inferencial (Guastini, 2019). Ahora, puede ocurrir que para aplicar una norma principio, exista *per se* en el derecho positivo una regla que concretiza el mandato de optimización (principio), o que deba ser el operador jurídico quien lo deba hacer frente a una situación de vacío legal.

⁷⁶ Alpa se refiere a patrimonio en una acepción amplia, que comprende tanto los derechos de la personalidad (subjetivos) como patrimoniales (objetivos).

En el caso del principio de reparación integral, las normas regla que lo desarrollan son los artículo 1321⁷⁷ (responsabilidad contractual) y el artículo 1985 del Código Civil (responsabilidad extracontractual); los cuales *mutandis mutantis* implican tomar en cuenta (en el monto indemnizatorio) el daño evento y el daño consecuencia, y lo cual es suficiente en el caso del daño patrimonial, sin embargo, claramente resulta insuficiente en el caso del daño a la persona, del cual no se puede medir su magnitud en base a cálculos matemáticos o contables.

Ello, ciertamente, ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, la que ha señalado que para hacer efectiva la reparación de los daños, se requiere indefectiblemente que se los individualice, pues siempre es posible que un mismo evento dañoso produzca más de un tipo de daño al mismo tiempo: patrimonial o extrapatrimonial (Brun, 2015).

Asimismo, agrega Philippe Brun (2015) que las reglas que disciplinan la reparación integral de los daños tienen un ámbito de aplicación incierto⁷⁸, por la existencia, mejor la inexistencia, de referencias más precisas de cómo debe operarse la reparación de los daños del damnificado.

⁷⁷ Norma que debe ser concordada con el artículo 1322 del Código Civil, en tanto que aquella no prevé el daño moral.

⁷⁸ El jurista se refiere –naturalmente– al derecho positivo francés, empero las omisiones y deficiencias que anota, pueden ser extrapolables a nuestro sistema legal, por presentar similares carencias; lo que, sin embargo, no quita que la jurisprudencia –en dicho país– no haya respondido a esta carencia de una manera más eficiente.

En suma, en cuanto se refiere a la observancia del principio de reparación integral del daño a la persona, el problema es álgido, pues mientras éste impone la necesidad (para el juez) de elegir el método de reparación más idóneo para restaurar lo más exactamente posible el equilibrio destruido por el daño; el operador jurídico se encuentra con que el derecho positivo no brinda las herramientas necesarias para cumplir su cometido.

B. Principio de equidad

El otro principio que tradicionalmente ha guiado la labor de valoración y/o liquidación de daños indemnizables es el de equidad, llamado también por algún sector de la doctrina como principio de apreciación subjetiva o concreta de la medida de la reparación (Naveira Zarra, 2004; Mosset Iturraspe, 2015); el cual –al igual que el principio de reparación integral– es aplicable, tanto para el caso de reparación de daños de contenido económico o patrimoniales como para el caso de daños extrapatrimoniales. Empero, es claro que de forma más recurrente se ha empleado en la valoración de daños extrapatrimoniales, en los cuales más allá de haberse determinado la entidad del daño (su existencia), resulta embarazosa su valoración.

Se pretende que el principio de equidad funja a modo de salvavidas, frente un problema real y serio, como es la dificultad de valorar y liquidar el daño a la persona. Así, se dice

que debe entenderse al principio de equidad como el “instrumento de corrección de la ley en lo que ésta falle por su excesiva generalidad, adaptando el mandato normativo a las circunstancias del caso: justicia del caso concreto” (Manzanares Campos, 2008, pág. 161). La aplicación del principio de equidad –se afirma– requiere de considerar las circunstancias particulares del caso, las circunstancias generales del contexto histórico-social en el que se desarrolle el caso y los componentes normativos que prevén las consecuencias jurídicas aplicables al caso (Manzanares Campos, 2008).

Más allá del afán por justificar la necesidad de una motivación y argumentación cualificada, echar mano del principio de equidad, en buena cuenta, lo que significa es resolver un conflicto apelando al criterio discrecional del magistrado, lo cual –eventualmente– no esté mal, empero genera graves riesgos y problemas de inequidad, inseguridad, desproporcionalidad, etc., como los problemas que hemos enunciado al exponer la problematización de este trabajo de investigación. Finalmente, lo único cierto es que se confirma lo que la doctrina ha calificado como ¿una lotería forense? (Alpa, 2006).

El principio de equidad se encuentra regulado en los artículos 1332 (responsabilidad contractual) y 1977 (responsabilidad extracontractual) del Código Civil; sin embargo, no tiene normas regla de concreción que hagan posible su aplicación

óptima, pues el legislador ha confiado este espacio a la discrecionalidad del juez, el que desafortunadamente ha respondido erráticamente, adoptando criterios disímiles, subjetivos, desproporcionados e inequitativos.

De lo dicho resulta claro que las disposiciones normativas (principios y reglas) que rigen la valorización o cálculo de los daños indemnizables, resultan insuficientes para enfrentar la problemática planteada. Ello, básicamente, por la inexistencia de herramientas legales que permitan cuantificar la magnitud de las consecuencias de un hecho dañoso, y que resultan indispensables (Espinoza Espinoza J. , 2006); modo de ver que es compartido por Guido Alpa (2006), quien sobre la falta de predictibilidad y uniformidad, en cuanto a la indemnización de daños extrapatrimoniales, señala:

La impresión que surge es que la valorización del daño ya no puede confiarse a una serie innumerable de soluciones judiciales de los particulares casos; soluciones que no están armonizadas entre sí. Y se tiene que modificar la situación, de todas maneras, ya sea a través de la coordinación de los modelos judiciales, o a través de la fijación de reglas y criterios detallados, realizada por el legislador. (pág. 811)

En suma, es un tema importante y, a la vez, urgente abordar el problema de la falta de uniformidad y predictibilidad de las decisiones judiciales, en tanto son portadoras de un alto nivel de inseguridad jurídica e inequidad.

2.4.3 Modelos de valorización o cuantificación de daños extrapatrimoniales

La reparación de los daños causados a las víctimas implica la restitución de los derechos o intereses lesionados, lo que debiera hacerse auto compositivamente mediante un pacto o acuerdo (Díez-Picazo, 2011), y lo cual evidentemente evitaría más costos o daños a las mismas partes, pues implicará prescindir de trámites judiciales, honorarios de abogados, recursos del Estado para atender las controversias, etc. Lamentablemente, esta posibilidad no representa la regla general, mucho menos en nuestro país, caracterizado por su alta litigiosidad.

Pues bien, siendo varios y de distinta naturaleza los bienes e intereses que se afectan con el evento dañoso, es lógico asumir que existen diversos modos, métodos o técnicas de cuantificación y de reparación de daños; que en lo que atañe al tema que nos convoca, implica distinguir –por lo pronto– entre las técnicas y/o criterios de valoración de daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Preliminarmente, en cuanto se refiere a la reparación de daños patrimoniales, conviene hacer notar que la reparación integral o *restitutio in integrum*, que funge como principio matriz sobre el que se sostiene la reparación de daños sufridos por la víctima, pasa necesariamente por mensurar las pérdidas económicas que ha sufrido, sea al momento de ocurrido el evento dañoso o en el futuro. Las demás dificultades, si las hubiere, redundarían en aspectos

relativos a la prueba, lo que no es materia de este trabajo, pues en estricto es un asunto de índole procesal.

Sin embargo, como se reitera, la dificultad ha surgido tradicionalmente respecto de la forma en que se puede medir o mensurar los daños extrapatrimoniales (daño moral, a la persona, a la amenidad, a la vida de relación, el proyecto de vida, etc.). Si para su cálculo es relevante tomar en cuenta el elemento reidual (daño emergente, lucro cesante), o si la fijación del monto indemnizatorio debe estar desprovisto de todo componente reidual o de utilidad económica.

Concretamente, sobre la valoración de los daños extrapatrimoniales, se han ideado diversas técnicas o procedimientos. Así:

- i) En la jurisprudencia italiana se habla del método genovés y el pisano, en los cuales con diferencias de matiz se calcula el monto de la indemnización por daño biológico con independencia de si la lesión al derecho genera consecuencias patrimoniales (lucro cesante o de otra índole). La base sobre la que se calcula (para no llegarse a dar un trato inequitativo), ha sido generalmente un valor referencial, el triple de la pensión a que se refiere el artículo 4 de la Ley 39 de 1977 (Espinoza Espinoza J. , 2006; Calvo Costa, 2003).

La tendencia jurisprudencial –de este país– ha venido a considerar al daño biológico como autónomo del daño

patrimonial, debiendo ser indemnizado de forma independiente, aunque –indirectamente– se recurre a un valor de referencia reidual como es la pensión que dejaría de percibir la víctima. Lo que genera cierta controversia, pues a este respecto, Espinoza Espinoza (2006), señala que tanto el método genovés y el pisano, directa o indirectamente toman en cuenta un criterio reidual (capacidad laboral) para fijar la indemnización por daño biológico, y sitúa la diferencia entre ambos, en que mientras el método genovés se basa en la capacidad laboral genérica, en el caso del método pisano se tiene en cuenta la capacidad laboral específica, pues se calcula en función de la tasa de incapacidad específica de la víctima; opinión que parece no compartir Carlos Calvo Costa (2003), quien es enfático en señalar que ambos modelos o métodos de valoración de daños (genovés y pisano), asumen la idea de resarcir estos daños (extrapatrimoniales) de modo equitativo, sin tener en cuenta la incidencia de las remuneraciones laborales dejadas de percibir.

De cualquier manera, en lo que si coincide la doctrina consultada, es en que para la Corte de Casación italiana, los argumentos para la fijación del *quantum* indemnizatorio pasan por una apreciación subjetiva del valor humano perdido, desvinculado de parámetros reiduales y al margen de parámetros predeterminados (tarifas o tablas de valor), lo que confiere un alto margen de discrecionalidad al juez para fijar las

indemnizaciones (Espinoza Espinoza J. , 2006; Alpa, 2006; Calvo Costa, 2003).

- ii) En el derecho español, para el caso de los daños derivados de circulación de vehículos automotores, se regula a nivel legislativo (Ley 30/1995, del 08 de noviembre, denominada Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados)⁷⁹⁸⁰, un baremo o sistema tabular de valorización de daños personales, que comprende los supuestos de muerte, lesiones permanentes y temporales (Manzanares Campos, 2008).

Como datos relevantes de este sistema, se tiene que la valoración de los daños corporales (biológicos), se basa en criterios redituales o de utilidad económica, al igual que los factores de corrección, que sirven para incrementar o reducir los montos indemnizatorios dentro de un rango referencial.

- iii) En el derecho argentino, si bien no existe un sistema tabular de valoración y liquidación de daños, conforme aparece del artículo 1745⁸¹ y 1746⁸² del Código Civil y Comercial vigente en

⁷⁹ En la citada ley, se regula lo concerniente al régimen y supervisión de los seguros privados, infracciones y demás, en cumplimiento de directivas impartidas por la Unión Europea para los países del Espacio Económico Europeo; empero, adicionalmente se regula un régimen especial de responsabilidad civil aplicable a los daños derivados de accidentes de tránsito, que es lo que es de relieve para este trabajo.

⁸⁰ La ley fue cuestionada en trámite incidental de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español, por afectación de derechos constitucionales como el derecho a la vida e integridad personales (artículo 15 de la Constitución española), principio de igualdad (artículo 1, apartado 2 de la Constitución española), y principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 de la Constitución española); cuestionamientos que fueron desestimados por el citado tribunal, confirmándose así la constitucionalidad del sistema tabular en España.

⁸¹ **Artículo 1745 del Código Civil y Comercial de Argentina**

Indemnizaciones por fallecimiento

En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

dicho país, el cálculo de la indemnización para el caso de daños extrapatrimoniales, como es la muerte, lesiones o incapacidad física o psíquica, obedece a criterios reedituales y económicos, como son rentas dejadas de percibir, gastos médicos, de sepelio, de oportunidad de ayuda económica, etc.

iv) En el derecho mexicano, por su parte, se adopta un plexo de criterios algo más vagos, empero no –necesariamente– tan directamente vinculados a consideraciones o valores económicos o reedituales sino de valor inmaterial, como resulta del artículo 1916, cuarto párrafo, del Código Civil Federal, que establece como criterios a tenerse en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias de la controversia en concreto. En todo caso,

-
- a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;
 - b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;
 - c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

⁸² **Artículo 1746 del Código Civil y Comercial de Argentina**

Indemnización por lesiones o incapacidad física y psíquica

En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

asumimos que se autoriza hacer uso de ambos tipos de criterios (redituales y no redituales)

- v) En el Código Civil peruano de 1984, finalmente, consideramos que el criterio empleado es uno subjetivo, traducido en una cláusula general que remite al juez a percibir el caso en concreto, la magnitud del daño sufrido por la víctima y el principio de equidad, como se advierte de los artículos 1332 y 1984 del código citado.

Ahora independientemente de la técnica o procedimiento empleado para cuantificar los daños extrapatrimoniales, es posible distinguir en estas técnicas o formas de tratar el tema, dos criterios sustanciales o materiales que implican a su vez dos formas (o modelos) de entender la indemnización de los daños extrapatrimoniales. La primera, sustentada –preponderantemente– en parámetros redituales o de utilidad patrimonial, la cual estima el valor del daño extrapatrimonial en función del perjuicio económico sufrido por la víctima, prescindiendo del valor inmaterial que *per se* implica la lesión del derecho o interés protegido (vida, integridad psíquica y física, proyecto de vida, etc.). Mientras que la segunda, sustentada preponderantemente en valores inmateriales o morales, prescinde del menoscabo patrimonial para establecer la cuantía de la indemnización.

Llamamos al primero de los modelos: i) modelo de valoración del daño a la persona basado en un valor reitual; mientras que al

segundo llamaremos ii) modelo de valoración del daño a la persona no reidual.

Adicionalmente, es posible distinguir un modelo de valoración de daños tabular o de baremación, que si bien –originalmente– puede estar pensado como complemento de un criterio reidual, como sucede en el caso del sistema español, sin embargo –creemos– puede adecuarse también a un modelo de valoración del daño a la persona humana no reidual.

A. Modelo de valoración del daño basado en un valor reidual de la persona humana

Es aquel que valora a la persona humana y las lesiones a los atributos de la personalidad, sobre la base de los réditos o riqueza que pueda lograr (v. gr., un pianista que sufre un accidente y se queda sin dedos, deja de percibir los ingresos que le reportan los conciertos para los que fue contratado)

De este criterio, si bien puede predicarse que –eventualmente– se analice el caso en concreto y las particulares circunstancias que lo rodean, sin embargo, es evidente que utiliza criterios ajenos a la naturaleza del interés o derecho protegido (vida, integridad física o psicológica, equilibrio emocional, etc.).

Se adscriben a este modelo los sistemas de baremación español, genovés, pisano, que calculan la indemnización de los daños biológicos y morales, en función de los perjuicios económicos que afectan a la persona, por verse imposibilitada de obtener una renta.

También, caben dentro de esta orientación las teorías del AED, pues desde su perspectiva la responsabilidad civil es un mecanismo (entre otros) que debe ser utilizado para lograr la eficiencia: maximización de la riqueza y reducción de costos, así como que por ser la actividad jurisdiccional un proceso que involucra consideraciones de política jurídica, las decisiones de los jueces tienen un importante rol en la asignación de recursos sociales para la producción y el consumo. Los jueces se convierten en agentes económicos (Chiassoni, 2013).

Bajo este modelo, se subraya que la persona es objeto de valorizaciones, tomándose en cuenta diversos índices y actos de orden estadístico, verificables: la duración de la invalidez, su repercusión de las actividades laborales, la edad, etc. El objetivo de este modo de ver el daño radica en aportar criterios de valoración que sean más eficientes (en sentido económico) que aquellos ofrecidos por la praxis, más adecuados al dictado normativo y más acordes a la conciencia social (Alpa, 2006)

B. Modelo de valoración del daño, basado en un valor no reidual de la persona humana

Esta tesis sostiene que el daño moral se corresponde con la conciencia social media de determinado contexto y se infiere de situaciones determinadas que para el sujeto promedio suponen sufrimiento, considerando además las aflicciones

subjetivas de la víctima individualmente considerada (Mosset Iturraspe, 2015).

El análisis central se sitúa en la necesidad de dar valor a la indemnización sobre la base de la magnitud de la afectación o gravedad del daño, los placeres compensatorios, a la pérdida de calidad de vida, y cuanto valor inmaterial representado en la afectación misma del derecho o interés protegido. Tamayo Jaramillo (2015), sostiene al respecto:

Si por cualquier motivo (y es lo que generalmente ocurre) es imposible restituirle a la víctima el bien extrapatrimonial que le ha sido lesionado, surge entonces la posibilidad de brindarle una satisfacción económica que, en parte, compense el daño causado; es el juez, en cada caso concreto, quien determina la forma de conseguirlo. (pág. 177)

Mosset Iturraspe (2015), propone un grupo de criterios a tener en cuenta al momento de calcular la indemnización por daños extrapatrimoniales: i) no a la indemnización simbólica, pues no se trata de castigar al causante del daño, sino resarcir a la víctima; ii) no al enriquecimiento injusto, pues no debe significar un cambio de vida para la víctima, un cambio de rumbo de su vida; iii) no a la tarifación con “piso” o “techo”, pues un sistema así se sirve de cálculos actuariales, a las aseguradores; deshumaniza a la persona, iii) no a un porcentaje del daño patrimonial, que resulta ser un criterio simplista, absurdo, que hace del daño moral un daño de tercera categoría; iv) no a la determinación sobre la base de la mera prudencia, que se convierte en un criterio vacío; v) si a la diferencia según la

gravedad del daño, vi) si a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario, vii) si a la armonización de las reparaciones en casos semejantes, viii) si a los placeres compensatorios, pues es posible lograr la satisfacción de otras necesidades, ante la frustración de ciertos proyectos personales, ix) si a las sumas que se pueden pagar, dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida, por lo que se debe descartar sumas cuantiosas que –finalmente– resulten impagas.

Es posible adscribir bajo esta postura, también, a Carlos Fernández Sessarego (2015), quien adopta –en todo caso– un criterio mixto; es decir, por un lado acepta un sistema de valoración sustentado en el caso concreto, sin recurrir a valores reductivos, para el caso de daños morales; empero admite la conveniencia de un sistema tabular para indemnizar los daños corporales o biológicos.

C. Modelo de valoración de daño a la persona basado en un sistema tabular o de baremación

El sistema tabular o de baremación de los daños es *mutandis mutantis* tributaria de la doctrina del AED, que postula dotar a los operadores jurídicos de instrumentos útiles en términos de eficiencia económica, para la valoración o cuantificación de los daños (Chiassoni, 2013).

Esta técnica –definitivamente– reduce el ámbito de discrecionalidad previsto por la ley, que le permite analizar y

juzgar al juez un caso, conforme a las circunstancias particulares de la controversia.

La posibilidad de implementar un sistema tabular de valoración de daños a la persona, en nuestro país, va a tono con la propuesta de Espinoza Espinoza (2015), quien cree necesario la elaboración de tablas o baremos de indemnizaciones de daños a la persona; plantea que se debe establecer criterios uniformes para su valoración, que para cuantificar los daños físicos o psíquicos se debería establecer una base mínima, sin embargo, no debieran existir topes máximos; el valor vida debe aplicar sin distinción para el caso de las personas naturales y para los concebidos aún no nacidos. Empero, que junto a este estándar de uniformidad en la valoración de daños extrapatrimoniales, se debería aplicar el criterio equitativo del juez, para que atendiendo a cada caso particular, se pueda moderar el monto indemnizatorio (Espinoza Espinoza J. , 2006).

Sobre el sistema tabular, aplicable a la valoración de daños biológicos o corporales, señala Carlos Fernández Sessarego (2015), que “La formulación de baremos o tarifas por daños es aconsejable en el caso de los daños corporales o somáticos, como actualmente sucede en algunos tribunales como es el caso del Tribunal de Milán” (pág. 289)

Finalmente, explica Espinoza Espinoza (2006), que en nuestro país el criterio tabular se encuentra regulado para el caso de

accidentes de tránsito (TUO del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (aprobado por D.S. N° 024-2002-MTC)⁸³, aunque en propiedad –creemos– no es posible hablar de un sistema tabular de responsabilidad civil, pues es claro que se trata de un baremo o tabla de valores aplicable a un régimen de seguro obligatorio, cuyos criterios de cuantificación de daños, se rigen

⁸³ El artículo 29 del TUO del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios, aprobado con Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, establece el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubrirá, como mínimo, los siguientes riesgos por cada persona, ocupante o tercero no ocupante de un vehículo automotor asegurado:

* Muerte c/u	: Cuatro (4) UIT
* Invalidez permanente c/u hasta	: Cuatro (4) UIT
* Incapacidad temporal c/u hasta	: Una (1) UIT
* Gastos médicos c/u hasta	: Cinco (5) UIT
* Gastos de sepelio c/u hasta	: Una (1) UIT

Los gastos médicos comprenden la atención pre hospitalaria, los gastos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica y otros gastos que sean necesarios para la rehabilitación de las víctimas. Los gastos de transporte están comprendidos dentro de los gastos médicos, únicamente cuando se trate del traslado de un paciente de un centro de salud a otro de mayor capacidad resolutive o cuando, por la naturaleza o gravedad de las lesiones, deba trasladarse a la víctima desde el lugar del accidente a otra ciudad.

La indemnización por muerte se pagará por el íntegro del monto señalado en este artículo. La de invalidez permanente, conforme a la tabla contenida en el anexo adjunto al presente Reglamento. El pago correspondiente a gastos médicos y gastos de sepelio, se efectuará hasta el monto establecido. El pago por cada día de incapacidad temporal será el equivalente a la treintava (1/30) parte de la Remuneración Mínima Vital vigente al momento de otorgarse la prestación hasta el monto establecido.

El pago de las indemnizaciones por concepto de invalidez permanente o incapacidad temporal de cualquier índole, no afectará el derecho a percibir la indemnización que corresponda por concepto de gastos médicos.

El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito podrá ser contratado por coberturas superiores a las mencionadas precedentemente.

además de criterios relativos a la gravedad de daños (como es natural), por criterios librados a la autonomía de la voluntad, al costo de la póliza de seguro, pactos de exclusiones, etc., necesarios en todo tipo de contratación comercial, como es la adquisición de un seguro contra siniestros.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La contrastación de la hipótesis, básicamente, es el momento del trabajo de investigación, en el que tenemos que comprobar o demostrar la corrección de la hipótesis planteada como solución al problema de investigación. Para ello, como es obvio debe haberse alcanzado los objetivos planteados, desde los niveles específicos (objetivos específicos) hasta el general (objetivo general).

En este capítulo nos hemos encargado de justificar conceptual, axiológica y normativamente, la necesidad de adoptar en la ley un sistema tabular de indemnización de daño a la persona (incluyendo el daño moral); además se ha desarrollado los criterios a tener en cuenta en su elaboración y se ha planteado una propuesta de baremo

3.1. EL BAREMO DE VALORACIÓN DE DAÑOS A LA PERSONA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD, SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO OBJETIVO, PREDICTIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y CONTROL ENDO Y EXTRAPROCESAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

3.1.1 Garantía del principio de igualdad

El principio derecho de igualdad, así como todos los demás derechos fundamentales de la persona humana encuentra su fundamento axiológico en la dignidad humana, el cual es el minimum irreductible del contenido esencial de todo interés o derecho subjetivo protegido. Este es el sentido del artículo 1 de la

Constitución Política del Estado, cuando establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de toda sociedad.

Es claro, asimismo, que el paradigma de organización política y jurídica, adoptado en nuestro medio y nutrido fuertemente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se encuentra determinado por el neoconstitucionalismo, cuyo mensaje principal es que el derecho no solo está compuesto por normas jurídicas sino también por principios, los cuales –eventualmente– pueden estar regulados o incorporados en el ordenamiento jurídico (v.gr., los enumerados en los arts. 2, 139, entre otros de la Const.), empero –también– de otros no explícitos, que se funden en la dignidad humana (art. 3 de la Const.). La labor del juez, por ende, no puede limitarse o asimilarse a la de un mero aplicador lógico y mecánico de la norma, pues en los casos en los que ésta se muestre indeterminada y vaga (caso de los principios, preponderantemente), es necesario que la judicatura le de contenido recurriendo a conceptos y valores, que en muchos casos no se asientan precisamente en el derecho positivo.

Ahora, el principio de igualdad, regulado en el artículo 2, inciso 2) de la Constitución Política del Estado, implica –básicamente– un trato igual ante la ley, proscribiéndose cualquier tipo de diferenciaciones basadas en circunstancias que no harían sino negar nuestra esencia de iguales ante el derecho, como es el origen, la raza, sexo, idioma, religión, posición económica. Lo que,

sin embargo, no hace inadmisibles que por razón del mismo principio, se pueda llegar a sustentar diferenciaciones entre las personas, basadas en motivos legítimos derivados de circunstancias objetivas y razonables, y preponderantemente sobre la base de la finalidad perseguida por el derecho. En síntesis, por un lado, el principio de igualdad predica un trato paritario a todas las personas y, por otro lado, admite un trato desigual frente a circunstancias desiguales en las personas, siempre que estas desigualdades sean objetivas y sustenten fines legítimos.

En el caso de las indemnizaciones por daño a la persona (incluido el daño moral), el principio de igualdad tiene una importancia fundamental, pues la lesión a estos derechos o intereses jurídicos subjetivos, implica –de partida– asumir que cualquier daño que sufra la víctima lesiona no sus bienes patrimoniales sino bienes jurídicos subjetivos derivados de su personalidad, entendida la persona como unidad psicosomática y dotada de una cualidad moral; lo que significa que la valoración y liquidación de la indemnización por el daño sufrido, no puede tener en cuenta circunstancias subjetivas, prohibidas y ajenas al valor moral que la persona representa (v. gr., sus ingresos, edad, sexo, religión, etc.), pues ello implica, por un lado, una diferenciación discriminatoria y proscrita por la ley, que –precisamente– prohíbe hacer diferencias por estas razones; y, por otro lado, instrumentalizara la persona, desplazando el valor que tiene en sí mismo, a un valor utilitario, visto desde la perspectiva reductiva o económica.

En síntesis, no asignar un valor igual a los derechos e intereses subjetivos de las personas, al margen de razones prohibidas por la Constitución, implica vulnerar el principio constitucional previsto en el artículo 1 de la constitución Política del Estado, que predica la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin último de la sociedad y del Estado.

Resulta, entonces, meridianamente claro que sistemas o modelos normativos, así como decisiones judiciales argumentadas bajo un patrón reductivo o sustentado en razones subjetivas prohibidas por el principio igualdad, como ocurre en el caso de la jurisprudencia nacional analizada⁸⁴ durante el desarrollo de esta investigación, y que por la misma razón trae como consecuencia, impredecibilidad en las decisiones e inseguridad en la aplicación del derecho objetivo, violentan frontalmente el valor constitucional “dignidad humana”.⁸⁵

Asumimos que la indemnización de daño a la persona que respete el principio de igualdad deberá partir de la base principista y axiológica de que todos los hombres y mujeres tienen un valor en sí mismos (por su condición de ser humano), y además merecen igual trato, de manera que la indemnización del daño debe encontrarse al margen de criterios reductivos o que impliquen una instrumentalización del ser humano, pues esta visión del tema

⁸⁴ Ver cuadros del anexo del trabajo de investigación.

⁸⁵ El valor y principio describen conceptos distintos, aunque vinculados; así, el principio por ser un concepto deontológico es en sentido estricto una norma; mientras que un valor es un concepto axiológico, que implica un juicio de valor de lo bueno y lo malo (García Figueroa, A., 2016, pág. 259)

esconde un trato discriminatorio que lesiona en lo más hondo la dignidad humana.

Esta aproximación plantea una primera cuestión problemática, y sobre la cual la doctrina no es pacífica; esto es, si es viable indemnizar el daño a la persona, cuya naturaleza es extrapatrimonial.

La reparación de los daños extrapatrimoniales engendra un problema que deriva de la naturaleza ontológica de este tipo de daños. Ni los derechos e intereses jurídicos subjetivos protegidos, ni su lesión o afectación, se traducen en un valor económico, que represente con exactitud o a cabalidad la magnitud del daño; ergo parecería imposible compensarlos con una suma de dinero.

Las voces en la doctrina, en sentido contrario a lo que sucede en la jurisprudencia, en la que siempre ha existido mayor receptividad a la posibilidad de reparar o indemnizar (con dinero) daños extrapatrimoniales, se ha encontrado dividida. En nuestro medio, basta con citar a autorizada doctrina sobre el particular (De Trazegnies, 1990; Fernández Sessarego, C., 2015; Espinoza Espinoza J. , 2006), entre otros; al igual que en el contexto del derecho comparado (Díez-Picazo, 2011; Mosset Iturraspe, 2015; Tamayo Jaramillo, J., 2015); lo que nos obliga a sentar posición sobre el particular, antes de seguir adelante con el trabajo de investigación.

Ciertamente, este tema tiene directa vinculación con las funciones y fines de la responsabilidad civil. Sin dejar de admitir que la afectación de la integridad física y moral, traducida en un daño biológico o a la salud (pérdida de una pierna, la funcionalidad de las extremidades superiores, el deterioro mental, un sufrimiento o pena transitorios), no tiene un referente económico o pecuniario que lo pueda compensar, lo que –desde ya– descarta la posibilidad de una reparación o resarcimiento *in natura* o en especie. Sin embargo, a despecho de que se hace inviable que la indemnización cumpla las funciones “indemnizatoria, compensatoria o resarcitoria”, mucho menos la restauración del “*statu quo ante*”, consideramos que es plausible la tesis que la indemnización del daño a la persona encuentra fundamento en otra de las funciones, como lo es “la función satisfactiva de la víctima” o de “sustitución de las satisfacciones frustradas” y hasta la “punitiva” o “vindicativa”. No obstante, debemos expresar que si bien esta última es pasible de ser lograda en estos casos, sin embargo, no se puede predicar de ella como una de las finalidades principales de la moderna teoría de la responsabilidad civil, para la cual –se ha expresado en el marco teórico– el epicentro sobre el cual funciona todo el sistema es el daño injusto, y no la conducta del causante del daño, de la cual se encargan otras disciplinas (derecho penal, derecho administrativo, derecho administrativo sancionador, etc.). Es decir, aceptamos que junto a la función “satisfactiva” se pueda poner en contexto una función punitiva (cuando se indemniza el daño a la

persona), empero esta circunstancia no pasa de ser un efecto secundario, pues lo que mueve al mecanismo resarcitorio, no es la punición del causante del daño, sino la reparación del daño de la víctima.

Ahora, cuando –en el marco teórico– se dejó sentado el lugar que ocupa la persona humana, así como el respeto de su dignidad, dentro del sistema de valores que sustentan el orden jurídico, dentro del Estado Social y Constitucional de Derecho, se estableció que esta concepción obedece a una suerte de nuevo paradigma de derecho, que lleva la impronta de neoconstitucionalismo, el cual propugna que el derecho en su contenido no puede ser neutral frente a valores fundamentales como la justicia, la dignidad humana, la igualdad, la seguridad y paz, entre otros. Dentro de este paradigma es –precisamente– que se concibe a la persona como valor fundamental de la sociedad, bajo el presupuesto irreductible del respeto de su dignidad humana.

Es por ello necesario poner en evidencia que el logro del fin que se propone el neoconstitucionalismo (que desde nuestro punto de vista no es contrario a una tesis positivista incluyente como la que sustenta nuestra propuesta), debe tomar en cuenta dos premisas básicas. Por un lado, todo cuanto se ha creado, inventado o mejorado en el mundo (en lo científico, tecnológico, espiritual, educativo, recreacional, etc.), obedece a una idea central, lograr el máximo de bienestar para la persona humana, y es por ello que su condición debe ser privilegiada frente a cualquier otro sujeto

tutelado o protegido por el derecho. Empero, además, es preciso considerar que el ser humano como ente social envuelve un complejo de necesidades, que lo llevan a entablar relaciones y situaciones de tipo interpersonal (en lo afectivo, amical, social, religioso, personal, familiar, profesional, confort material, espiritual, etc.), y de cuya satisfacción depende que la persona alcance el máximo nivel de bienestar que le sea posible.

Lo que quiere decir, que para lograr que se cumpla el principio fundamental expresado en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, es imprescindible que se ponga atención en sus necesidades. De lo contrario, no será posible alcanzar estos fines que propugna el derecho.

Bajo este esquema, se estima que la indemnización o compensación de la persona, cuyo equilibrio en toda su complejidad se vio alterado a causa del evento dañoso, más allá de que el perjuicio no referencie un valor económico, debe ser indemnizado o resarcido con los medios más idóneos que exista. La asignación de una suma de dinero que compense o sirva de paliativo de la privación de placeres, actividades recreacionales, proyectos frustrados (en lo personal, profesional, familiar, etc.), no puede ser desechado bajo el argumento simplista de que no se puede compensar con dinero el dolor físico, el dolor afectivo o el daño corporal. Es evidente que no; pero acaso una suma indemnizatoria no podrá –en alguna medida– satisfacer o facilitar un nuevo proyecto y, por ende, los gustos de la persona por una

nueva actividad, que pueda evanescer el grave desequilibrio que sufrió en toda su complejidad, y que lo dejó rezagado en la perspectiva de lograr el máximo de bienestar general; lo que no solo le incumbe a él sino también a la sociedad en su conjunto.

En síntesis, si de lo que se trata es de resarcir o compensar el daño a la persona, no se puede desatender el hecho estable que ésta constituye un ente complejo e inescindible de sus diversos atributos o manifestaciones, de manera que la insatisfacción o frustración de unas, puede ser sustituidas por otras, y si se tiene los medios para ello, en general, se estará propiciando el restablecimiento del equilibrio de la persona en toda su complejidad. Entonces, si el dinero no puede reparar un daño sufrido por la víctima, empero ayuda a superarlo y así lo cree la ella misma que lo reclama, ¿existirá alguna razón (que no sea egoísta) para no dárselo? Obviamente, no.

Es del caso puntualizar, antes de agotar este aspecto, que el pago de la indemnización por daño a la persona, no debe entenderse comprendido o participar de los mismos fines compensatorios que el lucro cesante o el daño emergente, los cuales se sujetan, en cuanto a su cálculo, a reglas claras de cuantificación objetiva, y que –ordinariamente– le corresponderá también a la víctima, si se llegan a probar.

Por último, habiéndose hecho explícita nuestra posición respecto de la inconveniencia de un sistema resarcitorio del daño a la

persona, sustentado en criterios reductivos u otros de naturaleza prohibida por la Constitución, pasamos a explicar de qué forma el sistema tabular de valoración y liquidación de daños a la persona que se propone, sí se corresponde con el principio de igualdad y respeto de la dignidad humana.

Pues bien, el baremo que se propone toma como punto de partida que los derechos e intereses subjetivos (jurídicamente protegidos), tienen el mismo valor (si en teoría dos personas son afectadas de forma simétricamente igual, deberán merecer una indemnización igual), para lo cual el proceso de determinación de la indemnización empieza con la necesidad de establecer rangos o intervalos indemnizatorios razonablemente cercanos (con un máximo y un mínimo como topes) y correlativos con el grado de afectación del derecho lesionado, en cuya elaboración se descarte criterios diferenciadores como la edad, los ingresos económicos, el sexo, la edad, religión, opción política, entre otros motivos prohibidos. Con ello se observa –en abstracto– que todos somos iguales ante la ley y debemos recibir el mismo trato, sin discriminación alguna (concepto básico del principio dignidad humana)

En un segundo momento, y en la medida de que la tarea de individualización de la indemnización por daño a la persona no puede reducirse a un simple cálculo matemático o asignación de valor numérico a una situación dada, lo que resultaría admisible tan solo bajo una situación de simetría perfecta (que nunca se dará);

entendemos que el principio de igualdad no podría satisfacerse con la aplicación mecánica del monto que arroje el baremo luego de determinar el grado de afectación al derecho. En este sentido, se considera necesario establecer que, dentro del rango o intervalo indemnizatorio contenido en la tabla de valores (aplicable a un tipo de daño físico o moral), el juez pueda sopesar circunstancias concretas a modo de agravantes o atenuante (daño estético, anatómico, afectación de funciones fisiológicas básicas, etc., para el daño corporal; gravedad del ilícito, edad de la víctima, grado de parentesco, etc., para el daño moral), que puedan dar cuenta de la magnitud de la afectación al derecho o interés protegido, y de esta forma poder arribar a un monto indemnizatorio concreto.

Bajo este modelo de indemnización de daño a la persona, que claramente implica la limitación de la potestad discrecional del juez, consideramos clave hacer presente que ella –en absoluto– será extirpada o anulada, pues es evidente que, conforme a un enfoque positivista, si bien la concretización del principio de equidad (art. 1332 del CC) en reglas jurídicas más precisas (baremo), pueda resultar muy conveniente en términos de seguridad jurídica y certeza, sin embargo siempre será posible la ocurrencia de circunstancias excepcionales que se ubiquen al margen de los estándares o criterios jurídicos fijados en nuestra propuesta. Precisamente, éste es uno de los problemas con los que el positivismo se ha tenido que enfrentar, y que ha sido puesto de manifiesto por corrientes de pensamiento como el realismo jurídico

y el neoconstitucionalismo, las que han demostrado los defectos de indeterminación lógica de toda forma de norma positiva, así como la insuficiencia del derecho positivo para regular, no solo todos los supuestos problemáticos que envuelve a un conflicto sino nuevas modalidades de conflicto; lo que indudablemente hace que el derecho se vea invadido de valores y conceptos morales, sociales, políticos, culturales, que lo condicionan, y tienen gravitante presencia en las decisiones de los jueces. En este sentido, creemos prudente aceptar, desde el enfoque del derecho que proponemos, un margen de discreción en el papel del juez, en vista de que lo que se resuelve en torno a una controversia derivada de un evento dañoso, implica un acto de justicia y exige una respuesta o reacción jurídica, de parte de la corporación estatal, con rostro humano, en cuya decisión se dejen traducir los valores y aspiraciones de justicia de una determinada colectividad, con su cultura y moral propias.

Desde la vertiente del neoconstitucionalismo, es claro que no se admite facultad discrecional alguna para el juez, pues se afirma que el derecho no solamente se compone por reglas sino por principios, y que mientras la solución de un caso regulado por las reglas (generalmente) implica un caso fácil, que se soluciona mediante la técnica de la subsunción, en el caso en que el hecho fáctico o la conducta no esté regulada en una regla, y se deba recurrir a un principio (caso difícil), si bien se exige una labor argumentativa cualificada, siempre la decisión correcta será única y

no más. En sintonía con esta posición, uno de sus más prominentes exponentes, afirma “No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos” (Dworkin, 1989, pág. 146).

No merece mayor discusión en nuestros días que la tesis de la completitud que defendía la escuela de la exegesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana del siglo XIX, ha sido hace mucho tiempo superada. El positivismo moderno del Siglo XX, incluyendo sus más importantes vertientes (incluyente y excluyente), ha admitido que el derecho no es perfecto o que sea ajeno a lagunas o fisuras. La indeterminación del derecho, por otra parte, puede derivar de dos situaciones. La primera, cuando la naturaleza del material lingüístico a través del cual se expresa el derecho positivo es indeterminado, abierto, vago, etc., lo que caracteriza a los supuestos de indeterminación lógica del sistema (Rodenas, 2012), que no es el caso que estudiamos. La segunda, que se presenta cuando es la misma norma (derecho positivo) la que remite al juez la potestad de configurar la decisión del caso justiciable (caso por caso). Precisamente, el artículo 1332 del Código Civil que establece como criterio de valuación de daños de difícil probanza al principio de equidad, es una norma de remisión, mediante la cual el legislador abdica de su potestad de determinar el derecho y apela a la facultad discrecional del juez.

No convenimos con posiciones extremas como las promovidas (en relación a la discrecionalidad del juez) por el realismo jurídico, que cuestionaba que el contenido del derecho esté dado por normas y valores, y que propugnaba que su esencia es la realidad fáctica, siendo el juez el protagonista en la creación del derecho y quien es finalmente el que plasma en sus sentencias y decisiones, las construcciones jurídicas que tienen importancia práctica en la vida de los justiciables. Se dice bajo esta concepción – Oskar von Büllow, citado por Francisco Campos Zamora – “que la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones judiciales de los jueces. El papel central en la construcción del derecho lo ejerce el juez” (Campos Zamora, 2010, pág. 200). Si habríamos de aceptar esta postura, tendríamos que validar –precisamente– la jurisprudencia impredecible, ausente de seguridad jurídica y desproporcional, que ha motivado el trabajo de investigación.

Tampoco se acepta las posturas que plantean la escuela de la jurisprudencia de los valores y el neoconstitucionalismo, para las cuales la idea central es que el derecho se compone tanto por normas jurídico positivas (legislación) como por normas morales derivadas de la conciencia social (García Amado, 2019), y que la labor del juez no es discrecional o decisoria, sino cognitiva; esto es su tarea será averiguar aquella única respuesta jurídica válida y correcta, y para lo cual se inventó la figura ficticia e ideal del juez Hércules, cuyo perfil es el de un juez absolutamente sabio y

experto (por qué no decir perfecto). El juez u operador jurisdiccional evidentemente no es un ser perfecto (Hércules), a quien se le pueda encomendar la tarea de encontrar, en un entramado de valores sociales (incluidos conceptos económicos, culturales, políticos, etc.), uno y solo un contenido del derecho reclamado por el justiciable (decisión correcta). Es más, clara muestra de lo que afirmamos es que, en la jurisprudencia analizada en este trabajo de investigación, frente a daños extrapatrimoniales que merecerían un valor económico *mutandis mutantis* homogéneo o cercano (cuando menos), las indemnizaciones han sido abismalmente diferentes. Ahora, pese a ello, resulta más que debatible pensar que unas u otras son correctas o incorrectas, si como se ha explicado se trata de daños sufridos por bienes jurídicos sin valor económico referencial por su naturaleza.

Descartado el planteamiento de Dworkin y quienes lo siguen, que niegan que el juez pueda tener poder o facultad discrecional al momento de determinar el derecho que plasmará en sus decisiones, aceptamos coherente la postura planteada por el positivismo suave de Herbert Hart (que es recogido con algunos replanteos por el positivismo incluyente (Waluchow, 2007), para quien –parafraseado por García Amado– “el lenguaje de las normas, que es parte del lenguaje ordinario, tiene márgenes de vaguedad, lo que Hart llama zonas de penumbra” (García Amado, 2019, págs. 410-411); y dentro de las varias posibles soluciones que le provee al magistrado se le permite recurrir a conceptos

morales, culturales, políticos (que pueden variar no solo en el derecho comparado, sino también al interior de un mismo sistema jurídico, más en nuestro caso, por el carácter pluricultural de nuestra sociedad), para elegir entre ellos, lo que denota un componente esencialmente discrecional.

Volviendo a la conveniencia del baremo para garantizar el principio de igualdad, creemos que la facultad discrecional siempre se encontrará presente en la tarea de determinación e individualización del daño a la persona, pues si bien con la fijación de intervalos o rangos referenciales de valores indemnizatorios, ese amplio margen que tenían los jueces para calcular la indemnización (*ad infinitum*), ahora lo podrán hacer dentro de los márgenes preestablecidos, dentro de los cuales la potestad de medir el grado de afectación del derecho y correlacionarlo con la indemnización, exigirá una rigurosa labor argumentativa, con criterios fijados por el derecho, empero que de manera contingente y eventual, exigirá recurrir a conceptos extrajurídicos.

Por último, la incorporación del baremo y los criterios que van a morigerar y ayudar a individualizar el monto de la indemnización, naturalmente, exigirá de la modificación de algunas normas del Código Civil, como se explica más adelante.

3.1.2 Garantía de seguridad jurídica en a la aplicación del derecho objetivo y predictibilidad de las decisiones judiciales

Si tendríamos que ubicar a los principios que se plantean como fundamentos del baremo de valoración de daño a la persona, que proponemos, en el contexto de la teoría del derecho, no podemos sino decir que la corriente de pensamiento que enarbola estos fines (seguridad jurídica y predecibilidad) es el positivismo. En efecto, fue la necesidad de seguridad jurídica del pueblo burgués frente al autoritarismo del Estado (representado por el monarca), así como que esa seguridad se trasvase también en los fueros judiciales, lo que motivó la necesidad de determinar el contenido del derecho, que finalmente quedó reducido al derecho positivo. La ley se convirtió en el garante de la seguridad jurídica, dentro del enfoque del pensamiento positivista (Max Möller, 2007).

Luego que el realismo jurídico y el neoconstitucionalismo pusieron en evidencia las debilidades del paradigma positivista, al cuestionar –con acierto– que el derecho no se encuentra al margen de imperfecciones (indeterminaciones, vaguedades, vacíos, antinomias, etc.), se ha replanteado temas sensibles sobre la naturaleza jurídica del contenido del derecho; aspecto que –por cierto– constituyó una de las banderas del positivismo del siglo XIX, que terminó por superar la teoría del derecho natural, cuya principal debilidad era la falta de claridad y precisión sobre el contenido del derecho, pues se invocaba la existencia de un derecho universal, invariable y superior al derecho positivo, sustentado (inicialmente)

en la ley divina y (después) en la razón. El derecho como ciencia (conocimiento verificable) alcanzó notorio avance y desarrollo bajo el paradigma positivista.

El positivismo del siglo XX, ha terminado por aceptar que el derecho no solo se encuentra compuesto por reglas, cuya aplicación a un caso concreto se reduce a un ejercicio de silogismo lógico, sino también de principios, y que la indeterminación del derecho no es ajena a las reglas (indeterminaciones lógicas, lingüísticas y vaguedades, como defectos lógicos del sistema jurídico); antes bien se presenta preponderantemente –por no decir siempre– en el caso de los principios, cuya interpretación y aplicación exigen cargas argumentativas cualificadas que complejizan la labor jurisdiccional. Las razones: la indeterminación del contenido y los alcances del derecho que protege la norma, la ausencia de criterios objetivos para delimitar su ámbito de aplicación, su vaguedad y ambigüedad en cuanto a los conceptos; que finalmente terminan haciendo que la pregonada seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones judiciales, no se llegue a cumplir.

La indemnización del daño a la persona (incluido el daño moral) se ha dicho, reiteradamente, trae inconvenientes al momento de ser valorizados y liquidados. La razón es básicamente que el principio de equidad (art. 1332 del CC), no han sido –cabalmente– concretado en reglas jurídicas, que hagan viable su aplicación óptima, pues confiere un alto grado de discrecionalidad al operador

del derecho, el que si bien frente a ello debiera recurrir a una labor argumentativa más exigente y exhaustiva, no lo ha hecho así (en nuestro medio), como lo evidencia la jurisprudencia recolectada y analizada en este trabajo de investigación⁸⁶, y la situación ha degenerado en una discrecionalidad a voluntad, la misma que es caldo de cultivo para resolver de forma arbitraria, inmotivada, prejuiciosa, o en todo caso, sin un mínimo de uniformidad en cuanto a criterios.

Ante este problema de inseguridad jurídica, falta de predictibilidad, falta de proporcionalidad y de uniformidad en los fallos judiciales, se abre un abanico de posibles soluciones, dentro de las que se destaca, por la experiencia extranjera y la información estudiada, básicamente tres. En primer lugar, se podría acudir a la regla del precedente, lo que implica generar una línea jurisprudencial vinculante sobre la materia, como se ha hecho en Italia, con las tablas de valores para indemnizar daños biológicos (daños a la salud), de los cuales han adquirido notoriedad el método pisano y genovés. En segundo lugar, se podría optar por un régimen general de seguros, lo cual tendría –sin embargo– un impacto limitado frente al ámbito que cubre la responsabilidad civil, pues tendría aplicación para casos de siniestros ocasionados por accidentes, como en nuestro medio se aplica de forma marginal para el caso de accidentes de tránsito (SOAT); no se encontrarían incluidos los daños ocasionados por actos ilícitos (faltas, delitos), por ejemplo.

⁸⁶ Ver cuadros del Anexo del trabajo de investigación.

En Nueva Zelanda se implantó a partir del 01 de abril de 1974 un sistema obligatorio de Seguro General contra Accidentes, que se aplica para resarcir a las víctimas de todo tipo de accidentes; es cubierto por empleados, empleadores, propietarios de vehículos y el Estado. Su finalidad es indemnizar a las víctimas de accidentes, independientemente de la causa (De Trazegnies, 1990)

En tercer lugar, se tiene como alternativa la subsanación de los problemas de indeterminación del ordenamiento jurídico; propósito que se concreta con la modificación y/o incorporación de reglas específicas referidas al tema de indemnización de daño a la persona.

Respecto de la segunda alternativa enunciada (un sistema de seguro obligatorio general), no conocemos de cerca la virtualidad y/o efectividad que tenga en Nueva Zelanda, pero lo que si nos atrevemos a decir es que significará la obligación de todos los ciudadanos (en general) de contratar seguros, para crear un fondo común de contingencias (eventos dañosos), con el cual se indemnizará a las víctimas. En nuestro país, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, qué duda cabe ha tenido un impacto positivo, en cuanto ha posibilitado la atención de las víctimas de accidentes de tránsito de forma más eficiente y oportuna. Hacerlo de manera general para todo tipo de accidentes, indudablemente, es una idea que seduce; sin embargo, creo que exige de condiciones que como país no tiene el Perú. En primer lugar, precisa de una cultura de responsabilidad frente a la siniestralidad

y la necesidad de asumir el compromiso de contribuir con el fondo; esto no (necesariamente) se evidencia en nuestro país, en el que por citar el caso del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, se observa una elevada tasa de informalidad en el transporte público, lo que desde ya da cuenta de que los seguros obligatorios exigibles a este sector no son adecuadamente contratados; existe una considerable tasa de evasión tributaria⁸⁷, que dicho sea de paso es la forma en que se recauda los aportes al fondo general en Nueva Zelanda (a través del Fisco); la informalidad laboral en nuestro país alcanza estándares superiores al 60%⁸⁸, entonces cómo llevar a cabo un control o fiscalización de la obligatoriedad de este seguro; y –finalmente– en nuestro país los sistemas de seguridad social funcionan deficientemente, pues para comprobar ello basta con reparar en el gran número de aportantes que optan por el retiro anticipado de sus fondos⁸⁹, lo que demuestra que no existe esa cultura de previsión y precaución frente a los siniestros. Por tanto, consideramos que es inviable un régimen general de seguro obligatorio para accidentes.

En cuanto a la primera opción, es claro que la jurisprudencia (en nuestro país) no ha sido lo suficientemente sensible respecto de esta problemática, pues no se ha visto intento alguno por

⁸⁷ La evasión tributaria en el pago de IGV, alcanza el 36%; mientras que el 57% en el pago del impuesto a la renta, hacia agosto de 2018 (Fuente: ANDINA 17/02/2019)

⁸⁸ Según datos del INEI, la informalidad laboral en el año 2018, alcanzó el 65,7 %, del mercado laboral (Fuente: diario El Comercio 16/02/2019)

⁸⁹ Según informe de AFP Integra, entre julio de 2016 a diciembre de 2018, recepcionaron un número de 5 276 solicitudes de retiro anticipado de su fondo de capitalización (Fuente: diario Gestión 08/02/2019)

solucionar la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales e inseguridad que ello genera.

Nos queda la última de las alternativas mencionadas; esto es la implementación legislativa de un modelo de valoración de daño a la persona, que involucra modificaciones e incorporaciones legislativas. Los argumentos que justifican esta opción son los siguientes:

Los problemas que genera la aplicación del principio de equidad, previsto en el artículo 1332 del Código Civil (responsabilidad civil contractual), y que por analogía rige –también– para la responsabilidad extracontractual, deriva o tiene su causa en una opción adoptada por el legislador como política legislativa, que si bien puede encontrar fundamento en la dificultad natural de poder valorizar daños personales (tema ya explicado con amplitud), y que en este escenario remitir al juez a evaluar el caso en concreto y todas las circunstancias concomitantes, es una opción razonable y aplaudida por un importante sector de la doctrina (Fernández Sessarego, C., 2015; Mosset Iturraspe, 2015; Tamayo Jaramillo, J., 2015); sin embargo, hemos encontrado que genera un altísimo grado de inseguridad jurídica en la aplicación del derecho positivo, impredecibilidad de las decisiones judiciales, desproporcionalidad y hasta trato discriminatorio. Con base en la evidencia establecida (jurisprudencia analizada en el trabajo), llegamos a asumir que el principio de equidad no ha sido cabalmente desarrollado por el legislador, por las siguientes razones: i) al normarse que el juez

deberá recurrir al principio de equidad, para cuantificar los daños de difícil probanza en cuanto a su magnitud (el daño a la persona lo es), no se han regulado los criterios jurídicos o estándares a tenerse en cuenta; ii) la existencia de principios en el derecho se justifica en la necesidad de orientar las normas de menor jerarquía, las cuales deben delimitar el contenido indeterminado del principio; la equidad (derivada del principio de igualdad) no ha sido desarrollada o concretada en normas más precisas; iii) el principio de equidad ha sido regulado bajo la lógica de que existen daños de difícil probanza, lo cual es claro en el caso del daño a la persona, empero la ausencia de conceptos y criterios jurídicos que le den contenido a la norma, hace que la labor argumentativa se torne en extremadamente subjetiva y proclive a la arbitrariedad, como de hecho ocurre con decisiones desproporcionadas e impredecibles analizadas; iv) si bien el principio de reparación integral de los daños envuelve un concepto jurídico claro, en cuanto al contenido de la indemnización de daño patrimonial (la indemnización comprende todos los perjuicios de contenido patrimonial), y el principio de equidad podría suplir deficiencias insalvables en este tipo de indemnizaciones; resulta que en el caso de la indemnización del daño a la persona, la reparación integral no tiene mayor relevancia, más allá de dar cuenta de una respuesta normativa frente a la lesión del bien jurídico afectado (persona), y el principio de equidad, en todo caso, tendría que ser el que delimite el contenido del daño a indemnizar, mediante la incorporación de

conceptos o categorías jurídicas y extrajurídicas, determinando y dando certeza al contenido del derecho.

En síntesis, consideramos que el problema de la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales (daños a la persona) y la inseguridad jurídica que trae consigo, no es uno que incumba solamente al Poder Judicial o a jueces, pues se trata de un asunto que involucra también al legislador, encargado de establecer y delimitar un derecho positivo (legislación) eficiente y óptimo (con la menor cantidad de defectos o deficiencias), y es que los vacíos normativos (voluntarios e involuntarios) lo son. Además, la incorporación en el derecho positivo de una propuesta como la que se plantea, cuyo fin es concretar el principio de equidad, para hacerlo eficiente y salvar así problemas del sistema normativo, trae la ventaja de convertirla en norma obligatoria, cuyo impacto prescriptivo es mayor que un precedente jurisdiccional.

El principio de equidad como recurso al cual debe acudir el magistrado para fijar el monto de la indemnización de un daño, cuyo monto no puede ser probado en forma precisa (daño a la persona), se encuentra regulado en el artículo 1332 del Código Civil; norma que –sin embargo– rige tanto para daños patrimoniales y extrapatrimoniales, de manera que no nos parece adecuado que esta disposición sea la que se tenga que modificar, pues el baremo no es compatible con los daños patrimoniales. Es más aconsejable que la modificación se concrete en los artículos 1322 y 1984 del Código Civil, ya que sin alterar la disposición que regula el principio

de equidad con carácter general (daños patrimoniales y extrapatrimoniales), en los citados artículos 1322 y 1984 del código (referidos exclusivamente al daño moral), es posible no solo incorporar el principio de equidad (ausente en el caso de la responsabilidad extracontractual), sino la referencia a la aplicación del principio, conforme al baremo y a las normas pertinentes que regulan su uso.

No escapa a nuestra atención, por otra parte, que la determinación de los montos indemnizatorios del baremo es un asunto delicado y generará ostensibles cuestionamientos, pues para muchos probablemente parecerá insuficiente y, para otros, demasiado, tomando en cuenta los estándares que maneja la jurisprudencia⁹⁰. El criterio elegido como valor referencial es la Unidad Impositiva Tributaria (en adelante UIT), el mismo que ha sido fijado de modo arbitrario⁹¹, aunque en su momento se justificará la razón.

Sin embargo, lo que sí corresponde hacer en este apartado es justificar de qué forma es que se sustenta teórica y conceptualmente, la necesidad de establecer un monto al margen de la realidad fáctica, pues es claro que el daño a la persona no tiene equivalente monetario y, por lo tanto, ninguna suma de

⁹⁰ A este respecto, conviene recordar, por ejemplo, que los montos que se maneja en la jurisprudencia analizada como indemnización por fallecimiento de una persona oscilan entre los S/. 10 000.00 y S/. 250 000.00. Ver cuadros del Anexo del trabajo de investigación.

⁹¹ Se utiliza el término arbitrario, no por ser irrazonable o injustificable, sino porque la elección de uno (UIT) no significa que sea el único correcto, pues es posible emplear otro con igual grado de utilidad y corrección. En todo caso se debe entender arbitrariedad como indiferencia entre uno u otro.

dinero, por elevada o mínima que sea, podrá representar el valor del daño a la persona, que pretende compensar.

Al respecto, conviene recordar que el enfoque de derecho que defiende nuestro trabajo es uno positivista incluyente, que en cuanto se refiere a la tesis de la fuente del derecho, apela a la realidad fáctica. Lo que proponemos al sustentar una respuesta normativa (derecho positivo) frente a un fenómeno fáctico (daño a la persona), no se aparta de la tesis de la fuente social del derecho, pues evidentemente el derecho a ser indemnizado por un daño tiene como insumo precisamente la realidad fáctica. Ahora, tema distinto es cómo se configura a nivel normativo el derecho a ser resarcido o indemnizado. En este sentido, es evidente que el derecho admite, además de un estudio fenoménico natural (que equivaldría o se correspondería con las teorías del realismo jurídico), también un estudio conceptual y normativista, más próximo al positivismo (incluso al neoconstitucionalismo).

Un enfoque conceptual del derecho implica que la configuración de su contenido se realizará a través de construcciones abstractas útiles para definir situaciones complejas y controvertidas, que admiten muchas alternativas. Precisamente, la construcción de un concepto o noción sobre una realidad compleja y controvertida, con base en criterios jurídicos o extrajurídicos, implica por definición responder racionalmente a la problemática que genera el no poder definir o consensuar una idea unívoca sobre un fenómeno. Se ha dicho que este enfoque se emplea cuando hay muchos

significados, pero no parece que alguno o algunos sean correctos o incorrectos (Poggi, 2017). Precisamente, creemos que la configuración del derecho a ser indemnizado cuando se cause daño a la persona (incluyendo la magnitud del resarcimiento), es un tema controvertido que admite más de una respuesta, no siendo posible determinar cuál de ellas es correcta o errónea.

Asimismo, desde una perspectiva normativista el derecho se traduce en un mandato de autoridad destinado a ser cumplido por los destinatarios. El fundamento de este deber de obediencia, bajo un enfoque positivista incluyente, necesariamente captura valoraciones de tipo moral (Waluchow, 2007). Las valoraciones (jurídicas y morales) que justifican la tabla de valores para daños a la persona son –precisamente– los que se fundan en la dignidad humana.

Por tanto, siendo claro que el derecho a recibir una indemnización por daño a la persona encuentra sustento en un hecho social (evento dañoso), la conceptualización del derecho y su configuración como derecho positivo parte de una justificación y/o fundamentación de tipo constitucional, en los que tienen cabida el valor dignidad humana, el principio de igualdad, seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo, la habilitación del control endo y extra procesal del deber de motivación de las decisiones judiciales. Son estos principios de estirpe fundamental, recogidos expresa e implícitamente en la Constitución del Estado, los que

fungen como criterios de validez material de la propuesta de derecho que se hace (baremo).

Los fundamentos concretos que sustentan nuestra propuesta, se sintetizan en las siguientes razones: i) en primer lugar, si quisiéramos que la magnitud, sustentada en parámetros fácticos, sea el condicionante de la respuesta del derecho frente al evento dañoso, se caería en la cuenta de un entrampamiento sin visos de solución, básicamente, porque se pretenderá buscar una fórmula inexistente⁹², pues ninguna suma de dinero podrá traducir el valor del daño a la persona, de forma cabal e integral. Es por ello que un abordaje conceptual y normativo del problema es el más idóneo; ii) en segundo lugar, si se opta por un enfoque fáctico del problema, el resultado sería el mismo que tenemos ahora, una jurisprudencia impredecible y con altos grados de inseguridad jurídica, pues la necesidad de alcanzar la justa equivalencia, llevará a que el juez mantenga los márgenes de discrecionalidad vigentes, aunque de antemano, se sabe que no podrá satisfacer las expectativas de los justiciables. Un enfoque conceptual del fenómeno jurídico no pretende dar una respuesta ontológica a la realidad (en este caso responder, cuál es el monto correcto del daño personal sufrido), sino explicar la conveniencia de una postura, en base a determinados criterios o estándares; iii) en tercer lugar, si se opta

⁹² A este respecto, tampoco un enfoque neoconstitucionalista podría dar una respuesta plausible, bajo el argumento que, ante la indeterminación del derecho positivo, el juez debería averiguar y concretar el derecho aplicable al caso (en su sentencia), eligiendo del conjunto de valores y principios morales existentes (modelo normativo perfecto), el contenido el derecho correcto y válido. Lo que solo podría hacer el paradigma de juez perfecto e ideal Hércules.

por un enfoque normativista y conceptual, es el contenido de la norma el que determinará la magnitud de la indemnización por el daño a la persona, y en ese sentido, sin dejarse de subrayar que la cabal equivalencia en este tipo de daños es imposible de lograr, se tendrá un sistema jurídico coherente, lógico y razonable, salvándose así el vacío normativo que implica dejar en manos del juez la facultad de valorar el daño a la persona apelando una discrecionalidad sin límites; y iv) en cuarto lugar, bajo un enfoque normativo y conceptual, la reacción del derecho positivo frente a un evento dañoso (daño a la persona) será uniforme y predecible para los comprendidos en el conflicto, dotando de seguridad jurídica al sistema normativo, e inclusive garantizará un mejor estándar al momento de realizar un control de la motivación de las resoluciones judiciales, pues la herramienta normativa (baremo) que el derecho proporciona, es un criterio objetivo capaz de demostrar la corrección del razonamiento, no solo desde la perspectiva de la justificación externa de las premisas, sino inclusive de justificación interna del razonamiento judicial.

Encontramos, entonces, que renunciar a un fallido intento de tratar de valorizar un daño extrapatrimonial, en sus alcances empíricos o naturalísticos (condicionados por los hechos), y hacerlo desde una perspectiva normativa y conceptual, resulta más racional y coherente, pues se acepta –de un lado– que la víctima debe ser indemnizada mediante una suma de dinero, aunque la lesión al derecho o interés protegido no es cuantificable en dinero, con lo

que se logra cumplir la función de satisfacción o satisfactiva de la víctima, y –por otro lado– la suma de dinero o el equivalente pecuniario no sería puesto en cuestión bajo el argumento de que no traduce la dimensión del daño, ya que el monto acordado por el derecho no requiere ser justificado en términos empíricos, sino en fundamentos o principios jurídicos, como precisamente son los de dignidad de la persona humana, igualdad de trato a las personas, seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo y predictibilidad en las decisiones judiciales.

Finalmente, consideramos que la seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales, que tienden a optimizarse con la adopción de un baremo de daños a la persona, trae consigo también otros efectos plausibles, predicables desde las teorías del AED, como es la reducción de costos sociales de transacción. Explicamos:

Es evidente que las teorías del AED no pueden tener cabida dentro de nuestro sistema jurídico, pues siendo la persona humana y el respeto de su dignidad el fin supremo de la sociedad (artículo 1 de la Const.), resulta contraproducente admitir un enfoque consecuencialista, funcionalista e instrumental del derecho, como lo plantean estas teorías, pues los valores que lo inspiran son de tipo jurídico y moral (justicia, igualdad, dignidad humana, libertad, etc.), y de ninguna manera económico eficientista. Sin embargo, en la medida de que los fines del derecho no colisionen con los que propugnan estas teorías, consideramos que es posible tomarlas en

cuenta. Así, no podemos dejar de juzgar como razonables y válidos algunos de sus fundamentos, como es la necesidad de evitación o reducción de costos al menor precio posible, lo que creo puede poner en práctica la responsabilidad civil, vía la adecuación de sus reglas o normas, sin que ello implique sacrificar o transgredir principios fundamentales del derecho.

En este sentido, sin dejar de considerar que la elevada tasa de litigiosidad que caracteriza a nuestra sociedad, obedezca a factores culturales, históricos, socioeconómicos, etc., probablemente (lo que aconsejaría realizar un estudio al respecto), sin embargo, es razonable creer también que la falta de predictibilidad de las decisiones y la inseguridad en la aplicación del derecho objetivo, se constituyen en un factor desencadenante que explica esta proclividad hacia el litigio. La adopción del sistema tabular – creemos– podría ayudar en alguna medida a reducir esta situación, pues si se logra uniformizar los criterios de valoración y liquidación de daños a la persona, se permite mayor predictibilidad en las decisiones judiciales y se dota de mayor seguridad jurídica al sistema. Este nuevo escenario tendría la virtualidad de reducir los costos de litigación (honorarios de abogados, gastos judiciales, tiempo, recursos de la administración de justicia), que en términos de los economistas del derecho son costos de transacción, ya que las conciliaciones y/o transacciones de las controversias, siempre serán advertidas como una salida más barata o económica, evitándose y reduciéndose un gran número de litigios. Implicará

una reducción de costos para el Estado y las partes mismas del conflicto

Las teorías de evitación o reducción de daños (costos, al fin y al cabo), por cierto, vienen calando en el derecho, como resulta por ejemplo de los artículos 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial de Argentina, en los que se ha regulado expresamente como funciones de la responsabilidad civil, la de prevenir los daños.

En el Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano, con una técnica legislativa menos depurada que la del código argentino, se propone incluir expresamente en el artículo 1970, la función preventiva de la responsabilidad civil, bajo la siguiente fórmula legislativa:

Aquel que mediante una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo, salvo que se pruebe que se adoptaron las medidas idóneas para prevenir el daño.

3.1.3 Garantía de control endo y extraprocesal de la motivación de las resoluciones judiciales

La motivación de las resoluciones judiciales es un principio explícito de la función jurisdiccional (art. 139, inc. 5 de la Const.), el cual funge como garantía de legalidad y justicia, ya que el deber de motivar sus fallos, impone al juez –a su vez– el deber de adecuar su conducta a estándares de lógica y corrección en el

razonamiento empleado para resolver una controversia, proscribiendo la arbitrariedad.

La motivación, asimismo, cumple importantes funciones, como facilitar un efectivo control de la decisión por parte de las instancias superiores, lo que se conoce –comúnmente– como control endo procesal o al interior del sistema, cuyo propósito es evitar el error judicial. Por el control endo procesal el superior en grado, al momento de revisar lo que es materia de apelación, podrá advertir la corrección o incorrección del razonamiento empleado por el juez de primera instancia. Empero, además, la motivación de las resoluciones judiciales habilita el control desde fuera del sistema de justicia, el que merece por parte de la colectividad, habida cuenta que es –igualmente– principio de la función jurisdiccional el derecho de toda persona de formular análisis y críticas a las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley (art. 139, inc. 20 de la Const.)

El deber de motivación de las decisiones judiciales no es sino el deber que asumen los jueces de llevar a cabo una labor de argumentación jurídica en sus decisiones.

Como se recuerda el derecho positivo no solo se compone de reglas⁹³, las que por su estructura cerrada, encierran en sí mismas la solución al problema jurídico (controversia judicial), aunque aún

⁹³ Las reglas son normas jurídicas cuya estructura está compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; su aplicación a un caso controversial exige de un juicio subsuntivo o de subsunción.

en este tipo de normas –de hecho– es posible encontrar problemas de indeterminación lógica del sistema jurídico, indeterminación lingüística y deficiencias de indeterminación de conceptos jurídicos (Rodenas, 2012). El derecho positivo también se compone de principios, cuya aplicación al caso judicial se torna en una tarea mucho más compleja. En efecto, la aplicación de un principio (en caso de ausencia de una regla que regule el hecho), exige de una previa labor argumentativa de concreción del derecho, y que significa extraer de la norma expresada en forma abierta, una regla implícita para el caso en concreto. A esta labor, Ricardo Guastini (2019), llama ejercicio de “concreción”. Ahora, es posible que los conceptos jurídicos necesarios para extraer una regla específica no necesariamente sean criterios determinados por la norma en cuestión, por lo que el intérprete y aplicador de ésta deberá recurrir a otras normas dentro de la misma área del derecho, que se rijan por principios homogéneos, con el propósito de concretar el contenido de la disposición legal. Empero, la dificultad en la aplicación de un principio no se agota ahí, pues es posible que los conceptos a ser invocados y argumentados para dar contenido a la norma no sean jurídicos, sino extrajurídicos (políticos, morales, económicos); situación que hace que la labor argumentativa del operador jurídico se vuelva aún más incierta e impredecible.

La doctrina, a partir de los planteamientos de Ronald Dworkin (1989), ha clasificado a estas contingencias como: i) soluciones a casos fáciles, cuando el proceso interpretativo y aplicativo de la

norma se reduce a un juicio de subsunción; y ii) las soluciones a casos difíciles, cuando para la resolución del caso no existe una regla que regule el caso y la solución pasa por recurrir a los principios del derecho. Esto teniendo en cuenta que el vacío o la deficiencia de la ley, no es óbice para que la controversia alcance resolución por parte de la justicia; siendo muy pertinente recordar (de acuerdo con el artículo VIII⁹⁴ del Título Preliminar del Código Civil, concordante con el artículo III⁹⁵ del Título Preliminar del Código Procesal Civil) que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, en tales casos se debe recurrir a los principios generales del derecho, preferentemente a los del derecho peruano.

Los problemas de indeterminación del derecho admiten, desde el positivismo y el neoconstitucionalismo, diferentes lecturas. Para los positivistas, los casos difíciles en los que se aprecie que la norma adolece de ambigüedad, vaguedad o vacíos, o cuando se advierta

⁹⁴ **Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley**

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

⁹⁵ **Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal**

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, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

voluntad deliberada de parte del legislador de no concretar una regla precisa (zonas de penumbra), se acepta que el juez puede apelar a la discrecionalidad, la cual se traducirá en la elección de la opción más plausible, entre las varias existentes. Los neoconstitucionalistas, por su parte, niegan que el juez pueda tener algún grado de discrecionalidad, o que se pueda aceptar que ha creado derecho; el juez –en todo caso– aplicando los principios tendrá una única solución para el caso, la cual debe encontrarla dentro de las normas (explícitas o implícitas), que componen el derecho (Dworkin, 1989).

Se ha expuesto que la tesis más lógica y racional sobre la discusión de los casos difíciles, es la que predica un poder discrecional en el juez. En este sentido, sucede que el principio de equidad no sido debidamente concretado en decisiones equitativas, proporcionales y predecibles, como tampoco se ha advertido que haya habido intentos de recurrir a la regla del precedente judicial; y la razón creemos que se funda en el hecho que los criterios a ser tenidos en cuenta para darle contenido rebasan el ámbito del derecho, lo que ha implicado salvar esta ausencia con criterios subjetivos, en algunos casos prohibidos por el derecho mismo. Por ello estamos convencidos que los criterios y parámetros objetivos necesarios para cuantificar estos daños requieren ser legislados, aunque es lógico asumir que no se podrá categorizar jurídicamente todas las circunstancias concretas que puedan presentarse, como de hecho se pensó cuando se sustentó el positivismo clásico del

siglo XIX, que se ufanaba de la completitud de la ley. De cualquier forma, la concreción o desarrollo del principio de equidad, a partir de criterios objetivos y ciertos, tiene la virtualidad de lograr uniformidad y predictibilidad en las decisiones judiciales, lográndose así seguridad en la aplicación del derecho positivo. La propuesta que se plantea como hipótesis de solución a la problemática –precisamente– va en esta línea.

Resulta ocioso, por otra parte, repetir los argumentos expresados en el apartado anterior y que sustentan la adopción del sistema tabular, de cara a lograr seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo y predictibilidad en las decisiones judiciales; empero, en lo que sí debemos detenernos es en la forma como se optimizará el control endo y extra procesal del deber de justificación y validación de las decisiones judiciales, mediante una argumentación sustentada en criterios objetivos y claros.

Si el problema detectado en la aplicación del principio de equidad es uno de tipo sistemático, que involucra al derecho positivo (que es el derecho cierto y obligatorio), en razón de que por la ausencia de conceptos, razones y criterios jurídicos objetivos, la jurisprudencia ha recurrido a criterios subjetivos y extrajurídicos, respecto de los cuales por cierto no existe el necesario consenso⁹⁶, para concretar el sentido de una norma; el problema de la falta de predictibilidad e inseguridad jurídica en la aplicación del derecho no

⁹⁶ Ángeles Rodenas se refiere a estos acuerdos sobre el sentido interpretativo de determinados conceptos como “convenciones interpretativas” (2012, pág. 46-47)

es una dificultad que enfrente (exclusivamente) el juez de primera instancia, sino también el juez revisor, cuando –igualmente– bajo criterios subjetivos y extrajurídicos, respecto de los cuales no existe ni consenso ni obligatoriedad, deba realizar el control de las decisiones de primera instancia.

Cuanto más se advertirá la falibilidad de un control extraprocesal a cargo del colectivo social (art. 139, inc. 20 de la Const.), si no existe un marco normativo con contenido claro y determinado, que permita no solo avizorar una decisión judicial, sino realizar una evaluación y análisis crítico de los fundamentos que le sirvieron al juez para justificar su decisión.

En síntesis, tanto el control endo y extraprocesal, bajo un sistema jurídico como el que presenta la actual regulación (art. 1332 del CC), de cara a regir la determinación del monto indemnizatorio por daño a la persona, no resultará en absoluto eficiente, óptimo ni mucho menos objetivo, si para ello no se tiene un sistema jurídico preciso y determinado en cuanto a su contenido. De qué se le podría acusar a un juez, que por la muerte de una persona fijó un monto indemnizatorio de S/. 10 000.00, o a otro que lo fijó en S/. 200 000.00, si los criterios que ha empleado uno y otro están librados a su libre arbitrio, sin ningún tipo de cortapisas o límites. Esto, por lo demás, se evidencia en casos judiciales analizados, como los que reportan el Expediente N° 01476-2010-0601-JR-CI-02 y Expediente N° 2008-288-0-0601-JR-CI-01, cuando al

indemnizar el fallecimiento o muerte de una persona se fijaron indemnizaciones de S/. 25 000.00 y S/. 200 000.00⁹⁷.

Ahora, la propuesta de baremo que da sustento a la hipótesis de solución al problema de investigación, estimamos, es la que garantiza de mejor forma la solución a la dificultad que representa no poderse llevar a cabo, de forma óptima y eficiente, un control endo y extraprocesal de las decisiones judiciales. La razón, fundamentalmente, estriba en que el baremo incorpora criterios y conceptos jurídicos que darán contenido determinado y claro al derecho positivo.

Bajo esta lógica, con los rangos o intervalos, encerrados en topes máximos y mínimos, sobre el monto de la indemnización, que aparecerán correlacionados con el grado de afectación de los daños a la persona, y además con los criterios sustentados en la equidad (como son el grado de incapacidad fisiológica, la alteración anatómica y estética, para el caso de daño corporal, así como la edad, el grado de parentesco, la gravedad del ilícito, para el caso del daño moral), consideramos que se acotará el amplio margen de indeterminación y vaguedad que presenta el derecho positivo. En otras palabras, este ámbito del derecho positivo, que aparecía incierto e indeterminado, y que implicaba la imposibilidad de un control endo y extraprocesal eficiente, se tornará en cierto y determinado, y la función de control por parte del mismo sistema de justicia y la colectividad se hará más óptimo y eficaz, también.

⁹⁷ Ver jurisprudencia trabajada en los cuadros del Anexo del trabajo de investigación.

Por lo demás, la motivación de las decisiones se hará menos compleja, pues una argumentación jurídica seria no exigirá de complejos ejercicios racionales, tendientes a concretar una regla implícita (en el principio) y específica para el caso, la cual –como se ha demostrado en este trabajo– no garantiza igualdad de trato a las víctimas por parte de la ley, respeto por el valor dignidad humana, rigor en la argumentación de las decisiones, ni mucho menos seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo. Es decir, no deja satisfecho a nadie.

3.2. CRITERIOS PARA LA ELABORACIÓN DEL BAREMO

Corresponde a este estadio de la contrastación de la hipótesis, establecer los criterios, lineamientos y pautas que se han seguido para la elaboración del baremo de valoración de daños a la persona.

Para ello encontramos de necesidad metodológica necesaria, dividir a estos criterios en dos grupos: i) criterios dogmáticos, vinculados a los fundamentos jurídicos, cuyo principal objeto es coadyuvar en la tarea de individualizar o arribar a una indemnización concreta o para el caso, y ii) criterios técnicos, vinculados a pautas o conceptos médicos y judiciales, empleados para graduar la gravedad de los daños sufridos por las víctimas.

3.3.1 Criterios dogmáticos

Entre los criterios jurídicos que sustentan el baremo de valoración de daños a la persona, se tiene a los siguientes:

A. Noción de indemnización jurídicamente correcta y adecuada a ser empleada en la elaboración del baremo

El concepto de indemnización adecuada y jurídicamente correcta, que se construye y que se aplica a la indemnización de daño a la persona (a utilizarse en el baremo), se construye a partir de dos variables. En primer lugar, se exigirá que el monto indemnizatorio se corresponda con la naturaleza y magnitud del daño (requisito de adecuación); mientras, en segundo lugar, se exigirá que el monto indemnizatorio se ajuste a los principios y reglas jurídicas que rigen la valoración y liquidación del daño a la persona (requisito de corrección jurídica).

Pues bien, en cuanto a la primera de las variables, es preciso tener en cuenta que la indemnización de daños de naturaleza extrapatrimonial descarta –de entrada– cualquier consideración reitoral, o lo que es lo mismo, de toda estimación sobre ganancia patrimonial frustrada por efecto del evento dañoso. Por tanto, cuando se deba cuantificar el monto de la indemnización por daño a la persona, no merecerá distinción alguna el caso en el que la víctima incapacitada sea una persona laboralmente activa o no (v. gr., un infante vs. un profesional empleado)

La adecuación de la indemnización tiene conexión también con el principio de proporcionalidad, lo que exigirá realizar una –necesaria– evaluación de la magnitud e importancia del bien

jurídico afectado, con la finalidad de medir los alcances de la consecuencia jurídica (monto de la indemnización).

Finalmente, la adecuación de la indemnización será tomada en cuenta en términos de exhaustividad en el análisis de las circunstancias particulares del caso, que implica un análisis escrupuloso del caso en concreto, desde las diversas perspectivas y personas involucradas en el conflicto; de modo tal que la indemnización guarde una relación de correspondencia con el caso sometido a juzgamiento. Se analizará en este aspecto circunstancias como grado de incapacidad de la víctima, otras manifestaciones del daño (estético, anatómico), la gravedad del evento dañoso y grado de participación del causante, entre otros.

En cuanto a la corrección jurídica de la indemnización establecida para reparar el daño a la persona, esta variable vendrá dada –ineludiblemente– por el respeto de los principios dignidad humana, igualdad, seguridad jurídica; aspectos que han sido desarrollados en detalle al establecer la necesidad de adoptar el sistema tabular, de cara a efectivizar los anotados principios jurídicos.

En suma, la indemnización o reparación del daño a la persona será adecuada y jurídicamente correcta, si se respetan los siguientes criterios: i) estimación no reductiva de la indemnización del daño a la persona, ii) observancia del

principio de proporcionalidad al momento de medir la magnitud del daño a la persona y el monto indemnizatorio que le corresponde; iii) exhaustividad en el análisis de las circunstancias particulares que envuelven al conflicto, para que la decisión sea congruente con el caso juzgado; además, iii) observancia de los principios dignidad humana, igualdad y seguridad jurídica.

B. Delimitación de daño a la persona a ser incorporado en el baremo

Desde nuestro punto de vista, la discusión en torno a la necesidad de incorporar la noción de daño a la persona en el Código Civil peruano, que ha generado debate a nivel doctrinario en nuestro medio⁹⁸, por la presencia ya de una figura como lo es el daño moral, no pasa de ser un gusto por las etiquetas o nombres, o el gusto por aferrarse a la tradición histórica del derecho, pues tradicionalmente los daños que pudiera sufrir la persona humana, en los atributos y derechos de su personalidad, han sido denominados daños morales o extrapatrimoniales. Aunque, asumimos que la denominación “daño a la persona”, en todo caso, es más completa y representa de mejor manera el daño subjetivo sufrido por la víctima.

⁹⁸ Recuérdese que sobre la noción de daño a la persona y su necesidad de incorporación en el derecho nacional, se expuso en el marco teórico de este trabajo de investigación una discusión a nivel doctrinario (De Trazegnies, 1990; León, 2007; Espinoza Espinoza J. , 2006; Fernández Sessarego, C., 2015; Taboada Córdova, 2000).

Resulta –también– claro, que más allá de que el daño moral no es sino daño a la persona o, si se quiere, daño extrapatrimonial, cuya nomenclatura ha evolucionado, en la jurisprudencia nacional se asocia el “daño moral” al daño psicológico por afectación emocional no patológica (dolor, sufrimiento, tristeza, etc.), y se asocia el “daño a la persona” a todas las demás manifestaciones de afectación a los intereses o derechos de la personalidad de hombre o mujer, lo que se explica por razones de tradición jurídica que restringía el daño moral o extrapatrimonial al *pretium doloris*.⁹⁹

No obstante, el daño a la persona como categoría jurídica en el derecho peruano, no ha merecido un tratamiento uniforme, ni en el ámbito jurisprudencial, mucho menos en el doctrinario, lo que ha obedecido muy probablemente a la manera asistemática como ha sido regulada en los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil. Así, en cuanto se refiere a la responsabilidad por inexecución de obligaciones, en la norma tan solo se ha hecho una mención solitaria de daño moral en el artículo 1321 del código, que como se ha explicado debe ser entendido –por sentido común– como sinónimo de daño a la persona, pues de lo contrario tendríamos que asumir –ilógica e irracionalmente– que el daño a la persona no es indemnizable cuando provenga de la inexecución de las obligaciones.

⁹⁹ Este concepto o noción de daño moral se sigue en las decisiones jurisprudenciales trabajadas (ver cuadros del Anexo del trabajo de investigación), y en el III Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República del año 2011.

Asimismo, en el artículo 1985 del Código Civil se regula conjuntamente tanto al daño moral como al daño a la persona; sin embargo en el artículo 1984, refiriéndose la norma –solamente– al daño moral, expresa que se indemniza considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia; lo que daría a entender que, por un lado, son categorías distintas y, por otro, que su modo de indemnización es diferente; es decir, en el caso del daño a la persona, no se haría depender su cálculo de la magnitud o menoscabo sufrido por la víctima, lo que tampoco tiene sentido. Estas inconsistencias nos hace pensar, como en su momento lo expresó Carlos Fernández Sessarego (2015), en que la noción de daño a la persona fue incorporada al código a última hora y, naturalmente, esta situación ha determinado que no se haya realizado un trabajo de sistemática legislativa en el resto de normas que regulan el daño extrapatrimonial.

De cualquier manera, debe entenderse que el daño a la persona abarca una serie no definida de supuestos de lesión a los intereses o derechos subjetivos de la persona (daño biológico, daño a la salud, daño a la amenidad, daño estético, daño a la vida de relación, daño existencial, daño al proyecto de vida, etc.), como lo sostiene la doctrina extranjera (Tamayo Jaramillo, J., 2015; Vettori, 2012; Alpa, 2006; Brun, 2015; Koteich Khatib, 2012); sin embargo, resulta que estas modalidades o sub especie de daño no han sido debidamente

desarrolladas en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país. Creemos, por tanto, que bajo este escenario –aún incierto– resultaría aventurado y carente de utilidad adelantar una propuesta de baremo de valoración onminicompreensivo de la materia “daño a la persona”.

Sin embargo, es posible rescatar dentro de esta indefinición, que sí existe en la jurisprudencia algunos temas sobre los cuales se ha fijado una posición meridianamente clara sobre el daño a la persona.

Se entiende, de un lado, que el daño moral está referido básicamente a la *pretium doloris* o precio del dolor, como da cuenta la doctrina de nuestro medio y el material jurisprudencial recabado; mientras que se considera como daño a la persona – por defecto– a la lesión de los demás intereses y derechos de la persona protegidos, preponderantemente, referidas a daños corporales (lesiones, traumatismos, incapacidades, etc.)

En este contexto, por un tema de utilidad y de necesidad práctica, en cuanto se refiere a nuestra investigación, vamos a delimitar nuestro objeto de estudio –precisamente– a los aspectos del genérico daño a la persona, que tienen más relevancia en nuestro medio: i) el relativo a lo que tradicionalmente se ha entendido como daño moral (*pretium doloris*), al que llamaremos indistintamente como daño moral o daño psicológico, y ii) el daño corporal o lesión al aspecto

somático de la persona. De esta manera, nuestra propuesta de baremo responde a la necesidad de fijar pautas y criterios de valoración y liquidación de estos tipos de daño a la persona.

No abordaremos en este trabajo el daño psicológico de tipo patológico debido a que, además de que no ha sido suficientemente delimitado en la doctrina nacional en cuanto a su tipología, carece de interés práctico, pues no se ha podido encontrar en la jurisprudencia y literatura revisada casos judiciales, en los que se haya entablado demandas de indemnización por este tipo de daño (psicopatológico). Por tanto, consideramos que por el momento no resultaría de utilidad elaborar un baremo de valoración de este tipo de daños.

C. La función satisfactiva de la indemnización por daños a la persona

Sin dejar de tener en cuenta que la función de restauración del *statu quo ante* es una de las función más importantes de la responsabilidad civil, y que alcanza mayor nivel de concreción cuando se habla de reparación en especie y/o si se trata de la reparación de daños patrimoniales, cuyo valor es traducible en dinero; resulta que cuando se trata con daños extrapatrimoniales la restauración del *statu quo ante*, carece de toda virtualidad, pues muchos de los bienes jurídicos afectados o dañados no son pasibles de ser reintegrados a su estado

anterior (v. gr., el daño causado por la muerte de un ser querido, una invalidez permanente por cuadriplejía, etc.), y lo que obliga a posar nuestra mirada en otra de las funciones que cumple –también– la responsabilidad civil: la función de satisfacción de las víctimas; lo cual se logra sustituyendo o compensando los perjuicios sufridos e irremediables, por otras expectativas o necesidades aún pendientes de satisfacción, capaces de aliviar o aminorar los efectos del perjuicio sufrido por la víctima.

En síntesis, consideramos que entre las funciones que más se optimizan con la adopción del baremo, como herramienta de valoración de daños a la persona, está precisamente la función satisfactoria sustitutoria.

D. Criterio cuantitativo de la indemnización

Como parámetro objetivo para construir las cuantías y los rangos referenciales, delimitados por topes (máximos y mínimos), se tomará en cuenta la UIT, cuyo valor actual alcanza S/. 4 200.00.

Admitimos que el criterio asumido hasta cierto punto resulta arbitrario, sin embargo, es preciso esbozar algunas razones por las cuales recurrimos a este valor referencial, a partir del cual se fijaran las cuantías y rangos cuantitativos de las indemnizaciones por los daños a resarcirse.

El TUO del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado con Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, en su artículo 29, modificado por Decreto Supremo 014-2002-MTC, fija las sumas indemnizatorias para daños ocurridos como consecuencia de accidentes viales o de tránsito en base –precisamente– a la UIT. En su extremo máximo fija como tope de la cobertura de este seguro obligatorio 04 UIT, en caso de muerte, invalidez permanente y 05 UIT, en caso de gastos médicos.

Obviamente, tomándose en cuenta las precisiones que se ha hecho al fundamentar la necesidad de adoptar el baremo para valorizar daños a la persona, los criterios y fundamentos que sustentan nuestra propuesta no se pueden apoyar en los que sustenta la cobertura del seguro obligatorio por accidente de tránsito, en la medida que en éste se toman en cuenta conceptos patrimoniales, como son los gastos médicos; mientras que en nuestra propuesta, se prescinde de este criterio. En nuestro concepto los daños por gastos médicos encajan en la categoría de daño emergente y se liquidan de forma independiente al daño a la persona.

No obstante, lo que sí consideramos puede servir como criterio cuantitativo válido es la UIT¹⁰⁰, en vista de que es un valor referencial que anualmente se reactualiza en función de

¹⁰⁰ La UIT, se utiliza también como valor de referencia para la determinación de impuestos, infracciones, multas y otros conceptos de naturaleza tributaria.

elementos macroeconómicos como son el estado de la economía en los diferentes sectores: industria, mercado laboral, comercio, etc.; aspectos que inciden directa o indirectamente en la vida de la población. Es decir, el valor económico referencial que proporciona la UIT, directa o indirectamente, es un factor referencial que da cuenta del costo de vida, la inflación, crecimiento de la economía, que repercute en la vida de las personas del país, por lo que juzgamos es un valor referencial idóneo para medir sumas indemnizatorias que van han repercutir en la satisfacción de sus necesidades.

Sin embargo, atendiendo a los límites que se fija en el Decreto Supremo 049-2000-MTC, consideramos que los porcentajes para nuestra propuesta de baremo deben ser superiores, básicamente, por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, la cobertura de los seguros, en este caso el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, responde a un convenio o contrato de naturaleza comercial; su alcance está supeditado al valor de la póliza de seguro contratada y a las reglas del mercado; por ende es un plan básico destinado a cubrir los siniestros personales, lo que en su momento –para el caso que el o los daños superen el plan– no impide que se pueda recurrir al Poder Judicial, reclamando por el resto del daño no cubierto por el seguro. Esto último es lo que diferencia al sistema de seguros contra riesgo de siniestros con lo que es –en estricto– la

responsabilidad civil. La responsabilidad civil, de acuerdo con los principios que lo rigen, está llamada a lograr la reparación integral del daño, y no lo que resulte del convenio del contrato de seguro solamente.

- b) En segundo lugar, con indemnizaciones mayores a las establecidas en los planes de seguros obligatorios por siniestros (vehicular únicamente en el caso peruano) se fuerza a los eventuales y potenciales dañadores a tener que adoptar medidas preventivas de daños, como es la contratación de seguros de vida, seguros por actividades riesgosas y, en general, seguros contra todo tipo de siniestros, generando un efecto disuasorio.

E. Equidad en la estimación de los bienes e intereses jurídicos afectados

La equidad es una categoría derivada del principio de igualdad, que goza de reconocimiento constitucional directo (art. 2, inc. 2 de la Const.), y que como se ha explicado con amplitud en el marco teórico implica un trato igual o equitativo a las personas, al margen de cualquier diferenciación o discriminación sustentada en la raza, posición económica, creencia religiosa, edad, sexo u otro motivo subjetivo e irrazonable. Del mismo modo, este principio ordena no dejar de hacer diferenciaciones cuando existan razones objetivas y razonables que las justifiquen, pues ello implicará indirectamente –también– un trato inequitativo.

a) En cuanto a la indemnización de daños corporales

El principio de igualdad irradia sus efectos sobre el baremo en dos momentos bien definidos: i) el primero, al que llamamos determinación de la indemnización en abstracto, es decir dentro de los parámetros fijados por el baremo (máximos y mínimos); y ii) el segundo, al que llamamos individualización de la indemnización en concreto, y para lo cual una vez situados dentro del rango referencial del baremo, corresponderá llevar a cabo la ponderación de circunstancias particulares (del caso), que puedan en alguna medida incrementar o decrementar la suma indemnizatoria, obviamente, dentro del rango establecido o determinado en abstracto.

Desde esta perspectiva, el principio de igualdad tiene cardinal importancia, pues en la labor o tarea de individualización de la indemnización, se parte de un criterio de igualdad de trato absoluta para las personas afectadas o dañadas en sus derechos subjetivos. Esto es, tras partir de que la cuantía de la indemnización de los daños será igual para todas las personas, pues a igual grado de incapacidad (expresado en porcentaje de disminución en la capacidad fisiológica del organismo de la persona) igual será el monto de la indemnización (fijado en función de la UIT), y a mayor gravedad en la incapacidad, el incremento de la indemnización operará

automáticamente, independientemente de consideraciones prohibidas, como los ingresos habituales de las personas, el sexo o la edad de las personas.

Empero, en un segundo momento, atendiendo a que ningún caso es igual a otro pues los distinguen circunstancias particulares, y que de hecho llegan a constituir diferencias no prohibidas por el derecho, vía el recurso a la facultad discrecional del magistrado que exigirá una exhaustiva carga argumentativa, la suma indemnizatoria establecida en abstracto podrá ser incrementada o decrementada dentro de esos límites, según los siguientes criterios: i) la expectativa de recuperación de la persona, o el riesgo a la vida que implique la lesión al bien jurídico; ii) el grado de dependencia de la víctima para realizar sus actividades básicas (fisiológicas, alimentación, aseo personal, transitabilidad locomotora en superficies llanas o escaleras), iii) la alteración anatómica y estética del daño sufrido por la víctima; iv) las manifestaciones colaterales de dolor físico; entre otras circunstancias que se encuentren al margen de valoraciones económicas o reductuales.

b) En cuanto a la indemnización del daño psicológico afectivo (moral)

Por su parte, en cuanto a la indemnización del daño moral (psicológico afectivo) debemos poner en evidencia que por

su naturaleza no es posible –a diferencia de los daños corporales– prescindir de consideraciones pecuniarias, pues es claro que se puede llegar a experimentar una afectación de este tipo, no solo a partir de un daño a la persona (corporal) sino también a partir de un perjuicio económico o patrimonial.

Por tal razón, el criterio que se adopta para valorar este tipo de daños es –al igual que hicimos para calcular el daño corporal– dividir la tarea de determinación e individualización de la indemnización en dos momentos. El primero, que llamamos (también) la determinación del monto indemnizatorio en abstracto, para lo cual se fija porcentualmente topes (valores referenciales) entre un 5 y 15 %, calculados en función de lo que el demandante o víctima haya obtenido de la suma de la indemnización o resarcimiento por daño corporal y patrimonial. Se obtiene así un rango o intervalo con topes (máximo y mínimo).

En un segundo momento, al que llamamos la individualización concreta de la indemnización, se procederá –a través de un ejercicio discrecional y argumentativo– a ponderar las circunstancias particulares y concretas del caso, para así poder establecer un monto final, el cual será el monto de la indemnización por daño moral o psicológico afectivo.

Para la individualización de la indemnización en concreto, se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias: i) si se trató de un delito, la gravedad y grado de participación del causante, las circunstancias de la muerte, ii) el vínculo de parentesco con la víctima; iii) la edad del reclamante o pretensor de la indemnización; iv) el nivel intelectual y moral de la víctima, en caso de ofensas al honor; entre otras circunstancias de la misma naturaleza que las anotadas.

En este momento creemos que sí son de relevancia aspectos como la edad de la víctima, su grado de instrucción, gravedad del delito, pues estos factores tienen directa relación con el grado de angustia o sufrimiento de la víctima.

F. Un caso especial de daño a la persona

Es particular el caso del daño a la persona que genera la muerte de la víctima, pues la posibilidad de reclamar alguna indemnización descansa en la existencia de deudos, en su caso, personas que directa o indirectamente puedan verse afectados por el deceso.

La casuística nos trae algunos casos polémicos, que no hacen sino dejar al descubierto las carencias y deficiencias del ordenamiento jurídico. A saber, en los casos en los que: i) algunos de los perjudicados por el deceso de la víctima lo sean en razón de un vínculo familiar o afectivo, normado por el

ordenamiento jurídico (v. gr., el cónyuge, el conviviente, los hijos, los descendientes, etc.); y aquellos en los que, ii) algunos de los perjudicados por el deceso de la víctima los sean en razón de un vínculo comercial o laboral. Ante el silencio de la norma creemos que, si no existe más que un vínculo comercial, empresarial o laboral, tal situación *per se* descarta que el daño que se pueda reclamar sea asimilable a un daño psicológico afectivo o daño moral, quedando el asunto –en todo caso– dentro del ámbito patrimonial.

Otro aspecto problemático sobre el particular, que es preciso definir, tiene que ver con la legitimidad de los deudos para accionar judicialmente la pretensión indemnizatoria. Esto es si lo hacen por derecho sucesorio o si se trata de un derecho ejercitado a título personal.

Al respecto, resulta útil tener en cuenta que, si el daño a la persona consiste en la pérdida de la vida, la víctima no puede ya tener derecho alguno a ser resarcido o indemnizado, pues dejó de ser sujeto de derecho con su muerte, salvo – naturalmente– que la acción haya sido intentada antes del óbito, en cuyo caso es evidente que opera la sucesión de derechos y obligaciones. Ello, sin embargo, no se puede admitir en los casos en los que la muerte y el evento dañoso coinciden perfectamente, o lo que es lo mismo el evento dañoso es la muerte de la víctima. En esta eventualidad consideramos que la acción de los reclamantes (deudos) es

ejercitada a título personal y bajo la modalidad de daño psicológico afectivo o moral.

Otro supuesto pasible de ocurrir, que apoya nuestra posición, es el que protagoniza una pareja sentimental homosexual, con cierto grado de estabilidad (convivencia, temporalidad acentuada, etc.). En estos casos, el ordenamiento jurídico no prevé derecho sucesorio, empero resulta más que discutible negársele a la pareja de la víctima la posibilidad de reclamar una indemnización por la muerte de su pareja a causa de un accidente de tránsito o un homicidio.

En suma, consideramos que la legitimidad para demandar el daño por fallecimiento no tendría por qué fundarse en un vínculo de derecho sucesorio necesariamente, que restrinja el derecho a ser indemnizados a los herederos forzosos, soslayando situaciones de padecimiento afectivo no reconocidas legalmente como generadoras de derecho. Otra vez el derecho positivo encuentra limitaciones para dar una respuesta adecuada y feliz a los problemas de la práctica jurídica. La solución a esta dificultad, aunque no es la que ha propiciado este trabajo de investigación, exige una relectura y análisis del artículo VI del título preliminar del Código Civil, sobre la base de que es la norma general que regula el interés sustancial para ejercitar el derecho de acción y plantear una concreta pretensión.

Pero en cuanto a lo que a nuestra propuesta atañe, se debe decir que se ha trabajado el tema de la legitimidad para reclamar una indemnización, en base a una sola variable compuesta por cuatro niveles de relación con la víctima directa. Así: (i) el primer nivel está compuesto por las relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales o del primer grado de consanguinidad; también se encuentran comprendidas las relaciones convivenciales conforme lo regula el ordenamiento civil; (ii) el segundo nivel está compuesto por los parientes del segundo grado de consanguinidad, es decir hermanos, abuelos y nietos; (iii) el tercer nivel está conformado por parientes del tercer y cuarto grado de consanguinidad; y, (iv) el cuarto nivel está compuesto por otros parientes en cualquier grado de consanguinidad o afinidad, así como por las relaciones afectivas no familiares con terceros.

Para el caso de las personas ubicadas en el primer y segundo nivel, el daño moral se presumirá *iure et de iure*; mientras que para las personas comprendidas en el tercer y cuarto nivel, se deberá acreditar el padecimiento del daño moral a través de los medios de prueba correspondientes (*v.gr.* pericia psicológica).

Los montos de la indemnización que correspondiere se obtendrán de los rangos o intervalos referenciales, con topes máximos y mínimos, que aparecen el cuadro 05, a los cuales se les aplicará los factores de corrección que corresponde al daño moral.

3.3.2 Criterios técnicos vinculados a la medicina

La elección de los criterios técnicos que se han empleado en la elaboración del baremo, considerando la diversidad de modalidades y manifestaciones del daño a la persona, se ha hecho a partir de un criterio funcional. Así, resulta que cuando la víctima sufre un daño corporal, esta situación no solo implicará un deterioro o afectación funcional (capacidad del organismo para cumplir sus funciones) sino también trae consigo alteraciones de tipo anatómico, estético, dolor físico, etc. Se ha elegido, tanto para el daño corporal como para el daño moral, selectivamente algunas de sus manifestaciones como criterio principal, dejando a las otras manifestaciones que acarrea el daño como un criterio complementario (factor de corrección del monto indemnizatorio)

A. En cuanto a los daños corporales

Como se ha venido explicando, nuestra propuesta de baremo, en cuanto se refiere a la valoración de daños corporales, busca efectivizar los principios de igualdad, predictibilidad en las decisiones judiciales y seguridad en la aplicación del derecho objetivo. En tal sentido, se pretende que los daños corporales sean mensurados en forma equitativa para todas las víctimas, prescindiendo de consideraciones prohibidas como la edad, el sexo, la ideología política, la orientación religiosa, etc.

a) Incapacidad Fisiológica o física

Se define la incapacidad fisiológica como la pérdida de la capacidad funcional del organismo o del cuerpo de la

víctima como consecuencia del daño. Se la debe diferenciar de la Capacidad Laboral Residual o Incapacidad Laboral, definida por la Resolución Ministerial N° 069-2011/MINSA (28 de enero 2011) como la incapacidad de la persona, pero aplicada a la actividad laboral que se realiza, lo que –obviamente– incorpora un componente reidual al diagnóstico médico de la incapacidad, que es ajena a la naturaleza de nuestra propuesta.

Pues bien, nuestra propuesta recoge todos los órganos del ser humano pasibles de ser afectados por acciones dañosas que redunden en la pérdida parcial o total de su funcionalidad. Se manejan tres variables: el órgano afectado, el tiempo de incapacidad y el grado de incapacidad.

La primera variable que se considera para medir la magnitud del daño es la funcionalidad del órgano, la cual viene dada por la posibilidad técnico-médica de su medición, dejando así de lado otros criterios referidos a características o circunstancias particulares de la víctima, las cuales servirán como factores de corrección argumentativa para determinar el *quantum* indemnizatorio final por daños corporales.

La razón de esta opción radica en que es la afectación fisiológica del funcionamiento del cuerpo y/o sus órganos, la que produce una más profunda lesión en los derechos

subjetivos, pues representan el obstáculo que en mayor medida afecta el equilibrio psicosomático de la persona, y en ciertos casos puede tornarse en radicalmente insuperable

La segunda variable es el tiempo necesario para revertir la situación de funcionalidad afectada del órgano luego del daño. Se diferencia entre lesiones temporales y permanentes, teniendo en consideración que las primeras requerirían de un tiempo para aliviarse; por lo que, para efectos del baremo, se considerarán tres espacios según el tiempo de invalidez causada al órgano: (i) 00 a 30 días; (ii) 30 a 365 días; y, (iii) 365 a más días. Por su parte, las lesiones permanentes tienen un carácter irreversible y, por lo tanto, significan la pérdida del órgano o su funcionalidad total.

La tercera variable está dada por la magnitud o el grado de afectación, que se valorará en intervalos divididos en cuatro cuartos, según el porcentaje de afectación a la funcionalidad del órgano: (i) 0 a 25 %; (ii) 26 a 50 %; (iii) 51 a 75 %; y, (iv) 76 a 100 %. La magnitud del daño causado a la funcionalidad del órgano es transversal a las lesiones temporales o permanentes, pues es perfectamente válido perder por determinado lapso de tiempo cierto porcentaje de aquel, de tal forma que, si se tuviera que clasificar los

tipos de lesiones contemplados en el baremo, éstas serían las siguientes:

- i) Lesión total permanente: Consiste en la pérdida absoluta e irreversible del órgano o su funcionalidad.
- ii) Lesión parcial permanente: Consiste en a la pérdida permanente de cierto porcentaje de funcionalidad del órgano.
- iii) Lesión total temporal: Consiste en la pérdida total de funcionalidad del órgano por un determinado lapso de tiempo.
- iv) Lesión parcial temporal: Consiste en la pérdida de cierto porcentaje de funcionalidad del órgano por un tiempo determinado.

b) Diagnóstico de incapacidad fisiológica

El diagnóstico de IF que otorgue el especialista (médico especialista) traducirá la severidad de la enfermedad o daño corporal sufrido por la víctima, la duración de la incapacidad, junto a otros factores concomitantes que pueden tener incidencia en el tiempo de recuperación.

El diagnóstico por IF no puede ni debe ser asimilado o equiparado al Descanso Médico Legal, que otorga el Instituto de Medicina Legal, conforme a las guías y protocolos aprobados por el Ministerio Público, pues como lo destaca la Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales, aprobada con Resolución de la

Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, la finalidad principal del Descanso Médico Legal es orientar y facilitar al operador de justicia (fiscal o juez), la tipificación jurídica de los delitos o faltas contra la vida, el cuerpo y la salud.

El diagnóstico de IF, como se desprende del desarrollo del trabajo, tiene otra finalidad: determinar la magnitud del daño a la persona (corporal), en términos de afectación a la funcionalidad del organismo humano y la temporalidad o duración.

B. En cuanto a los daños morales

Al igual que la indemnización de los daños corporales, la indemnización de los daños morales se sujetará a criterios de equidad, fijados en función de un porcentaje de la suma de los daños corporales y daños patrimoniales (5 a 15%), dependiendo de la magnitud de la afectación emocional sufrida por la víctima, lo que responderá a criterios médicos, exámenes o pruebas clínicas, que tenga a bien realizar el especialista.

Considerando que únicamente se tomará en cuenta en este rubro el daño moral o afectivo (de naturaleza transitoria), sin que llegue a configurar algún tipo de patología o enfermedad mental, para efectos del diagnóstico clínico se tomará en cuenta los cuadros de afectación emocional, que toma en cuenta el Instituto de Medicina Legal, conforme a la Guía de Evaluación Psicológica Forense, aprobada mediante

Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN.

En este sentido, para efectos del diagnóstico médico se clasificarán los daños morales (afectivos o emocionales) en:

- a)** Reacción a estrés agudo, que consiste en un trastorno transitorio sin otro trastorno aparente, que aparece como respuesta a un estrés físico o psicológico excepcional, que tiende a remitir en horas o días.
- b)** Trastornos de adaptación, que consiste en trastornos de malestar subjetivo, acompañados de alteraciones emocionales, que por lo general interfieren en la actividad social y que aparecen en el periodo de adaptación a un cambio biográfico significativo o un cambio vital estresante.
- c)** Trastorno estrés postraumático, que consiste en un trastorno que surge como respuesta tardía o diferida frente a una situación (breve o duradera) de naturaleza excepcionalmente amenazante o catastrófica, que por sí mismo causaría malestar por lo general a toda persona.

Estos cuadros de afectación emocional, cuya evaluación corresponde al médico especialista, servirán de base al juez para medir el monto de la indemnización, dentro del rango referencial establecido (del 5 al 15% del monto obtenido de la indemnización por daño patrimonial y corporal).

3.3. PROPUESTA DE BAREMO PARA INDEMNIZAR DAÑOS A LA PERSONA

Una vez expuestos los criterios dogmáticos y técnicos para la elaboración del baremo, presentamos la propuesta completa para su aplicación.

TABLA N° 01
BAREMO SEGÚN LA INCAPACIDAD FUNCIONAL PERMANENTE

ÓRGANO	VALOR EN UIT SEGÚN EL PORCENTAJE DE INCAPACIDAD							
	0 - 25 %		26 - 50 %		51 - 75 %		76 - 100 %	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
MUSLO (Más hábil)	0.1	1.5	1.5	3.0	3.0	4.5	4.5	6
PIERNA (Más hábil)	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5
PIE (Más hábil)	0.1	1.0	1.0	2.0	2.0	3.0	3.0	4
MUSLO (Menos hábil)	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5
PIERNA (Menos hábil)	0.1	1.0	1.0	2.0	2.0	3.0	3.0	4
PIE (Menos hábil)	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3
BRAZO (Más hábil)	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5
ANTEBRAZO (Más hábil)	0.1	1.0	1.0	2.0	2.0	3.0	3.0	4
MANO (Más hábil)	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3
BRAZO (Menos hábil)	0.1	1.0	1.0	2.0	2.0	3.0	3.0	4
ANTEBRAZO (Menos hábil)	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3
MANO (Menos hábil)	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2
CRÁNEO (Sistema óseo)	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
CEREBRO	0.1	7.5	7.5	15.0	15.0	22.5	22.5	30
BOCA	0.1	1.5	1.5	3.0	3.0	4.5	4.5	6
NARIZ	0.1	1.5	1.5	3.0	3.0	4.5	4.5	6
SISTEMA OCULAR	0.1	1.8	1.8	3.5	3.5	5.3	5.3	7
SISTEMA AUDITIVO	0.1	1.8	1.8	3.5	3.5	5.3	5.3	7
COLUMNA VERTEBRAL	0.1	5.5	5.5	11.0	11.0	16.5	16.5	22
PELVIS	0.1	5.0	5.0	10.0	10.0	15.0	15.0	20

FARINGE	0.1	1.5	1.5	3.0	3.0	4.5	4.5	6
ESÓFAGO	0.1	1.5	1.5	3.0	3.0	4.5	4.5	6
LARINGE	0.1	1.5	1.5	3.0	3.0	4.5	4.5	6
TRAQUEA	0.1	1.5	1.5	3.0	3.0	4.5	4.5	6
PULMONES	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15
TÓRAX (Sistema óseo)	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
MAMAS MASCULINAS	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3
MAMAS FEMENINAS	0.1	1.8	1.8	3.5	3.5	5.3	5.3	7
ESTÓMAGO	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15
INTESTINO DELGADO	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
INTESTINO GRUESO	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
HÍGADO	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15
PÁNCREAS	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15
BAZO	0.1	1.8	1.8	3.5	3.5	5.3	5.3	7
RIÑONES	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15
VEJIGA	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15
URÉTERES	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
URETRA	0.1	1.8	1.8	3.5	3.5	5.3	5.3	7
PENE	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
TESTÍCULOS	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
VULVA-VAGINA	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
ÚTERO	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
OVARIOS	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10
CORAZÓN	0.1	7.5	7.5	15.0	15.0	22.5	22.5	30
SISTEMA NERVIOSO	0.1	7.5	7.5	15.0	15.0	22.5	22.5	30
TRASTORNOS ENDOCRINOS	0.1	7.5	7.5	15.0	15.0	22.5	22.5	30

TABLA N° 02
SEGÚN LA INCAPACIDAD FUNCIONAL TEMPORAL DE 0 a 30 DÍAS

ÓRGANO	VALOR EN UIT SEGÚN EL PORCENTAJE DE INCAPACIDAD							
	0 - 25 %		26 - 50 %		51 - 75 %		76 - 100 %	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
MUSLO (Más hábil)	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
PIERNA (Más hábil)	0.1	0.2	0.2	0.4	0.4	0.6	0.6	0.8
PIE (Más hábil)	0.1	0.2	0.2	0.3	0.3	0.5	0.5	0.7
MUSLO (Menos hábil)	0.1	0.2	0.2	0.4	0.4	0.6	0.6	0.8
PIERNA (Menos hábil)	0.1	0.2	0.2	0.3	0.3	0.5	0.5	0.7
PIE (Menos hábil)	0.1	0.1	0.1	0.3	0.3	0.4	0.4	0.5
BRAZO (Más hábil)	0.1	0.2	0.2	0.4	0.4	0.6	0.6	0.8
ANTEBRAZO (Más hábil)	0.1	0.2	0.2	0.3	0.3	0.5	0.5	0.7
MANO (Más hábil)	0.1	0.1	0.1	0.3	0.3	0.4	0.4	0.5
BRAZO (Menos hábil)	0.1	0.2	0.2	0.3	0.3	0.5	0.5	0.7
ANTEBRAZO (Menos hábil)	0.1	0.1	0.1	0.3	0.3	0.4	0.4	0.5
MANO (Menos hábil)	0.1	0.1	0.1	0.2	0.2	0.3	0.3	0.3
CRÁNEO (Sistema óseo)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
CEREBRO	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
BOCA	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
NARIZ	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
SISTEMA OCULAR	0.1	0.3	0.3	0.6	0.6	0.9	0.9	1.2
SISTEMA AUDITIVO	0.1	0.3	0.3	0.6	0.6	0.9	0.9	1.2
COLUMNA VERTEBRAL	0.1	0.9	0.9	1.8	1.8	2.8	2.8	3.7
PELVIS	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
FARINGE	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
ESÓFAGO	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
LARINGE	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
TRAQUEA	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0

PULMONES	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
TÓRAX (Sistema óseo)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
MAMAS MASCULINAS	0.1	0.1	0.1	0.3	0.3	0.4	0.4	0.5
MAMAS FEMENINAS	0.1	0.3	0.3	0.6	0.6	0.9	0.9	1.2
ESTÓMAGO	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
INTESTINO DELGADO	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
INTESTINO GRUESO	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
HÍGADO	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
PÁNCREAS	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
BAZO	0.1	0.3	0.3	0.6	0.6	0.9	0.9	1.2
RIÑONES	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
VEJIGA	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
URÉTERES	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
URETRA	0.1	0.3	0.3	0.6	0.6	0.9	0.9	1.2
PENE	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
TESTÍCULOS	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
VULVA-VAGINA	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
ÚTERO	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
OVARIOS	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
CORAZÓN	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
SISTEMA NERVIOSO	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
TRASTORNOS ENDOCRINOS	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0

TABLA N° 03
SEGÚN LA INCAPACIDAD FUNCIONAL TEMPORAL DE 31 a 365 DÍAS

ÓRGANO	VALOR EN UIT SEGÚN EL PORCENTAJE DE INCAPACIDAD							
	0 - 25 %		26 - 50 %		51 - 75 %		76 - 100 %	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
MUSLO (Más hábil)	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
PIERNA (Más hábil)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
PIE (Más hábil)	0.1	0.3	0.3	0.7	0.7	1.0	1.0	1.3
MUSLO (Menos hábil)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
PIERNA (Menos hábil)	0.1	0.3	0.3	0.7	0.7	1.0	1.0	1.3
PIE (Menos hábil)	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
BRAZO (Más hábil)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.3	1.3	1.7
ANTEBRAZO (Más hábil)	0.1	0.3	0.3	0.7	0.7	1.0	1.0	1.3
MANO (Más hábil)	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
BRAZO (Menos hábil)	0.1	0.3	0.3	0.7	0.7	1.0	1.0	1.3
ANTEBRAZO (Menos hábil)	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
MANO (Menos hábil)	0.1	0.2	0.2	0.3	0.3	0.5	0.5	0.7
CRÁNEO (Sistema óseo)	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
CEREBRO	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10.0
BOCA	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
NARIZ	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
SISTEMA OCULAR	0.1	0.6	0.6	1.2	1.2	1.8	1.8	2.3
SISTEMA AUDITIVO	0.1	0.6	0.6	1.2	1.2	1.8	1.8	2.3
COLUMNA VERTEBRAL	0.1	1.8	1.8	3.7	3.7	5.5	5.5	7.3
PELVIS	0.1	1.7	1.7	3.3	3.3	5.0	5.0	6.7
FARINGE	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
ESÓFAGO	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0

LARINGE	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
TRAQUEA	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
PULMONES	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
TÓRAX (Sistema óseo)	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
MAMAS MASCULINAS	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
MAMAS FEMENINAS	0.1	0.6	0.6	1.2	1.2	1.8	1.8	2.3
ESTÓMAGO	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
INTESTINO DELGADO	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
INTESTINO GRUESO	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
HÍGADO	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
PÁNCREAS	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
BAZO	0.1	0.6	0.6	1.2	1.2	1.8	1.8	2.3
RIÑONES	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
VEJIGA	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
URÉTERES	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
URETRA	0.1	0.6	0.6	1.2	1.2	1.8	1.8	2.3
PENE	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
TESTÍCULOS	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
VULVA-VAGINA	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
ÚTERO	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
OVARIOS	0.1	0.8	0.8	1.7	1.7	2.5	2.5	3.3
CORAZÓN	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10.0
SISTEMA NERVIOSO	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10.0
TRASTORNOS ENDOCRINOS	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10.0

TABLA N° 04
SEGÚN LA INCAPACIDAD FUNCIONAL TEMPORAL DE 366 a más DÍAS

ÓRGANO	VALOR EN UIT SEGÚN EL PORCENTAJE DE INCAPACIDAD							
	0 - 25 %		26 - 50 %		51 - 75 %		76 - 100 %	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
MUSLO (Más hábil)	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3.0
PIERNA (Más hábil)	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
PIE (Más hábil)	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
MUSLO (Menos hábil)	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
PIERNA (Menos hábil)	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
PIE (Menos hábil)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.1	1.1	1.5
BRAZO (Más hábil)	0.1	0.6	0.6	1.3	1.3	1.9	1.9	2.5
ANTEBRAZO (Más hábil)	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
MANO (Más hábil)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.1	1.1	1.5
BRAZO (Menos hábil)	0.1	0.5	0.5	1.0	1.0	1.5	1.5	2.0
ANTEBRAZO (Menos hábil)	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.1	1.1	1.5
MANO (Menos hábil)	0.1	0.3	0.3	0.5	0.5	0.8	0.8	1.0
CRÁNEO (Sistema óseo)	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
CEREBRO	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15.0
BOCA	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3.0
NARIZ	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3.0
SISTEMA OCULAR	0.1	0.9	0.9	1.8	1.8	2.6	2.6	3.5
SISTEMA AUDITIVO	0.1	0.9	0.9	1.8	1.8	2.6	2.6	3.5
COLUMNA VERTEBRAL	0.1	2.8	2.8	5.5	5.5	8.3	8.3	11.0
PELVIS	0.1	2.5	2.5	5.0	5.0	7.5	7.5	10.0
FARINGE	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3.0
ESÓFAGO	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3.0
LARINGE	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3.0
TRAQUEA	0.1	0.8	0.8	1.5	1.5	2.3	2.3	3.0

PULMONES	0.1	1.9	1.9	3.8	3.8	5.6	5.6	7.5
TÓRAX (Sistema óseo)	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
MAMAS MASCULINAS	0.1	0.4	0.4	0.8	0.8	1.1	1.1	1.5
MAMAS FEMENINAS	0.1	0.9	0.9	1.8	1.8	2.6	2.6	3.5
ESTÓMAGO	0.1	1.9	1.9	3.8	3.8	5.6	5.6	7.5
INTESTINO DELGADO	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
INTESTINO GRUESO	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
HÍGADO	0.1	1.9	1.9	3.8	3.8	5.6	5.6	7.5
PÁNCREAS	0.1	1.9	1.9	3.8	3.8	5.6	5.6	7.5
BAZO	0.1	0.9	0.9	1.8	1.8	2.6	2.6	3.5
RIÑONES	0.1	1.9	1.9	3.8	3.8	5.6	5.6	7.5
VEJIGA	0.1	1.9	1.9	3.8	3.8	5.6	5.6	7.5
URÉTERES	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
URETRA	0.1	0.9	0.9	1.8	1.8	2.6	2.6	3.5
PENE	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
TESTÍCULOS	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
VULVA-VAGINA	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
ÚTERO	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
OVARIOS	0.1	1.3	1.3	2.5	2.5	3.8	3.8	5.0
CORAZÓN	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15.0
SISTEMA NERVIOSO	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15.0
TRASTORNOS ENDOCRINOS	0.1	3.8	3.8	7.5	7.5	11.3	11.3	15.0

TABLA N° 05

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR FALLECIMIENTO

NIVEL DE RELACIÓN CON EL DIFUNTO	VALOR EN UIT SEGÚN LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL	
	Mínimo	Máximo
NIVEL 1	15.0	30.0
NIVEL 2	11.3	22.5
NIVEL 3	7.5	15.0
NIVEL 4	3.8	7.5

3.4.1. Aplicación del baremo**A. Para el caso de los daños corporales**

El baremo requiere de una serie de ejercicios para su aplicación. En tal sentido, el primer ejercicio a realizar por el juzgador consiste en identificar el intervalo indemnizatorio en el baremo, según la magnitud y temporalidad de la lesión sufrida, datos que encontrará en el informe pericial correspondiente.

Luego, se deberá identificar el punto indemnizatorio concreto según los factores de corrección argumentativa, tales como: (i) la expectativa de recuperación de la persona, o el riesgo a la vida que implique la lesión al bien jurídico; (ii) el grado de dependencia de la víctima para realizar sus actividades básicas (fisiológicas, alimentación, aseo personal, transitabilidad locomotora en superficies llanas o escaleras), (iii) la alteración

anat6mica y est6tica del da1o sufrido por la v6ctima; (iv) las manifestaciones colaterales de dolor f6sico; y, (v) otras que se estimen razonablemente pertinentes a efectos de garantizar una indemnizaci6n equitativa que responda a las necesidades y satisfacci6n de la v6ctima.

De esa forma convergen, de un lado, la facultad reguladora del legislador, manifestada en los par6metros m6nimos y m6ximos que aporta el baremo; y, por otro, la facultad discrecional del juez a trav6s de los factores de correcci6n argumentativa, los cuales no hacen otra cosa que concretizar el principio de igualdad en atenci6n a las acciones afirmativas que surjan seg6n las particularidades de cada caso, aunque siempre limitado por los par6metros del intervalo. De esta forma se garantiza la seguridad jur6dica en tanto predictibilidad de los posibles resultados de las decisiones judiciales.

B. Para el caso del da1o moral por fallecimiento

En el caso del da1o moral por fallecimiento ocurre lo mismo que para la determinaci6n de los da1os corporales, seg6n su baremo respectivo. El primer ejercicio que debe hacer el juzgador es identificar el intervalo indemnizatorio seg6n el nivel de relaci6n con la v6ctima directa, es decir el fallecido.

Hecho este primer ejercicio, el juez determinar6 el monto indemnizatorio concreto, tomando en cuenta los factores de correcci6n argumentativa; a saber: (i) el grado de dependencia respecto de la v6ctima directa; (ii) la edad de la v6ctima directa;

(iii) forma y modo en el que se produjo la muerte de la víctima directa; (iv) grado de afectación psicológica de la víctima indirecta; (v) otras que se estimen razonablemente pertinentes para garantizar una indemnización equitativa que responda a las necesidades y satisfacción de la víctima.

C. Para el caso del daño moral distinto del generado por fallecimiento de la víctima

En cuanto a la funcionalidad o aplicación del método de valoración del daño moral distinto del generado por fallecimiento de la víctima, debe tenerse en cuenta lo expresado en cuanto a los criterios y variables que se utilizaran; de manera que se juzga redundante volver a repetir el procedimiento que se ha de emplear.

CAPÍTULO IV

PROYECTO DE LEY

4.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

4.1.1 Problemática de la indemnización de los daños extrapatrimoniales

Los daños extrapatrimoniales desde siempre han sido vinculados con los daños provocados directamente a la persona, independientemente de su patrimonio.

La doctrina y jurisprudencia ha determinado una tipología extensa. Inicialmente, el daño moral (prototipo de daño extrapatrimonial) se asoció al sufrimiento de la víctima, posteriormente se amplió el concepto al daño a la persona como forma de indemnizar los daños no patrimoniales directamente ocasionados. Luego, bajo la misma noción del concepto de persona y su integridad, se fueron discriminando en daños corporales, psíquicos y morales. Incluso, de un tiempo a esta parte, se incorporó en la jurisprudencia y doctrina nacional el concepto de daño al proyecto de vida, entendido como afectación a las expectativas de desarrollo de la persona en virtud a su libre desenvolvimiento.

Empero, la problemática en torno al daño extrapatrimonial excede a la necesidad de clasificarlos; resulta indudable que, dentro de esta dificultad compleja, un asunto no menor es la inexistencia de parámetros objetivos y uniformes que garanticen indemnizaciones predecibles y proporcionales a la importancia y gravedad de los

daños sufridos por las víctimas, lo que trae consigo inseguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo.

Tradicionalmente, los criterios que han guiado la fijación o cuantificación de los daños a la persona –al igual que para el caso de daños patrimoniales– se han sustentado en los principios de reparación integral y equidad, este último utilizado como recurso cuando no se pudiera determinar el monto exacto del daño.

Así es como para el régimen de la responsabilidad civil contractual, la norma pertinente, establece:

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Por su parte, en el régimen de responsabilidad civil extracontractual, las disposiciones respectivas establecen:

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

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

Artículo 1977.- Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el Juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

En el principio de restitución integral subyace la pretensión de colocar a la víctima en una situación lo más parecida posible a la

que tenía antes de producirse el daño; lo que si bien es viable en gran medida en el caso de daños patrimoniales, no sucede lo mismo cuando se trata del daño a la persona, pues –en los más de los casos– es imposible restituir la situación anterior de un individuo que –por ejemplo– ha sufrido un grave daño corporal permanente (*v.gr.*, la amputación de una extremidad de su cuerpo, cuadriplejía, etc.), el cual incluso va a acarrear consecuencias psíquicas (daño psicopatológico) o morales (daño moral), las cuales acentúan la imposibilidad de devolver a la víctima a un estado anterior al daño sufrido y, más bien, la indemnización adquiere un cariz más paliativo que restitutivo, imposibilitando una cuantificación real del daño ocasionado.

Frente a esta imposibilidad material o fáctica se recurre al principio de equidad, por el cual la responsabilidad civil se sustenta en las circunstancias especiales del caso, la gravedad del ilícito, la intensidad del daño (padecimiento corporal, anímico, psicológico, afectivo, etc.), sensibilidad de la persona para soportar las consecuencias del daño, el grado de parentesco del reclamante con la víctima, las consecuencias económicas del daño (lucro cesante y daño emergente), entre otros. Todos estos criterios – eminentemente– subjetivos y discrecionales, y en algunos casos prohibidos por el derecho, si bien encuentran un fuerte sustento en la perspectiva de que cada caso es distinto y diferente, sin embargo, carecen de base objetiva para llevar a cabo la medición adecuada de la indemnización.

Esta situación ha generado problemas de falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, inseguridad en la aplicación del derecho objetivo, afectación de principios fundamentales, como la dignidad de la persona humana, igualdad, proporcionalidad, entre otros de igual importancia, por lo que ha sido necesario llamar la atención del legislador, a fin de implementar herramientas auxiliares – necesarias – en la valoración y/o cuantificación del daño a la persona.

4.1.2 Beneficios de un baremo como pauta objetiva

La herramienta auxiliar de valoración y cuantificación del daño a la persona es el sistema tabular o de baremación, que no es otro que la aplicación de una tabla con criterios específicos al momento de fijar la cuantía indemnizatoria en casos de daños extrapatrimoniales, de tal forma que se reduzca el grado de discrecionalidad y el criterio subjetivo del juzgador al momento de su determinación.

Con el método de baremación se pretende crear una tabla con valores económicos determinados para indemnizar los daños personales, como el daño corporal o el daño moral por fallecimiento de una persona cercana.

El sistema tabular parte de un supuesto de igualdad absoluta en la cuantificación de la indemnización por daño a la persona, la cual se sustenta en el grado o magnitud del menoscabo a los derechos e intereses protegidos (aplicable a toda persona),

independientemente de su capacidad económica o reidual, edad, sexo u otro motivo de diferenciación prohibido por ley. En este sentido, respecto de un daño corporal medido en función del grado de incapacidad ocasionado a la víctima, se establece un rango con límites o topes (mínimos y máximos), dentro del cual –por otra parte– el juez podrá ponderar circunstancias concretas del caso (principio de equidad), para llegar a un monto indemnizatorio que responda a la magnitud del daño sufrido por la víctima.

De esta forma, si bien no se prescindirá del principio de equidad y discrecionalidad para apreciar la magnitud de los daños sufridos por las víctimas, sin embargo, se limitará el alto y/o excesivo margen de discrecionalidad que ha generado inseguridad jurídica, falta de predictibilidad de las decisiones judiciales y afectación a principios como la igualdad ante la ley, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.

Estas ventajas hacen factible y necesaria la legislación de un baremo que establezca parámetros para indemnizar los daños a la persona.

4.2 EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA PROPUESTA

La presente iniciativa legislativa contempla la modificación de los artículos 1322 y 1984 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295). Asimismo, el proyecto de ley en cuestión plantea complementar la aplicación de los referidos artículos a través de normas de desarrollo.

4.3 ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable, pues sin necesidad de irrogar costo alguno al erario nacional, se fortalecerá la función de la administración de justicia con respeto de los principios y valores constitucionales que le dan soporte axiológico, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1 y 2 inciso 1) de la Constitución Política, que ubica a la persona humana como fin supremo de la sociedad. A la vez, se propende el pleno respeto de su dignidad, así como el deber del Estado de proteger su vida e integridad psicofísica, moral, libre desarrollo, bajo los mecanismos de tutela que el ordenamiento legal prevé.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

Entre las experiencias similares a las que se plantea, aunque bajo criterios de cuantificación distinta, tenemos (en España) al caso de la Ley 30/1995 del 09 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que en anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (introducido por la Disposición Adicional Octava de la primeramente citada ley), establece baremos para la reparación de los daños corporales causados con motivo de la circulación de vehículos a motor, con carácter vinculante para el juzgador.

Más allá de la similitud que implica la adopción de una tabla de valores para la cuantificación de daños a la persona, en el caso de España el sistema tabular se limita a la indemnización de daños provenientes de la circulación vial, en el caso nuestro –por el contrario– la norma tiene una

vocación de generalidad. Empero, también, se aprecia diferencias sustanciales en cuanto se refiere a los criterios de valoración del daño a la persona, pues mientras el empleado en la legislación española parte de un criterio reidual (el monto de la indemnización depende de la pérdida económica sufrida por la víctima y los gastos médicos de recuperación), en el caso nuestro, se prescinde de este parámetro, por considerarlo atentatorio de los derechos a la igualdad y dignidad de la persona humana. Además, se precisa que las indemnizaciones por daño a la persona, resulta independiente de la indemnización por daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), que le pudiera corresponder a la víctima.

4.5 FÓRMULA LEGAL

LEY QUE IMPLEMENTA EL BAREMO INDEMNIZATORIO PARA LOS CASOS DE DAÑOS A LA PERSONA

Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto establecer el marco legal para garantizar la correcta fijación judicial de indemnizaciones por daños a la persona.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

La presente ley se aplica en los ámbitos de responsabilidad civil contractual y extracontractual; y, en lo que corresponda, a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito punible, procesado por la justicia penal, así como en cualquier otro donde se

apliquen supletoriamente las reglas de la responsabilidad civil contenidas en el Código Civil.

Artículo 3.- Definiciones

- 3.1 Daño a la persona:** Es el daño sufrido por la persona humana en alguno de sus intereses y/o derechos subjetivos protegidos; entendida como un todo integral; es decir, en sus dimensiones física, psíquica y/o moral.
- 3.2 Daño corporal:** Es el daño sufrido por la persona humana en su integridad física. Se traduce en una afectación a la salud.
- 3.3 Daño moral:** Es el daño sufrido por la persona humana que le produce aflicción o sufrimiento psíquico. Se traduce en una afectación a la salud.
- 3.4 Daño moral por fallecimiento:** Es el daño a la persona sufrido por los familiares u otros deudos de una víctima directa, a causa de su fallecimiento. Se traduce en afectación a la salud.

Artículo 4.- Principios que rigen la fijación de la indemnizatoria

- 4.1 Principio de dignidad humana:** La asignación de una indemnización por daño a la persona supone una compensación por el daño sufrido por la víctima en sus derechos e intereses subjetivos protegidos, independientemente de cualquier criterio reidual o basado en motivos prohibidos como la edad, el sexo, la orientación religiosa, política, etc.
- 4.2 Principio de igualdad:** La asignación de una indemnización por daño a la persona supone que todo daño de la misma naturaleza y

magnitud sea indemnizado en la misma proporción. Empero, supone también que se preste atención a las circunstancias particulares de cada víctima, la gravedad del ilícito, el grado de incapacidad sufrido por la víctima, entre otros criterios no reductivos.

4.3 Principio de proporcionalidad: La indemnización del daño a la persona deberá guardar correspondencia con la magnitud e importancia de la afectación de los bienes e intereses, de carácter personalísimo, sufridos por la víctima.

4.4 Principio de reparación integral: La indemnización por daño a la persona supone la compensación del daño, tanto respecto de la lesión al derecho como las consecuencias que deriven de él.

Artículo 5.- Indemnización del daño corporal

Los daños corporales se traducen en un menoscabo a la capacidad fisiológica de la persona, así como en la alteración de la normalidad física de la persona. Son indemnizados de la siguiente manera:

5.1 Los daños corporales permanentes tienen como característica principal la irreversibilidad de la lesión causada al órgano dañado. Se indemnizarán conforme al baremo contemplado en el Anexo N° 1 de la presente ley.

5.2 Los daños corporales temporales tienen como característica principal la reversibilidad de la lesión causada al órgano dañado. Se indemnizarán conforme a los baremos contemplados en los Anexos N° 2, 3 y 4 de la presente ley.

- 5.3** La prueba para la determinación del tipo de daño corporal recae en el certificado médico emitido por el profesional competente, en el que se registra la magnitud del daño expresado en porcentaje de funcionalidad del órgano dañado, así como el tiempo requerido para su recuperación o, en su defecto, el carácter irreversible del daño.

Artículo 6.- Método de aplicación del baremo del daño corporal

El baremo de indemnizaciones del daño corporal se aplicará de acuerdo a los siguientes pasos:

- 6.1** Se identificará el intervalo indemnizatorio comparando el resultado del certificado médico con las variables del baremo.
- 6.2** Una vez identificado el intervalo indemnizatorio se procederá a determinar la cuantía concreta a indemnizar, atendiendo a criterios de razonabilidad y evaluando las siguientes circunstancias según el caso concreto:
- a)** La expectativa de recuperación de la persona.
 - b)** El riesgo a la vida que implique la lesión.
 - c)** El grado de dependencia de la víctima para realizar sus actividades básicas fisiológicas, de alimentación, de aseo personal, de transitabilidad locomotora en superficies llanas o escaleras.
 - d)** La alteración anatómica y estética del órgano a causa del daño sufrido por la víctima.
 - e)** Las manifestaciones colaterales de dolor físico.

- f) Otras que se estimen razonablemente pertinentes, para garantizar una indemnización equitativa que responda a las necesidades y satisfacción de la víctima.

6.3 La carga de la prueba de las circunstancias descritas en el numeral anterior recaen en la víctima.

Artículo 7.- Indemnización del daño moral por fallecimiento

El daño moral por fallecimiento está dado por la aflicción causada a la realidad psíquica-moral de la persona, a causa del fallecimiento de una persona con quien la une un vínculo afectivo, según el grado de vinculación. Para tales efectos se establecen los siguientes niveles de vinculación, los cuales serán indemnizados según los intervalos propuestos en el baremo contemplado como Anexo N° 5 de la presente ley:

Nivel 1: Está compuesto por las relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales o del primer grado de consanguinidad, también se encuentran comprendidas las relaciones convivenciales, conforme lo regula el ordenamiento civil.

Nivel 2: Está compuesto por los parientes del segundo grado de consanguinidad.

Nivel 3: Está conformado por parientes del tercer y cuarto grado de consanguinidad.

Nivel 4: Está compuesto por otros parientes en cualquier grado de consanguinidad o afinidad, así como por las relaciones afectivas no familiares con terceros.

Artículo 8.- Método de aplicación del baremo del daño moral por fallecimiento

El baremo de indemnizaciones del daño moral por fallecimiento se aplicará de acuerdo a los siguientes pasos:

- 8.1** Se identificará el intervalo indemnizatorio según el nivel de relación con la víctima directa, es decir el fallecido
- 8.2** Una vez identificado el intervalo indemnizatorio se procederá a determinar la cuantía concreta a indemnizar, atendiendo a criterios de razonabilidad y evaluando las siguientes circunstancias según el caso concreto:
 - a)** El grado de dependencia respecto de la víctima directa.
 - b)** La edad de la víctima directa.
 - c)** Forma y modo en el que se produjo la muerte de la víctima directa.
 - d)** Grado de afectación psicológica en la víctima.
 - e)** Otras que se estimen razonablemente pertinentes a efectos de garantizar una indemnización equitativa que responda a las necesidades y satisfacción de la víctima
- 8.3** Para el caso de las personas ubicadas en el primer y segundo nivel, el daño moral se presumirá sin admitirse prueba en contrario. Para

las personas ubicadas en los siguientes niveles, les corresponde la carga de la prueba sobre la acreditación del daño.

- 8.4** Para todos los casos la carga de la prueba de las circunstancias descritas en el numeral 8.2 recaen en la víctima.

Artículo 9.- Indemnización del daño moral

El daño moral está dado por toda aflicción o sufrimiento psíquico-moral producido a la persona como consecuencia de un evento dañoso.

Artículo 10.- método de indemnización del daño moral

10.1 El daño moral será indemnizado entre el 5% al 15% del monto indemnizatorio total compuesto por los daños corporales y los daños patrimoniales.

10.2 La cuantía concreta será fijada atendiendo a criterios de razonabilidad y evaluando las siguientes circunstancias, según el caso concreto:

- a)** Si se trató de un delito, la gravedad y grado de participación del causante, las circunstancias de la muerte.
- b)** La edad del reclamante o pretensor de la indemnización.
- c)** El nivel intelectual y moral de la víctima, en caso de ofensas al honor.
- d)** Otras circunstancias de la misma naturaleza que las anotadas.

10.3 La carga de la prueba de las circunstancias descritas en el numeral anterior recae en la víctima.

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS

PRIMERA. – Modifíquese el artículo 1322 del Código Civil, cuyo texto normativo será el siguiente:

Artículo 1322.- El daño a la persona y daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, el cálculo de la indemnización se sujetará al principio de equidad y a los criterios contenidos en la Ley “(...)”

SEGUNDA. – Modifíquese el artículo 1984 del Código Civil, cuyo texto normativo será el siguiente:

Artículo 1984.- El daño a la persona y daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, el cálculo de la indemnización se sujetará al principio de equidad y a los criterios contenidos en la Ley “(...)”

CONCLUSIONES

Al cabo del trabajo de investigación y sobre la base de los resultados obtenidos en el capítulo III (contrastación de hipótesis), se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El derecho positivo, en cuanto se refiere a las reglas sobre valoración y liquidación del daño a la persona, presenta problemas de indeterminación, pues el principio de equidad, al cual la norma ordena recurrir para fijar la indemnización requiere de normas de concreción o desarrollo, que hagan viable su aplicación óptima y eficiente.
2. La implementación de un sistema tabular o baremo de valoración de daños a la persona (daño corporal y daño moral) tiene la virtualidad de salvar el problema de indeterminación del sistema normativo, cuyos efectos inmediatos serán la optimización de los principios dignidad humana, igualdad ante la ley, proporcionalidad, seguridad jurídica en la aplicación del derecho objetivo, predictibilidad de las decisiones y control de la motivación de las resoluciones judiciales.
3. El baremo de indemnizaciones para daños a la persona parte de un criterio de igualdad de trato absoluta para las personas afectadas, al ubicar la posible indemnización dentro de rangos o intervalos indemnizatorios referenciales, establecidos en función de un valor referencial (UIT), con topes máximos y mínimos, para luego individualizar la indemnización en un monto concreto, bajo la argumentación de circunstancias particulares del caso.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que surgen de este trabajo de investigación, se sintetizan en las siguientes:

1. El legislador (Poder Legislativo) debe asumir el compromiso de mejorar la legislación civil en materia de indemnización de daños a la persona, sobre la base de que el problema de desorden, falta de uniformidad, inseguridad jurídica y sensación de injusticia, generado al momento de fijarse indemnizaciones por daños extrapatrimoniales (a la persona), no es de responsabilidad exclusiva del Poder Judicial (jueces) sino que involucra a todo el sistema, ya que la judicatura carece de las herramientas legales idóneas para ordenar indemnizaciones adecuadas y jurídicamente correctas.
2. El legislador y la judicatura (Poder Judicial) deben prestar atención a la necesidad de adecuarse a un nuevo sistema normativo de valoración de daños a la persona, respetuoso de la dignidad humana y al margen de cualquier criterio reductivo y/o prohibido por ley (edad, sexo, estilo de vida, ingresos económicos, etc.)
3. El legislador debe poner en agenda la evaluación del sistema tabular de valoración de daños a la persona, que se propone. Evidentemente, es posible que el debate en cuanto a montos y porcentajes indemnizatorios, así como a los criterios médicos que sustenten las tablas, pueden requerir y hasta exigir un mayor análisis por parte de los entes públicos y privados involucrados en la problemática. Empero, la posibilidad de implementar este sistema no carece de bases filosóficas, lógicas, teóricas, dentro de la dogmática del derecho.

LISTA DE REFERENCIAS

- Acciarri, H. (2013). El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general. En AA.VV., *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 421-451). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aguiló Regla, J. (2018). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras. (I. L. Vidal, Ed.) *Interpretación jurídica y teoría del derecho*(1), 13-35.
- Alessandri Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago: Imprenta Universal.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil* (Primera ed.). (L. León, Trad.) Lima: Jurista Editores.
- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil*. (C. Moreno More, Trad.) Lima: Legales.
- Álvarez Pérez, A. (2015). Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. En AA.VV., *Daño extrapatrimonial, daño moral y daño a la persona* (págs. 143-165). Lima: Jurivec.
- Andoro, L. (2006). Daño (e injusticia del daño). En AA.VV., *Responsabilidad civil de derecho de daños*, 215-249.
- Anzoátegui, I. (2013). Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 281-321). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Ariano Deho, E. (2013). La constitución comentada: análisis artículo por artículo. En AA.VV., *La constitución comentada* (Segunda ed., Vol. III, págs. 76-83). Lima: Gaceta jurídica.
- Bianca, C.M. (1997). Supervivencia de la teoría de la culpa. En A.J. bueres y A. Kemerlmajer de Carlucci (coord), *Responsabilidad por daños en el tercere milenio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Brun, F. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual* (Primera ed.). (C. y. Tellez Gutiérrez, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.
- Bullard Gonzáles, A. (2015). Contenido de la indemnización. En AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (págs. 295-305). Lima: Instituto Pacífico.
- Calabresi, G. (2005). Acerca de la causa y el derecho de la responsabilidad extracontractual. Un ensayo en honor de Harry Kalven, Jr. En AA.VV., *La responsabilidad extracontractual* (págs. 149-169). Barcelona: Gedisa.
- Calabresi, G. (2005). El costo de los accidentes. En C. Rosenkrantz (Ed.), *La responsabilidad extracontractual* (C. Rosenkrantz, Trad., págs. 85-103). Barcelona: Gedisa.
- Calabresi, G. (2005). La causa en la teoría de la responsabilidad civil. En AA.VV., *La responsabilidad civil extracontractual* (págs. 147-169). Barcelona: Gedisa.
- Calabresi, G., Hirschhoff, J. (2005). Hacia un test de la responsabilidad objetiva en el derecho de la responsabilidad extracontractual. En AA.VV, *La responsabilidad extracontractual* (C. Rosenkrantz, Trad., Primera ed., págs. 211-232). Barcelona: Gedisa.

Calvo Costa, C. (1997). *La prevención y el actual derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons.

Calvo Costa, C. (2003). *Algunas cuestiones problemáticas del resarcimiento del daño a la persona (Tesis para optar el grado de maestro)*. Obtenido de <http://www.acaderc.org.ar>

Campos Zamora, F. (2010). *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. Recuperado el 22 de Octubre de 2019, de <https://revistas.ucr.ac.cr>article>

Cea Egaña, J. (2004). La seguridad jurídica como derecho fundamental. *En AA.VV., Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte - Sede Coquimbo*(11), 47-70.

Chiassoni, P. (2013). *El análisis económico del derecho* (Primera ed.). (F. Morales Luna, Trad.) Lima: Palestra editores.

Coleman, J. (2005). Concepción mixta de la justicia correctiva. *En AA.VV., La responsabilidad extracontractual* (págs. 71-84). Barcelona: Gedisa.

Coleman, J. (2013). *Daños, derechos y responsabilidad extracontractual*. (S. Ortega, Ed., & S. Ortega, Trad.) Lima, Perú: Jurista editores.

Corte Suprema de Justicia de la República (2011) (Tercer Pleno Casatorio Civil). Casación N° 4664-2010-Puno.

Corte Suprema de Justicia de la República (2016) (V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional).

Cristie, G. C. (2013). La intersección de la responsabilidad extracontractual y el derecho constitucional y los derechos humanos. *En C. Bernal Pulido, &*

- J. Fabra Zamora (Edits.), AA.VV. *La filosofía de la responsabilidad civil* (Primera ed., págs. 591-608). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- De Ángel Yagüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- De Trazegnies Granda, F. (2015). Estudio preliminar de la responsabilidad extracontractual. En AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (Primera ed., Vol. II, págs. 29-54). Lima: Instituto Pacífico.
- De Trazegnies Granda, F. (2015). *Responsabilidad por riesgo* (Primera ed., Vol. II). Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- De Trazegnies Granda, F. (2015). Responsabilidad por riesgo. En AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (Primera ed., Vol. II, págs. 71-86). Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- De Trazegnies, F. (1990). *La responsabilidad extracontractual* (Cuarta ed., Vol. I). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De Trazegnies, F. (1990). *La Responsabilidad Extracontractual* (Cuarta ed., Vol. II). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- De Trazegnies, F. (2012). La teoría jurídica del accidente. En AA.VV., *Instituciones de derecho privado*(4), 425-449.
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas.

- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (Segunda ed.). (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel.
- Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *En AA.VV., Ius et veritas*, 63-72.
- Espinoza Espinoza, J. (2015). Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano. *En AA.VV., Daño extrapatrimonial, daño moral y daño a la persona* (págs. 223-257). Lima: Jurivec.
- Espinoza Espinoza, J. (2006). *Derecho de la responsabilidad civil* (Cuarta ed.). Lima: Gaceta jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2008). *Derecho de las personas* (Quinta ed.). Lima: Rhodas.
- Fabra Zamora, J. (2013). Estudio introductorio: Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. *En C. B. Zamora (Ed.), AA.VV., La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 21-117). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández Flecha, A. y. (12 de Enero de 2016). *Guía de investigación en derecho de la PUCP*. Recuperado el 05 de Agosto de 2019, de [cdn02.pucp.edu.pe/educación/guideinvestigaciónenderecho:](http://cdn02.pucp.edu.pe/educación/guideinvestigaciónenderecho)
<http://www.pucp.edu.pe/investigación/dg@pucp.edu.pe>
- Fernández Sessarego, C. (1985). El daño a la persona en el Código Civil de 1984. *En AA.VV., Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco.

- Fernández Sessarego, C. (Noviembre de 2002). *Apuntes sobre el daño a la persona*. Recuperado el 11 de Agosto de 2019, de [dike.pucp.edu.pe>ba_fs_4](http://dike.pucp.edu.pe/ba_fs_4).
- Fernández Sessarego, C. (2013). Defensa de la persona humana. En AA.VV. *La constitución comentada* (Segunda ed., Vol. I, págs. 43-47). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (2015). El daño moral. En AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (Primera ed., Vol. II, págs. 245-294). Lima: Instituto Pacífico S.A.
- Figueroa Gutarra, E. (2014). *El derecho a la debida motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones y administrativas*. Lima: Gaceta jurídica.
- Galgano, F. (2105). Daño no patrimonial en Italia y en Europa. En AA.VV., *Daño extrapatrimonial, daño moral y daño a la persona* (págs. 19-33). Lima: Jurivec.
- García Amado, J. (2019). *Razonamiento jurídico y argumentación* (Segunda ed.). Puno, Perú: Zela.
- García Morillo, J. (1991). *La cláusula general de igualdad*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García Toma, V. (2013). *Derechos fundamentales* (Segunda ed.). Arequipa: Adrus.
- Guastini, R. (2016). *Lecciones de derecho constitucional* (Primera ed.). (C. E. More, Trad.) Lima, Perú: Ediciones legales.

- Guastini, R. (2019). *A propósito del neoconstitucionalismo*. Recuperado el 31 de Agosto de 2019, de <http://academia.edu>>A_prop
- Gutiérrez Camacho, W. y Sosa Sacio, J. (2013). Dignidad de la persona. En AA.VV., *La constitución comentada* (Segunda ed., Vol. I, págs. 25-42). Lima: Gaceta jurídica.
- Jiménez Cano, R. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Kant, E. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (M. G. Morente, Trad.) San Juan, Puerto Rico: Edición de Pedro M. Rosario Barboza.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y. (1964). *Factores objetivos de atribución*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Koteich Khatib, M. (2012). La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. daño existencial. En AA.VV., *Observatorio de derecho civil: la responsabilidad civil*, 13, 115-129.
- León, L. (2007). *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores.
- Lifante Vidal, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. En AA.VV., *Doxa*(36), 85-105.
- Lorenzetti, R. (2012). La responsabilidad civil. En AA.VV., *Instituciones de derecho privado*(4), 453-492.

- Manzanares Campos, M. (2008). *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual* (Primera ed.). Lima: Grijley.
- Marini, G. (2012). Nuevas y antiguas lecturas del daño a la persona. (M. S.R.L., Ed.) *Observatorio de derecho civil: la responsabilidad civil*(13), 87-103.
- Mariño López. (2015). La entidad mínima para la indemnización del daño moral en la jurisprudencia uruguaya. En AA.VV., *Daño extrapatrimonial, daño moral y daño a la persona* (págs. 393-414). Lima: Jurivec.
- Max Möller, D. (Julio de 2007). *Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho (tesina programa doctoral)*. Recuperado el 31 de Agosto de 2019, de <http://hdl.handle.net/10259.1/99>
- Mendoza Escalante, M. (2005). La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Pensamiento Constitucional*(11), 219-271.
- Moreno Fernández, L. (3 y 4 de Mayo de 2001). *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*. Recuperado el 24 de Junio de 2019, de <http://udg.edu/cordoba/com/Moreno2.htm>
- Mosset Iturraspe, J. (1980). *Estudios sobre responsabilidad por daños*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. (2015). Daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez. En AA.VV., *Daño extrapatrimonial, daño moral y daño a la persona* (págs. 89-141). Lima: Jurivec.

Naveira Zarra, M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual (Tesis post grado)*. Recuperado el 12 de Agosto de 2019, de <https://ruc.edc.es/dspace/handle>

Nicolás Martín, J. (2016). *Técnicas de argumentación según Chaïm Perelman*. Recuperado el 23 de Octubre de 2019, de biblioteca.unirioja.es: <https://biblioteca.unirioja.es>

Papayannis, D. M. (31 de Octubre de 2012). *Isonomia - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Recuperado el 4 de Agosto de 2019, de <http://www.isonomia.itam.mx>>view

Peces-Barba Martínez, G. (2004). *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho* (Segunda ed.). Madrid: Dykinson.

Poggi, F. (2017). *La teoría general del derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico*. Recuperado el 2019 de Noviembre de 02, de revistas.pucp.edu.pe>article>view: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/189>
80

Priest, G. (2005). La inversión de la responsabilidad de la empresa. Una historia crítica de los fundamentos intelectuales del derecho moderno de la responsabilidad extracontractual. En AA.VV., *La responsabilidad extracontractual* (págs. 191-209). Barcelona: Gedisa.

Priest, G. (2005). La reforma del régimen de daños punitivos: el caso Alabama. En AA.VV., *La responsabilidad extracontractual* (págs. 301-311). Barcelona: Gedisa.

- Prieto Sanchís, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista española de derecho constitucional*(71), 47-72.
- Puig Brutau, J. (1998). *Fundamentos de derecho civil* (Vol. II). Madrid: Bosch.
- Rodenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Rosenkrantz, C. (2005). La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran. En C. Rosenkrantz, AA.VV., *La responsabilidad extracontractual* (págs. 9-53). Barcelona: Gedisa.
- Sagües, N. (2006). Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación. *Instituciones de Derecho Privado*(4), 521-524.
- Sagües, N. (1997). Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica. En AA.VV., *Pensamiento constitucional*(4), 217-232.
- Schuck, P. H. (2005). Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales. En *La responsabilidad extracontractual* (págs. 172-199). Barcelona: Gedisa.
- Seifert, J. (2002). Dignidad Humana: Dimensiones y fuentes en la persona Humana. *Actas del III Simposio Internacional de fe cristiana y cultura contemporánea: "Idea cristiana del hombre"*, 17-37.
- Suárez, P. (2013). Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual. En C. B. Zamora (Ed.), AA.VV., *La filosofía de la responsabilidad civil* (Primera ed., págs. 155-172). Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Taboada Córdova, L. (2000). *Responsabilidad civil extracontractual*. Lima: AMAG.

Tamayo Jaramillo, J. (2013). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogota: Legis.

Tamayo Jaramillo, J. (2015). Los perjuicios extrapatrimoniales. En AA.VV., *Daño extrapatrimonial, daño moral y daño a la persona* (págs. 167-222). Lima: Jurivec.

Tribunal Constitucional. (2002). *STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 01797-2002-HD/TC*.

Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 02209-2002-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2004). *STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 00001-2005-PI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 05312-2009-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC Exp. N° 06712-2005-HC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2006). *STC Exp. N° 00004-2006-PI/TC*.

Tribunal Constitucional. (2006). *STC Exp. N° 04637-2006-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2006). *STC Exp. N° 06730-2006-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 06057-2007-PHC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 10087-2005-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2007). *STC Exp. N° 1776-2004-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2008). *STC Exp. N° 00728-2008-PH/TC*.

Tribunal Constitucional. (2008). *STC Exp. N° 1970-2008-PA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2010). *STC Exp. N° 00002-2010-CC/TC*.

Tribunal Constitucional. (2011). *STC Exp. N° 02756-2011-PA/TC*.

Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas* (Primera ed.).

Lima: Gaceta jurídica.

Vergara, L. (2011). La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la legislación argentina. *En AA.VV., Revista de derecho de daños*.

Vettori, G. (2012). Daño no patrimonial y derechos inviolables. *En AA.VV.,*

Observatorio de Derecho Civil: responsabilidad civil(13), 55-65.

Villabela Armengol, C. (2015). *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM; www.juridicas.unam.mx*.

Recuperado el 05 de Agosto de 2019, de <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>

Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

Waluchow, W. (2007). *Positivism jurídico incluyente*. (M. S. Tesone, Trad.)

Madrid: Marcial Pons.

Weinrib, E. J. (2013). Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva.

En AA.VV., La filosofía de la responsabilidad civil (págs. 325-334).

Bogota: Universidad Externado de Colombia.

ANEXOS

SISTEMATIZACIÓN DE MATERIAL JURISPRUDENCIAL

CUADRO N° 01

INDEMNIZACIONES POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (MUERTE)			
N° EXPEDIENTE	ÓRGANO JURISDICCIONAL	MATERIA	INDEMNIZACIÓN EN SOLES
R.N. N° 1366-99-Amazonas	Sala Penal de Corte Suprema de Justicia de la República	Delito de parricidio en grado de tentativa	10 000.00
R.N. N° 2027-2010-Cusco	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Delito de homicidio calificado en grado de tentativa	3 000.00
Expediente 458-98	Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima	Delito de homicidio (mujer adulta)	20 000.00
R.N. N° 844-2009-Junin	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Delito de homicidio culposo (niña de dos años de edad, fallecida por error en la aplicación de medicamentos por parte de la enfermera en el hospital)	30 000.00
Casación N° 1032-2004-LIMA	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Indemnización por daños y perjuicios (adulto fallecido en un accidente de tránsito)	20 000.00
R.N. N° 3651-2006-Lima	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Delito de parricidio (mujer adulta)	30 000.00
Expediente N° 607-2011-0-1411-JR—CI-01	Corte Superior de Justicia de Ica – Pisco (Corte Superior de Justicia de Ica)	Indemnización por daños y perjuicios (muerte de un joven de 20 años de edad a causa de un accidente)	250 000.00
Expediente N° 18707-2011.	Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima (Corte Superior de Justicia de Lima)	Delito de homicidio simple (muerte en accidente de tránsito)	150 000.00
Expediente 2411-2012 (Caso Utopía)	Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Corte Superior de Justicia de Lima)	Homicidio por omisión (mueren varios jóvenes al interior de una discoteca que se incendió)	40 000.00 ¹⁰¹
R.N. N° 1192-2012-Lima	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Homicidio calificado por lucro (víctima mujer adulta)	250 000.00
Casación 997-2017-Arequipa	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Homicidio e intento de violación (menor de edad de 17 años, a quien su agresor la mató al intentar violarla)	45 000.00

¹⁰¹ Monto indemnizatorio a pagarse a favor de cada víctima (familiares cercanos).

Casación 3256-2015-Apurímac	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Indemnización por daños y perjuicios (menor de edad de seis años, murió en un accidente de tránsito)	120 000.00
Casación N° 1537-2017-El Santa	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Homicidio calificado (víctima hombre adulto)	10 000.00
Expediente 8132-2014 (Caso Utopía)	Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima (Corte Superior de Justicia de Lima)	Homicidio culposo por omisión impropia (varios jóvenes mueren en el interior de una discoteca que se incendió)	70 000.00
R.N. N° 1212-2016-Huancavelica	Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Lesiones graves seguidas de muerte (a causa de agresión física)	20 000.00
R.N. N° 2174-2017-Lima	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Homicidio por omisión impropia (niño muere por descuido de sus padres)	15 000.00

CUADRO N° 02

INDEMNIZACIONES POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (MORAL Y A LA PERSONA – POR LESIONES)			
N° DE EXPEDIENTE	ORGANO JURISDICCIONAL	MATERIA	INDEMNIZACIÓN EN SOLES
R.N. N° 889-2004-Huánuco	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Delito de lesiones graves (daño a la persona - pérdida del pabellón auricular por agresión)	5 000.00
Casación N° 263-2017-Ancash	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Delito de lesiones culposas graves (daño a la persona - menor de 15 años perdió los dedos de una mano por detonación de los explosivos o juegos artificiales, por inobservancia del deber de cuidado de la comuna),	10 000.00
Casación 1740-2014-Lima	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Indemnización por daños y perjuicios (daño a la persona - rotura del talón de Aquiles por accidente sufrido al interior de un casino, por falta de señalización)	50 000.00
Expediente 2034-2010-0-0901-JR-CI-04	Segunda Sala Civil (Corte Superior de Justicia de Lima Norte)	Indemnización por daños y perjuicios (daño a la persona - mala praxis médica en parto, dejó cuadripléjico a recién nacido cuadripléjico)	180 000.00
R.N. N° 1208-2011-Lima	Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Delito de lesiones culposas graves (daño a la persona - traumatismo)	350 000.00

		encéfalo craneano con resultado estado de coma, a causa de un accidente de tránsito)	
Expediente N° 1221-2008-0-0904-JP-CI-02	Segundo Juzgado de Paz Letrado de Condevilla (Corte Superior de Justicia de Lima Norte)	Indemnización por daños y perjuicios (daño a la persona y daño moral - traumatismo encéfalo craneano grave, con signos craneotomía frontal izquierda y ausencia de placa ósea, en accidente de tránsito)	Daño moral 5 000.00 Daño a la persona 50 000.00
Expediente N° 584-2014-0-0601-JR-CI-02	Segunda Sala Civil de Cajamarca (Corte Superior de Justicia de Cajamarca)	Indemnización por daños y perjuicios (daño a la persona - monoparesia del miembro izquierdo asociado a problema cerebrovascular hemorrágico, que impide movilizarse con normalidad, causado por disparo de arma de fuego)	25 000.00
Expediente N° 1811-2007-0-0601-JR-CI-01	Primera Sala Especializada Civil de Cajamarca (Corte Superior de Justicia de Cajamarca)	Indemnización por daños y perjuicios (daño moral - traumatismo maxilofacial seguido de fractura mandibular, sufrido por menor de catorce años, pero que ha logrado recuperarse con tratamiento médico)	25 000.00
Casación 458-2005-Lima	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Indemnización por daños y perjuicios (mala praxis médica puso en riesgo la vida de la víctima, aunque se recuperó luego del tratamiento respectivo)	10 000.00

CUADRO N° 03

INDEMNIZACIONES POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (CONTRAVENCIONES – MENORES)			
N° DE EXPEDIENTE	ORGANO JURISDICCIONAL	MATERIA	INDEMNIZACIÓN EN SOLES
Expediente 147-2012-0-1001-JR-FT-03	Tercer Juzgado de Familia de Cusco (Corte Superior de Justicia de Cusco)	Actos de hostigamiento, violencia, intimidación de un menor, a causa de que sus compañeros le quitaban el refrigerio, lo golpeaban, insultaban, etc.	10 000.00
Expediente N° 176-2011-0-0601-JR-FT-01	Primera Sala Especializada Civil de Cajamarca (Corte Superior de Justicia de Cajamarca)	Trastorno mixto ansioso depresivo con síntomas de ansiedad y depresión, sufrido por un menor escolar a causa de los maltratos de su	360.00

		profesora, quien le decía que iba a denunciar a sus padres y mandarlos a la cárcel, que sus padres son plácidos, ignorantes, no saben escribir y no están a su altura	
Expediente N° 70-2015-0-0601-SP-FT-01	Segunda Sala Especializada Civil de Cajamarca (Corte Superior de Justicia de Cajamarca)	Haberse tomado y llevado a cabo una prueba de ADN de una menor, en complicidad con el profesor del niño y trabajadores del laboratorio, sin consentimiento de la representante legal	300.00
Expediente N° 154-2017-0-0608-JM-FT-01	Segunda Sala Especializada Civil de Cajamarca (Corte Superior de Justicia de Cajamarca)	Afectación a su integridad psíquica - Haber contratado a tres menores de edad para vender helados en la calle, sin ningún tipo de protección	250.00

CUADRO N° 04

INDEMNIZACIONES POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (DAÑO FÍSICO Y PSICOLÓGICO POR VIOLENCIA FAMILIAR)			
N° DE EXPEDIENTE	ORGANO JURISDICCIONAL	MATERIA	INDEMNIZACIÓN EN SOLES
Expediente N° 562-2015-0-0301-JR-FC-01	Juzgado de Familia Transitorio de Abancay – Sede Central (Corte Superior de Justicia de Apurímac)	Mujer víctima de violencia (golpeada por su pareja, presenta agresión física que ha merecido 01 día de atención médica por 03 de incapacidad, según prescripción médica)	475.00
Expediente N° 05-2013-0-1308-SP-FC-03	Juzgado de Familia de Barranca (Corte Superior de Justicia de Huaura)	Víctima presenta cuadro de hipoacusia por traumatismo en oído izquierdo causado con agente contundente, que ha merecido 02 días de atención médica por 08 de incapacidad para el trabajo	300.00
Expediente N° 666-2014-0-1618-JM-FC-01	Juzgado Mixto Permanente de La Esperanza – Trujillo (Corte Superior de Justicia La Libertad)	Maltrato psicológico sufrido por una hija (menor de edad), porque su madre la echó de la casa	60.00
Expediente N° 795-2014-0-2802-JR-FC	Primer Juzgado de Familia de Ilo (Corte Superior de Justicia de Moquegua)	Daño psicológico, sufrido por una menor de edad, causados por las discusiones de sus padres que se	300.00

	disputaban la tenencia	
--	------------------------	--

CUADRO N° 05

INDEMNIZACIONES POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (DAÑO MORAL POR DESPIDO ARBITRARIO)			
N° DE EXPEDIENTE	ORGANO JURISDICCIONAL	MATERIA	INDEMNIZACIÓN EN SOLES
Casación 5721-2011-Lima	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Indemnización por daños y perjuicios, derivados de despido (se establece como criterio para medir el daño moral, el 50% de lo que el trabajador percibió por lucro cesante (S/. 100 000.00)	50 000.00
Expediente N° 51-2015-0-0601-JM-LA-01	Segunda Sala Especializada Civil de Cajamarca	Indemnización por daños y perjuicios, derivado de despido (el daño moral estaría representado por la vergüenza e inestabilidad que le causó al trabajador el despido)	10 000.00
Expediente N° 3048-2017-0-0601-JR-LA-03	Sala Laboral Permanente de Cajamarca	Indemnización por daños y perjuicios, derivada de despido (no se hace motivación particular sobre el daño moral, limitándose a confirmar la sentencia en este extremo)	10 000.00
Expediente N° 006-2018-0-0608-jm-la-01	Sala Laboral Permanente de Cajamarca	Indemnización por daños y perjuicios, derivada de despido (no se fundamenta en absoluto, limitándose a señalar que el daño moral se debe fijar con razonabilidad y equidad)	5 000.00
Expediente 471-2017-0-0601-JR-LA-03	Sala Laboral Permanente de Cajamarca	Indemnización por daños y perjuicios, derivados de despido laboral	12 000.00
Expediente 2258-2017-0-0601-JR-LA-03	Sala Laboral Permanente de Cajamarca	Indemnización por daños y perjuicios derivados de despido (se fundamenta el	50 000.00

		monto fijado por daño moral en el sufrimiento producido a la víctima y su familia, con el despido injustificado)	
Expediente 1209-2017-0-0601-JR-LA-03	Sala Laboral Permanente de Cajamarca	Indemnización por daños y perjuicios, derivada de despido (no se fundamenta en absoluto, limitándose a señalar que el daño moral se debe fijar con razonabilidad y equidad)	1 000.00
Expediente 1486-2017-0-0601-JR-LA-01	Primera Sala Civil Permanente de Cajamarca	Indemnización por daños y perjuicios derivados de despido (se establece como criterio para medir el monto del daño moral, el 25% del lucro cesante que percibió el trabajador por el despido)	2 000.00

CUADRO N° 06

INDEMNIZACIONES POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (ENFERMEDADES PROFESIONALES)			
N° DE EXPEDIENTE	ORGANO JURISDICCIONAL	MATERIA	INDEMNIZACIÓN EN SOLES
Expediente N° 1379-2013-0-0601-JR-01	Sala Especializada Civil de Cajamarca	Daños a la persona y moral – trabajador con un grado de invalidez parcial temporal de 53%, a causa de una hernia en el núcleo pulposo, según informe de la Comisión Médica	Daño moral 50 000.00 Daño a la persona 50 000.00
Expediente 1318-2016-0-0601-JR-LA-03	Tercer Juzgado Especializado de Trabajo de Cajamarca	Daño moral y al proyecto de vida – trabajador con un grado de invalidez total permanente de 80%, causado por neumoconiosis que le ha producido una disfunción pulmonar avanzada	Daño moral 80 000.00 Daño al proyecto de vida 40 000.00
Expediente N° 183424-2005	Vigésimo Cuarto Juzgado Laboral de Lima	Daño a la persona y moral - trabajador con un grado de	Daño moral 26 000.00 Daño a la persona

		incapacidad equivalente al 75%, causado por neumoconiosis en segundo grado de evolución	14 000.00
Expediente N° 127-2015-0-0603-JM-LA-01	Primera Sala Especializada Civil de Cajamarca	Daño extrapatrimonial – trabajador sufrió amputación traumática de la falange distal II y IV dedo de mano izquierda, a causa de accidente de trabajo	44 000.00

CUADRO N° 07

INDEMNIZACIONES POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL (DAÑO SUFRIDO POR EL CÓNYUGE PERJUDICADO LUEGO DEL DIVORCIO)			
N° DE EXPEDIENTE	ORGANO JURISDICCIONAL	MATERIA	INDEMNIZACIÓN EN SOLES
Casación N° 3973-2006-Lima	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Divorcio por causal de separación de hecho (haber frustrado el proyecto de vida, al no haberle permitido al cónyuge perjudicado, realizarse profesionalmente)	30 000.00
Expediente N° 854-2010-0-2111-JR-F-01	Sala Civil de la Provincia de San Román – Juliaca (Corte Superior de Justicia de Puno)	Divorcio por causal de separación de hecho (haber perdido el estatus social y gozar del nivel económico del demandado – magistrado y docente universitario)	5 000.00
Casación N° 2516-2006-Lima	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	Divorcio por causal de separación de hecho (simplemente se fundamenta en la inmaterialidad del daño extrapatrimonial y que debe ser fijado con prudencia)	5 000.00
Casación 3973-2006-Lima	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	Divorcio por causal (simplemente se fundamenta en que el daño extrapatrimonial no es valorado pecuniariamente – de forma tasada – por lo	30 000.00 ¹⁰²

¹⁰² El monto de la indemnización en este proceso corresponde a \$ 30 000.00. (Treinta Mil y 00/100 dólares americanos).

		que se lo fija prudencialmente)	
Expediente N° 549-2010-0904-JM-FC-03	Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte	Divorcio por causal de separación de hecho (se sustenta el daño en la afectación emocional que le ha producido la ruptura del vínculo al cónyuge perjudicado.	100 000.00
Expediente N° 40-2017-0601-SP-FC-02	Segunda Sala Civil Permanente de Cajamarca	Divorcio por causal de separación de hecho (no se hace mayor fundamentación respecto del extremo indemnizatorio, en razón de que se trata de una resolución que aprueba la consulta)	5 000.00