

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN - TACNA

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL
Y LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUDICADO EN LOS
PROCESOS JUDICIALES DE LA COMPETENCIA
TERRITORIAL DE TACNA, AÑO 2016 - 2017**

TESIS

PRESENTADA POR:

EDGAR DAVID PEREIRA FLORES

Para optar el Grado Académico de:

**MAESTRO EN CIENCIAS (*MAGISTER SCIENTIAE*) CON
MENCION EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

TACNA - PERÚ

2020

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN – TACNA
ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y LA
INDEMNIZACIÓN DEL PERJUDICADO EN LOS PROCESOS
JUDICIALES DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE
TACNA, AÑO 2016 - 2017**

Tesis sustentada y aprobada el 13 .de marzo del 2020.; estando el jurado calificador integrado por:

PRESIDENTE :


Dr . Roberto Encarnación Supo Hallasi

SECRETARIO :


Dr. Miguel Ángel José Cruz Cuentas

MIEMBRO :


Mgr. Raúl Alberto García Castro

ASESOR :


Mgr. Raúl Alberto García Castro

DEDICATORIA

A mi familia, y a todos los docentes, por ser el motivo de mi perseverancia, con
humildad.

CONTENIDO

DEDICATORIA.....	ii
CONTENIDO.....	iii
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1 Descripción del problema.....	3
1.2 Formulación del problema.....	4
1.2.1 Problema general.....	4
1.2.2 Problemas específicos.....	4
1.3 Justificación e importancia de la investigación.....	4
1.4 Alcance y limitaciones.....	5
1.4.1 Alcances.....	5
1.4.2 Limitaciones.....	5
1.5 Objetivos.....	6
1.5.1 Objetivo general.....	6
1.5.2 Objetivos específicos.....	6
1.6 Hipótesis.....	6
1.6.1 Hipótesis general.....	6
1.6.2 Hipótesis específica.....	6
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	7
2.1 Antecedentes del estudio.....	7

2.2	Bases teóricas	14
2.2.1	Daño moral	14
2.2.1.1	Definición.....	14
2.2.1.2	Definición del daño moral desde la perspectiva del Código Civil	15
2.2.1.3	Sobre la responsabilidad civil	20
2.2.1.4	Doctrina del daño	21
2.2.1.5	Historia jurídica del daño moral	27
2.2.1.6	Clases de daño	29
2.2.2	Indemnización	30
2.2.2.1	Definición.....	30
2.2.2.2	¿Cuándo se puede solicitar la indemnización por daño moral?	36
2.2.2.3	Indemnización: Jurisprudencia:.....	38
2.2.2.4	Indemnización por daño moral	38
2.2.3	Contrato Civil	40
2.2.3.1	Marco legal.....	40
2.2.3.2	Definición.....	40
2.2.3.3	Jurisprudencia.....	41
2.2.4	Proceso civil	41
2.2.5	La valoración y la cuantificación del daño moral son operaciones distintas	48
2.3	Definición de términos	53
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO		55
3.1	Tipo y diseño de la investigación	55
3.1.1	Tipo de investigación	55
3.1.2	Diseño de investigación.....	55
3.2	Población y muestra de estudio.....	55

3.2.1	Población.....	55
3.2.2	Muestra.....	55
3.3	Operacionalización de variables.....	56
3.4	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	56
3.4.1	Técnicas de recolección de datos.....	56
3.4.2	Instrumentos de recolección de datos.....	57
3.5	Procesamiento y análisis de datos.....	57
CAPÍTULO IV: MARCO FILOSÓFICO.....		58
CAPÍTULO V: RESULTADOS.....		60
5.1	Resultados del análisis cuantitativo de la cuantificación del daño moral y la indemnización.....	60
5.2	Resultados del análisis cualitativo de la cuantificación del daño moral y la indemnización.....	84
5.2.1	Derecho comparado.....	84
5.2.2	Estudio de casos.....	109
5.3	PRUEBA DE HIPÓTESIS.....	103
CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN.....		105
CONCLUSIONES.....		108
RECOMENDACIONES.....		108
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		109
ANEXOS.....		116

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Artículos relacionados con el daño moral.....	18
Tabla 2 Clases de daño según Guananga (2014).....	29
Tabla 3 Clasificación del daño moral según Cáceda (2006)	30
Tabla 4 El Código Civil presenta lagunas y no establece criterios para cuantificar el daño moral	60
Tabla 5 Lagunas que se perciben en el Código Civil sobre el daño moral.....	62
Tabla 6 ¿Considera usted que realmente se puede determinar el daño moral en la víctima?	64
Tabla 7 ¿Considera usted que realmente se puede valorar (cuantificar) el daño moral?.....	66
Tabla 8 El Código Civil deja mucha subjetividad al juez, porque no establece criterios para valorar el daño moral	68
Tabla 9 Capacitación de los jueces para determinar y valorar el daño moral a discrecionalidad.....	70
Tabla 10 Resarcimiento acorde con el daño moral ocasionado a la víctima....	72
Tabla 11 ¿Considera que el daño moral se debe probar?	74
Tabla 12 Medios probatorios para cuantificar el daño moral, según criterio de los abogados	76
Tabla 13 Nivel de subjetividad porcentual en las sentencias por daño moral ..	78
Tabla 14 Nivel de satisfacción de la indemnización recibida por los demandantes.....	80
Tabla 15 Nivel porcentual en la sentencia sobre la pretensión económica del demandante.....	82

RESUMEN

El presente estudio tuvo como finalidad determinar de qué manera la cuantificación del daño moral contractual influye en la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, en el año 2016 – 2017.

En cuanto a la metodología, el estudio es de tipo básico, cuyo diseño es no experimental. La muestra estuvo constituida por 15 abogados especializados en materia civil y 3 jueces de Tacna. El instrumento utilizado fue el cuestionario.

Los resultados determinaron que la cuantificación del daño moral contractual influye significativamente en la indemnización justa del perjudicado en los procesos judiciales de la competencia territorial de Tacna en el año 2016 – 2017.

Se concluye que la indemnización que otorga el juez influye significativamente en los usuarios perjudicados, por falta de criterios normativos cuantificables, y la decisión subjetiva del juez.

Palabras clave: Cuantificación, daño moral contractual, indemnización, procesos judiciales, perjudicado, competencia territorial

ABSTRACT

The purpose of this study was to determine how the quantification of contractual moral damage influences the compensation of the injured party in the judicial proceedings of the Territorial Competition of Tacna, in the year 2016 - 2017.

Regarding the methodology, the study is of a basic type, whose design is non-experimental. The sample consisted of 15 lawyers specializing in civil matters and 3 judges from Tacna. The instrument used was the questionnaire.

The results determined that the quantification of contractual moral damage significantly influences the fair compensation of the injured party in the judicial proceedings of the Territorial Competition of Tacna in the year 2016 – 2017

It is concluded that the compensation granted by the judge significantly influences users affected by a lack of regulatory approaches, measurable, and the subjective decision of the judge

Keywords: Quantification, contractual moral damage, compensation, judicial processes, harmed, territorial jurisdiction

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como finalidad determinar de qué manera la cuantificación del daño moral contractual influye en la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, en el año 2016 – 2017. El nacimiento de la figura del daño moral, ha estado impregnada de paradigmas sobre su esencia. Es decir, cuando preguntamos, incluso en la actualidad, a legos y juristas sobre el daño moral, no es extraño escuchar que se trata de las angustias mentales que sufre una persona como consecuencia de una actuación ilícita o un daño. Incluso, según se verá más adelante, para los tribunales que administran la justicia diariamente, se le hace difícil concretar en sus fallos la modalidad del daño moral configurado en los casos y su correspondiente adjudicación resarcitoria.

En los procedimientos de tutela de derechos fundamentales una de las cuestiones que suscita mayores problemas a efectos prácticos, tanto en la preparación y elaboración de la demanda cuanto en su determinación por el Juzgador en la sentencia de instancia, es la de concretar la cuantía de la indemnización, principalmente del daño moral reclamado, dado que la cuantificación del resto de daños y perjuicios adicionales suele ser “a priori” objetivamente más sencillo.

En el primer capítulo se ha considerado el planteamiento del problema, la formulación de los problemas de la investigación, los objetivos, la justificación, las limitaciones de la investigación y las hipótesis.

En el segundo capítulo se ha abordado el marco teórico que considera: los antecedentes, las bases científicas y la definición de términos básicos, el sistema de hipótesis y el sistema de variables de la investigación.

El tercer capítulo contempla la metodología aplicada donde se plantea: el tipo de investigación, el diseño de investigación, la población y muestra, técnicas e

instrumentos de recolección de datos, técnicas de procesamiento de datos y selección y la validación de los instrumentos de investigación.

En el capítulo cuarto se planteó el marco filosófico.

En el quinto capítulo se presentan los resultados, cuya presentación es mediante tablas y gráficos, seguidamente la prueba de hipótesis y la discusión.

Finalmente, se tienen las conclusiones, recomendaciones, las referencias bibliográficas y los anexos correspondientes.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La indemnización es el resarcimiento del daño patrimonial y extra patrimonial que se hace a la parte afectada o perjudicada en la relación contractual o extracontractual, la indemnización patrimonial consiste en la reparación del daño emergente y lucro cesante y el daño extra patrimonial en la reparación del daño moral, daño personal y proyecto de vida, en la relación contractual se produce por la inejecución o incumplimiento de la obligación del acreedor o del deudor.

El Código Civil en la relación contractual regula la obligación de probar el daño moral, y que en caso de no haberse probado queda a criterio del juez sancionar por equidad, es la razón por la cual no llega a cuantificarse el daño moral.

El daño moral en la inejecución contractual o incumplimiento de la obligación contractual, causa insatisfacción en el acreedor o deudor, es asumido por la parte afectada cuando no procede judicialmente, y que la pretensión del monto en la demanda es solo una ficción por la naturaleza del daño moral es extrapatrimonial, no pudiendo cuantificar materialmente las aflicciones padecidas, por la falta de cumplimiento de la obligación contractual, no existe un baremo en el cual puedan los jueces determinar el monto del daño, por lo que la parte perjudicada siempre queda insatisfecha.

El daño moral es una de las instituciones jurídicas más controvertidas por los juristas, formulando distintas posiciones dogmático jurídicas que han terminado en una posición en la cual se debe de resarcir el daño moral, para lo cual señalan la dificultad de probar el daño moral por ser subjetivo, por abarcar en los

sentimientos, emociones, que son psicológicas y al no poder establecer un baremo para cuantificar el daño, ha quedado a criterio del juez el imponer una indemnización basada en la equidad y no en la justicia, por lo que existe diferencias en las indemnizaciones de casos análogos, por criterios diferentes, de tal modo que las partes perjudicadas por el daño moral en la relación contractual, siempre quedan insatisfechas o cuando se trata de imponer la sanción al culpable puede causar daños patrimoniales.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Problema general

¿De qué manera la cuantificación del daño moral contractual afecta a la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, año 2016 – 2017?

1.2.2 Problemas específicos

- a) ¿Cómo se presenta la cuantificación del daño moral contractual en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna entre el año 2016 y 2017?
- b) ¿Cómo se viene dando la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, año 2016 – 2017?

1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación permite comprender la falta de cuantificación del daño moral contractual afecta a la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, conforme al art. 1322 del Código Civil, prescribe “El daño moral, cuando se hubiere irrogado, también será susceptible de resarcimiento”.

Desde el punto de vista teórico la investigación de la cuantificación del daño moral aporta a justificar y probar una indemnización justa y no equitativa al perjudicado, y no a satisfacer el daño sino a resarcir.

Desde el punto de vista metodológico trata de resolver el problema con el uso de los instrumentos jurídicos existentes y del apoyo de profesionales del derecho en general, por que se generan como daños personales, los daños morales, estos pueden ser psicológicos y físicos que se causan en la persona y no en los bienes materiales de la persona.

Desde el punto de vista práctico la presente investigación proporcionará información científica válida, que debe propiciar el perfeccionamiento del código civil, además sirve como fuente de consulta que propicia corrientes de opinión sobre el daño moral y la actuación de los jueces.

1.4 ALCANCE Y LIMITACIONES

1.4.1 Alcances

El presente estudio solo abarcará sobre la cuantificación del daño moral contractual y la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, año 2016 – 2017.

1.4.2 Limitaciones

La investigación presenta limitaciones principalmente en el área geográfica, porque se limita al estudio del fenómeno en la jurisdicción de Tacna, otra limitante es el número de casos que se analizarán; otra limitante es el tiempo de estudio que será los casos del año 2016 y 2017.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo general

Determinar de qué manera la cuantificación del daño moral contractual influye en la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, en el año 2016 – 2017.

1.5.2 Objetivos específicos

- a) Analizar la cuantificación del daño moral contractual en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna entre el año 2016 y 2017.
- b) Evaluar cómo se viene dando la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, entre el año 2016 y 2017.

1.6 HIPÓTESIS

1.6.1 Hipótesis general

La cuantificación del daño moral contractual influye significativamente la indemnización justa del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna en el año 2016 – 2017.

1.6.2 Hipótesis específica

- a) No existe una real cuantificación del daño moral, debido a la alta subjetividad que los jueces aplican al realizar una supuesta valoración equitativa de los daños.
- b) La valoración de la cuantificación indemnizatoria en la mayoría de los procesos es injusta causando insatisfacción en el perjudicado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del estudio

2.1.1 Antecedentes del estudio a nivel internacional

Barrientos (2008) publicó el trabajo “del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris* en Chile”, es un trabajo cualitativo, cuyas unidades de estudio están dadas por las revisiones bibliográficas y los casos de estudio. El trabajo tiene el siguiente resultado: Considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial y no solo por el dolor o sufrimiento que se padece. La visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada, como ya lo ha sido en el Derecho comparado. Hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris* que es solo una especie del mismo. Así, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral. Se resarce el daño no patrimonial incluso de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave, entonces concluye que: Reducir la indemnización por daño extrapatrimonial al dolor no es correcto, ya que el dolor es una afección, es la forma como es afectada la persona por la disconformidad o asintonía con la estructura anatomofisiológica de la misma. La pérdida de agrados o amenidades es también una manifestación del menoscabo que supone un daño extrapatrimonial. El dinero que se paga como indemnización por daño moral no es una indemnización como la patrimonial. Simplemente quiere compensar, dando a la víctima una posible satisfacción que ponga a su alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la pérdida sentida. La reparación en dinero

únicamente cumple un rol como medida común de los bienes, no reemplaza la aflicción. (p. 102)

Chango (2014). La investigación en desarrollo denominada: “La acción por daño moral y la cuantificación de la indemnización”, de la Universidad Técnica de Ambato- Ecuador. Es un trabajo de tipo cualitativo, de revisión bibliográfica y de casos; el autor concluye que: El interponer sanciones económicas no restituye el bien vulnerado. De los resultados obtenidos se deduce que la sana crítica del juez en la acción por daño moral no subsana los daños causados al afectado. La codificación que regula actualmente la acción por daño moral necesita ser reformada para que se aseguren los derechos de las personas, en especial de la parte afectada por ser quien mantiene los efectos que provoca este tipo de afectación hacia los sentimientos de las personas. Ninguna compensación económica por más elevada que sea restituye un bien vulnerado, las heridas internas en su espíritu persisten, por consiguiente resulta imposible hablar que los derechos son resarcidos en su totalidad.

Brugman (2015). “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano. Universidad de Valladolid – España. El autor concluye: Los esfuerzos iniciales para delimitar el alcance del sistema de justicia comenzó con la adopción de normas para la regulación de la vida familiar, la violación de la lealtad, abandono de los niños menores de tiempo de tres años, las graves fallas de la mujer, el orden de sucesión, duelo que debe respetarse antes de entrar en un nuevo matrimonio, la tipificación de delitos diversos, entre otras cosas, homicidio voluntario y parricidio involuntario y el adulterio.

La infracción de principios morales, en nada, contextualiza el estudio que sobre el daño moral, pero tiene un significado latente y pretende medir la bondad y la maldad de las acciones de los ciudadanos y el estado fue regulada a través de la censura, y los procedimientos civiles con el fin de mantener un equilibrio social.

Guamanga (2014) la acción por daño moral y la cuantificación de la indemnización, se desprende de una problemática que se ha evidenciado en la actual normativa civil ecuatoriana por no satisfacer las expectativas actuales de la sociedad, es decir una existencia de artículos claros, pertinentes y aplicables con tablas de referencia para determinar la indemnización por daño moral según las circunstancias bajo las cuales se haya desarrollado el hecho. La fundamentación legal que se ha sintetizado en la investigación cuenta con la legislación vigente en el país en su orden jerárquico constitución, Código Civil, entre otros; exposición de antecedentes investigativos concordantes, exposición de doctrina suficiente para fundamentar la categorización de variables y constelación de ideas respecto al daño moral. La metodología de investigación utilizada es principalmente de campo por la necesidad de frecuentar el lugar donde ocurren los hechos, bibliográfica ya que se debe utilizar la doctrina relacionada según la necesidad, el nivel de investigación principalmente es exploratorio por tener una estructura básica, con manejo de una población pequeña y una operacionalización de variables suficiente para aplicar al cuestionario respectivo. El análisis e interpretación de resultados producto de la aplicación de las herramientas de investigación ratifican la necesidad de reformar la normativa que regula la acción por daño moral producto del análisis e interpretación de resultados; la exposición de una hipótesis comprobada. Una propuesta con estructura básica de elementos que se encuentra fundamentada, justificada en base al Capítulo V y exposición de motivos necesarios para proponer proyecto de ley reformativa a los arts. 2331 al 2334 del Código Civil, que ya en el texto contiene una tabla indicativa para el cálculo de la indemnización por daño moral, así como otras consideraciones. Acción, daño, moral, indemnización, cuantificación, principios, honra, prestigio, reputación, espíritu. METODOLOGÍA. Esta investigación como tal está direccionada hacia el paradigma crítico propositivo, el cual tiene como finalidad ya sea el entendimiento, señalización de factores que involucren el cambio, la participación colectiva que tienda a contribuir con aporte social para la transformación misma de la comunidad. Tiene como base principios morales que el ente humano posee y como tal, por medio del paradigma pone de manifiesto

tanto en lo cuantitativo así como en lo cualitativo, ya que tendrá dos direccionamientos ligados como tales para el planteamiento de una solución, haciendo uso de los instrumentos investigativos como son: la entrevista así como la encuesta, de los cual se obtendrán resultados tanto cualitativos y cuantitativos, mostrando así estadísticas reales. RESULTADOS. De los resultados obtenidos de la entrevista a 12 magistrados y 2 secretarios de juzgado, se deduce que la acción por daño moral necesita ser reformada. De los resultados obtenidos se deduce que el interponer sanciones económicas no restituye el bien vulnerado. De los resultados obtenidos se deduce que la sana crítica del juez en la acción por daño moral no subsana los daños causados al afectado De los resultados obtenidos se deduce consideran que la jurisprudencia en materia civil para la acción por daño moral no es suficiente para determinar los montos de indemnización. De los resultados obtenidos se deduce que de los de ellos consideran que el sistema judicial en relación a la acción por daño moral necesita una reforma para que sea posible determinar los montos indemnizatorios. Conclusiones: La codificación que regula actualmente la acción por daño moral necesita ser reformada para que se aseguren los derechos de las personas, en especial de la parte afectada por ser quien mantiene los efectos que provoca este tipo de afectación hacia los sentimientos de las personas. Ninguna compensación económica por más elevada que sea restituye un bien vulnerado, las heridas internas en su espíritu persisten, por consiguiente resulta imposible hablar que los derechos son resarcidos en su totalidad.

2.1.2 Antecedentes del estudio a nivel nacional

Mamani (2015) publicó la Tesis de Grado, “La definición, delimitación y cuantificación de daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico peruano”, entre la metodología utilizada se usó del método científico, en el estudio de las hipótesis contrastada con la verdad, también se recurrió a métodos lógicos, como el inductivo, deductivo, analítico, sintético, heurístico, jurídico, exegético, argumentativo y sociológico, jurídico, y el estudio de casos, de diez expedientes del juzgado mixto de San Román. De los resultados se

evidencian de la recolección de 20 expedientes, 10 fueron seleccionados, de ellos 5 del Primer Juzgado Mixto y 5 del Segundo Juzgado Mixto, de la ciudad de San Román. El tipo de investigación se hace sobre la base de 10 expedientes finalizados, la mayoría de los casos se refieren a la reparación de daño moral por accidentes de tránsito y la consecuente reparación civil. CONCLUYE que, la jurisprudencia nacional no ha desarrollado abundantemente el concepto de daño moral ni daño a la persona, recurriendo en las pocas oportunidades en que lo hace, a la doctrina esbozada por el maestro Fernández Sessarego. Del análisis de las sentencias se ve que son pocas en las que se plasma un desarrollo jurisprudencial respecto de qué es el daño moral y daño a la persona, limitándose a una somera enunciación, o transcripción doctrinaria y dejándose a criterio del juzgador bajo el principio de equidad, el monto indemnizatorio. Respecto de la cuantificación, no existe en el Derecho nacional ni en el Derecho comparado tablas que permitan establecer el *quantum* de indemnización del daño moral. Se justifica la indemnización del daño moral bajo un criterio aflictivo consolador, cuya deficiente valoración conspira contra la finalidad perseguida por ley. Sea que se asimile el daño moral a la persona o lo se mantenga como un concepto único, no hay duda que el Derecho debe admitir. La falta o carencia de criterios de valoración y cuantificación del daño moral conlleva a soluciones inadecuadas, como es el pago de dinero simbólico y hasta a veces ínfimo carentes de virtualidad y que no cubren en nada el perjuicio irrogado, conforme se ha podido apreciar del contenido de las casaciones emitidas por el órgano jurisdiccional. La valoración del daño supone indagar la naturaleza del interés espiritual lesionado, el menoscabo y las proyecciones disvaliosas que se encuentran en la subjetividad de damnificado para luego poder cuantificar la indemnización y lograr una justa y equilibrada reparación. En líneas generales, en cuanto al monto indemnizatorio no se encuentra una justificación uniforme por parte de la jurisprudencia nacional, hecho que evidencia un conocimiento superficial por parte de los jueces, lo cual afecta la seguridad jurídica.

Lingán (2014). "Cuantificación del daño moral para una correcta indemnización civil en nuestra Legislación". El autor concluye en lo siguiente: La determinación

de una correcta cuantificación dependerá ya de una correcta decisión que se pueda otorgar en cada caso en concreto que pueda darse en nuestra legislación. Segundo: esta complejidad puede terminar si nos ayudamos -de manera correcta y asumiendo los retos de nuestra realidad- de la legislación comparada, aquella a la que tanto hemos recurrido sin perjuicio de nada, además con apoyo de profesionales de la salud comprometidos a realizar justicia por la comunidad.

Flores (2015). “La definición, delimitación y cuantificación de daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico Peruano”. Universidad Néstor Cáceres Velásquez- Juliaca. La autora concluye: La jurisprudencia nacional no ha desarrollado abundantemente el concepto de daño moral ni daño a la persona, recurriendo en las pocas oportunidades en que lo hace, a la doctrina esbozada por el maestro Fernández Sessarego. Son insuficientes las sentencias vemos que son pocas en las que se plasma un desarrollo jurisprudencial respecto de qué es el daño moral y daño a la persona, limitándose a una somera enunciación, o transcripción doctrinaria y dejándose a criterio del juzgador bajo el principio de equidad, el monto indemnizatorio. Respecto de la cuantificación, no existe en el Derecho nacional ni en el Derecho comparado tablas que permitan establecer el *quantum* de indemnización del daño moral. Se justifica la indemnización del daño moral bajo un criterio aflictivo consolador, cuya deficiente valoración conspira contra la finalidad perseguida por ley. Sea que se asimile el daño moral a la persona o lo se mantenga como un concepto único, no hay duda que el Derecho debe admitir. La falta o carencia de criterios de valoración y cuantificación del daño moral lleva a soluciones inadecuadas, como es el pago de dinero simbólico y hasta a veces ínfimo carentes de virtualidad y que no cubren en nada el perjuicio irrogado, conforme se ha podido apreciar del contenido de las casaciones emitidas por el órgano jurisdiccional. La valoración del daño supone indagar la naturaleza del interés espiritual lesionado, el menoscabo y las proyecciones disvaliosas que se encuentran en la subjetividad de damnificado para luego poder cuantificar la indemnización y lograr una justa y equilibrada reparación. En líneas generales, en cuanto al monto indemnizatorio no se encuentra una justificación uniforme por parte de la

jurisprudencia nacional, hecho que evidencia un conocimiento superficial por parte de los jueces, lo cual afecta la seguridad jurídica.

Camus (2016). “La relatividad de la prueba en el daño moral (encuentros y desencuentros de la casación civil)”. El autor concluye en lo siguiente: No solo es comprender al daño moral dentro del daño a la persona (insisto en nuestra jurisprudencia no es lo conceptual), sino que debe existir un tamizaje para incidir en la indemnización por daños y perjuicios, ya que no es sólo la declaración de parte con la que se alega haber sufrido una pena o angustia, sino que se ponga las pautas al momento de ingresar la demanda para que así pueda expedirse un mejor auto calificador de la procedencia o improcedencia de la demanda. Es decir, tiene que haber una técnica para solicitar el daño moral y asimismo una técnica para resolver estos casos que apremian ser justificados ante la sociedad. Más aún si esto conlleva a la seguridad jurídica y económica de nuestro País. Es verdad que en materia de casación no se revalora medios probatorios ni se reexaminan hechos porque hasta la sociedad se ha dicho que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú no es una tercera instancia, caso contrario se estaría afectando la pluralidad de instancias tal como lo consagra el inciso 6) del art. 139 de nuestra Constitución Política del Perú. Sin embargo, el análisis se ha hecho en tanto y en cuanto la Corte Suprema tiene efectos anulatorios, en ese sentido, al recorrer el iter procesal el magistrado empieza a buscar la causal por error in procedendo (vicio procesal). En ese sentido, se debe fijar las directrices para que el *A quo* o el *A quem* valoren con mejor acuciosidad el daño moral al momento de emitir un nuevo pronunciamiento. El daño moral es una pena privada y como tal debe ser reflejada en nuestra jurisprudencia, pero con una debida motivación: El mundo del Juez es el expediente abocado al caso concreto y no puede surtir sólo como premisa justificativa la presunción judicial o el aforismo *in re ipsa*, es ahí donde el menoscabo y la magnitud fijada por nuestro art. 1984 del Código Civil debe aterrizar para consolidar las argumentaciones a través de los medios probatorios que justifiquen la intensidad de la frustración de la víctima o de su familia.

Cabanillas (2016). “El daño moral en la persona jurídica. Fundamentación jurídica y doctrinaria para que la persona jurídica tenga derecho a la indemnización por daño moral”. El autor concluye en lo siguiente: Si bien es cierto, existe una “culpa” contractual y otra extracontractual, lo real y verdadero es que debería entenderse aquella (la culpa) como una unidad, la cual simplemente se encuentra dividida en dos regímenes únicamente para fines normativos y que además dependerá de la situación fáctica en la que ocurran los hechos dañosos. Si entendemos la “culpa” como un solo instituto, diríamos que “culpable es todo aquel que ocasione un daño a un derecho subjetivo y/o a un interés legítimo, y que deberá responder por lo que su actuar negligente ocasionare a dichos derechos o intereses.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Daño moral

2.2.1.1 Definición

De acuerdo a Mamani (2015) el daño proviene de la palabra latina “Damnon”, que significa daño, Daño de todo menoscabo material o moral que sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra.

Es la palabra que refiere a todo tipo de perjuicio o lesión que se causa a otro, en su persona o bienes. Puede ser originado por una acción u omisión dolosa (maliciosa), culposa (negligente), o por una causa fortuita.”

La concepción genérica de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, del daño patrimonial y extrapatrimonial, ha generado diversas corrientes de estudio y análisis, por las diversas formalidades del daño, nos ocupamos del daño moral por responsabilidad contractual, podemos encontrar

un concepto más aproximado del daño moral por responsabilidad contractual en una sentencia resuelta por el Poder Judicial de Buenos Aires, en el caso “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico” (expediente número 141.404).

2.2.1.2 Definición del daño moral desde la perspectiva del Código Civil

El daño moral. La indemnización por daño moral se sustenta en la doctrina del art. 1078 del Código Civil, pudiendo ser definido como toda modificación disvaliosa que afectan el equilibrio anímico de la persona. No constituye un título válido para indemnizar quisquillas ni tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños materiales; busca mitigar el dolor o la herida a los derechos personalísimos más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano. Sus características son las siguientes:

- a) Incide en la aptitud de pensar, de querer o de sentir;
- b) El sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista, aunque sí una de sus manifestaciones más frecuentes; genera angustias y afecciones;
- d) Supone la privación o la disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano como la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y los más sagrados afectos;
- e) Puede consistir, o no, en un injusto ataque a la integridad física como derecho de la personalidad.

La finalidad de su reparación apunta a compensar la lesión de bienes extrapatrimoniales tales como el derecho al bienestar o a vivir con plenitud en todos los ámbitos (familiar, amistoso, afectivo), suponiendo la privación o disminución de la paz, la tranquilidad del espíritu o la integridad física.

El fallo tiene como merito el poder invocar en la elaboración de una tesis del daño moral en base a elementos descritos en los sentidos, o sentimientos, de

sufrimiento, y de tranquilidad y libertad que afecte la integridad física, como valores fundamentales de la persona.

De acuerdo a Caceda (2006), el daño Psicosomático: es el daño que puede incidir o sobre el cuerpo (ejemplo golpe) o sobre la psique (por ejemplo, un trauma). Dependiendo de la incidencia del daño, se puede hablar de:

a) Daño biológico (la lesión en cuanto tal), tiene como consecuencia una serie de efectos que harán modificar a la persona sus hábitos; y;

b) Daño a la salud, que son estas consecuencias negativas (puesto que afectan a su bienestar), incluyéndose categorías como el daño estético, daño sexual, etc. aunque los defina la doctrina como aspectos separados a, el mismo daño puede ser considerado de dos tipos (Pg. 50).

De acuerdo al art. 1322 del Código Civil, prescribe "El daño moral, cuando se hubiere irrogado, también será susceptible de resarcimiento". Daño es todo menoscabo material o moral que sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra.

Asimismo, de acuerdo a De Trazegnies, (1974) citado por Flores (2015), es la palabra que refiere a todo tipo de perjuicio o lesión que se causa a otro en su persona o bienes. Puede ser originado por una acción u omisión dolosa (maliciosa), culposa (negligente), o por una causa fortuita. Daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo causado por culpa de otro en el patrimonio o la persona. En Derecho civil, la palabra "daño" significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses

A diferencia de Argentina, donde se restringe a ciertos casos el daño moral, en el Perú se otorga una protección en sentido amplio a la reparación del agravio

moral. El concepto de daño moral ha sido contemplado en tres secciones de nuestro Código Civil, a saber: Derecho de Familia, Efectos de las Obligaciones y Responsabilidad Extracontractual:

A continuación, se presentan artículos relacionados con el daño moral:

Tabla 1
Artículos relacionados con el daño moral

Artículos	Enunciado
Art. 351.	<p>Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.</p> <p>Conforme sostiene Peralta Andía, se debe entender que se le ha causado daño moral al afectarse al cónyuge inocente en sus bienes extrapatrimoniales, como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge. Este precepto deberá interpretarse sistemáticamente con los art. s 1984 y 1985 del Código Civil.</p>
Art. 1322.	<p>El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.</p> <p>Respecto de este art. , Max Arias-Schreiber sostiene que si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios patrimoniales.</p>
Art. 1984	<p>El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.</p>
Art. 1985	<p><i>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.</i></p>

Fuente: elaboración propia

De lo expuesto, se aprecia que el legislador peruano ha optado por admitir la aplicación de la reparación en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual. Así, en la exposición de motivos del Código Civil de 1984 el maestro

León (1984), quien señala que compete al juez fijar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado *quantum* pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o transmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una indemnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable, salvo los casos muy singulares en que cupiese la reparación *in natura*; así, el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia.

Por lo antes referido, el concepto de daño moral debe ser el más amplio posible, no limitándose al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extrapatrimoniales.

Nuestro Código Civil así lo ha decidido, tal como se ha señalado en los artículos comentados en este trabajo, que no admiten restricción alguna. Él se aplica tanto en el caso de las personas naturales como jurídicas; sin embargo, el daño moral no debería ser resarcido físicamente, hasta el momento el dinero es el único medio idóneo con el cual realizarlo. Dicho instrumento otorgará a la víctima ciertas satisfacciones que podrán compensar el daño causado, más nunca eliminará el perjuicio sufrido. Se trata entonces de buscar la manera de balancear la situación del perjudicado, proponiéndole ciertos beneficios a cambio de su malestar.

El daño moral no puede ser estandarizado. Para determinar su valor, el juez deberá tomar todas las consideraciones pertinentes y utilizar las pruebas presentadas por las partes a fin de decidir lo más justo. Se debe tener en cuenta que no se trata de castigar al responsable, sino de apaciguar las heridas causadas a la víctima. Bajo ese pensamiento, se debe considerar, además, la condición económica del responsable, ya que el derecho no busca convertir a éste en una víctima más.

En cuanto a si se trata de un daño resarcible en materia contractual o extracontractual, carece de sentido la interrogante, toda vez que ello depende del bien que se afecte con la acción antijurídica, teniendo en consideración que el ordenamiento legal peruano prevé en ambos casos el resarcimiento.

2.2.1.3 Sobre la responsabilidad civil

Para Mosset (1988), cuando una persona sufre un daño, una lesión a su patrimonio o a algún bien extrapatrimonial, el Derecho ha diseñado un sistema para que la víctima no se vea desamparada en su pesar. En este sentido, existen normas que obligan al responsable del perjuicio a resarcir el daño ocasionado, generándose la responsabilidad civil.

Ésta es definida como el conjunto de normas que como sanción obligan a reparar las consecuencias dañosas, emergentes de un comportamiento antijurídico, que es imputable, física o moralmente, a una persona.

Por su parte, Osterling (2003), considera también como “el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a un deber u obligación. Si actúa en la forma indicada por los cánones, no hay problema ni ventaja y resulta superfluo indagar acerca de la responsabilidad ahí emergente. En estos casos continúa el agente, sin duda, siendo responsable por su proceder, pero la verificación de ese hecho no le acarrea obligación alguna, esto es, ningún deber, traducido en sanción o reposición, como sustituto del deber de obligación previa, precisamente porque la cumplió. Lo que interesa, cuando se habla de responsabilidad, es profundizar el problema de la violación de la norma u obligación ante la cual se encontraba el agente.

Continuando con Osterling (2013), cuando ocurre el daño, a la manera de reparar las consecuencias dañosas se le conoce como *indemnización*, la cual usualmente comprende una suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado. En ese orden de ideas, “para que haya responsabilidad

civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe de haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante.

Para determinar los casos en los que existe responsabilidad civil, no basta acreditar la existencia de una lesión a un derecho, sino se debe cumplir con los siguientes presupuestos:

- (a) La antijuridicidad o ilicitud.
- (b) La imputabilidad, elemento que se forma sobre la base de dos factores: la culpa y el dolo.
- (c) El daño.
- (d) La relación de causalidad.

La antijuridicidad o ilicitud supone un acto o una omisión cometidos en contra de una norma del ordenamiento jurídico. A su turno, la imputabilidad determina si una persona puede ser responsable por el daño que ha causado. Para los profesores franceses (Colin y Capitant, 1943 citado por Osterling (s.f.)). La culpa es el elemento esencial de la responsabilidad. Siendo así, señalan que la culpa quiere decir que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse, que no ha hecho lo que hubiera debido hacer. Pero señalan que solo hay responsabilidad allí donde hay facultad de razonamiento. La doctrina es unánime en considerar al daño como el factor principal de la responsabilidad. Sin daño, efectivamente, no hay acto de reparación.

2.2.1.4 Doctrina del daño

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

Al respecto, Lafaille (1926) citado por Osterling (s.f.) apunta que el daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca, asimismo, el beneficio que no pudo hacerse efectivo.

Por su parte, Orgaz (1960) citado por Osterling (s.f.), es el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones, o bien, en otras hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.

Para Santos, citado en Osterling y Castillo (1993), el daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra. Además, el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, pues tiene que existir una infracción a la norma jurídica.

Osterling (2003) manifiesta que el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial. (Baltierra, 1969).

De lo expuesto se desprende que existen dos tipos de daño: material o patrimonial y moral.

El daño material o patrimonial es aquél menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades.

A su vez, la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya

existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, ésta debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.

Para Millán (s.f.), nuestra categoría de personas nos viene justamente de tener libertad y entendimiento, que no son atributos materiales, sino espirituales. De tal manera que los bienes materiales no son los únicos susceptibles de percibir un daño, sino también aquellos que no ocupan un espacio físico. La persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales. En estos casos no se podría aplicar el daño patrimonial, por la figura comentada es la afectación a los derechos personalísimos que, como lo puntualiza Brebbia (1989) son aquellos que el ser humano posee por su condición de persona y no pueden ser objeto de comercio jurídico.

Por su parte, Trigo (1981) sostiene que es "...agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las 'facultades' o 'presupuestos' de la personalidad."

Por lo que Osterling (s.f.) puntualiza que el daño moral surge cuando el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas.

Para un mejor entendimiento se debe considerar qué es lo que se daña con el acto ilícito. En ese sentido, no se daña el derecho que protege el objeto, debido a que este se viola o contradice. Tampoco se daña el poder de actuar hacia el objeto mismo o hacia la expectativa de satisfacción, ya que éste se neutraliza o paraliza. Lo que se daña es el objeto mismo sobre el cual recae la acción. De manera tal que cuando la acción recae sobre uno de los modos de ser

espirituales, esto es sobre manifestaciones personalísimas, es daño moral. (Trigo, 1981).

En ese sentido, Osterling (s.f.) coincide con Castillo (s.f.) que el daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma —física o psíquica—, así como todo atentado contra sus intereses, es decir, “todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.” Es precisamente éste el fundamento que justifica la aceptación del daño moral a las personas jurídicas, por cuanto también son susceptibles de la lesión de bienes no patrimoniales.

Por su parte, Brebbia (1989) el daño moral es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. Siguiendo esta línea de pensamiento, sería inaceptable dejar desprotegidos estos derechos de una persona jurídica y se debe tomar en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser sujeto pasivo de daño moral.

De acuerdo a Llambías, (s.f.), ha reconocido como derechos extrapatrimoniales de las personas los atributos inherentes a la personalidad. Asimismo, reconoce el derecho al honor o buena fama, pudiendo las personas morales ser víctimas de calumnias e injurias. Además, reconoce los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y libertad de enseñanza. Finalmente, afirma que las asociaciones y fundaciones gozan de derechos disciplinarios respecto de terceros y en conformidad con sus estatutos.

Negar la tutela a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas o de existencia ideal demuestra una visión restringida del daño moral, y se estaría dejando desamparado a un sujeto de derecho digno de tal protección.

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

Además, el daño moral es irreparable, toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original. A manera de ejemplo, si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ya ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que estuvo bajo severa pena y angustia. Esta posición es respaldada por Cifuentes (1989), quien señala que no es posible la reparación integral con la equivalencia perfecta e idéntica a la que se procura frente al daño material.

Asimismo, la esencia del daño moral o extrapatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última. (Bustamante, 1994).

Por ejemplo, que la víctima de un accidente de tránsito es un joven futbolista quien acaba de firmar contrato con uno de los clubes de fútbol más importantes de Europa y en aquel accidente pierde la pierna. Se podrá determinar con facilidad el daño emergente e incluso el lucro cesante, basándose en el contrato que suscribió con el equipo europeo. Pero ¿el daño moral? ¿Se deberá tomar en cuenta la depresión, la condición económica de su familia? ¿Qué parámetros deberá seguir el juez para lograr una indemnización que resulte justa? lo que significa un lazo que une al deudor con el acreedor sancionado por la ley.

La única forma, como se sabe, de que la persona obligada pueda romper el vínculo, es realizando la prestación debida, o sea pagando, lo que resulta ser la manera normal de extinguir la obligación. Opina la mayoría de la doctrina que la distinción sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica

determina la clasificación del daño: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras, el daño es material o patrimonial, aunque el derecho atacado sea inmaterial; si, en cambio, no afecta al patrimonio, pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral y no patrimonial. (Bustamante, 1994).

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

Para Betti (1969) citado por Osterling (s.f.), confirma que debe intuirse tanto la necesidad de distinguir la prestación en sí misma considerada, como el interés a satisfacer al cual sirve la prestación, en cuanto es destinada a aportar al acreedor una utilidad (la cual, aunque es apreciable en la vida de relación, no es valuable en dinero en sí misma considerada), a satisfacer un interés típico que, por sí mismo, no se reduce a una valoración pecuniaria, como por ejemplo el interés por la cultura, la salud u otros semejantes.

Con la finalidad de distinguir tal aspecto, el referido autor expone que las utilidades que suelen procurar las actividades del maestro, el médico o el abogado, al alumno, al paciente o al cliente, respectivamente, podrán tener algunas veces relevancia económica, pero por lo general son de carácter inmaterial. Las enseñanzas del maestro, la salud que debe devolver el médico o la obtención del éxito en la causa judicial a favor del cliente, tienden a la satisfacción de un interés, pero el interés por recobrar la salud, la adquisición de cultura, o el éxito de una causa, independientemente de las posibles consecuencias económicas, es un interés que no es ciertamente susceptible de una valoración patrimonial.

Entonces, cuando la responsabilidad contractual es producto de una prestación mal ejecutada o incumplida, y dicha prestación tenía como fin satisfacer un interés extrapatrimonial, como el de curarse en el caso de la relación médico

paciente, el daño será extrapatrimonial, ya que la posibilidad de recuperar la salud se ve frustrada cuando el médico actúa con imprudencia o negligencia.

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

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

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

2.2.1.5 Historia jurídica del daño moral

Daño Moral, derivados de hechos extracontractuales.

La reparación del daño se realizaba con la causación de un daño igual, se basaba en la sentencia del “ojo por ojo”, llamada ley de Talión, es así que todo tipo de daño, sea por ofensas o por daños materiales, en casos de honor se procedía con la prueba divina, que era casi una condena de muerte.

La teoría de la indemnización por los daños nace en Roma con la Ley Aquilia, en el Digesto, cuando el Tribuno Aquilio, en un Plebiscito Romano se aprueba la reparación del daño proveniente de actos ilícitos o extracontractuales y de la

reparación de daños contractuales, estos solo tenían efecto en los daños patrimoniales, se referían al daño a los animales o esclavos en alquiler, cuando se mata al animal o esclavo debía de pagar un valor, no se consideraba la sustitución, y cuando no se podía pagar al propietario, el deudor pasaba a propiedad de acreedor.

El daño moral estaba considerado como las injurias, ofensas, difamaciones verbales en contra de los hijos o de los hombres libres, el bien jurídico protegido era la dignidad, la reparación podía ser pecuniaria legislada en las XII Tablas, llegaba en algunos casos hasta la pena de muerte.

En la Edad Media, en España Alfonso IX el Sabio, promulgó Las Partidas, se sancionó sobre toda forma de injurias, difamaciones, deshonras, ya sea por medios escritos o verbales, recibían diferentes formas de sanción, desde sanciones pecuniarias hasta penitenciarias.

Perú fue colonizado por España 1532, llegó a Cajamarca una expedición liderada por Francisco Pizarro y Hernando de Luque, quienes después de fortificarse con la muerte del Inca Atahualpa, comenzaron a imponer sus normas y costumbres, diez años después se aprobaron las Leyes Nuevas, estos solo trataban de dar protección a los naturales de la conquista, pero se seguía rigiendo por las leyes de la corona española.

Después de la Independencia se promulgaron normas para la reparación del honor, generalmente en materia penal y se permitía los duelos, que se encontraban legislados hasta 1980. Con la promulgación del Código Civil de 1933, se fijan la indemnización de los daños y perjuicios, pero no el daño moral, es con la promulgación del nuevo Código Civil de 1984, se prescribe la reparación del daño moral.

El daño moral ha sido materia de estudio de la doctrina de los juristas, desde el punto de vista de la doctrina, la jurisprudencia y la norma, mayormente sobre la

responsabilidad extracontractual, poco o casi nada se han realizado estudios sobre la reparación del daño moral por responsabilidad contractual.

2.2.1.6 Clases de daño

Según el patrimonio Guananga (2014) se clasifica en daño patrimonial y extra patrimonial:

Tabla 2
Clases de daño según Guananga (2014)

Clases de daño	Definición
Daño patrimonial	El primero de ellos alude a aquellos que producen una merma o menoscabo valuable en dinero sobre intereses patrimoniales de una persona, aquí se diferencia el daño emergente y lucro cesante.
Daño extra patrimonial	Desprende de la vida privada, puesto que cuando se trastorna la vida privada, la persona aparentemente <i>sufre un daño extra patrimonial, pero no se puede negar que éste puede traer consigo consecuencias económicas</i> "

Fuente: Guananga (2014)

Por su parte, Tafur (2007), el daño moral es meramente no patrimonial, más la doctrina la clasifica como patrimonial y extrapatrimonial, diferenciando que la primera afecta directamente al patrimonio reflejado en el detrimento del mismo y, el segundo es el que afecta directamente a la vida privada del sujeto pasivo como ya se decía a su honor, su sentimiento y su prestigio.

Según el bien jurídico Caceda (2006), se clasifica en daño moral directo e indirecto:

Tabla 3

Clasificación del daño moral según Caceda (2006)

Clasificación	Definición
Daño moral directo:	El daño moral directo lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial. Lesiona derechos de la personalidad Inflige por menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona.
Daño moral indirecto:	El daño moral indirecto lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, además del menoscabo de un bien no patrimonial. Genera una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial provoca la lesión a cualquier interés no patrimonial como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial del afectado. Existen, también, distintas posturas sobre la clasificación del daño, las mismas que se detallan a continuación.

Fuente: Caceda (2006)

2.2.2 Indemnización

2.2.2.1 Definición

La indemnización, como se ha mencionado previamente, es la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño. El propósito de esta cantidad de dinero percibida por la víctima se encuentra en discusión dividida a nivel doctrinal. Por un lado, cierto sector establece que posee carácter resarcitorio; y por el otro, se sostiene que es de carácter punitivo o sancionatorio. Resulta obvio, que en materia de responsabilidad civil la reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a diferencia de las penas de privación de la libertad, que son punitivas y privativas y que operan en materia penal.

Así, el fundamento de la responsabilidad se centra en la regla moral que establece que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a otro. Si uno transgrede dicha regla está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación previamente contraída (responsabilidad civil contractual), o sea que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad extracontractual). Dicho fundamento lleva anexo el principio de buena fe que debe imperar y con el que precisan impregnarse todos los actos o negocios celebrados o a celebrarse.

En ese sentido, Alfredo Orgaz afirma que tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito.

El carácter resarcitorio de la indemnización también es defendido por Bustamante (1994), quien refiere que el daño moral no difiere de la reparación del daño material, que aquél como éste no es sino especies del daño y, por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria.

Ripert (1946) defendiendo la postura que considera como fundamento de la indemnización la función punitiva, señala que lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Para él, los daños e intereses tienen carácter ejemplar.

Contestando esta posición se pronuncia Cifuentes (1989) en su obra "El daño moral y la persona jurídica", en la que procede a establecer la definición de la pena y en base a ello refuta la afirmación de Ripert (1946) indica que:

La pena no es directamente reparatoria del delito, no compone la ofensa que el delito traduce ni se impone para lograr ese objetivo. La pena no es una retribución en el sentido gramatical de esta palabra. Es retribución porque es con lo que la sociedad responde al mal que, como defensa de los derechos de los otros individuos o de la sociedad, implica el delito (p. 181).

Sin embargo, existe en doctrina una posición mixta. Ésta consiste en que si se está de acuerdo en que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales.

Así, esta posición concluye que no es posible adoptar un criterio apriorístico, dogmático, que satisfaga de antemano; y que la reparación del daño moral puede revestir el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye.

En doctrina nacional, Espinoza (2005) propone clasificar las funciones de la responsabilidad civil a partir de sus protagonistas. Señala que con respecto a la víctima, es satisfactoria; al agresor, sancionadora; y a la sociedad, disuasiva o incentivadora de actividades. Así mismo, señala que es común a los tres anteriores la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

Por otro lado, la indemnización “se trata de no dar a la víctima más de lo necesario para borrar el perjuicio sufrido, evitando de este modo que se enriquezca injustamente; pero se trata también de no darle menos, transformando la reparación en algo ilusorio, simbólico o simplemente inconducente a los fines perseguidos.” (Mosset, 1991).

Es así que se suele utilizar sumas de dinero para efectuar el resarcimiento del daño, toda vez que se entiende que el dinero es el único medio idóneo de dar a

la víctima aquellas satisfacciones que, si no harán desaparecer los sufrimientos padecidos, por lo menos han de paliar sus efectos. (Bustamante, 1993).

Defendiendo esta posición, se encuentra el profesor argentino Alfredo Colmo quien contradiciendo a quienes sostienen la inmoralidad de la reparación en dinero, por cuanto se materializa un valor objetivo, señala:

- Que debiera indicarse, en todo caso, otra forma de reparación adecuada, ya que no se pone en tela de juicio con tal argumento, la necesidad misma de la reparación.
- Que hay valores morales retribuidos en dinero a los médicos, abogados, profesores, etc., que no son mirados por eso como inmorales en ninguna parte del mundo.
- Que la reparación en dinero es la única concebible, por lo mismo que no hay otra que pueda suplirla, por donde en el peor de los casos, resulta un mal necesario e insustituible.
- Que en todo caso con el dinero es posible procurarse goces que compensen los perdidos.
- Que finalmente esa reparación llena en el caso no una función de equivalencia, como en los daños pecuniarios, sino de satisfacción.

No obstante, dicha cuantificación, en la práctica, resulta complicada, tanto en los daños patrimoniales como extrapatrimoniales, ya que no se tiene en cuenta solo el objeto dañado, sino el valor para la persona. (Mazeaud, 1977).

Si se tiene en mente que “reparar” significa devolver el bien dañado a su estado anterior, fácilmente se llegaría a la conclusión de que dicha acción no es posible en todos los supuestos. De esa forma Bustamante (1994) cuando señala que reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible; es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido.

Tanto en el daño patrimonial como en el extrapatrimonial, resulta complicado para el juez, el Derecho y en general para cualquier persona, devolver las cosas a su estado anterior al accidente. En estos casos, ¿deberá el juzgador abstenerse de tratar de resarcir el daño?

Claro que no, ya que lo que busca el Derecho es encontrar la solución más justa posible. Por esa razón, el Derecho positivo ha optado por establecer reglas de indemnización que busquen compensar el daño padecido por la víctima a través de sumas de dinero que reflejen lo más objetivamente posible el valor del bien dañado.

En la misma línea de pensamiento se basa el principio que fundamenta la indemnización en los casos en que se reclama por daño moral. Así, los profesores franceses Mazeaud y Tunc (1977), sostienen que la indemnización no siempre busca rehacer el bien ultrajado, sino brindar a la víctima la posibilidad de experimentar situaciones satisfactorias equivalentes a las que ha perdido.

Entonces, ¿cómo se debe determinar el valor del resarcimiento? De lo expuesto se tiene ya bastante claro que no es posible utilizar criterios objetivos para determinar la suma de la indemnización por daño moral, debido a que éste supone una afectación a un bien abstracto, solo comprobable por el propietario.

De acuerdo a Zannoni (1982) cada juez, en cada caso concreto, condena a la reparación equitativamente teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etc. Es decir, procurando que la “condena” realice la justicia conmutativa. Tal es el significado que debe darse al prudente arbitrio judicial que se reclama en la aplicación de las normas generales.

Además, se estima que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a

datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

De nada basta sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al tiempo de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa; o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente.

Para Mosset (2003) “Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar”. (p. 421).

En esa línea argumental De Mundo (1651) citado por Osterling (s.f.), indica que:

El cálculo de lo moral es solo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida: son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren. (p. 163).

Así, Mosset citado por Osterling y Castillo (2003) y Ravazzoni (1962) indican que, en la evaluación del daño en sí, cabe dilucidar si priman los criterios objetivos o subjetivos. Los primeros parten, en sede de daño moral, del “hombre medio”, del “interés tipo”, del “sufrimiento normal”. Los segundos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su “dolor”, a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias.

De igual forma, la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

Entonces, la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitivo, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima. (Osterling, 2003).

Simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido.

A pesar de lo expuesto, resulta necesario señalar que el derecho a reclamar la indemnización no se puede extender a todas las personas que tengan un sufrimiento. Es así que en la doctrina nacional, De Trazegnies (2003) pone una limitación a este derecho al señalar que “no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que esta otra lo soporte.”

Continuando con De Trazegnies (2003), quien refiere que “Buena razón” es un término que deberá ser regulado por la jurisprudencia, ya que de indemnizar a cada persona que haya sufrido un agravio a un bien no patrimonial, se impondría al responsable la obligación de resarcir en un monto superior al daño que hubiese podido causar. Es necesario entonces encontrar criterios que delimiten el grupo de personas accesibles a este derecho.

2.2.2.2 ¿Cuándo se puede solicitar la indemnización por daño moral?

Según Osterling (s.f.), para que se pueda resarcir el daño moral se deben cumplir ciertos requisitos.

Al tratarse, como ya se ha mencionado, de un daño no patrimonial, no se puede saber a ciencia cierta quiénes son aquellos que han padecido dicho agravio, debido a la naturaleza extrapatrimonial del mismo que dificulta su probanza.

Resulta entonces necesario establecer quiénes podrían ser titulares del derecho de exigir la reparación monetaria.

Así, se debe presentar una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito. Quien vaya a efectuar la reparación deberá hacerlo por los efectos de sus actos y por nada más. No se puede hacer responsable a una persona por daños que no deriven de sus acciones.

En segundo lugar, el daño debe ser cierto. Esto no quiere decir que el daño tenga que probarse; basta simplemente que la víctima acredite la acción antijurídica y la titularidad del accionante.

Además, el daño debe ser personal al accionante, es decir, solo quien lo sufre puede reclamarlo; debido a que el daño moral es de carácter personalísimo, nadie puede alegar un sufrimiento que no ha padecido. La reparación no tiene por objeto restablecer un valor económico menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sufrido de manera íntima.

Finalmente, se necesita que quien lo invoque pueda ser considerado como un “damnificado” en sentido jurídico. De esto se desprende que se debe establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización, puesto que de ser todos aquellos los que sufren el agravio, la multiplicidad de damnificados (familiares, pareja, amigos, etc.) perjudicaría devastadoramente al responsable, desvirtuando el sentido de justicia destinado a la indemnización.

Respecto a esto último, ello representa un peligro para el responsable, ya que la relación de personas que se puedan ver afectadas moralmente por un hecho puede resultar inmensa, perjudicando económicamente de manera exagerada a quien deba efectuar la reparación.

Actualmente a nivel de legislación comparada se utiliza como criterio para limitar a los accionantes el vínculo de parentesco en relación con la víctima. En ese

sentido, en los casos de homicidio, tanto el Código Suizo de las Obligaciones como el Código Civil de México conceden reparación del perjuicio moral a la familia del fallecido. El Código Venezolano y el Proyecto Franco- Italiano de las obligaciones y contratos la reconocen a los parientes afines y cónyuges.

2.2.2.3 Indemnización: Jurisprudencia:

De acuerdo al Cas. N, 1070-95-Arequipa, El peruano, 15-09. (1998) indica que:

Si bien no existe un concepto unívoco del daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual; esta noción debe adecuarse a la triple función que la doctrina contemporánea atribuye al Sistema de Responsabilidad Civil, consistente en la función de reparación, de disuasión o llamada también preventiva y la sancionatoria o punitiva; en este sentido, la reparación del daño moral debe abarcar el proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se puede valorar en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado

En nuestro sistema de responsabilidad civil, la reparación del daño moral debe abarcar el proveniente del incumplimiento de cualquier obligación, siendo así el interés del reclamante puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter pecuniario de la prestación, ya que la ley protege no solamente los intereses patrimoniales sino también los de naturaleza extrapatrimonial, sea que se cause perjuicios económicos (p. 1588).

2.2.2.4 Indemnización por daño moral

De acuerdo a Osterling (s.f.), la propuesta de nuestro ordenamiento jurídico es considerar que la indemnización del daño moral es distinta al daño patrimonial, en éste último la responsabilidad civil cumple funciones de

reparación pues tiene por finalidad reponer a la víctima al estado anterior al momento en el que ocurrió el evento dañoso mediante la asignación de utilidades de naturaleza económica que compensen su pérdida, mientras que en la indemnización del daño moral a pesar de la posición de algún sector de la doctrina que lo considera una pena privada, la posición mayoritaria es aquella que considera que su función es aflictivo consolatoria, es decir mitigadora por la imposibilidad de reparar ese daño en sentido estricto, en resumen, la finalidad de la indemnización del daño moral es compensar a la víctima a través del dinero, negar la posibilidad de esta indemnización implicaría que la víctima pretenda hacer justicia por sus propias manos (Mamani, 2015).

De acuerdo al Expediente 141.404. – Argentina (2014), estas reflexiones se encuentran avaladas por prestigiosa doctrina que ha señalado, entre otras consideraciones de interés, que “La idea central es presentar un modelo abstracto, con los fundamentos teórico pragmáticos científicos que hemos formulado, y que sirva de referencia para abogados y magistrados.

De acuerdo a Ghersi (2002) el modelo estructural tiene tres variables que deben combinarse:

- a) La ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica, o mejor aún, determinados períodos de su vida;
- b) La ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad, y;
- c) La medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas... Estas tres variables coordinadas determinan un campo de encuentro, que de alguna manera nos da la posibilidad de medir el daño moral y, en virtud de ello, establecer la comparación con su contradictorio (alegría satisfacción).

Las reflexiones de las citas permiten analizar la variedad de posibilidades de presentar una fórmula indemnizatoria, teniendo en cuenta el principio de la razón suficiente en la reparación del daño, se coincide en que la reparación del daño moral debe de ser económica, la existencia de un baremo existiría la posibilidad de una desproporción en la reparación, la otra es de la posición de un criterio de razonabilidad y no de equidad, que pueda dar una real satisfacción al perjudicado, a las reflexiones de la sentencia se puede agregar el grado de responsabilidad y culpabilidad en el cumplimiento de la obligación contractual.

2.2.3 Contrato Civil

2.2.3.1 Marco legal

De acuerdo al Código Civil, art. 1351, indica que el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento, esto es compartir el sentimiento, de donde surge una voluntad común'.

2.2.3.2 Definición

Para Ferri (1987) el contrato civil está contenida en el art. 1321 del Código Civil, en el señala que “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial”.es significativo encontrar aquí el verbo “regular”. Por otra parte, la expresión “acuerdo de dos o más partes para a constituir, etc.” parece reflejar la superada opinión de que este requisito o elemento infaltable en el contrato, la voluntad subjetiva o interna de los contratantes, orientada hacia la producción de efectos jurídicos que surgen del contrato.

También en el Art. 1351 Código civil, prescribe que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

2.2.3.3 Jurisprudencia

- El contrato es el acuerdo de dos o más personas cuya finalidad es crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, siendo que tal acuerdo se exterioriza mediante la correspondiente declaración de voluntad de los contratantes'.

- Cas. N° 280-2000-Ucayali, El Peruano, 25-08.2000, p. 6100.
El Art. 1351. p del Código Civil, define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento, esto es compartir el sentimiento, de donde surge una voluntad común'. Cas. N, 1345-98.1 Lima, El Peruano, 20.01-1999, p. 2504.

Responsabilidad contractual

Jurisprudencia

De acuerdo al Cas. N° 507-99-Lambayeque, El Peruano (1999) indica que:

La responsabilidad contractual es aquella que deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo, al no cumplir con la prestación a su cargo o por culpa por la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, la cual debe ser indemnizada. (p. 3403).

2.2.4 Proceso civil

De acuerdo al Código Procesal Civil, art. 475, se tramitan en proceso de conocimiento, ante los juzgados civiles, los asuntos contenciosos que: 2.- La

estimación patrimonial del petitorio sea mayor a mil unidades procesales (405 000,00)

De acuerdo al art. 486 del Código Procesal Civil, se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos: 7.- La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor a cien y hasta mil unidades de referencia procesal. (40 500,00 a 405 000,00).

Cuantificación y resarcimiento del daño moral

Cuando una víctima sufre un daño moral, objetivamente la consecuencia es un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual, si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto **culposo o doloso** del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, lo que incrementa su padecimiento, es decir, **actúa como agravante del daño**. Este equilibrio debe reestablecerse, necesariamente, a través de formas adecuadas de resarcimiento y, en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que compense o atenúe lo sufrido, por medio del dinero (que es una representación de valor), pues de lo contrario la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, la ocurrencia de un daño injusto intencional o negligente, lo que puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada).

El daño extrapatrimonial debe ser resarcido, en tanto daño efectivamente sufrido, y la distinción entre haber sido causado con culpa o dolo y sin culpa por atribución objetiva de responsabilidad, graduarían el monto en función exclusivamente del daño moral que dicha intencionalidad o negligencia *en sí misma* cause a la víctima, agravándolo.

Bajo ningún punto de vista debe consistir en una suerte de indemnización punitiva, por cuanto ésta solo puede enriquecer indebidamente a la

víctima, pues va más allá de la reparación; asimismo, no es aceptable considerar resarcitorio el alivio al ánimo de venganza, pues en modo alguno puede emplearse para ello al derecho, ni servir éste de canal para una finalidad semejante. Lo relativo a la punición, si bien puede en algunos casos ser válida, es ajeno a la responsabilidad civil y corresponde a otras áreas, como la administrativa o la *penal*.

*Al resarcir los daños patrimoniales con dinero, tampoco es tan cierto que con ello se lleva a la persona a idéntica situación que tenía antes de la ocurrencia del daño, por lo que es también una ficción, solo que mucho más leve. En suma, se cuestiona la función satisfactiva de la responsabilidad civil, por considerarla “una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio” (De Trazegnies, s.f.), una reminiscencia de la vieja idea de venganza, y por ello debe transitarse con mucho cuidado por esta vía, a fin de no ser (el sistema, el juez) instrumento de venganza personal. No es que no sea reparable este tipo de daño, sino que no se sabe **cómo** repararlo, el cuestionamiento apunta a la idoneidad del dinero para ello, por considerarse algo demasiado “material” para aplacar algo tan “inmaterial”.*

Los daños pueden ser cuantificados por la Ley y sus sucesivas modificaciones, por el juez o por las partes Bueres (1997).

A nivel doctrinario la polémica respecto del tema se encuentra dividida. Por una parte, están los que consideran que la reparación del daño moral constituye una pena – sanción al ofensor; por otro, los que prefieren considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Una posición intermedia prefiere considerar que funcionalmente, la reparación tiene carácter sancionatorio y resarcitorio simultáneamente.

En cuanto a los primeros, Ripert señala, lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción a la víctima, sino el castigo del autor. Los

daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino carácter ejemplar. La teoría de la pena privada no tiende, pues a reparar el perjuicio causado sino a castiga el agente.

No se dirige a mitigar el dolor. Su fin es que el derecho atropellado no quede sin sanción. Su carácter no es indemnizatorio sino ejemplarizador (Ripert, s.f.).

Respecto, a la teoría de la pena privada y la teoría de la satisfacción, Solf García Calderón refiere que no cabe responsabilidad sin previo hecho ilícito, propio o de terceros. La dañosidad se refiere a las consecuencias que el ilícito causa. Daño es la lesión originada por el hecho. Siendo una derivación de éste, es lógico que el daño sea posterior en cuanto al nacimiento. Sin embargo, en la realidad se ve que ambos pueden emerger simultáneamente. La reparación de los daños morales reposa sobre estos elementos que dan origen, respectivamente a la teoría que fundamenta la reparación sobre la idea de pena privada y a la teoría que hace descansar la reparación en la idea de satisfacción. (Solf, 1945).

Así se tiene que para el Doctor Fernando de Trazegnies (De Trazegnies, 2003) “La indemnización del daño moral se asemeja más –consciente o inconscientemente- a una multa privada que a una reparación de perjuicio”, este autor explica que el daño moral “es en realidad un daño patrimonial económico; pero cubre todos esos aspectos en lo que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente”; por su parte en España Santos (1993) dice que “se dividen los autores en dos grupos. Para unos, la reparación del daño moral no difiere esencialmente de toda otra reparación (...). Para otros, esa pretendida reparación no es más que la aplicación de la idea de pena privada, explicándose por el sentimiento de venganza de la víctima y por la necesidad de sancionar todo acto culposo.

De otro lado, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitiva, doctrina a la que se adhiere nuestro Código Civil en su artículo 1322 al precisar que “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, lesión que resulta estimable pecuniariamente considerando la magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia (Código Civil, art. 1984), pues no hay que olvidar que el daño moral en sentido estricto, es aquel que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales sino afectando sentimientos, valores (56), o como diría Zannoni son estados del espíritu a consecuencia del daño.

Sin embargo, la propuesta de nuestro ordenamiento jurídico es considerar que la indemnización del daño moral es distinta al daño patrimonial, en éste último la responsabilidad civil cumple funciones de reparación pues tiene por finalidad reponer a la víctima al estado anterior al momento en el que ocurrió el evento dañoso mediante la asignación de utilidades de naturaleza económica que compensen su pérdida, mientras que en la indemnización del daño moral a pesar de la posición de algún sector de la doctrina que lo considera una pena privada, la posición mayoritaria es aquella que considera que su función es aflictiva consolatoria, es decir mitigadora por la imposibilidad de reparar ese daño en sentido estricto, en resumen, la finalidad de la indemnización del daño moral es compensar a la víctima a través del dinero, negar la posibilidad de esta indemnización implicaría que la víctima pretenda hacer justicia por sus propias manos.

En ese sentido, no cabe duda que para reemplazar una cosa por otra, para reparar o resarcir algo por algo, es necesario que ambas sean equivalentes, con el objeto de que la que reemplaza sea igual que la reemplazada, sin embargo, esta operación no puede funcionar en los casos de daños morales, por cuanto no puede equipararse dos magnitudes que serían incongruentes.

Por ello, el derecho a recurrido a otros medios adecuados para resolver el problema, como es por el aspecto pecuniario.

Así la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera; pues no puede medirse la cantidad del daño moral, no hay unidad de medida que pueda valorizar el daño moral. No es posible reponer el honor lesionado entregando otro honor que sería la única verdadera unidad de medida, sino el rol que cumple, es más bien *SATISFACTIVO*, en el sentido de que se repara el mal causado, aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas (Zannoni, s.f.). Aquí debe entenderse, que no se pretende que haya equivalencia entre daño y la reparación. Hay que tomar el problema con la relatividad propia de la limitación del espíritu humano y contentarse con una aproximación (Garofalo, s.f.), por eso se dice que el daño no podría valorarse sino en una medida siempre inferior a la realidad.

Por lo expuesto, coincidimos en señalar que el derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente (Zannoni, s.f.).

El daño puede repararse en dos formas: La restitución en especie y la indemnización pecuniaria.

a) La restitución en especie.- consiste en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de acaecer el hecho dañoso y consiste en una obligación de hacer.

b) La indemnización pecuniaria.- consiste en pagar una suma dineraria, que represente el valor del daño experimentado y se resuelve en una obligación de dar.

Es así, que, de esta clasificación, al producirse un daño, si nada dice, la reparación será en especie, caso contrario se optará por la indemnización pecuniaria si así lo desea. Por otro lado, se hace mención que existen ventajas del procedimiento de la reparación en especie, son las siguientes:

Satisface plenamente el ideal de la reparación del objeto dañado, volviendo las cosas al estado anterior, borrando el daño (Bueres, s.f.).

– Descarta el aspecto especulativo o lucrativo que puede significar la indemnización dineraria y los propios problemas de la moneda con la depreciación del signo, intereses, etc.

De estas dos ventajas mencionadas, dichas reparaciones son imposibles para casos de homicidio, lesiones, privación de la libertad, violación, rapto y otros, las cosas no pueden volver a ser como antes. Cabe decir que la reparación será dineraria solo cuando la reparación fuera materialmente imposible de hacerla en especie.

Según Orgaz, existen motivos para tomar la opción por el resarcimiento dinerario (Bueres, s.f.).

a) La reparación por el deudor puede efectuarse de manera deficiente y/o incompleta, dando lugar a nuevas cuestiones o reclamos toda vez que el responsable se muestre poco diligente o el acreedor disconforme con lo hecho.

b) El deudor puede no ser la persona más indicada para reparar los perjuicios causados por acción.

c) La reparación *in natura* constituye, la mayoría de las veces, una obligación de hacer y no de dar, por eso, si el responsable se rehúsa, no hay forma de conseguir que cumpla.

d) Al acreedor del resarcimiento es posible que le sea más útil el dinero, que la reparación de lo dañado o temer el incumplimiento de la nueva obligación de hacer, etc.

2.2.5 La valoración y la cuantificación del daño moral son operaciones distintas

Zannoni: en tanto el daño sustantiviza un concepto jurídico abstracto, la valoración y cuantificación de los daños (y de su indemnización) “implica ya, un esfuerzo de particularización de concreción”, lo cual supone “a partir de los elementos que nos proporciona el concepto jurídico abstracto, una suerte de individualización casuista que, no es ocioso señalarlo, presupone también generalizaciones derivadas de aquél (Zannoni, 2001).

Valorar el daño es determinar su entidad cualitativa; ello supone indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas (o carentes de valor) en la subjetividad del damnificado que derivan dicha minoración, y una vez valorado corresponderá cuantificar la indemnización, determinando cuanto deberá pagarse para lograr alcanzar una justa y equilibrada reparación por el daño causado (Guersi, s.f.).

Existen criterios doctrinales recogidos en algunas sentencias peruanas que tratan de crear parámetros a tomarse en cuenta al momento de la cuantificación del daño moral, sin embargo, generalmente las sentencias que cuantifican el daño moral resultan impredecibles por la falta de uniformidad de estos criterios, y muchas veces el texto de las mismas carecen de motivación que indique cuales son las razones por las que se han establecido los montos dispuestos en el fallo, es decir no se ha logrado una jurisprudencia clara que determine si considera que existen diferencias entre daño moral y daño a la persona, es más las sentencias penales cuando fijan un monto de reparación civil ni siquiera distinguen cuando se refieren a daños patrimoniales ni cuanto a daño moral, los magistrados peruanos no exigen la probanza del daño moral para poder cuantificarlo, siendo para ellos suficiente que haya una lesión o perjuicio

extramatrimonial para establecer un *quantum* sin criterio que permita establecer el por qué dicho monto; la jurisprudencia no se ha encargado de establecer qué elementos se deben analizar para determinar la magnitud del daño. Por otro lado, el abogado peruano no distingue en sus demandas cuánto pide por daño moral, de cuánto es lo que corresponde al daño patrimonial, ni demuestra el daño extramatrimonial sufrido.

Juan Espinoza Espinoza (67). Al estudiar la jurisprudencia peruana señala lo siguiente:

_ En materia Laboral las indemnizaciones fijadas en 11 sentencias van entre S/ 8 000,00 y S/ 30 000,00.

_ En materia penal al imponer los jueces indemnizaciones por todo concepto, es imposible discriminar un promedio para el daño moral.

_ En materia civil aprecia que un juez valora, sin mayor fundamento, la pérdida de un ojo en S/. 20 000,00 y unas quemaduras entre piernas de una ama de casa en S/. 25 000,00.

Vale decir si una persona en el Perú desea solicitar una indemnización por daño moral, no encontrará respuesta respecto al monto que presumible debería recibir tomando en cuenta las circunstancias de su caso, ni los elementos de prueba que debe recabar conforme a las exigencias del juez peruano, ya que no tiene elementos para determinar eficientemente si vale la pena o no afrontar un proceso judicial.

Según la doctrina existen dos formas de valoración y cuantificación del daño, una que determina la ley y otra que la determina el Juez dentro de un proceso judicial. En el caso peruano lo determina el Juez ya que no existen tablas de valoración. Sin embargo, existen criterio doctrinales recogidos en algunas sentencias que tratan de crear parámetros a tomarse en consideración al momento de la cuantificación mientras que algunos países de la comunidad europea para valorar y cuantificar por ende indemnizar, dirigen su mirada a la dignidad de la persona humana, pues este es el pilar fundamental de la legislación internacional, y su reconocimiento supera las fronteras continentales

para convertirse en una base de solidez universal. Ello no implica otra cosa que las lesiones sufridas por los seres humanos a su integridad deba ser necesariamente reparada independiente de las circunstancias o características individuales de la víctima.

Valorar el daño es establecer su entidad cualitativa (*aestimatio*), Zavala de Gonzáles refiere al respecto “La valoración es esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras” (Zavala, s.f.).

Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde equilibrar su repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos se debe proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización (*taxatio*) (Ascarelli, s.f.).

En cuanto al **daño patrimonial**, su valoración y cuantificación ofrece, por lo general, menos dificultades por cuanto la indemnización debe guardar razonable equivalencia con el detrimento o menoscabo económico producida a raíz del hecho generador de responsabilidad civil.

El problema es más delicado, cuando nos encontramos frente a una materia de **daño moral**, pues falta aquí un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización pecuniaria.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han establecido que procede la reparación del daño moral, dicho asunto no resulta pacífico en cuanto a cómo se debe comprender este concepto y bajo qué sistema y parámetros se aplicará su cuantificación.

Algunos consideran el daño moral en relación al bien jurídico afectado, y serían todos aquellos que tienen una importancia esencial en la vida de una persona, cuya lesión viola la tranquilidad espiritual, la paz, sus relaciones de vida, el honor, la tranquilidad; en consecuencia, no requieren más requisitos para su reparación que la prueba del ilícito y la titularidad del imputado.

Otros lo aprecian, para los efectos reparativos, en relación a sus efectos, entendiéndolo como una pérdida que va más allá del dolor que provoca, concretándose en una disminución profunda del ánimo, preocupaciones más allá de las normales o estados de irritabilidad que superan el propio dolor del **Daño**.

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

Para Díez-Picazo, el daño moral no debe ser “simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Para algunos, debería ser objeto de algún tipo de prueba. Es indudable que se debería incluir como parte del petitorio en la demanda y merecer una argumentación.

Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que, tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas.” (Diez, 1999).

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

En la imposibilidad de contar con parámetros o tablas destinadas a prestar información al Juez, algunas ideas importantes son las siguientes:

- a) El dolor físico causado por el ilícito.
- b) El impacto moral del hecho sobre la víctima.
- c) El tiempo de postración o convalecencia.
- d) Consecuencias de la lesión física o psíquica permanentes o temporales, parciales o totales.
- e) Condiciones personales de la víctima en especial su edad.

Entre la cuantificación y la valoración equitativa

Criterios para calcular o cuantificar los montos indemnizatorios

Precisamente, el problema se centra en la discusión acerca de los criterios a utilizar para la cuantificación del daño moral, tarea bastante difícil dada su naturaleza. Es claro que la solución dependerá de cada caso y de las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, no debiendo limitarse a cálculos puramente matemáticos (ello ha sido indicado por Ghersi).

Se pueden plantear, como ejemplo, a propósito de la valuación del daño moral, algunos criterios que han surgido en la jurisprudencia argentina. Para tal efecto, se manifiesta los que Ghersi precisa:

- a) El resarcimiento del daño moral no tiene por qué guardar proporción con la indemnización que se asigne, por ejemplo, por daño emergente. Así, si cada daño afecta bienes jurídicos distintos es natural que el resarcimiento de unos y otros no tenga por qué tener relación, más aún, cuando cabe la posibilidad de que se presente únicamente el daño extrapatrimonial.
- b) Su valuación no puede estar sujeta a cánones estrictos. En todo caso, se debe tener como meta la búsqueda del resarcimiento integral cuando ello sea posible.
- c) Debe valorarse, en su caso, la intensidad de la lesión física, la incertidumbre producida por la propia recuperación y los efectos en el

ámbito familiar. Así, corresponderá evaluar la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos.

d) La estimación del monto indemnizatorio queda finalmente a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares de cada caso.

Los criterios antes mencionados, son una muestra de la búsqueda por hacer objetivos los parámetros para cuantificar el daño moral.

Empero, en todo caso, devienen en una muestra de lo difícil que resulta la cuantificación.

Por su parte, la normativa nacional en responsabilidad extracontractual establece que es indemnizable el menoscabo producido tanto a la víctima como a su familia. Vienen a la mente los casos de sufrimiento y dolor de los familiares que son susceptibles de ser resarcidos.

Adicionalmente, se ha planteado que el daño moral no se agota en la esfera de la familia, considerada en estricto, sino que podría llevarse a la esfera de otro tipo de relaciones como el noviazgo o el concubinato (Taboada, s.f.). Se considera que la norma, en este punto, puede ser objeto de interpretación

2.3 Definición de términos

Cuantificación

Tasar, valorar, tantear.

Daño moral

Es la afectación a la esfera interna del sujeto que en los sentimientos, valores, que generan sufrimiento, manifestado en dolor, angustia, estrés, aflicción, humillación, etc. por el incumplimiento o inejecución de una obligación contractual.

Resarcir

Indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio. U. t. c. prnl.
Real Academia Española

Baremo

Cuaderno o tabla de cuentas ajustadas. (Real Academia Española).

Sentencia

Declaración del juicio y resolución del juez (Real Academia Española).

Perjudicado

Que ha sido víctima de daño o menoscabo material o moral. (Real Academia Española).

Contractual

Procedente del contrato o derivado de él. Real Academia Española ©
Todos los derechos reservados

Patrimonial

Perteneciente o relativo al patrimonio (Real Academia Española).

Perjudicado

Todo sujeto lesionado en sus derechos, bienes o intereses (Diccionario de Ciencias Jurídicas).

Extrapatrimonial

No patrimonial, inmaterial.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1 Tipo de investigación

Según el fin que persigue la investigación es de tipo básica, por el manejo de los datos se trata de una investigación mixta (cualitativa-cuantitativa).

3.1.2 Diseño de investigación

El diseño de investigación se consideró no experimental. Asimismo, fue longitudinal. Por el manejo de las variables es correlacional de la cuantificación del daño moral contractual, se realiza por la insatisfacción del perjudicado en la relación contractual con una indemnización insatisfactoria, producto de una decisión del juez de la causa, basada en el principio de equidad, a fin de determinar valores resarcitorios justos y que produzcan satisfacción de los perjudicados, mediante un análisis informativo de expedientes judiciales de procesos por indemnización de daños y perjuicios, en la jurisdicción de Tacna 2016 y 2017.

3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.2.1 Población

La población de estudio estuvo constituida por 15 abogados especializados en materia civil y 3 jueces.

3.2.2 Muestra

No se consigna muestra ya que se trabajó con el 100 % de la población.

3.3 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variable	concepto	indicador	Escala
El <i>quantum</i> del daño moral	De acuerdo Bustamante (1993), la esencia del daño moral o extrapatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última.	Medios probatorios	Muy alto
		Criterios de valoración	Alto
		Subjetividad en la decisión del juez	Regular
		Laguna de la norma	Bajo
Indemnización al perjudicado	El Derecho positivo ha optado por establecer reglas de indemnización que busquen compensar el daño padecido por la víctima a través de sumas de dinero que reflejen lo más objetivamente posible el valor del bien dañado.	Monto	Muy satisfactorio
		Satisfacción del resarcimiento del daño	Satisfactorio Regular Insatisfecho Muy insatisfecho

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.4.1 Técnicas de recolección de datos

En el presente estudio se aplicó la técnica de la encuesta dirigido a los abogados especializados en materia civil, con la finalidad de evaluar la cuantificación del daño moral contractual y la indemnización justa del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna. Además se aplicó la técnica documental, para recoger información sobre los casos referidos al daño moral y legislación comparada.

3.4.2 Instrumentos de recolección de datos

Para recoger información sobre la cuantificación del daño moral se utilizó el cuestionario dirigido a los abogados especializados en materia civil, Además se utilizó la ficha documental.

Para recoger información sobre la indemnización también se utilizó como instrumento el cuestionario y la ficha documental.

3.5 PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

- El procesamiento de datos se realizó mediante hoja de cálculo Excel y el software estadístico SPSS 22.0
- La presentación de la información, es mediante tablas de frecuencias y los gráficos de barras.
- El análisis de la información es mediante la aplicación de frecuencias relativas y absolutas. También se aplicaron medidas de tendencia central media, mediana y moda.
- La interpretación de los resultados se realizó mediante el método inductivo y deductivo.
- Para el análisis cualitativo se aplicaron los métodos inductivos, deductivos y sintético.
- Para el caso de la comprobación de las hipótesis se realizó el estadístico chi cuadrado.

CAPÍTULO IV

MARCO FILOSÓFICO

El presente trabajo de investigación se encuentra orientado en el paradigma positivista, debido a que el derecho es una ciencia positiva, que se relaciona con la filosofía Tridimensional del Derecho, hecho, valor y norma, Fernando de Trazegnies, sostiene sobre la responsabilidad extracontractual y contractual, debe de unificarse como Responsabilidad Civil, en el libro de obligaciones, dado que en el proyecto del Código Civil de 1984, el daño moral solo debía de indemnizarse excepcionalmente.

Al respecto, De Trazegnies (1974) dos fueron las razones por las que el Proyecto estimó necesario conservar (ilimitadamente) la institución a pesar de las críticas actuales. De un lado, el hecho de que, aun cuando se trate de una reminiscencia de sentimientos primitivos de venganza, un país tiene que darse un Código a su medida y si en el Perú la víctima de un “daño moral” espera que se le imponga una indemnización al culpable, es necesario que el Derecho atienda de alguna manera esta necesidad psicológica. De otro lado, a veces el daño moral sirve para indemnizar aquello que la doctrina a denominado “daños patrimoniales indirectos”, es decir, aquellos daños que, siendo económicos, son difícilmente valorizables: el demandante no puede probar su monto preciso. En estos casos (que implican un pseudo daño moral, pues se trata en realidad de daños económicos imprecisos), este instituto otorga al juez una discrecionalidad suficiente para incluir tales daños “a ojos de buen cubero”, sin necesidad de pruebas de los mismos.

Probablemente, la jurisprudencia adoptará un criterio razonablemente objetivo para identificar a la víctima moral: no exigirá una probanzadel efecto (lo que podría adquirir visos surrealistas) sino una cierta relación objetiva con la víctima

directa: pero tal relación debe entenderse de manera muy restringida (vinculación estrecha de parentesco, por ejemplo).

En la página 72 de su *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del derecho* (1997), el profesor Miguel Reale sostiene: “La Teoría tridimensional del Derecho, tal como la vengo desarrollando desde 1940; aunque entonces no emplease dicho término, se distingue de las demás, por ser concreta y dinámica, es decir, por afirmar que: a). Hecho, valor y norma están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica, ya sea estudiada por el filósofo, el sociólogo del Derecho o por el jurista como tal. (Silva, 2012).

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1 RESULTADOS DEL ANÁLISIS CUANTITATIVO DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL Y LA INDEMNIZACIÓN

Tabla 4

El Código Civil presenta lagunas y no establece criterios para cuantificar el daño moral

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No	0	0,0	0,0
Sí	27	100,0	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia encuesta

Interpretación

La Tabla 4 presenta la información sobre las lagunas que presenta el código civil y no establece criterios para cuantificar el daño moral, donde los resultados reportan que el 100 % de los abogados si y el 0 % no.

De la información anterior sobre la experiencia y la opinión de los abogados el Código Civil en el artículo 1322° que regula los preceptos del daño moral, no establece literalmente los criterios que se debe tener en cuenta para la administración efectiva de la justicia. De este modo se deja para que el juez subjetivamente realice y determine.

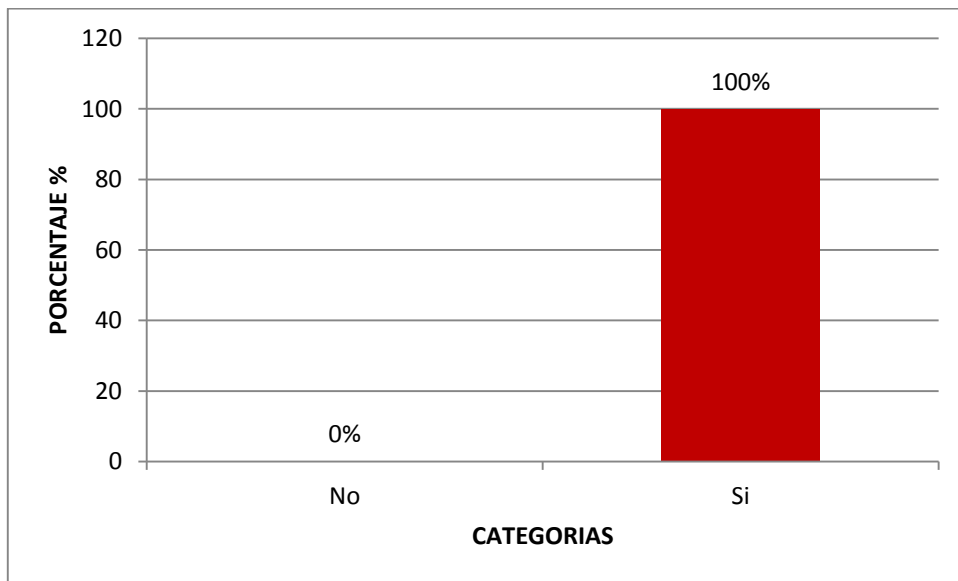


Figura 1. El Código Civil presenta lagunas y no establece criterios para cuantificar el daño moral

Fuente: Tabla 4

Tabla 5
Lagunas que se perciben en el Código Civil sobre el daño moral

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No establece claramente los criterios	13	48,1	48,1
No establece baremos	11	40,7	88,9
N/C	3	11,1	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: elaboración propia encuesta

Interpretación

La Tabla 5 presenta los resultados sobre las lagunas que se perciben en el código civil sobre el daño moral, donde se aprecia que el 48,1 % de los abogados sostienen que el código civil no establece claramente los criterios para determinar el daño moral, el 40,7 % señalan que tampoco establece los baremos para realizar dicha evaluación y el 11,1 % no contestó a la pregunta.

De la información anterior se deduce que existen prioritariamente dos lagunas en el código civil, uno que son los criterios para determinar el daño moral y segundo que tampoco se expone baremos para que el juez pueda tomar una decisión objetiva, esto en razón a que, el daño moral tiene varias acepciones poca claras en la doctrina nacional.

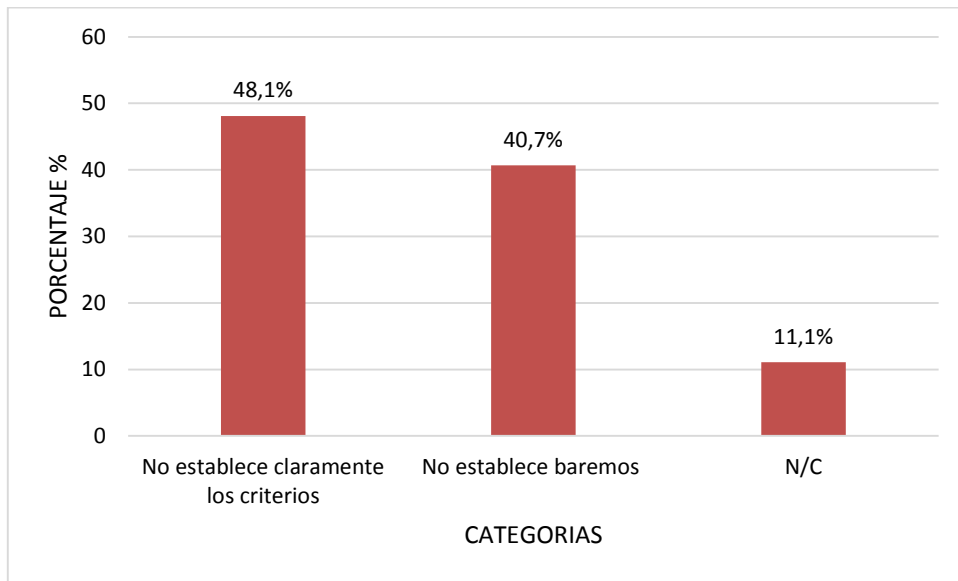


Figura 2. Lagunas que se perciben en el Código Civil sobre el daño moral

Fuente: Tabla 5

Tabla 6

¿Considera usted que realmente se puede determinar el daño moral en la víctima?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Sí	15	55,6	55,6
No	12	44,4	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 6 presenta los resultados a la pregunta: ¿Considera usted que realmente se puede determinar el daño moral en la víctima?, los resultados dan cuenta que: el 55,6 % de los abogados consideran que sí se puede determinar el daño moral y el 44,4 % no.

De la información anterior se deduce que la mayoría de los encuestados están de acuerdo que el daño moral sí se puede determinar, sin embargo, hay que realizar cambios en el actual Código Civil, estableciendo los criterios respectivos. Ahora un porcentaje de menor de 44,4 % consideran que se trata de un concepto muy subjetivo y no se podría determinar.

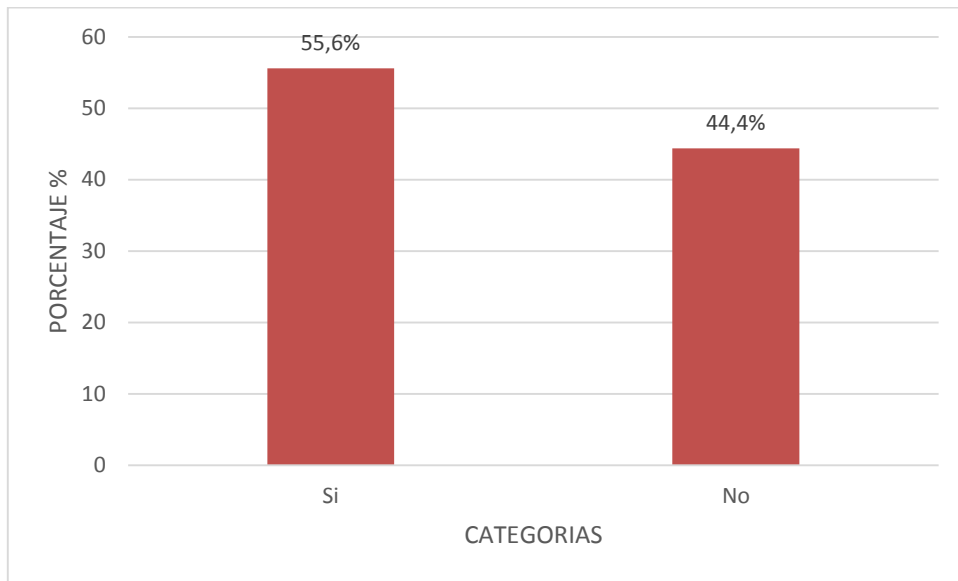


Figura 3. Considera usted que realmente se puede determinar el daño moral en la víctima

Fuente: Tabla 6

Tabla 7

¿Considera usted que realmente se puede valorar (cuantificar) el daño moral?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Sí	18	66,7	66,7
No	9	33,3	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 7 presenta la información referida a la pregunta *¿Considera usted que realmente se puede valorar (cuantificar) el daño moral?*, los resultados dan cuenta que el 66,7 % de los abogados consideran que sí se puede valorar y el 33,3 % no.

De esta información se deduce que la mayoría de los abogados afirman que el daño moral es valorable, en la medida que se establezcan los baremos respectivos junto a los criterios correspondientes. Sin embargo, existe un porcentaje bajo de abogados que consideran que este concepto establecido en el Código Civil es invaluable por ser muy subjetivo.

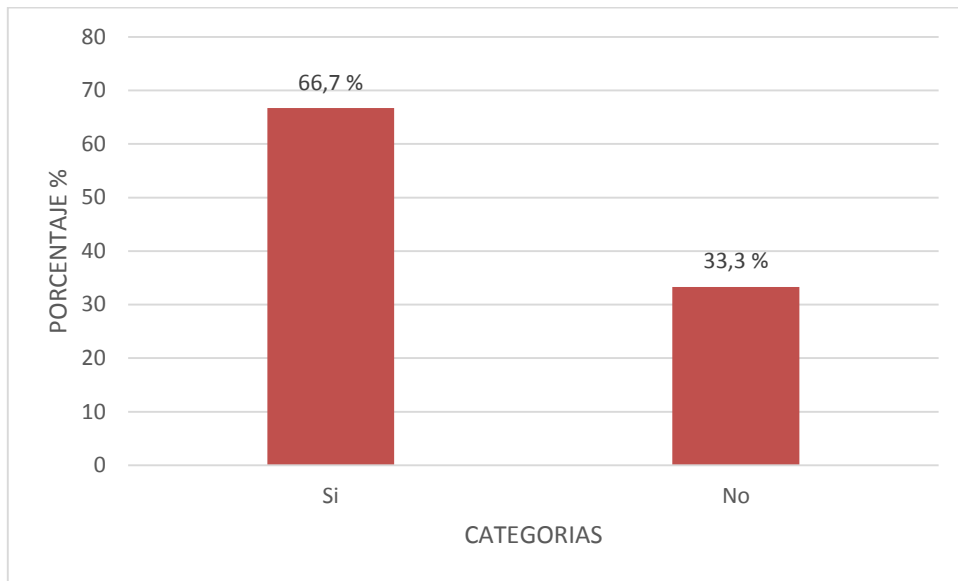


Figura 4. ¿Considera usted que realmente se puede valorar (cuantificar) el daño moral?

Fuente: Tabla 7

Tabla 8

El Código Civil deja mucha subjetividad al juez, porque no establece criterios para valorar el daño moral

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No	0	0,0	0,0
Sí	27	100,0	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 8 presenta los resultados sobre la pregunta ¿El Código Civil deja mucha subjetividad al juez, porque, no establece criterios para valorar el daño moral? Los resultados dan cuenta que el 100 % de los abogados contestaron sí y el 0% no.

De los resultados se deduce que categóricamente, los abogados afirman que los vacíos del Código Civil respecto a la valoración del daño moral, abren paso a la subjetividad en la decisión de los jueces, es decir que toman sus decisiones a sola apreciación.

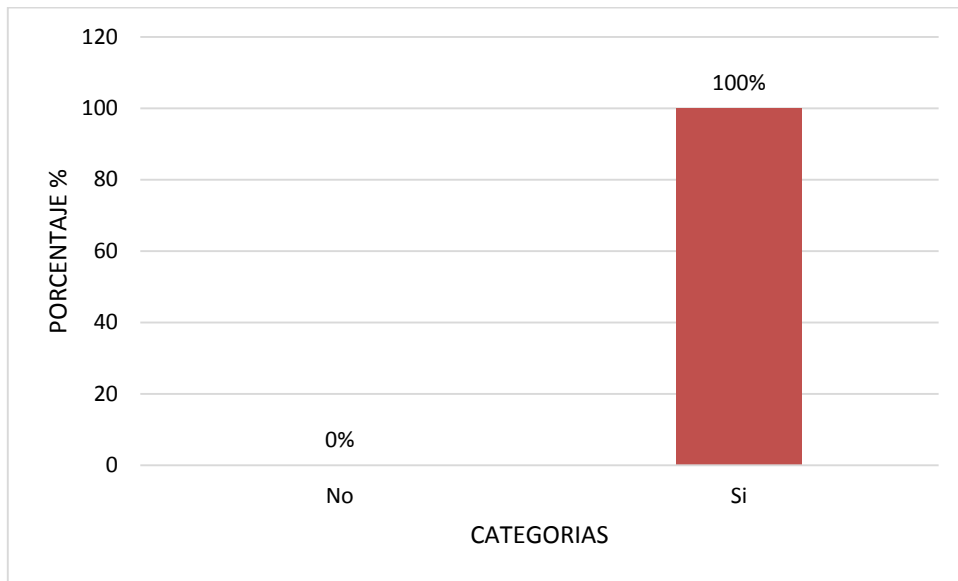


Figura 5. El Código Civil deja mucha subjetividad al juez, porque no establece criterios para valorar el daño moral

Fuente: Tabla 8

Tabla 9

Capacitación de los jueces para determinar y valorar el daño moral a discrecionalidad

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	5	18,5	18,5
No	22	81,5	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 9 presenta resultados sobre el nivel de capacitación de los jueces para determinar y valorar el daño moral a discrecionalidad. Donde se aprecia que el 18,5 % de los abogados sostiene que sí se encuentran capacitados y el 81,5 % no están capacitados.

De la información anterior se deduce que a opinión de los abogados especializados en esta materia los jueces no se encuentran capacitados para valorar y determinar el daño moral, dado que los vacíos del Código Civil no estable los criterios para dicho fin.

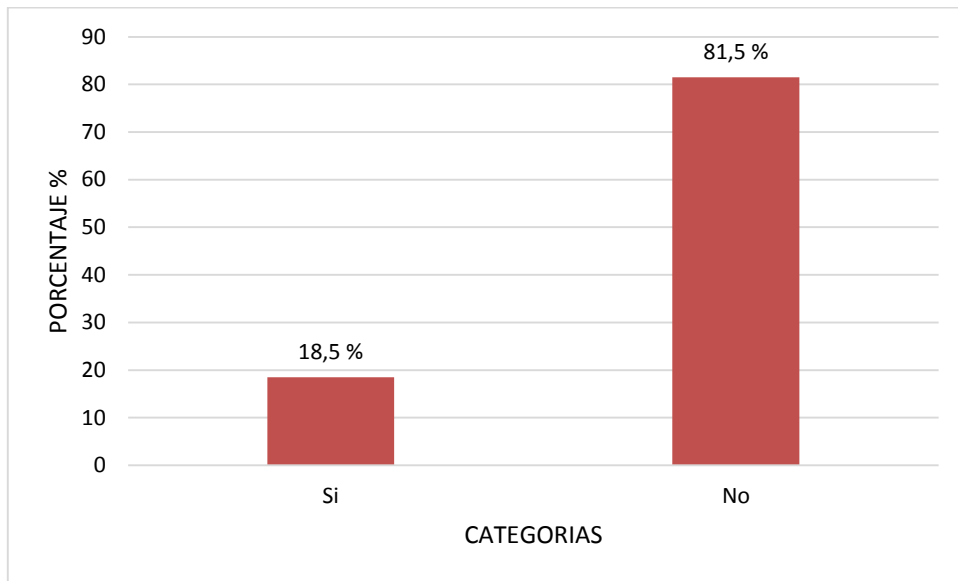


Figura 6. Capacitación de los jueces para determinar y valorar el daño moral a discrecionalidad

Fuente: Tabla 9

Tabla 10

Resarcimiento acorde con el daño moral ocasionado a la víctima

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Sí	24	88,9	88,9
No	3	11,1	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 10 presenta los resultados sobre el resarcimiento acorde con el daño moral ocasionado a la víctima, donde el 88,9 % de los abogados sostiene que en la mayoría de los casos no y el 11,1 % sí.

De la información anterior se deduce que el resarcimiento que reciben las víctimas en las sentencias por daño moral, estas no logran resarcir satisfactoriamente el daño causado a la víctima.

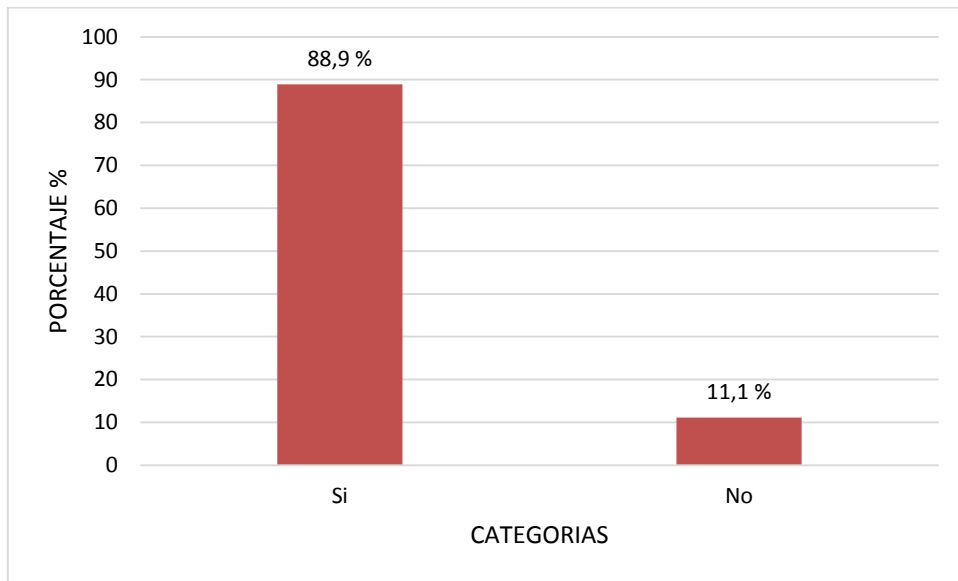


Figura 7. Resarcimiento acorde con el daño moral ocasionado a la víctima

Fuente: Tabla 10

Tabla 11

¿Considera que el daño moral se debe probar?

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Sí	18	66,7	66,7
No	9	33,3	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 11 presenta resultados sobre la pregunta: ¿Considera que el daño moral se debe probar?; desde la óptica de los abogados especializados el 66,7 % considera que sí se debe probar y el 33,3 % que no es necesario probar.

Los resultados anteriores revelan a opinión de los abogados que el daño moral en los procesos, sí deben probarse. Este resultado corrobora la doctrina general ya que, exige que “el daño moral debe ser acreditado siempre” y la jurisprudencia por el contrario ha sido contundente en afirmar que dada la particular naturaleza de éste, el perjuicio no patrimonial no puede ser objeto de prueba, o en el mejor de los casos debe ser presumido.

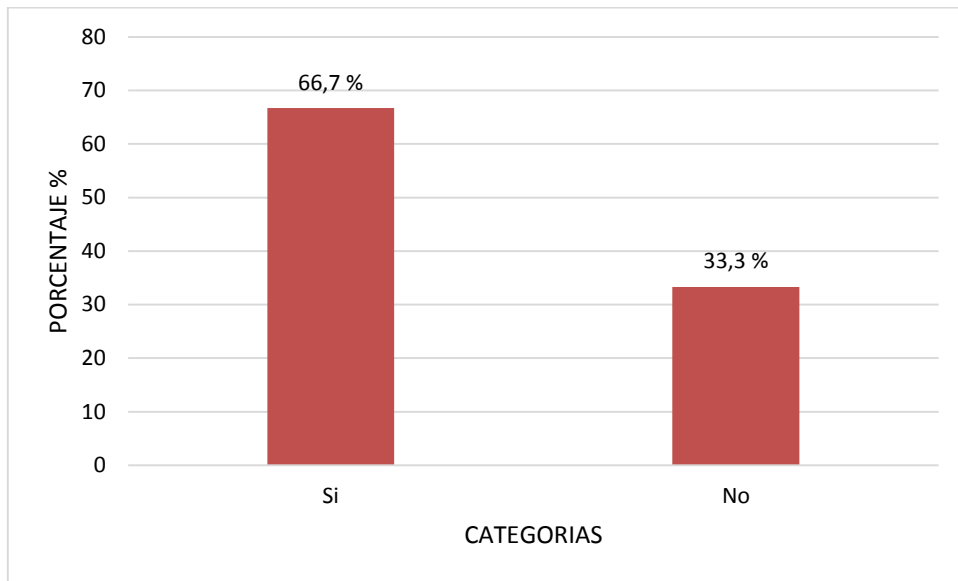


Figura 8. ¿Considera que el daño moral se debe probar?

Fuente: Tabla 11

Tabla 12

Medios probatorios para cuantificar el daño moral, según criterio de los abogados

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Considerar si es público o privado	3	11,1	11,1
Temporalidad del daño	2	7,4	18,5
Peritaje psicológico	9	33,3	51,9
Testigos	3	11,1	63,0
Documentar	3	11,1	74,1
No se puede establecer	1	3,7	77,8
Videos	3	11,1	88,9
N/C	3	11,1	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 12 presenta los resultados, los medios probatorios para cuantificar el daño moral, según criterio de los abogados; los resultados dan cuenta que: el 11,1 % se debe considerar si es público o privado, el 7,4 % la temporalidad del daño, el 33,3 % peritaje psicológico, el 11,1 % presentación de testigos, el 11,1 % documentar los motivos, el 3,7 % no se puede establecer, el 11,1 % presentación de videos y no contestaron 11,1 %

Como se puede apreciar, se esgrimen 7 alternativas como medios probatorios para cuantificar el daño moral de la víctima, de los cuales, la mayoría de los abogados se inclinan por el peritaje psicológico, así mismo, se esboza en las alternativas presentadas que el daño moral no requiere de un peritaje.

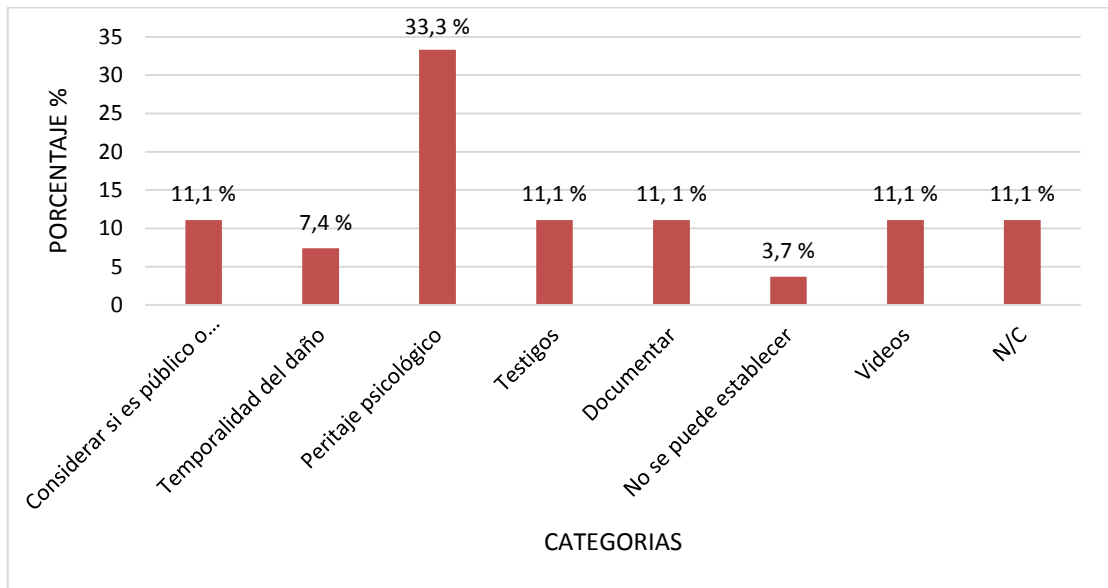


Figura 9. Medios probatorios para cuantificar el daño moral, según criterio de los abogados

Fuente: Tabla 12

Tabla 13

Nivel de subjetividad porcentual en las sentencias por daño moral

Nivel de subjetividad %	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
20,00 %	2	7,4	7,4
50,00 %	4	14,8	22,2
60,00 %	3	11,1	33,3
65,00 %	3	11,1	44,4
70,00 %	10	37,0	81,5
80,00 %	3	11,1	92,6
90,00 %	2	7,4	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 13 presenta los resultados sobre el nivel de subjetividad porcentual en las sentencias por daño moral, según opinión de los abogados el 22,2 % indica que existe hasta un 50 % de subjetividad y 77,8 % entre 50 % y 90 % de subjetividad en las sentencias que emiten los jueces, sobre el daño moral.

De los resultados anteriores se puede apreciar que existe un porcentaje alto (70 %) que los abogados aseguran existen en las sentencias que emite el juez y que derivan en indemnizaciones que no logran resarcir el daño moral ocasionado a la víctima. el daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto, la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez.

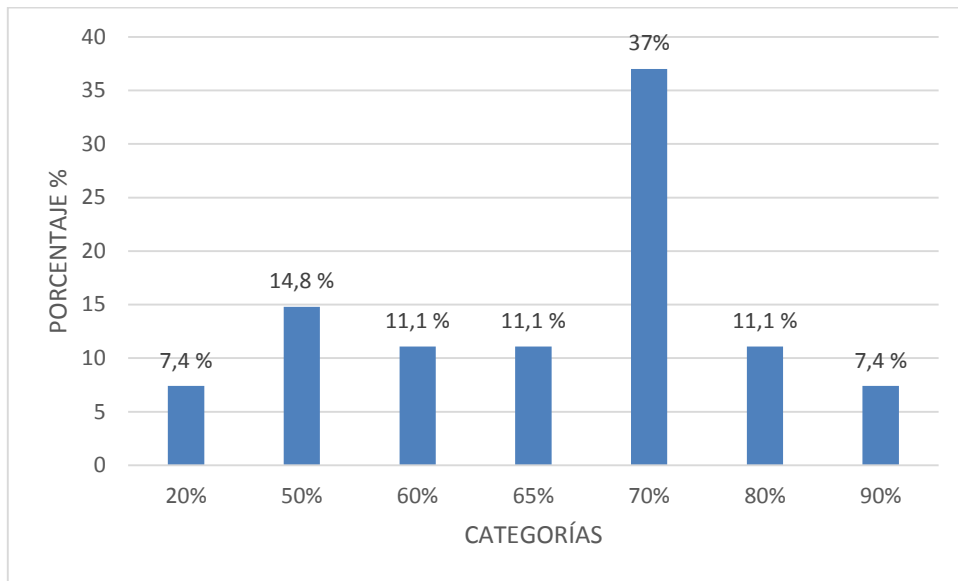


Figura 10. Nivel de subjetividad porcentual en las sentencias por daño moral

Fuente: Tabla 13

Tabla 14

Nivel de satisfacción de la indemnización recibida por los demandantes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Totalmente insatisfecho	9	33,3	33,3
Insatisfecho	15	55,6	88,9
Regularmente satisfecho	3	11,1	100,0
Satisfecho	0	0,0	
Muy satisfecho	0	0,0	
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 14 presenta resultados sobre el nivel de satisfacción de la indemnización recibida por los demandantes, donde se aprecia que el 33,3 % queda totalmente insatisfecho, el 55,6 % insatisfecho, el 11,1 % regularmente insatisfecho, el 0 % satisfecho y el 0 % muy satisfecho.

De esta información se aprecia que la mayoría de los casos las víctimas luego de la sentencia, quedan insatisfechos con la indemnización que determina el juez. También se aprecia que en ningún caso se vislumbra que las víctimas se satisfagan con lo que ordena el juez en estos extremos de la demanda.

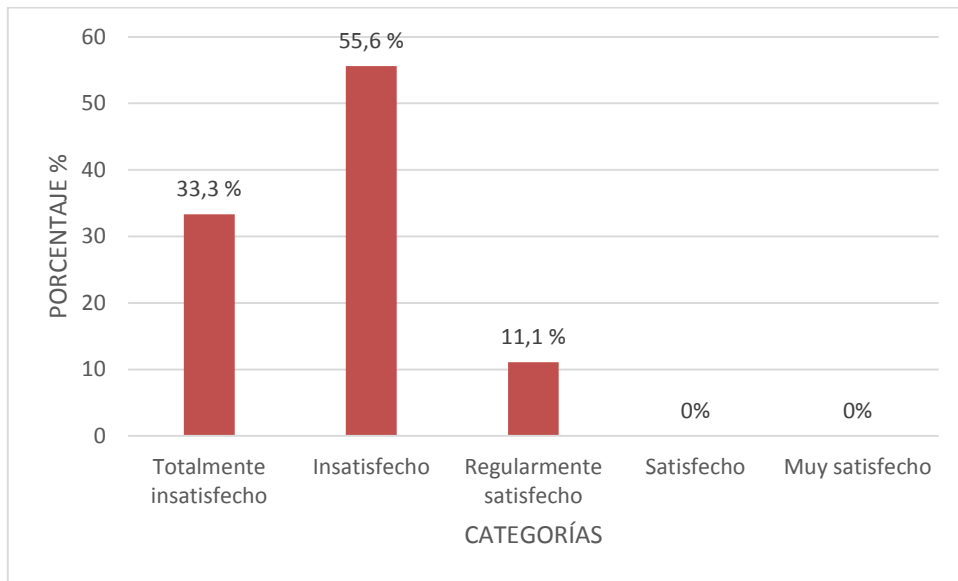


Figura 11. Nivel de satisfacción de la indemnización recibida por los demandantes

Fuente: Tabla 14

Tabla 15

Nivel porcentual en la sentencia sobre la pretensión económica del demandante

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
5,00%	1	3,7	3,7
10,00%	9	33,3	37,0
20,00%	4	14,8	51,9
25,00%	2	7,4	59,3
30,00%	8	29,6	88,9
40,00%	1	3,7	92,6
60,00%	2	7,4	100,0
Total	27	100,0	

Fuente: Elaboración propia, encuesta aplicada a los abogados

Interpretación

La Tabla 15 presenta los resultados sobre el nivel porcentual en la sentencia sobre la pretensión económica del demandante, donde se apreciamos que el 51,9 % de los abogados opinan que lo que dictamina el juez solo cubre entre el 5 % al 20 % de la demanda. El 48,1 % de los abogados sostiene que de la pretensión económica solo llega a cubrir entre el 25 % y 60 %.

De los resultados anteriores se deduce que lo que dictaminan los jueces en cuanto a la indemnización, no sobrepasa el 60 % de la indemnización real que les debería tocar a las víctimas, esto deja ver que la justicia no cumple con su cometido, en cuanto, estos asuntos del daño moral, debido a la subjetividad que compromete su real aplicación.

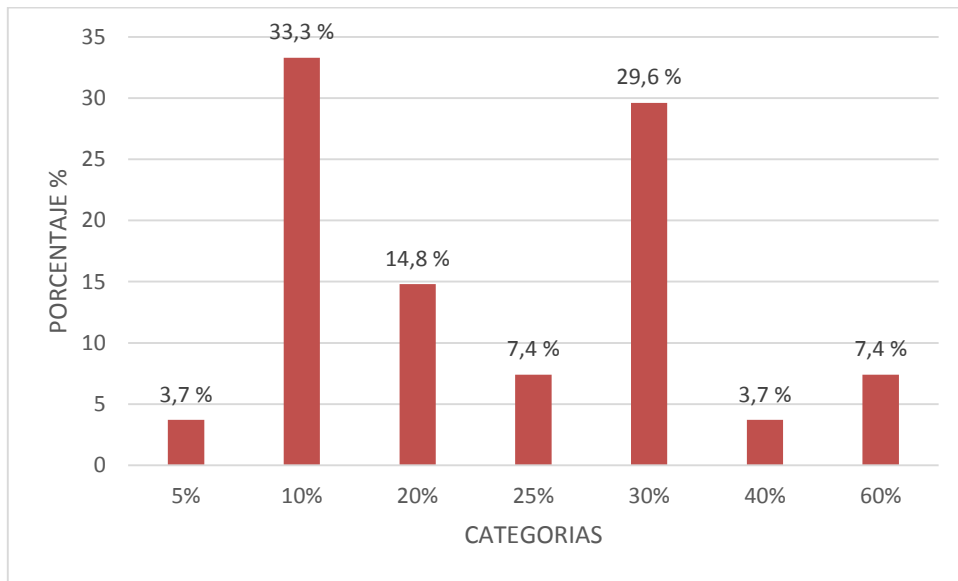


Figura 12. Nivel porcentual en la sentencia sobre la pretensión económica del demandante

Fuente: Tabla 15

5.2 RESULTADOS DEL ANÁLISIS CUALITATIVO DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL Y LA INDEMNIZACIÓN

5.2.1 Derecho comparado

A. Análisis de la legislación peruana

Para este cometido es preciso citar los articulados del código civil peruano que dice:

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015) sobre la indemnización por daño moral. Artículo 1322º.- “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. (p.436)

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015) sobre la valoración del resarcimiento. Artículo 1332º.- “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”. (p. 437)

Como se puede apreciar el artículo 1332 pone en un lugar de preferencia al juez o árbitro, porque sabe que en última instancia es él la única persona que, de acuerdo a su criterio indemnizatorio, deberá resolver en relación al monto pretendido en el proceso cuya resolución tendrá a su cargo. Entonces, los jueces tienen la posibilidad de aplicar el artículo 1332 con un criterio subjetivo, pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiéndose por tal a aquella que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del magistrado, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del juzgador ordenar resarcir.

B. Análisis de derecho comparado

La legislación nacional admite la reparación del daño moral con total amplitud, tanto en la órbita contractual como aquiliana, a diferencia de la Alemana e Italiana que reconocen resarcimiento al daño moral solo cuando está tipificado por el legislador.

Sin embargo, respecto de los damnificados indirectos, el artículo 1078 del Código Civil establece una gran restricción. Solo pueden reclamar en caso de muerte del damnificado directo, siempre y cuando gocen de la condición de ser potenciales herederos forzosos.

Del análisis de la legislación comparada se advierte que algunos ordenamientos han ampliado el listado de los legitimados, tal es el caso del Código Peruano que en su art. 1984 establece que: "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, p. 578); El derecho francés admite con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos (incluyendo en los precedentes jurisprudenciales a los amigos íntimos y concubinos de la víctima).

El Código de Venezuela funda el reconocimiento de la legitimación activa en el "parentesco". Dada esta visión generalmente aceptada en el derecho comparado, también los tribunales internacionales legitiman a los damnificados indirectos con criterio más amplio que el código argentino. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a ser indemnizado a la tribu a la cual pertenecían las víctimas de hechos de tortura y asesinatos.

En Chile se reitera con frecuencia que el daño moral consiste en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona. Entendido así, el perjuicio moral no es más que el *pretium doloris*, resolviéndose que los daños morales consisten

exclusivamente en el pesar, dolor o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; o que existen estos perjuicios cuando se lesionen los afectos o los “atributos o facultades morales del que sufre el daño; o que tal categoría de perjuicios consiste en “los sufrimientos físicos y psíquicos que el hecho (ilícito) ocasiona; llegándose, incluso, a usar la expresión “doloris pretium” para referirse al perjuicio moral.

En Cuba: El artículo 38 del Código Civil establece: “La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecten al patrimonio o al honor de su titular, confiere a titular o a sus causahabientes la facultad de exigir: El cese inmediato de la violación o la eliminación de ser posible, La retractación por parte del ofensor y/o la reparación de los daños y perjuicios causados. Conforme a los enunciados se alberga para algunos la posibilidad de reparación monetaria del daño moral, en el expresado artículo, pero sin embargo, no consta desarrollado este principio posteriormente, ignorando la ley civil la posibilidad de resarcir pecuniariamente el daño moral en los artículos reguladores de la responsabilidad civil jurídica. Véase el artículo 88 del mencionado cuerpo legal, donde se regula la forma en que puede hacerse efectiva la satisfacción del daño moral, en este caso, a través de la retractación del ofensor. Sin que se desarrolle otro elemento o argumento en relación a esta figura jurídica, que de forma dispositiva encuadre su contenido. No se determina incluso, qué se entiende por daño moral. En el orden procesal no precisa la norma rituarial civil, por cual proceso debe encausarse la demanda sobre reparación de daño moral, (referido a daños que no lleven aparejados la ocurrencia de delito, de ello se estará comentando luego), en todo caso el artículo 223 de la ley procesal, deja espacio para aquellos casos donde la ley no establezca procedimiento. Correspondiendo a la competencia de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial, conforme al artículo 6.6 de la propia ley. Aunque más factible sería un proceso sumario por su brevedad.

En España, la cuantificación del daño moral en el sistema jurídico es una cuestión ciertamente compleja. Quizás por su carácter subjetivo, atendiendo a la

específica repercusión que el mismo tiene para cada reclamante o tal vez por la dificultad intrínseca de probar cómo el hecho dañoso ha afectado a la víctima, en qué medida y de qué manera, con la consecuente dificultad a la hora de determinar cuál es la justa compensación por aquella zozobra o inquietud que perturba a esa persona. Al mismo tiempo, la unificación de criterios en cuanto al reconocimiento y valoración del daño moral se encuentra limitada por la propia peculiaridad del sistema judicial español, por cuanto el orden judicial competente dependerá del responsable del daño (particular o administración pública, jurisdicción civil o contencioso-administrativa) e incluso de la existencia o no de infracción penal (jurisdicción penal). A diferencia de otros países como Francia y exceptuando el ámbito de los daños causados a víctimas de accidentes de tráfico, no existen reglas que fijen las cuantías indemnizatorias en estos casos.

5.2.2 Estudio de casos

En la sentencia número 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992. Esta resolución ha sido retomada en la número 360 de las 11 horas 10 minutos del 3 de mayo de 2002

El establecimiento del *quantum* indemnizatorio viene a ser de vital importancia para las partes. Entonces, ya la Sala ha establecido las pautas que se deben seguir para que el Juez lo establezca. De esta manera, ha dicho:

Los parámetros o pautas que debe tener en consideración el juzgador al momento de definir el *quántum* indemnizatorio son de vital importancia, para no caer en reparaciones arbitrarias por su carácter exiguo, meramente simbólico, o excesivo. Así por ejemplo el juez debe ponderar la intensidad del dolor sufrido siendo ello un factor variable y casuista, por lo cual, debe acudir a la equidad; la gravedad de la falta cometida por el agente sin que ese factor sea determinante para acoger o rechazar la pretensión indemnizatoria; las circunstancias personales y repercusión subjetiva del daño moral en la víctima (estado económico patrimonial, estado civil, número de hijos y edad, posición social, nivel cultural, grado de cohesión y convivencia familiar, etc.); también debe

considerarse, de alguna manera, el estado patrimonial del agente, intensidad de las lesiones (vg. gravedad de las lesiones, tiempo de curación, secuelas temporales o permanentes etc.). Desde luego, tales pautas deben conjugarse con el prudente arbitrio del juez, su ciencia y experiencia. (p. 5)

Ello es acorde entonces, con lo que se ha dicho, que es claro entonces, que la cuantificación del daño moral subjetivo queda a la equitativa y prudente valoración del Juez. Ello porque, "... al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe."

En sentencia número 581 de las 11 horas 15 minutos del 17 de setiembre de 2003. En el mismo sentido ver a sentencia número 605 de las 10 horas del 26 de setiembre de 2003.

Sobre la actuación del juez ha dicho: que en esta labor, el juez debe conducirse en forma prudente, guiado por el influjo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, sin propiciar indemnizaciones abusivas.

Así, el juez, luego de esta labor, debe proceder a su cuantificación. Naturalmente los valores de la personalidad no admiten valoración en términos económicos, sin embargo, la única manera, reconocida por el ordenamiento, de paliar los efectos nocivos y antijurídicos ocasionados por la conducta dañosa, es el otorgamiento de una indemnización. No se hace con el fin de volver las cosas a su estado anterior, pues es imposible borrar las secuelas que el evento produjo, pero, al menos, le resarcirá por esas repercusiones gravosas que soportó injustamente. En esta labor, el juez deberá conducirse en forma prudente, guiado por el influjo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, sin propiciar indemnizaciones abusivas, pues ello entrañaría un lucro con los derechos de la personalidad, que por regla expresa (artículo 22 del Código Civil) está prohibido. (p. 4)

En sentencia Corte Suprema en la Cas. Nº 1545-2006-PIURA.

Respecto del daño moral señaló que,

“(…) atendiendo a que, no obstante la dificultad que existe para determinar con precisión el monto indemnizatorio en dinero, por daño moral, y que las instancias de mérito han expresado que no se ha aportado prueba concluyente respecto a dicho monto, además de que la entidad demandada ha alegado que no ha causado ninguna clase de daños al demandante, sino que ha actuado en ejercicio regular de un derecho, (…) empero por la forma y circunstancias de los hechos y la conducta procesal de ambas partes en conflicto, debe regularse la indemnización del daño moral con criterio prudencial y equitativo que faculta el artículo 1332 del mismo Código Sustantivo (…)” (el subrayado es agregado). (p. 2)

Lo anterior muestra cómo, para justificar el monto que se asigna por concepto de daño moral, se recurre al discurso del criterio “prudencial” y “equitativo”, lo cual si bien está legislativamente contemplado, no implica que deba ser meramente reproducido sin llenarlo de contenido y adecuarlo con criterios específicos al caso concreto.

En la Libertad en otro caso, resuelto mediante la Cas. Nº 5178-2006- La Libertad.

En el cual, a pesar de que la totalidad de los hechos no son expuestos en la sentencia, se puede deducir que se trata de un debate sobre si un Banco debía resarcir o no a un cliente, se señaló que:

(…) al haber considerado para elevar el *quantum* indemnizatorio, que respecto al daño moral, se puede determinar, que la accionante a partir del momento que se reportó una información errónea respecto de su persona, por el actuar negligente del banco, la conllevó a sufrir un detrimento en su persona, por cuanto vio (sic) afectada su imagen

financiera, ocasionándole molestias y perjuicios personales, puesto que se afectó su derecho a la dignidad, daño que debe ser reparado como daño moral por la aflicción producida a su persona; (...)"

En este pronunciamiento, no se cree que la falta de criterios para fijar la cuantía del daño moral se salve con la simple enumeración de los hechos específicos del caso en particular y las lesiones producidas, sin que de por medio se cuente con la racionalización y sistematización por parte del magistrado de los criterios necesarios para determinar un monto. La imprecisión y la incertidumbre son aún mayores cuando se constata que inclusive a nivel de Pleno.

CASO AROCUTIPA

1. Petitorio de la demanda:
2. Naturaleza de la demanda,
3. Requisitos de la indemnización por daños y perjuicios del daño moral:
4. Monto del daño moral requerido por el demandado
5. Fallo del juez
6. Análisis del caso.

DESARROLLO:

1. Petitorio de la demanda:

1.- El petitorio principal de la demanda está referida a la NULIDAD DE ACTO JURIDICO, se presenta COMO PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda, por la venta del 50d% del predio de la propiedad de demandante por haber comprado el 50d% de los derechos y acciones, la venta es considerada ilícita y jurídicamente imposible,

NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES, INDEMNIZACIÓN Y DESALOJO; contra **GILBERTO JOSE VILLANUEVA LÁZARO, CARMEN MAMANI Vda. de CRUZ y LUCY MARICELA CASTILLEJO PEÑA**, solicitando se declare la nulidad de la compra venta del 50 % de derechos y acciones que correspondía a Don Gilberto José Villanueva Lázaro a favor de Doña Carmen Mamani Vda. de Cruz sobre el

inmueble urbano signado como sub lote A, ubicado en la Mz. Y lote 7 y 8 de la Urbanización Bacigalupo Tacna, la compraventa del 50 % restante de derechos y acciones que correspondía a Don Gilberto José Villanueva Lázaro a favor de Doña Lucy Maricela Castillejo Peña sobre el inmueble urbano signado como sub lote A, ubicado en la Mz. Y lote 7 y 8 de la urbanización Bacigalupo Tacna.

Como pretensión principal, el fundamento jurídico de la nulidad se expresa en la ilicitud, su objeto jurídicamente imposible, causando perjuicio y daño al demandante en la venta del 50 % de su propiedad adquirida por acciones y derechos y de la simulación absoluta de la venta del otro 50 % de la propiedad, con la finalidad de perjudicar al demandado, está por su naturaleza corresponde a una relación extracontractual, se presenta por un acto doloso, tal como lo prescribe el artículo 1969º del Código Civil, como tal viene de un acto delictivo, por la venta de un inmueble de propiedad de otro, considerado como estelionato. Consecuentemente para el pago de una indemnización de DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL DAÑO MORAL, corresponde por la cantidad de doscientos ochenta mil con 00/100 soles (S/ 280 000,00), pretensiones que ha sido admitidas por el despacho, luego en la Audiencia Única se aprueba 1) Determinar si existe causal de nulidad en el acto jurídico de: a). la compra venta del 50 % de derechos y acciones que correspondía a Gilberto José Villanueva Lázaro a favor de Carmen Mamani Vda. De Cruz, b) la compra venta del 50 % de derechos y acciones que correspondía a Gilberto José Villanueva Lazaro a favor Lucy Maricela Castillejo Peña. 2) Determinar si existe causal de nulidad en el acto jurídico que contiene a) la escritura pública de compra venta y enajenación perpetua de acciones y derechos del 13 enero del 2012, b) la escritura pública de compra venta y enajenación perpetua de acciones y derechos del 28 de marzo de 2012, 3) determinar si procede la cancelación de los asientos registrales C00001 y C00002 de la partida número P11002126 del registro de Propiedad Inmueble, 4) determinar si procede amparar la pretensión de desalojo a efectos que los demandados desocupen la porción del inmueble ubicado en la calle Olga Grohoman Mz. I lote 7 y 8. 5) determinar si procede el pago de la suma de 280 000,00 soles como indemnización de daños y perjuicios a favor del demandante, resolviendo finalmente el pago de

estableciendo el mismo en la suma de cuarenta mil nuevos soles (S/. 40 000,00) de conformidad al artículo 1332 del Código Civil, por el principio de equidad.

2.- Naturaleza de la demanda

Con la presentación de la demanda se pretende la declaración de la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses o de una incertidumbre jurídica, como pretensión principal y alternativa o sucesiva; la NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, de la compra venta del 50 % de derechos y acciones que correspondía a Don Gilberto José Villanueva Lázaro a favor de Doña Carmen Mamani Vda. de Cruz sobre el inmueble urbano signado como sub lote A, ubicado en la Mz. Y lote 7 y 8 de la Urbanización Bacigalupo Tacna, la compraventa del 50 % restante de derechos y acciones que correspondía a Don Gilberto José Villanueva Lázaro a favor de Doña Lucy Maricela Castillejo Peña sobre el inmueble urbano signado como sub lote A, ubicado en la Mz. Y lote 7 y 8 de la Urbanización Bacigalupo Tacna.

Se procedió a la fijación de los puntos controvertidos: 1) Determinar si existe causal de nulidad en el acto jurídico de: a) la compra venta del 50 % de derechos y acciones que correspondía a Gilberto José Villanueva Lázaro a favor de Carmen Mamani Vda. de Cruz.

5) Determinar si procede el pago de la suma de 280 000,00 soles como indemnización de daños y perjuicios a favor del demandante.

DÉCIMO PRIMERO: En este extremo debe señalarse que si bien la demandante ha adquirido un área determinada del referido inmueble, sin que el vendedor previamente haya sub dividido el inmueble, debe tenerse presente que de conformidad al artículo 1529 del Código Civil, por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero, en este extremo de la compra venta otorgada por escritura pública de fecha treinta y uno de marzo del dos mil once, por la que Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Martina Arocutipa Mamani Vda. de Valdez un área de 167,75 metros cuadrados identificándolo como sub Lote A-2, concurren los elementos esenciales de la compra venta, en este sentido, la demandante es propietaria de un área de 167,75 metros cuadrados que corresponde a la mitad

del inmueble ubicado en la calle prolongación Olga Grohoman manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A, con un área de 335,50 metros cuadrados cuyo derecho de propiedad corre inscrito en la partida electrónica número 11002126 del Registro de propiedad inmueble de la Oficina Registral de Tacna;

VIGÉSIMO OCTAVO: Ahora bien en fecha veintiocho de marzo del dos mil doce Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña el 50 % de las acciones y derechos del inmueble ubicado en la Calle Prolongación Olga Grohmann manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A, sin embargo, conforme lo determinado en el precedente considerando a la fecha de celebración de esta escritura ya no tenía derecho de propiedad sobre el bien inmueble del cual vendía sus derechos y acciones, siendo así de aprecia con claridad que el demandado Gilberto José Villanueva Lázaro, al otorgar la escritura pública de compra venta a favor del Lucy Maricela Castillejo Peña, no era propietario de la mitad de la propiedad del referido inmueble que vendía en acciones y derechos, por lo que no era de su esfera patrimonial la propiedad que transfería; por lo que la demanda debe ser declarada fundada por esta causal y declarar la nulidad del acto jurídico de compra venta de derechos y acciones de fecha veintiocho de marzo del dos mil doce, por el cual Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña, el 50 % de las acciones y derechos con respecto a la totalidad del inmueble ubicado en la calle Prolongación Olga Grohoman manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A con un área de 335,50 metros cuadrados, inscrito en la partida electrónica número 11002126 del Registro de propiedad inmueble de la Oficina Registral de Tacna.

La presente se resuelve por la responsabilidad extracontractual, la pretensión nace de los actos ilícitos de la venta de un inmueble a la que no tenía derecho por haber sido vendido a la demandante, sin embargo, en la sentencia no se expresa explícitamente la causal de la nulidad, por lo que el daño se encontraba acreditado.

En la responsabilidad extracontractual debe de probarse el dolo o culpa, se refleja en el daño material causado por el acto delictivo o cuasi delictivo, por decir el homicidio, las lesiones, el hurto o robo, son actos dolosos, el accidente de tránsito, es un acto culposo, hechos materiales que vulneran o transgreden la norma, y valores de orden social, por no prever los actos que causan daño patrimonial y extrapatrimonial.

A diferencia de la responsabilidad contractual, esta responde a actos de incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que significa que son posteriores al contrato, pueden ser anteriores y al momento del contrato, se puede decir que pueden ser precontractuales, contractuales y poscontractuales, para hacer una distinción didáctica del incumplimiento o lesión del contrato.

RESUELTA la nulidad de la compra venta del 50 % de derechos y acciones que correspondía a Don Gilberto José Villanueva Lázaro a favor de Doña Carmen Mamani Vda. de Cruz sobre el inmueble urbano signado como sub lote A, ubicado en la Mz. Y lote 7 y 8 de la Urbanización Bacigalupo Tacna, constituye el NEXO DE CAUSALIDAD del daño por responsabilidad extracontractual, se expresa los daños causados, estos daños se expresan en patrimoniales y extrapatrimoniales, los primeros son cuantitativos por estar determinados por las pruebas ofrecidas, salvo casos en que debe de inferir la razonabilidad de la reparación del daño patrimonial, en cambio en los de orden extrapatrimonial, la cuantificación depende de la valoración del daño material y el criterio de equidad del juzgador, es subjetivo pero capaz de presentar una valoración razonable y no arbitraria o eniquitativa.

3. Requisitos del petitorio de indemnización de daños y perjuicios por el daño moral:

La demanda está dirigida a la reparación de un interés jurídicamente protegido, como es el derecho de propiedad del 50 % de la propiedad legítimamente adquirida por compra venta de acciones y derechos, y luego vendida a una tercera persona y la indemnización de daños y perjuicios por el daño moral.

Se tratará lo accesorio de las pretensiones, es la indemnización de daños y perjuicios y daño moral, por tratarse de una pretensión que depende de la pretensión principal y que además requiere de ciertos requisitos para determinar los daños ocasionados y la reparación a la víctima, se determina previamente los daños materiales para cuantificar el monto de la reparación, en cuanto a los daños extrapatrimoniales para determinar el monto de la reparación dependen generalmente de que se haya probado los daños patrimoniales ocasionados, al caso, el Juez en la Audiencia solo a determinado como punto controvertido determinar si procede el pago de la suma de 280 000,00 soles como indemnización de daños y perjuicios a favor del demandante. será motivo de comentario en las conclusiones de la sentencia.

Para Taboada Córdova la Responsabilidad Civil Contractual y extracontractual en su estructura debe de presentarse los siguientes requisitos:

a) La Antijuricidad

La conducta antijurídica en la pretensión principal se prueba en la nulidad de la Compra-Venta de los derechos y acciones del 50 %, del inmueble de la calle prolongación Olga Grohomann, manzana I, lote 07 y 08 de la Urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A, a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña.

Según lo dispuesto en el considerando se considera como causal de nulidad el derecho de propiedad del inmueble materia de la venta, deduciendo de la relación extracontractual la conducta antijurídica se trata de la violación de un derecho ajeno, como propio, argumento expuesto.

VIGÉSIMO OCTAVO: Ahora bien en fecha veintiocho de marzo del dos mil doce Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña el 50 % de las acciones y derechos del inmueble ubicado en la Calle Prolongación Olga Grohomann manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A, sin embargo, conforme lo determinado en el precedente considerando a la fecha de celebración de esta escritura ya no tenía derecho de propiedad sobre el bien inmueble del cual vendía sus derechos y acciones, siendo así se aprecia con claridad que el demandado Gilberto José Villanueva Lázaro, al otorgar la escritura pública de compra venta a favor del Lucy Maricela Castillejo Peña, no era propietario de la mitad de la propiedad del referido

inmueble que vendía en acciones y derechos, por lo que no era de su esfera patrimonial la propiedad que transfería; por lo que la demanda debe ser declarada fundada por esta causal y declarar la nulidad del acto jurídico de compra venta de derechos y acciones de fecha veintiocho de marzo del dos mil doce, por el cual Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña el 50 % de las acciones y derecho con respecto a la totalidad del inmueble ubicado en la Calle Prolongación Olga Grohomann manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A, con un área de 335,50 metros cuadrados, inscrito en la partida electrónica número 11002126 del registro de propiedad inmueble de la Oficina Registral de Tacna.

b) El daño causado

Se ha determinado la lesión de un derecho jurídicamente protegido, como es el derecho de propiedad al uso y disfrute de los bienes, la conducta que priva de estos derechos son contrarios a la norma jurídica, por lo tanto la conducta es antijurídica, las conductas antijurídicas son contrarias a las disposiciones normativas que protegen los derechos de las personas con la finalidad de una convivencia en paz y justicia, estas conductas que transgreden la norma jurídica causan daños, por ser conductas ilícitas, estas según el caso no se ha determinado el grado de la conducta si esta es por culpa leve, culpa grave, o dolo, de este modo no es posible determinar una cuantificación en la responsabilidad extracontractual,

c) La relación de causalidad

Lo dispuesto en la sentencia establece la relación de causalidad en la venta del inmueble o los derechos y acciones del 50% de la propiedad, relacionada a una conducta ilícita de naturaleza extracontractual, se entiende el nexo de causalidad en un acto delictivo en contraposición a la relación causal con responsabilidad contractual en una acción civil, por lo que la culpa o dolo es de naturaleza civil, determinada por el incumplimiento, de las obligaciones voluntaria o consiente e involuntaria , culposa o dolosa.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, a tenor del artículo 1322 del Código Civil, el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento, entendiéndose en nuestro medio, que el daño moral es daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica¹, por lo que se ha señalado el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona, por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona², en este caso si se ha acreditado la existencia de daño moral a la demandante, por el hecho que la venta por parte del demandado Gilberto José Villanueva Lázaro, a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña, habiéndose determinado que debe declararse fundada la demanda sobre la nulidad del acto jurídico suscrito entre los mismos.

d) Factores de atribución.

Los factores de atribución en la responsabilidad extracontractual están determinadas por el dolo, la culpa o el riesgo, en cambio en la responsabilidad contractual es el dolo y la culpa, contenidas en el incumplimiento de la obligación contractual.

Al caso el factor de atribución se encuentra en la venta de un inmueble o derechos y obligaciones de un inmueble ajeno a la propiedad del demandado, conducta ilícita de carácter doloso, debido a que el demandado tenía pleno conocimiento que la venta no era de su propiedad y pretendía dejar sin ningún derecho a la demandante.

4.- Monto del daño moral requerido por el demandado:

Se ha resuelto por la cantidad de S/ 40 000,00 (cuarenta mil nuevos soles), considerando como consecuencia del hecho lesivo, por responsabilidad

¹ Osterlin y Cárdenas, citados por Espinoza Espinoza Juan, en Derecho de las personas, Editorial Rodas quinta edición 2008, segundo tiraje, Lima, Pág. 485.

² CAS. N° 1529-2007-LIMA, en dialogo con la jurisprudencia 153 tomos.

extracontractual, por el hecho de haber vendido el demandado el 50 % de los derechos y acciones de la propiedad de la demandante.

Considera no se necesita probar el daño moral, por haberse producido como consecuencia de un hecho lesivo, y lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil, invocando una norma de la responsabilidad civil contractual.

“ valorización del resarcimiento Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

CUADRAGÉSIMO: En este extremo el artículo 1984 del Código Civil, señala que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, apreciándose en este caso que la demandante en su petitorio solicita un monto indemnizatorio de doscientos ochenta mil con 00/100 soles (S/ 280 000,00); debiendo tenerse presente que la doctrina nacional señala que “hoy la controversia sobre el daño moral se encuentra circunscrita no a su procedencia, pues la misma ya es aceptada, sino a su determinación y valoración. Al respecto, ***cabe advertir que, por su propia naturaleza, los daños morales no tendrían que ser probados, pues se presume que se produjeron como consecuencia del hecho lesivo***³, igualmente la Corte Suprema de la República ha señalado que “basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor e indemnización por daño moral”⁴, por lo que habiéndose alegado la existencia de daño moral, por el sufrimiento que ha implicado la venta de lo que ya estaba en su esfera patrimonial, es que debe otorgarse la reparación de daño moral a favor de la demandante, **estableciendo el mismo en la suma de cuarenta mil nuevos soles (S/. 40 000,00) de conformidad al artículo 1332 del Código Civil**, por el principio de equidad, por lo que si el resarcimiento

³ Diálogo con la Jurisprudencia 165 Tomos, Tomo 158 - Noviembre 2011, función compensatoria y punitiva del daño moral extracontractual. Comentarios a la Cas. N° 1526-2009-Junín.

⁴ Casación N° 4917-2008-LA LIBERTAD, en 165 Tomos - Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 137 - Febrero 2010, no es necesario probar el sufrimiento para ser indemnizado por daño moral.

del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa y considerando que el daño moral puede resultar incuantificable, se debe proceder a determinar un monto de indemnización considerando lo establecido en el artículo 1984 del Código Sustantivo.

5. Fallo del juez

F A L L A: DECLARANDO.-----

PRIMERO: FUNDADA EN PARTE la demanda de fojas cincuenta y seis a setenta y cinco, subsanada a fojas setenta y tres a setenta y cinco, sobre **NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES, INDEMNIZACIÓN Y DESALOJO**, interpuesta por **MARTINA AROCUTIPA MAMANI Vda. DE VALDEZ**, contra **GILBERTO JOSE VILLANUEVA LÁZARO, CARMEN MAMANI Vda. de CRUZ y LUCY MARICELA CASTILLEJO PEÑA**, con incorporación al proceso en calidad de **LITIS CONSORTE NECESARIO PASIVO**, a la Empresa LOGÍSTICA INTEGRAL SUDAMERICANA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA; **DECLARANDO NULO** el acto jurídico y la escritura pública que la contiene, de compra venta de derechos y acciones de fecha veintiocho de marzo del dos mil doce, por la cual Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña, el 50 % de las acciones y derechos con respecto a la totalidad del inmueble ubicado en la Calle Prolongación Olga Grohomann manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A inscrito en la partida electrónica número 11002126 del Registro de propiedad inmueble de la Oficina Registral de Tacna, por la causal de objeto jurídicamente imposible **y se dispone la NULIDAD Y CANCELACIÓN** del asiento C00002 de la partida registral número 11002126 del registro de propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Tacna, debiendo cursarse los partes respectivos.---

SEGUNDO: FUNDADA la demanda de fojas cincuenta y seis a setenta y cinco, subsanada a fojas setenta y tres a setenta y cinco sobre la pretensión accesoria de desalojo contra Lucy Maricela Castillejo Peña, en consecuencia **ORDENO** que la demandada **LUCY MARICELA CASTILLEJO PEÑA**, desocupe y restituya a favor de la demandante, la posesión del área que ocupa del inmueble ubicado en la Calle Olga Grohomann manzana I, lote 07-08 de la Urbanización Aldo Bacigalupo; dentro del sexto día de notificada, bajo apercibimiento de lanzamiento.-----

TERCERO: FUNDADA la pretensión accesoria de indemnización por daño moral, de la demanda a fojas cincuenta y seis a setenta y cinco, subsanada a fojas setenta y tres a setenta y cinco sobre, disponiendo el pago solidario por parte de los demandados Gilberto José Villanueva Lázaro y Doña Lucy Maricela Castillejo Peña, de la suma de cuarenta mil nuevos soles (S/. 40 000,00), a favor de la demandante.----

CUARTO: INFUNDADA la demanda contra **DOÑA CARMEN MAMANI VDA. DE CRUZ y GILBERTO JOSÉ VILLANUEVA LAZARO**, sobre la pretensión de **NULIDAD DE ACTO JURIDICO** de compra venta contenido en la escritura pública de compra venta de fecha trece de enero del dos mil doce, **CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES** del asiento C00002 de la partida registral número 11002126 del registro de propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Tacna y contra la primera de las nombradas sobre **DESALOJO e INDEMNIZACIÓN**.-----

QUINTO: INFUNDADA la demanda contra **DOÑA LUCY MARICELA CASTILLEJO PEÑA Y GILBERTO JOSÉ VILLANUEVA LAZARO**, sobre la pretensión de **NULIDAD DE ACTO JURIDICO** de la escritura pública de fecha veintiocho de marzo del dos mil doce, por las causales de ser contrarios a las normas y leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres; la ausencia de manifestación de voluntad y simulación absoluta.-----

SEXTO: IMPROCEDENTE la demanda de fojas cincuenta y seis a setenta y cinco, subsanada a fojas setenta y tres a setenta y cinco, sobre **NULIDAD DE ACTO JURÍDICO**, interpuesta por **MARTINA AROCUTIPA MAMANI Vda DE VALDEZ**, contra **GILBERTO JOSE VILLANUEVA LAZARO, CARMEN MAMANI Vda. de CRUZ y LUCY MARICELA CASTILLEJO PEÑA**, por la causal de objeto ilícito.-----

SETIMO: IMPROCEDENTE la demanda contra la incorporada Empresa LOGÍSTICA INTEGRAL SUDAMERICANA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA.-----

OCTAVO: INFUNDADA, la reconvencción propuesta por **CARMEN MAMANI VDA. DE CRUZ** a fojas ciento once y siguientes, subsanada a fojas ciento setenta y cuatro, sobre **NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO y del DOCUMENTO DE TESTIMONIO DE ESCRITURA PÚBLICA** N° 0416667 de fecha 31 de marzo de 2011, contra **GILBERTO JOSE VILLANUEVA LÁZARO y MARTINA AROCUTIPA MAMANI Vda DE VALDEZ**. Con costas y costos a favor de la demandante a cargo de los demandados Gilberto José Villanueva Lázaro y Lucy Maricela Castillejo Peña; exonerando a Doña Carmen Mamani Vda. de Cruz del pago de costas y costos por su reconvencción y exonerar a la demandante por la demanda infundada contra la última de las señaladas;

Al escrito con registro N° 10705-2017: Téngase presente el domicilio procesal y casilla electrónica de la demandada Carmen Mamani Vda. de Cruz, **al primer otrosí:** estese a la presente resolución; **al segundo otrosí:** téngase presente.-----

Así lo pronunció, mandó y firmó en el Despacho de este Juzgado. **Tómese Razón y Hágase Saber.**-----

6. Análisis del caso Arocutipa

a).- El juez resolvió declarar NULO el acto jurídico y la escritura pública que la contiene, de compra venta de derechos y acciones de fecha veintiocho de marzo del dos mil doce, por la cual Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña, el 50 % de las acciones y derechos con respecto a la totalidad del inmueble ubicado en la Calle Prolongación Olga Grohmann manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A inscrito en la partida electrónica número 11002126 del Registro de propiedad inmueble de la Oficina Registral de Tacna,

FUNDADA la demanda de fojas cincuenta y seis a setenta y cinco, subsanada a fojas setenta y tres a setenta y cinco sobre la pretensión accesoria de desalojo contra Lucy Maricela Castillejo Peña, en consecuencia **ORDENO** que la demandada **LUCY MARICELA CASTILLEJO PEÑA**, desocupe y restituya a favor de la demandante, la posesión del área que ocupa del inmueble ubicado en la Calle Olga Grohoman manzana I, lote 07-08 de la Urbanización Aldo Bacigalupo; dentro del sexto día de notificada, bajo apercibimiento de lanzamiento.-----

FUNDADA la pretensión accesoria de indemnización por daño moral, de la demanda a fojas cincuenta y seis a setenta y cinco, subsanada a fojas setenta y tres a setenta y cinco sobre, disponiendo el pago solidario por parte de los demandados Gilberto José Villanueva Lázaro y Doña Lucy Maricela Castillejo Peña, de la suma de cuarenta mil nuevos soles (S/ 40 000,00), a favor de la demandante.----

Considera el Juez que la compra venta de los derechos y acciones, son causa de un acto ilícito, por su naturaleza de responsabilidad civil extracontractual, que además considera que el daño moral no se encuentra probado, por lo que invoca una norma de la responsabilidad civil contractual.

b).- Opinión de análisis sobre el monto signado.....

Al caso, el juez no determinó el monto del petitorio, realizando una debida motivación, así como no se ha determinado el daño causado en los medios de prueba actuados, la conducta de las partes, respecto a la responsabilidad civil extracontractual según lo dispuesto en el artículo 1969° del Código Civil, prescribe que son responsable por el daño causado, por DOLO O CULPA, las acciones comisivas u omisivas. Está obligado a una indemnización, en lo particular es que el autor está obligado a descargar el dolo o culpa.

En cuanto a la reparación del daño moral debe de resolver la magnitud y menoscabo personal de la víctima o de su familia, no está relacionada con el valor del daño material o patrimonial, por lo que las fórmulas de cuantificación es distinta a la reparación del daño moral de responsabilidad contractual, este esquema se aplica de conformidad con el artículo 1984° del Código Civil.

No se ha determinado la acción ilícita si esta se ha producido por una conducta dolosa o culposa, la causa del acto ilícito sostenido en una norma de derecho material, solo se ha recurrido a la actuación de los medios probatorios.

La diferencia en la pretensión de S/ 280,00 no está debidamente fundamentada, conforme a derecho, la valoración del juez a S/ 40 000,00 no tiene ningún fundamento jurídico de la responsabilidad contractual por lo que se presenta una determinación judicial injusta e inequitativa.

A diferencia de la responsabilidad contractual que determina el daño en la inexecución de las obligaciones contractuales, por incumplimiento tardío, parcial o defectuoso, por dolo o culpa, del obligado, está contenida en lo dispuesto en el artículo 1331° y 1332° del Código Civil, otorgándole al Juez una valoración equitativa.

VIGÉSIMO OCTAVO: Ahora bien en fecha veintiocho de marzo del dos mil doce Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña el 50 % de las acciones y derechos del inmueble ubicado en la Calle Prolongación Olga Grohomann manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A, sin embargo, conforme lo determinado en el precedente considerando a la fecha de celebración de esta escritura ya no tenía derecho de propiedad sobre el bien inmueble del cual vendía sus derechos y acciones,

siendo así se aprecia con claridad que el demandado Gilberto José Villanueva Lázaro, al otorgar la escritura pública de compra venta a favor del Lucy Maricela Castillejo Peña, no era propietario de la mitad de la propiedad del referido inmueble que vendía en acciones y derechos, por lo que no era de su esfera patrimonial la propiedad que transfería; por lo que la demanda debe ser declarada fundada por esta causal y declarar la nulidad del acto jurídico de compra venta de derechos y acciones de fecha veintiocho de marzo del dos mil doce, por el cual Gilberto José Villanueva Lázaro vende a favor de Lucy Maricela Castillejo Peña el 50 % de las acciones y derecho con respecto a la totalidad del inmueble ubicado en la Calle Prolongación Olga Grohomann manzana I lote 07 y 08, urbanización Bacigalupo Tacna, sub lote A, con un área de 335,50 metros cuadrados, inscrito en la partida electrónica número 11002126 del registro de propiedad inmueble de la Oficina Registral de Tacna.

5.3 PRUEBA DE HIPÓTESIS

A. Nivel de significancia

$$\alpha = 0,05$$

B. Estadístico seleccionado

Teniendo en cuenta que ambas variables son cualitativas, seleccionamos el estadístico Chi cuadrado de Pearson.

C. Regla de decisión

Si p valor $>$ α se acepta H_0

Si p valor $<$ α se rechaza H_0

D. Planteamiento de hipótesis

H1: La cuantificación del daño moral contractual influye significativamente en la indemnización justa del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna.

Ho: La cuantificación del daño moral contractual no influye significativamente en la indemnización justa del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna.

E. Reporte de resultados con SPSS

	Valor	gl	Sig. asintótica (2 caras)
Chi-cuadrado de Pearson	32,135 ^a	20	0,0
Razón de verosimilitud	26,419	20	0,1
N de casos válidos	27		

F. Decisión

A un nivel de alfa de 0,05 se obtiene para chi cuadrado un $p = 0,04$, lo cual, indica que $p < 0,05$; por tanto, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alterna. En consecuencia, queda demostrado que existe relación significativa entre la cuantificación del daño moral contractual y la indemnización justa del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna.

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN

La investigación tiene por objeto determinar de qué manera la cuantificación del daño moral contractual influye en la indemnización del perjudicado en los procesos judiciales de la Competencia Territorial de Tacna, en el año 2017. Los resultados cuantitativos dan cuenta en la Tabla 1 que el 100 % de los abogados establecen que el código civil presenta lagunas y no establece criterios para realizar una real cuantificación del daño moral, de este modo en la Tabla 5 se aprecia que 100 % de los abogados afirman que los vacíos del código civil, abren paso a la subjetividad en la decisión de los jueces, es decir que toman sus decisiones a sola apreciación. Las lagunas que se presentan en el código civil según la Tabla 2 son: los criterios para determinar el daño moral y segundo la falta de baremos como para que el juez realice una valoración más objetiva. Estos vacíos también devienen en muchos de los casos resueltos en resarcimientos injustos en favor de las víctimas (Tabla 7); Adicionalmente (Tabla 10), el 22,2 % de los abogados indica que existe hasta un 50 % de subjetividad y el 77,8 % entre 50 y 90 % de subjetividad en las sentencias que emiten los jueces, en el resarcimiento del daño moral. En la investigación realizada por García (2015) también concluye que la determinación del monto del daño producido es sumamente complicada, por cuanto hacerlo implica un alto grado de discrecionalidad por parte del juez, quien no cuenta con una forma certera para establecer el valor determinado de estos, llegando a determinar montos extremadamente dispares en casos similares para solucionar procesos de indemnización por daños. Ahora en cuanto a la indemnización (Tabla 11) en la mayoría de los casos (88,9 %) las víctimas quedan insatisfechas con las sentencias de indemnización que determina el juez; la Tabla 12 aporta información sobre cuanto cubre la indemnización que otorgan los jueces, donde se deduce que solo entre el 5 % y 20 % logra cubrir la indemnización otorgada sobre la pretensión económica de la demanda. En este extremo García (2015)

también concluye que no existen incentivos para la parte afectada en un incumplimiento contractual cuando se tiene que recurrir a nuestras cortes, a causa de las numerosas deficiencias de nuestro sistema judicial, dado que la solución propuesta por la Jurisprudencia nacional al cálculo del daño es negativa, no existiendo reglas y criterios claros para resarcir adecuadamente los daños producidos como consecuencia de un incumplimiento.

El análisis de cualitativo sobre la base de la metodología de derecho comparado deja ver que los jueces tienen la posibilidad de aplicar el artículo 1332 con un criterio subjetivo, pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, en Cuba según el código civil se alberga para algunos la posibilidad de reparación monetaria del daño moral, en el expresado artículo, pero sin embargo, no consta desarrollado este principio posteriormente, ignorando la ley civil la posibilidad de resarcir pecuniariamente el daño moral en los artículos reguladores de la responsabilidad civil jurídica. En España, la cuantificación del daño moral en el sistema jurídico es una cuestión ciertamente compleja, por su carácter subjetivo, por lo que tiene para cada reclamante la dificultad intrínseca de probar cómo el hecho dañoso ha afectado a la víctima, en qué medida y de qué manera, con la consecuente dificultad a la hora de determinar cuál es la justa compensación por aquella zozobra o inquietud que perturba a esa persona. El estudio de casos en la sentencia número 581 se establece que el juez debe conducirse en forma prudente, guiado por el influjo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, sin propiciar indemnizaciones abusivas, en la sentencia Corte Suprema en la Cas. Nº 1545-2006-PIURA sostiene que existe dificultad para determinar con precisión el monto de indemnización en dinero por daño moral, aun así debe regularse la indemnización con criterio prudencial y equitativo que faculta el artículo 1332 del mismo Código Sustantivo.

En la investigación realizada por Barrientos (2008), establece que si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral. Se

resarce el daño no patrimonial incluso de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave. Por su parte, Mamani (2015) indica: La jurisprudencia nacional no ha desarrollado abundantemente el concepto de daño moral ni daño a la persona, del análisis de las sentencias vemos que son pocas en las que se plasma un desarrollo jurisprudencial respecto de qué es el daño moral y daño a la persona, limitándose a una somera enunciación, o transcripción doctrinaria y dejándose a criterio del juzgador bajo el principio de equidad, el monto indemnizatorio. Respecto de la cuantificación, no existe en el derecho nacional ni en el derecho comparado tablas que permitan establecer el *quantum* de indemnización del daño moral; Lingán (2014) concluye que la determinación de una correcta cuantificación dependerá ya de una correcta decisión que se pueda otorgar en cada caso en concreto que pueda darse en nuestra legislación.

CONCLUSIONES

1. Se ha comprobado que la cuantificación del daño moral contractual influye significativamente en la indemnización que otorga el juez al perjudicado en los procesos judiciales de la competencia Territorial de Tacna.
2. Que debido a que el Código Civil presenta lagunas y no establece criterios para realizar una real cuantificación del daño moral, abre paso a la subjetividad en la decisión de los jueces, es decir que toman sus decisiones a sola apreciación.
3. En la mayoría de los casos (88,9 %) las víctimas quedan insatisfechas con las sentencias, debido a que la indemnización que determina el juez; en muchos de los casos solo cubren entre el 5 % y 20 % de las pretensiones requeridas por las víctimas.
4. El análisis del derecho comparado en Venezuela, España, Cuba y Chile, demuestra que el problema de los vacíos de las normas correspondientes, también dejan ver una cuestión ciertamente compleja, por su carácter subjetivo, por lo que existe la dificultad intrínseca de probar cómo el hecho dañoso ha afectado a la víctima, en qué medida y de qué manera, con la consecuente dificultad a la hora de determinar cuál es la justa compensación.

RECOMENDACIONES

1.- La posibilidad de modificar el artículo 1322° del Código Civil, fijando el resarcimiento en un porcentaje en relación al monto del daño ocasionado, teniendo presente que en el artículo 1984° del Código Civil referente a la responsabilidad extracontractual se establece en el menoscabo económico, material de la víctima y su familia.

2.- La reparación del daño en general que refiere, se relaciona al daño en general y no al daño moral, en caso de que no se pudiera probar el daño contractual, al respecto el daño patrimonial contractual es cuantificable y se prueba con los instrumentos comerciales o contractuales, por lo que debe de suprimirse el artículo 1332° del Código Civil, el mismo que genera incertidumbre en la aplicación de la una justa indemnización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarez, J. (2017). *El derecho de las obligaciones y de los contratos*. Lima: Pacífico Editores SAC.
- Baltierra, E. (1969). citado por Tamasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 14.
- BETTI, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones, traducción y notas de derecho español por José Luis de los Mozos*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, p. 56.
- Brugman, H. (2015). *Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano. antecedentes daño moral (Tesis de doctorado)*. Universidad de Valladolid – España.
- Bustamante, J. (1993). *Teoría General de Responsabilidad Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 240.
- Caceda, J. (2006). *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida*. Lima-Perú: Juristas Editores EIRL.
- Camus, J. (2016). *La relatividad de la prueba en el daño moral (encuentros y desencuentros de la casación civil. (Tesis de maestría)*. Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima- Perú.
- Cas. N° 1125-95, Arequipa, El peruano, 1998-07-05, p 1389.
- Cas. N° 1345-98.1 Lima, El Peruano, 1999-01-20, p. 2504.
- Chango, L. (2014). *La acción por daño moral y la cuantificación de la Indemnización. (Tesis de grado)*. Universidad Técnica de Ambato-Ecuador.
- Cifuentes, S. (1989). *El daño moral y la persona jurídica en: Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires, p.397.
- Civil Delictual y Contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo 1, Volumen I, 1961.

- Colin y Capitant. (1943). *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo 3, Instituto Editorial Reus, 1943, p. 819.
- Colmo, A. (1944). *De las Obligaciones en General*, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944, p. 137.
- De Mundo, J. (1951). *El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia en la Ley 62*, 1951, p. 163.
- Díez-Picazo Y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial.
- Elorriaga, F. y Vega, Y. (2010). La responsabilidad civil y la persona en el siglo XX- Libro Dehomenaja A C.Fernandez Sessarego. Lima-Peru: Idemsa-T.1- Pag 113-161.
- Espinoza, J. (2005). *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, p. 50.
- Fernández, C. (1996). *Daño al proyecto de vida*, artículo publicado en *Derecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, diciembre de 1996, p.p. 47 a 97.
- Fernández, O. (1998). Régimen General de las Obligaciones. Bogotá-Colombia: Temis.
- Flores, N. (2015). "La Definición, delimitación y cuantificación de daño moral en la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico Peruano". (Tesis de grado). Universidad Néstor Cáceres Velásquez- Juliaca – Perú.
- Freyre, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 382.
- Gamonal, S. (2012). Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Revista de Derecho (Valparaiso), núm. XXXIX, diciembre, 2012, pp. 161-176
- Gherzi, C. (2002). Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 194/195).
- Gherzi, C. (2006). *El daño moral y psicológico. Daño a la psiquis*, Buenos Aires, Editorial Astrea

- Guananga, L. E. (2014). "La acción por daño moral y la cuantificación de la indemnización". Ambato – Ecuador: Tesis de Maestría.
- J. Santos Briz, La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal, 7ª. ed., vol. 2, Madrid, Ed. Montecorvo, 1993, pp. 9 nota (1), 20 nota (16), por ejemplo.
- Lafaille, H. (1926). *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico, 1926, Vol. I, Tomo VI, p. 195.
- Leon, J. (1984). *Responsabilidad contractual*, en exposición de motivos y comentarios del Código Civil Peruano de 1984, Compiladora: Delia Revoredo de De Bakey, Tomo VI, p. 807.
- Lingán, R. (2014). "Cuantificación del daño moral para una correcta indemnización civil en nuestra Legislación". (Tesis de maestría). Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo- Lambayeque.
- Lingán, R. (2014). "Cuantificación del daño moral para una correcta indemnización civil en nuestra Legislación". (Tesis de maestría). Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo- Lambayeque.
- Llambías, Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 939
- Mamani (2015). La Definición, delimitación y cuantificación de daño moral
- Mazeaud, H. (1961). y otros, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad*
- Mazeaud, H. y León, A. (1977). *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, p. 441.
- Mazeaud, H. y León, A. (s.f.). TUNC, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, p. 441.
- Mercado, H. B. (2015). *Conceptualización del daño moral en el Derecho Civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el Derecho Común Norteamericano*. Valladolid: Tesis.
- Millán, A. (s.f.). *Persona humana y justicia social*. Segunda edición, ediciones Rialp, S.A, Madrid, p. 20.
- Morello, Librería Editora Platense, La Plata, 1981, p. 34.
- Moreno, S. A., y Moreno, F. (2001). Área de Derecho Civil - Universidad de Girona. Obtenido de <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Moreno2.htm>

- Mosset Iturraspe, J. y Piedacabras, M. (2007) *Responsabilidad civil y contratos. Responsabilidad contractual*, Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007
- Mosset Iturraspe, J. Citado en Osterling, F. y Castillo, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 422.
- Mosset, J. Iturraspe, J. (1991). *El valor de la vida humana*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1991, p.
- Mosset, J. (1988). *Contratos*, Buenos Aires: Ediar, p.337.
- Mosset, J. (2003) *Tratado de las obligaciones*, fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, cuarta parte Tomo X, 2003 p. 422.
- Mosset, J. (2003). citado en Osterling, F. y Castillo, M. (2003). *Tratado de las obligaciones*, fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 421.
- Orgaz, A- (1960). *El daño resarcible*, editorial Omeba, Buenos Aires, 1960 pp. 230 y 231.
- Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Tratado de las obligaciones*, fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 235 y 242.
- Osterling, F. (s.f.). *Indemnización por daño moral*
- Osterling, F. y Castillo, F. (2003). *Tratado de las obligaciones*, fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, cuarta parte Tomo X, 2003 p.373.
- Osterling, F. y Castillo, M. (2003). *Tratado de las obligaciones*, fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p. 240.
- Peralta, citado por Bustamante, E. (s.f.). *Código Civil Comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica p. 423.
- Ravazzoni. *La reparación del daño no patrimonial*. Milano, 1962, p. 92.
- Ripert, G. (1946). *La regla moral en las obligaciones civiles*, Bogotá, 1946, p. 181.
- Santos, J. (2003). (Jaime citado en Osterling, F. y Castillo, F. Mario. *Tratado de las obligaciones*. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, cuarta parte Tomo X, 2003 p.369.

- Santos, J. (2003). *Tratado de las obligaciones*. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, cuarta parte Tomo X, 2003 p.369.
- Trazegnies, F. de (1995). *La responsabilidad extracontractual*, Lima. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quinta edición, 1995.
- Trazegnies, F. de (2003). *La responsabilidad extracontractual*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 47-48.
- Trigo, F. y Stiglitz, R. (s.f.). citados en Osterling Parodi, Felipe y Castillo
- Trigo, F. (1981). Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M.
- Zannoni, E. (1982). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea. p. 289.

ANEXOS

ANEXO 1

ENTREVISTA (Abogados y jueces)

OBJETIVO: Evaluar la cuantificación del daño moral

INSTRUCCIONES: Responda las preguntas según su parecer, recuerde que la encuesta es anónima.

LAGUNA EN LA NORMA PARA LA VALORACIÓN

1. ¿Considera ud. que el Código Civil en cuanto al resarcimiento del daño moral presenta lagunas que literalmente no permite al juez tener un criterio objetivo para cuantificar el daño moral?

Si () No ()

2. Si su respuesta es "Si" ¿Cuáles son las lagunas que ud. percibe?

a.

b.

c.

d.

SUBJETIVIDAD EN LA NORMA PARA LA VALORACIÓN (NO SE PUEDE CUANTIFICAR)

3. Considera ud. Que realmente se puede determinar el daño moral?

Si () No ()

4. ¿Considera ud. Que realmente se puede valorar (cuantificar) el daño moral?

Si () No ()

3. ¿Considera ud. que el Código Civil al no señalar explícitamente los criterios para valorar el daño moral, deja en la decisión del juez mucha subjetividad?

Si () No ()

6. Considera ud. que los jueces están lo suficientemente capacitados como para determinar y valorar el daño moral a discrecionalidad

Si () No ()

CRITERIOS QUE TOMA EL JUEZ

4. ¿Considera ud que en muchos de los casos no se logra un resarcimiento justo del daño moral ocasionado a la víctima?
Si () No ()

8. Considera ud que el daño moral se debe probar
Si () No ()

PROBAR EL DAÑO MORAL

7. Según su criterio cuales pueden ser los medios probatorios para cuantificar el daño moral

- a. _____
- b. _____
- c. _____
- d. _____

10. ¿Según su experiencia cual es el nivel de subjetividad porcentual, que se aprecia en las sentencias respecto al daño moral?
_____ %

FICHA DE ENTREVISTA SOBRE LA INDEMNIZACIÓN

11. De los casos por indemnización de daño moral que conoció a que nivel los demandantes quedaron satisfechos
- 1. Totalmente insatisfechos
 - 2. Insatisfecho
 - 3. Regularmente satisfecho
 - 4. Satisfecho
 - 5. Muy satisfecho
12. Del total de la pretensión económica real por daño moral, generalmente a que nivel porcentual resuelven los jueces en la sentencia.
.....%

ANEXO 02

FICHA DOCUMENTAL

OBJETIVO: la presente ficha tiene por objeto la revisión de los expedientes relacionados al daño moral contractual.

1. Expediente _____
 2. Materia de la demanda:
Nulidad de acto jurídico () Danos y perjuicios () Resolución de contratos ()
Otros: _____
 3. Tipo de demandado:
Persona jurídica () Persona Natural ()
 4. Monto del daño moral requerido por el demandante

 5. Resolución de la sentencia
Fundada infundada () Infundada () Improcedente ()
 5. Monto del daño moral resuelto

 6. Fundamentos del juez

 7. Origen del daño contractual
 - a) Vicio de la voluntad ()
 - b) Simulación del acto ()
 - c) Dolo ()
 - d) Culpa ()
 - e) Violencia ()
 - f) Error ()
 - g) Otros _____
 8. Competencia del juez
 - a) Por razón de materia ()
 - b) Cuantía ()
 - c) Territorio ()
 - d) Otro: _____
 9. Acumulación de la pretensión del daño moral contractual
 - a) Originaria ()
 - b) Sucesiva ()
 - c) Alternativa ()
 10. Motivación de la sentencia
 - a) Valoración de medios probatorios en forma conjunta y razonable

 - b) Aplicación debida de la n
 - c) norma.
-

ANEXO 3

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 1322 y 1332, DEL CÓDIGO CIVIL.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la ley siguiente:

FORMULA LEGAL

Artículo 1°. Modificación del artículo 1322° y 1332° del Código Civil.

Art, 1322,- indemnización por daño moral

El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento, **no menor al tercio de la indemnización del daño patrimonial.**

La doctrina ha elaborado un concepto genérico del daño moral, es necesario ubicarlo considerando la naturaleza de la cosa, si bien se expresa como daño no patrimonial inferido en relación a la afectividad del perjudicado y de sus familiares cercanos, es susceptible de producir una pérdida económica, por las secuelas producidas por el daño de afectación espiritual, consistentes en enfermedades del perjudicado conocidas como estrés u otras enfermedades de consecuencia, por lo que su reparación tiene relación al daño patrimonial, debe de abarcar el proveniente del incumplimiento de la obligación contractual, valorando la gravedad objetiva del menoscabo causado.

Art. 1332, valorización del resarcimiento.

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

Art. 1332, El resarcimiento del daño patrimonial solo puede ser probado en su monto preciso según lo dispuesto en el artículo 1321° y 1331° del Código Civil.

Al perjudicado le corresponde probar el inejecución o incumplimiento de la obligación por dolo o culpa, o pos cumplimiento tardío o defectuoso, según el cual se determina el daño patrimonial, en todo caso en caso de duda en el monto se encuentra el peritaje a fin de determinar el daño y el monto, puede es juez recurrir de oficio a ordenar un peritaje.
