

Buscándole Cinco Patas al Gato El Laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada Desde la Óptica Procesal

Daniel Linares Avilez* **

"Los abogados no tenían mejor reputación en el siglo XVI que en nuestros días. De hecho, la corona les prohibió la entrada a Perú en un acuerdo firmado con Pizarro en 1529, antes incluso de su conquista del territorio. Aparentemente, el rey quería evitar los posibles efectos negativos del litigio español. Sin embargo, dadas las distancias, la corona no fue capaz de imponer el mandato. Así, en 1534 entraron a Perú los primeros abogados, al poco tiempo empezaron a salir pleitos de la nueva colonia española, y así han seguido proliferando hasta el día de hoy".¹

El daño moral es uno de los tantos conceptos del Derecho que no puede ser definido de una forma clara y objetiva. Por lo mismo, la valoración y cuantificación del mismo dentro de los procesos civiles resulta muchas veces reprobable ante los ojos de terceros que no sienten que el derecho se encuentre debidamente tutelado. En el presente artículo, el autor nos muestra la problemática de la utilización del concepto en la jurisprudencia nacional y propone dos soluciones a aplicarse en casos de este tipo: la indemnización dineraria y la indemnización específica.

1. A modo de introducción: Reflexiones de un Litigante

Un caso o una controversia puede tener diferentes alternativas de solución dependiendo de su nivel de complejidad y personas a cuyo análisis se someta el mismo, hay diferentes formas de ver y entender un problema dependiendo de aquello que una persona pretenda defender, de cómo lo ha vivido, sentido o de sus propias convicciones y personalidad o hasta de su estado de ánimo o circunstancias que en esos momentos lo rodean; estas variables también son aplicables a los juzgadores, quienes al momento de resolver una controversia llevan consigo todo lo que son, como piensan y muchas veces como se sienten, o que sienten o piensan de las partes o del problema². La Justicia es un concepto que varía conforme la persona, pueden haber temas en los que todos coincidimos, sin embargo son recurrentes los casos en los que los diferentes puntos de vista ocasionan discrepancias.

Esta es una situación inevitable que humaniza los procesos, y que además crea un escenario adicional al

simple análisis del caso a la luz de los hechos, las normas, la jurisprudencia y doctrina; un litigante astuto siempre estudia a su Juez o a su arbitro, establece con mucho cuidado cual es el perfil de su juzgador, busca cual ha sido el criterio que ha aplicado en casos similares, pues entiende que finalmente lo que lo va a llevar a ganar un proceso no es solo tener un buen argumento, sino además que ese argumento cause convicción a quien debe resolver. No es lo mismo enfrentarnos ante un Juez que privilegia las formas y es muy conservador, que ante uno para quien antes que las formas es importante entender cual fue por ejemplo la voluntad de las partes en un contrato; el caso se construye en forma totalmente distinta, dependiendo ante quien nos encontremos, y quienes somos nosotros.

Los abogados, dentro de los que están incluidos los jueces, ejercemos nuestra carrera buscando significados, le damos significados a los hechos y al contenido de las normas, en esto consiste justamente la labor de interpretar, e interpretamos conforme quienes somos y lo que conocemos, utilizando criterios que

* Abogado graduado de la Universidad de Lima. Diploma de postgrado en Derecho con especialidad en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca (España). Conciliador formado en la Cámara de Comercio de Lima. Árbitro por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Diploma por la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Especialización en Tutela de Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso Civil. Diploma de Postgrado en Derecho Civil de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios en la Maestría de Derecho Procesal y de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC -. Miembro del Comité Consultivo de la Revista De Iure "solo para litigantes". Socio del Estudio Linares Abogados.

** Con la colaboración de Héctor Augusto Campos García. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Adjunto de Docencia de los cursos de Obligaciones y Responsabilidad Civil en las mencionadas casas de estudios. Diploma a nivel de Pos grado en Responsabilidad Civil. Estudios de Especialización en Derecho Regulatorio con mención en Derecho de la Energía por el Organismo Supervisión de la Inversión Privada en Energía y Minería (Osinergmin). Abogado del Área Civil, Comercial y Litigios del Estudio Linares Abogados.

1 MACQUARRIE, Kim. *Los Últimos Días de Los Incas*. Madrid: Editorial La Esfera de los Libros, 2011, p. 118.

2 SCHAUER, Frederick. "Challenge of Legal Realism" (Cap. 7). En: *Thinking Like a Lawyer*, cap. 7. p. 129, señala que, "Hutcheson, and to a much greater extent Frank, believed that the initial judgment-the hunch- was based less on cases, statutes, and legal principles than on a host of other factors that the law officially refused to recognize but that Frank especially thought actually played a large role. Frank ins frequently caricatured as having believed that judicial decisions were a matter of "what the judge had to breakfast" but his claim is in reality far more sophisticated and nuanced".

abren una enorme gama de posibilidades, en cuanto se puede priorizar el significado literal de la norma, o su finalidad, los aspectos sociales o tal vez los históricos, o la voluntad que tuvo el legislador al momento de crear la norma, utilizar las herramientas propias del análisis económico del derecho o de otras disciplinas, o combinar todos ellos, o algunos de ellos; en fin la utilización de estos criterios de interpretación lo que produce es que existan alternativas distintas de solución para un mismo problema, dependiendo del punto de vista que tengamos o defendamos.

Lo expuesto anteriormente es importante tenerlo presente, en cuanto deja en claro que un conflicto puede tener más de una posibilidad de solución, pudiendo ser incluso estas alternativas totalmente contrarias entre sí, y esto va a depender básicamente de los criterios de interpretación que se utilicen, tanto por las partes como de quien resuelva el caso finalmente.

A fin de completar esta idea es pertinente citar a François Ost, quien nos explica que tenemos básicamente tres modelos de jueces, uno que privilegia lo que establece la ley sobre cualquier razonamiento, otro que da mayor protagonismo al papel del Juez, estableciendo la jurisprudencia como la fuente más importante del derecho, superponiendo sobre la ley las particularidades del caso, y un tercer Juez que esta en punto medio, para quien lo más importantes es la argumentación, las razones que le creen convencimiento³; en estos tiempos me atrevería a afirmar que predomina esta última tendencia, siendo el argumento lo que más valor tiene en un proceso.

Conforme lo expuesto, al tener varias posibilidades de solución para un mismo conflicto, queda claro que el abogado litigante va a sustentar y defender aquella que considere es más conveniente para su cliente, y el Juzgador optará por aquella que le cree convencimiento, no solo por lo que diga la ley sino porque se sostiene en argumentos que le causan convicción.

Tengo ya varios años dedicado al litigio, y si algo me ha demostrado la experiencia, es que la enseñanza que nos daban en la Universidad en los años noventa que consistía en primero establecer la norma aplicable, a fin de subsumir los hechos en el presupuesto de la norma a fin de determinar la aplicación de esta última y por tanto de su consecuencia, no constituye una regla inquebrantable, lo cierto es que los Jueces y árbitros al tener un primer acercamiento al caso primero hacen un juicio de valor del mismo, y es este juicio de valor el que finalmente determina que norma aplicar al caso a fin de darle una solución dentro del marco del

derecho, estirando o restringiendo los presupuestos de las normas puestas a su disposición, ya sea vía interpretación o integración, a fin de poder resolver el caso bajo análisis de la forma que consideran más justa; acomodando los conceptos y estableciendo precedentes.

En tal sentido, lo que los litigantes hacemos es convencer de nuestra verdad al juzgador a fin que la haga suya, en un universo tan complejo en el que puede haber más de una verdad. Entonces, gran parte de la labor en un proceso va a estar orientada a argumentar y probar, siendo la finalidad crear convicción en quien debe fallar nuestro caso.

2. Planteamiento del problema a nivel sustancial: La falta de criterios para la cuantificación del daño moral

Hecho este preámbulo, es importante hacer mención que un espacio dentro del "Derecho peruano" en el que ni abogados, ni jueces o árbitros se han puesto de acuerdo en casi 30 años de aplicación del Código Civil, es el de establecer parámetros de cómo se puede resolver, con lo cual las alternativas de solución quedan abiertas hasta la incertidumbre, es el de la cuantificación de la indemnización del daño moral.

En este tema, creemos que el establecimiento de la responsabilidad no es el problema grave, sino la determinación del *quantum* indemnizatorio. Toda vez que al no ser el daño moral uno de carácter resarcitorio⁴, la fijación de su cuantía no obedece a una operación matemática, sino que depende totalmente del libre arbitrio del juzgador.

Así, el artículo 1984 del Código Civil solo se limita a establecer que el mismo debe ser indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima o a su familia; es del caso aclarar que ese menoscabo y magnitud no es uno que se mida en dinero, sino que está vinculado a elementos extrapatrimoniales, tales como la el sufrimiento y la frustración, sentimientos que el Juez debe valorizar, y cuya pauta y parámetros aún no han sido fijados. Si revisamos nuestra jurisprudencia y doctrina vamos a poder apreciar que se mantiene la abstracción de los conceptos "magnitud y menoscabo" en los que parece entrar todo y nada a la vez, pues algunos fallos los utilizan por si mismos sin explicarlos para justificar la indemnización que disponen, y en otros, como veremos más adelante, incluyen dentro de los mismos variantes tales como la situación económica del agente y la víctima, su edad, entre otros al momento de cuantificar el daño.

3 OST, François. "Jupiter, Hercules y Hermes: Tres modelos de Juez". En: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 14. 1993. pp. 171-172, indica que "Sería fácil concluir que a continuación que nuestra actualidad jurídica se caracteriza por una combinación, variable según las ramas del derecho, de las dos racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir seriamente. De la primera habríamos heredado, junto a los códigos y las constituciones, los principios y los conceptos que estructuran nuestra disciplina; mientras que la segunda nos proporcionaría esos jueces que, desde la justicia constitucional hasta la justicia de los procedimientos de urgencia, parecen ejercer ahora el monopolio de la jurisdicción. (...) Además del hecho de que uno y otro han entrado hoy en crisis, ellos solo ofrecen representaciones empobrecidas de las situaciones que pretendían describir en su época. La sociedad y el derecho post moderno merecen algo mejor que ese artificio teórico. Nos encontramos entonces ante la configuración de un nuevo modelo que conviene fijarse. Proponemos representar este modelo bajo los rasgos de HERMES, el mensajero de los dioses. Siempre en movimiento, Hermes esta a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. (...) es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados". Entre nosotros puede consultarse, VEGA MERE, Yuri. "Reflexiones sobre el rol del juez". En: *Derecho y Sociedad*. N° 32. Año XX. Agosto. 2009. pp. 167 y ss.

4 En este extremo consideramos como "resarcitorio" a aquello que implica un "reponer las cosas al *status quo* ante a la comisión del daño", por lo que no podría ser aplicable al daño moral; por lo que se comprende que NICOLÒ, Rosario. *Istituzioni di diritto privato*. Milán: 1952, p. 100, empleé el termino de "compensación indirecta", antes que de resarcimiento.

Ya en un trabajo anterior⁵ me he ocupado de efectuar las definiciones conceptuales correspondientes al daño moral, así como las teorías respecto a su función y la jurisprudencia que en aquellos momentos primaba sobre estos aspectos, proponiendo criterios objetivos para su cuantificación.

Para efectos de este trabajo no voy a entrar en una discusión rigurosa sobre las diferencias entre el daño moral y el daño a la persona, y las diferentes variantes de daño moral que podemos encontrar, ni voy a ingresar a analizar si el daño moral debió o no ser regulado por nuestro ordenamiento. En este trabajo voy a partir de las siguientes premisas: (i) el daño material es aquel que provoca una utilidad que es compensable con dinero o bienes intercambiables por dinero, (ii) el daño moral, por el contrario, está referido a una pérdida que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste pueden llegar a compensar⁶. Sobre el particular, voy a limitar a pronunciarme sobre la cuantificación de los daños físicos, es decir, aquellos que implican pérdidas de algún miembro, heridas en el cuerpo o pérdida de la vida.

Conforme lo expuesto anteriormente, partimos del principio que en nuestro sistema, al disponer la indemnización del daño moral va más allá de la concepción clásica que la responsabilidad civil tiene por exclusiva finalidad reparar económicamente el daño causado, en cuanto en el caso de los daños morales es evidente que la víctima no va a poder ser puesta en una situación similar a la que tenía antes que se produzca el evento dañoso.

Al respecto se nos explica que,

“En la comprobación de situaciones en donde el daño adquiere la condición de irreparable, se hecha por tierra la afirmación que la finalidad de la responsabilidad civil sea reparar económicamente un daño. Pero si la finalidad de la responsabilidad civil no es la reparación del daño, ni aún cuando simplemente hiciéramos sinónimos a dicho concepto con el de indemnización; y si afirmamos que la responsabilidad civil funciona igualmente en la etapa de cumplimiento de obligación, debemos reconocer entonces una finalidad superior a dicha institución, cual es la de Satisfacer un Interés digno de Tutela por el Orden Jurídico”⁷

Entonces, lo primero que debemos entender es que, como se indicó, el daño moral no es susceptible

de ser reparado, siendo que los indicadores que da nuestro Código Civil para su cuantificación (magnitud y menoscabo producido a la víctima o a su familia) resultan totalmente abstractos, lo que conlleva un claro problema a nivel procesal: que se lleguen a resultados tan distintos como juzgadores puedan conocer el caso, sin que exista un criterio objetivo que pueda permitirnos predecir el *quantum* indemnizatorio que corresponda.

3. Planteamiento del problema a nivel procesal: La incertidumbre del *quantum* indemnizatorio del daño moral, las limitaciones de nuestra jurisprudencia y los incentivos perversos a los justiciables

La problemática apenas denunciada no solo tiene un alcance a nivel del derecho sustancial, sino, y sobre todo, implica una serie de repercusiones a nivel procesal que se dejan de lado la mayoría de veces⁸, y que en esta ocasión trataremos de mostrar en su real aproximación.

El primer aspecto que se debe mencionar es la limitación mostrada por nuestra jurisprudencia -pero que evidentemente no es exclusiva de esta sino que es una constante en la mayoría de ordenamientos jurídicos- para que, en el caso concreto, se establezcan criterios que impidan que la arbitrariedad se apodere de la decisión del magistrado al momento de establecer.

Nótese que hemos hechos referencia al problema de la arbitrariedad a nivel jurisdiccional, y es que si revisamos las diferentes sentencias que ha producido el Poder Judicial vamos a encontrar que en la indemnización por muerte de una persona, se dan montos de los más diversos que pueden variar entre los S/. 1,000.00 y los S/. 150,000.00. Así, dependiendo del Juzgado que haya resuelto, una lesión puede ser indemnizada con un monto mayor al de la muerte, añadiendo a la arbitrariedad el problema de la incertidumbre.

Veamos esto con mayor detenimiento. Demos cuenta de algunos pronunciamientos, básicamente resoluciones judiciales, con la finalidad de advertir el tipo de consideraciones que nuestros magistrados emplean en el sustento de su decisión.

En un caso en el que un integrante de la Policía Nacional del Perú demandó el pago de una indemnización dado que fue pasado a la situación de retiro solo por su implicancia en un proceso penal,

5 LINARES AVILEZ, Daniel. *Reflexiones sobre la cuantificación del daño moral en nuestro país*. pp. 1-18. Consultable en: http://www.estudiolinares.com/LinaresAbogados_Reflexiones.pdf

6 Como se puede apreciar, se está tomando partido por una visión basada en el modelo francés de la clasificación de los daños que, en principio, es propia de nuestra normativa civil. Así, MAZEAUD, Henri y León y Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda. Volumen II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1960. pp. 67-68, enseñaba que, “Se oponen el perjuicio material y el perjuicio moral. Las expresiones no están muy bien elegidas. En efecto, se está tentado de definir el perjuicio material como aquel que afecta a un objeto material, corporal; y el perjuicio moral, como aquel que afecta al mundo inmaterial, incorporeal, de los pensamientos y de los sentimientos. Ahora bien, ése no es el sentido exacto de la distinción. Se entiende por *perjuicio material* aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente, (...); y se entiende por *perjuicio moral* aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, (...)”. Esto ya ha sido advertido por nuestra doctrina, así LEÓN HILARIO, Leysser. *Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano*. Consultable en <http://dike.pucp.edu.pe>. Dike Portal de Información y Opinión Legal de la PUCP. p. 18, en donde señalaba que “Hay que destacar, asimismo, que los autores franceses no hablan de “patrimonio”: la distinción entre daño material e inmaterial es prácticamente objetiva”.

7 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “Responsabilidad Civil y derechos de daños”. En: *El Jurista. Revista peruana de derecho*. Año I. No. 4. Diciembre de 1991. pp. 88-89.

8 Son de resaltar las consideraciones expuestas en un medio distante territorialmente al nuestro, pero que no son ajenas a nuestra realidad, así Jesús Pintos Anger. “Baremos”. *Revista virtual InDret*. http://www.indret.com/pdf/012_es.pdf, señala como efectos e la incertidumbre del daño moral respecto a su cuantía los siguientes: (i) compensación inadecuada: subestimación o sobreestimación de los daños, (ii) distorsión del efecto preventivo de las condenas y, consiguientemente, de las señales que el sistema judicial envía a los causantes potenciales de los daños; (iii) incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, de los derivados de la litigiosidad destinada a buscar un responsable; (iv) aumento de la lentitud en el proceso de liquidación de las indemnizaciones e, incluso, disminución del número de víctimas que finalmente obtienen algún tipo de reparación; y, (v) incremento de las disfunciones del mercado de seguros, que encarece o incluso reduce su oferta de cobertura

del que posteriormente fue absuelto, nuestra 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).

Lo anterior muestra como, 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 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 eleva 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 vió (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; (...)” (el subrayado es agregado).

En este pronunciamiento, no creemos 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 producidas⁹, 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

Jurisdiccional, el realizado en 1997, nuestra judicatura se limitó a reconocer, vía un acuerdo por unanimidad, que,

“(…) para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño” (el subrayado es agregado).

Si bien la mención a las “cualidades personales”, tanto de la víctima como del agente productor, revela ya un factor a tomar en consideración al momento de cuantificar el daño moral, de poco sirve si no se precisa a qué clase de “cualidades personales” se quiere referir o, lo que parecería más peligroso, entender que solo este sería el criterio para valorar el daño moral.

Las omisiones apenas ejemplificadas revelan una segunda problemática aún mayor a la mera constatación de ausencia de criterios jurisprudenciales al momento de valorar el daño moral y es la denominada “falta de motivación adecuada de las resoluciones judiciales”.

Efectivamente, cuando no se establecen criterios, sean estos objetivos o subjetivos siempre en una labor de estimación, a efectos de justificar la cuantía determinada en la resolución judicial estamos ante una indebida motivación realizada por el magistrado.

En la Cas. Nº 2159-2009, en donde se debatía la indemnización que podía recibir una persona jurídica ante la alegación del daño moral sufrido, se destacó el rol de la motivación de las resoluciones judiciales en la determinación de la cuantía del daño moral, en los siguientes términos,

“(…) el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta prima facie siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no se limita a la sola mención de las normas aplicables al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que significa la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión” (el subrayado es agregado).

La consecuencia de lo apenas destacado es dramática: el ámbito discrecional con el que cuenta el magistrado al momento de cuantificar el daño moral se convierte en arbitrariedad dada la nula fundamentación objetiva

9 Esta es la forma que suele emplear la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de la estimación de los “daños inmateriales”. Así por ejemplo, en la sentencia del 31 de mayo de 2001 emitida en el caso Cesti Hurtado vs. Perú se señaló que “(...) el Tribunal considera necesario apreciar las violaciones declaradas en la sentencia de fondo del presente caso y las repercusiones que éstas tuvieron en la víctima y, observando los estándares establecidos por esta Corte en la solución de otros casos, determinar, por concepto de daño moral, un monto razonable y apropiado a favor del señor Cesti como reparación de los daños que se le ocasionaron”; en la sentencia de 27 de noviembre de 1998 emitida en el caso Loayza Tamayo vs. Perú se estableció que “Tomando en cuenta las circunstancias peculiares del caso [con esto se alude a la privación de libertad en condiciones inhumanas, la separación de sus hijos, padres y hermanos, los tratos inhumanos, humillantes y degradantes durante su detención e incomunicación, entre otros], la Corte estima equitativo conceder a la víctima una indemnización (...) por concepto de daño moral”; en la sentencia de 27 de noviembre de 1998 emitida en el caso Páez vs. Perú se precisó que “(...) la Corte determina en equidad el daño moral sufrido por la víctima (...), la cual deberá ser distribuida entre sus padres y hermana por partes iguales (...)” (el subrayado es agregado).

realizada en los casos sometidos a su juicio, sin que se permita al justiciable el reconocer las razones de la cuantía establecida, convirtiéndose cada litigio en una oportunidad perdida para esclarecer este tema.

“(...) la falta de criterios claros en la determinación del daño moral (...) genera el incentivo perverso en algunos abogados de formular pretensiones con cuantías excesivamente elevadas con el solo objetivo de especular una suma que se sabe será menor si se atendiese a parámetros pre establecidos.”

El panorama descrito, comprueba nuestra afirmación respecto a que no hay parámetros para la determinación de la cuantía del daño moral, las denominadas “cualidades personales” ¿deben evaluarse en función de edades?, ¿de la situación económica del agente o de la víctima?, ¿de las circunstancias del accidente? No hay una respuesta clara por nuestra magistratura a estas interrogantes.

Este panorama genera en tercer problema, del cuál todos los que litigamos somos conscientes, pero del cual poca veces llamamos la atención, y es que ante la falta de criterios claros en la determinación del daño moral, se genera el incentivo perverso en algunos abogados de formular pretensiones con cuantías excesivamente elevadas con el solo objetivo de especular una suma que se sabe será menor si se atendiese a parámetros pre establecidos.

4. Sigue: La incertidumbre del *quantum* indemnizatorio del daño moral, las formas autocompositivas bilaterales y los avatares de los mecanismos impugnatorios procesales

Con lo dicho queda en evidencia un cuarto gran problema que debemos afrontar los justiciables todos los días, y es el referido a la forma cómo se produce y se frustran las negociaciones en las diversas formas autocompositivas bilaterales¹⁰ del proceso.

En específico nos referimos a la figura de la transacción judicial, en las cuales, como lo demuestra la práctica

judicial, la mayoría de las veces se generan los incentivos, derivados del problema denunciado al finalizar el acápite precedente, para frustrar estas formas de autocomposición dada la posibilidad, siempre expectante, de obtener una mayor suma en la decisión final del magistrado. Al no tener parámetros para una negociación resulta muy difícil a las partes ponerse de acuerdo, pues el punto medio o de equilibrio, o el monto que podemos esperar en una sentencia razonable no resulta previsible.

Lo mismo puede afirmarse, y seguramente con mayor probabilidad de fracaso, respecto de la conciliación extrajudicial. La situación resulta evidente: la supuesta víctima pretenderá una suma elevada de dinero, y por un tema de estrategia procesal, más allá de basarse en meras afirmaciones no mostrará elemento demostrativo de prueba alguno, frente a lo cual, el supuesto agresor no tendrá más remedio que oponerse abiertamente. El resultado: la conciliación no cumple con su finalidad y la causa se judicializa, se aumentan los gastos y ninguna de las partes ve satisfecha sus intereses.

El último problema en el cual queremos detenernos, siempre desde una óptica procesal, es el siguiente: si hoy si un Juez fija medio millón de soles, y luego el superior jerárquico revoca su decisión reformándola disminuye el monto a 10,000 soles, lo único que va a poder alegar la parte afectada con cada uno de estos fallos es si le parece mucho o poco en razón del sufrimiento padecido. Sin embargo no va a tener parámetros de comparación u elementos objetivos que le permitan fijar ratios dentro de los cuales ha debido establecer la sentencia la cuantía de la indemnización; más aún cuando no existen precedentes judiciales que permitan prever esta situación, en cuanto podemos encontrar montos indemnizatorios tan contradictorios¹¹ como que por la muerte de una persona se ordene el pago a favor de sus familiares de S/. 5000.00 y por la fractura de una pierna S/. 30,000.00 a favor de la víctima; es decir no hay una proporcionalidad establecida, no vamos a encontrar un criterio uniforme sino todo lo contrario, pueden ser tan distintos como el número de magistrados que se hayan pronunciado sobre cada caso en particular, en cuanto todos son libres de cuantificar de acuerdo a su libre arbitrio.

La situación se aprecia con claridad en el más común de los medios impugnatorios¹²: el recurso de apelación. Como se sabe, la apelación civil¹³, en tanto recurso de carácter ordinario destinado a cuestionar las sentencias definitivas que resulten gravosas o perjudiciales para los intereses de las partes que lo

10 Para una exposición general de las particularidades de estos mecanismos, cfr. PRIORI POSADA, Giovanni. “Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil”. En: *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Revista editada por la Avocación Civil Taller de Derecho. 2001. pp. 41-44.

11 Para una mayor exposición de lineamientos de nuestra jurisprudencia nos permitimos reenviar a un trabajo anterior, Cfr. LINARES AVILEZ, Daniel. *Ob. Cit.* pp. 6-11.

12 VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Buenos Aires: Desalma, 1988. p. 13, señala que, “Los actos del proceso tienen una finalidad u objetivo (fines) y se desarrollan conforme a reglas predeterminadas (formas). El incumplimiento de las formas (en ciertos casos, como vimos al estudiar los actos procesales) y en especial el de los fines, origina la actividad impugnativa que tiene por objetivo corregir esos errores o defectos”. Entre nosotros, CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Teoría General del Proceso (Segunda parte). Lima: Grijley, 2000. p. 164, señala que “Los medios impugnatorios, por consiguiente, son los mecanismos procesales mediante los cuales las partes o los terceros legitimados solicitan la anulación o la revocación, total o parcial, de un acto procesal presuntamente afectado por un vicio o por un error”.

13 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y Víctor, MORENO CATENA. *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 293, sostienen, sobre la premisa del derecho a la pluralidad de instancias, que, “Con el recurso de apelación no se trata propiamente de impugnar la sentencia dictada por el órgano judicial en primera instancia porque ésta sea injusta o ilegal. Por el contrario, se trata de poner las condiciones necesarias para que se pueda llevar a cabo el segundo grado de jurisdicción, lo que se consigue manifestando el recurrente el gravamen o perjuicio que le ocasiona la resolución dictada en primera instancia. (...) ese gravamen o perjuicio puede ser formal, atinente a los derechos reconocidos por las normas procesales, o material, si se refiere a los intereses protegidos por la normas materiales”.

utilizan¹⁴, requiere de la acreditación de los errores y del agravio generado.

En el supuesto en que el demandado, en la resolución de primera instancia, sea obligado a pagar una determinada suma de dinero por concepto de daño moral y luego pretenda impugnar dicha resolución deberá sustentar los respectivos errores *in iudicando* (*in iure* o *in factum*) o errores *in procedendo*¹⁵. La pregunta es, ¿bajo qué parámetros fundamentará dicha apelación respecto exclusivamente al criterio de cuantificación? ¿Con qué argumentos se defenderá la parte demandante si es mucho el monto sentenciado? ¿Bastaría alegar que la cuantía es excesiva o desproporcionada?, y ante la pregunta porque es mucho o poco, que respuesta podemos dar sino tenemos un criterio guía pre establecido.

El problema es complejo pues nos desenvolvemos en un terreno en el cual no hay, como se demostró previamente, criterios claros por nuestra jurisprudencia, siendo, en el mejor de los casos, la revisión de los hechos que sustentaron el petitorio y la alegación de la prohibición del enriquecimiento injustificado derivado de la imposición de un resarcimiento¹⁶, algunas de las consideraciones para ajustar el monto por daño moral, pero ello de ninguna manera determina tener criterios o parámetros para fijar el mismo, sea para aumentarlo o para disminuirlo.

El problema adquiere mayores variantes, y singular importancia, en el escenario del “recurso de casación”¹⁷ dada la particularidad de este recurso, y especialmente, la actual¹⁸ causal de procedencia de este recurso extraordinario en el ordenamiento jurídico peruano: la “infracción normativa”.

Efectivamente, nuestra normativa procesal refiere a que, frente a la constatación de una “infracción normativa” que incida directamente sobre la decisión contenida en dicha resolución, procede el recurso de casación, lo cual, por lo menos desde una interpretación literal, representa un viraje en la forma de concebir las causales de procedencia de este recurso, ya que en la regulación anterior se sostenía que,

“(…) una de las principales características de la casación, a diferencia de la apelación, es que aquélla

sólo tiene viabilidad cuando exista un motivo o causa legal específicamente reconocida por la ley procesal; por ende, no es suficiente la existencia del simple interés, ni siquiera de un agravio que se le haya causado al recurrente; (...) por cuanto en sede nacional es un lugar común esbozar un recurso de casación asimilándolo al recurso de nulidad del abrogado Código de Procedimientos Civiles, pretendiendo una reevaluación de los hechos establecidos por los jueces de mérito”¹⁹ (el subrayado es nuestro).

Con lo anterior, se ha pasado de un régimen de (i) aplicación indebida; (ii) interpretación errónea; (iii) inaplicación de una norma de derecho material; y (iv) la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, a un sistema basado en la “infracción normativa” que incida sobre el contenido de la resolución, tal cláusula normativa general que deberá ser llenada de contenido por el intérprete.

No obstante, debe apuntarse que en la práctica los motivos que subyacen a la denominada “infracción normativa” no se han alejado de los “antiguos” supuestos de procedencia, así perfectamente puede aún recurrirse a la doctrina se informaba²⁰, no de manera reciente, que las “infracciones normativas” que de acaecer determinan la procedencia del recurso de casación, son las siguientes: (i) la infracción normativa de percepción; (ii) infracción normativa de apreciación por elección; (iii) infracción normativa de apreciación por aplicación; e, (iv) infracción determinante en la norma procesal.

En todo caso, y esto es especialmente importante para los fines de este ensayo, se mantiene la reserva o el límite, con lo arbitrario que pueda ser, de la revisión de situaciones fácticas²¹ en el análisis del recurso de casación.

Frente a este panorama, creemos que son del todo atendibles una serie de cuestionamientos, ¿el monto o cuantificación de la indemnización por daño moral puede ser cuestionado en sede casatoria? ¿Es una cuestión que importa un reexamen de los hechos materia del caso?, de ser así, ¿cómo desempeñaría

14 SOLÉ RIERA, Jaume. “Recurso de apelación”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° 2. p. 579. Asimismo, añade, como características del recurso los siguientes: (i) la apelación es un recurso entendido en el sentido de constituir una expectativa de desarrollo de la acción procesal dentro de la fase, o período del *processus iudici*, destinada a tal efecto; (ii) se trata de un recurso de carácter ordinario por lo que la ley no exige unos motivos determinados para su admisión y posterior decisión; (iii) su efecto devolutivo y el eventual efecto suspensivo que conlleva (pp. 579-580).

15 BRAVO MELGAR, Sidney Alex. *Medios impugnatorios. Derecho Procesal Civil*. Lima: Rodhas, 1997. *Ídem*. pp. 12-13, precisa que, el error *in iudicando* es un error sobre el fondo y consiste generalmente en una violación a la ley, no aplicándola, *ídem* aplicándola erróneamente, mientras que el error *in procedendo*, no viene a ser sino la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la solución del proceso. Son vicios del procedimiento, las irregularidades que afectan los diversos actos procesales que conforman el proceso.

16 De esto, si bien no de manera detallada, ha dado cuenta nuestra jurisprudencia, cuando mediante Resolución recaída en el Expediente N° 47-1-1997, estableció que, “La indemnización debe fijarse prudencialmente con criterio de equidad, de manera que el monto indemnizatorio no constituya un enriquecimiento indebido del autor con el consiguiente perjuicio económico a la parte demandada”. (el énfasis es nuestro).

17 Para evitar confusiones al abordar el sentido del recurso de casación en clave comparatista, es vital recordar la advertencia de GARBERÍ LLOBREGAT, José y Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. *Apelación y Casación en el Proceso Civil*. Madrid: Colex, 1994. p. 159, cuando explican que, “Definir el recurso de casación no es fácil. Antes al contrario, si se pretendiera encontrar características comunes de las que participa para la casación francesa, italiana, española, y asimismo la *Revisión* alemana y austriaca, y se tomara además en consideración la evolución histórica del recurso en cada uno de los países mencionados, el resultado sería decepcionante, pues seguramente no se podrían hallar suficientes puntos de encuentro de los distintos ordenamientos, en la regulación de la casación, como para elaborar un concepto preciso de dicho medio de impugnación”.

18 Como se recordará la regulación que el Código Procesal Civil dispensaba al “recurso de casación” fue objeto de modificación legislativa a través de la Ley N° 29364 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 2009. Para un comentario a las modificaciones realizadas, puede consultarse, JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La reforma de la Casación en el Perú. Comentarios en torno a las principales modificaciones”. En: <http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/Reflexiones%20en%20torno%20a%20la%20reforma%20de%20la%20casacion%20en%20el%20Peru%20Roxana%20Jimenez%20Vargas%20Machuca.pdf>

19 LOZANO BAMBAREN, Juan Carlos. *Criterios rectores para la formulación de Recursos de Casación Civil. Diferenciación entre aplicación indebida, interpretación errónea e inaplicación según las normas procesales*. Lima: Grijley, 2005. pp. 145-146.

20 MONROY GÁLVEZ, Juan. “Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° 1. pp. 31-33.

21 Sustancialmente conforme, MONTESANO, Luis. “Límites de la posible configuración de un recurso ante los Tribunales Supremos”. En: *El Recurso de Casación*. Navarra: Arazandi, 2010. pp. 283-295. Asimismo, es de revisión, GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la Casación Civil*. Barcelona: Bosch, 1998. pp. 155-226.

la función uniformadora la Corte Suprema frente al problema de la determinación de criterios para la cuantificación del daño moral?

Bajo el esquema expuesto hasta este punto, solo nos limitaremos a realizar una observación puntual: tal como se advirtió, uno de los problemas procesales subyacente en la fijación de un monto para los daños morales es la inadecuada motivación en las resoluciones judiciales al no realizar, por parte de los magistrados, remisión alguna a criterios objetivos para su determinación. Entonces, consideramos que ésta (la inadecuada motivación de las resoluciones judiciales) sería la “infracción normativa” a ser denunciada en vía casatoria y que habilitaría la admisibilidad de sentencias que se pronuncian sobre responsabilidad civil en las que se discute sobre el daño moral.

Bajo este punto de vista, se comparte el parecer que quien reconduce los “defectos de la motivación” a los denominados errores *in procedendo*, y se llega a hablar de errores *in cogitando*²², en los siguientes supuestos: (i) Falta de motivación, dentro de la cual se encuentra la deficiente motivación, (ii) Defectuosa motivación, dentro de la cual es posible distinguir a la aparente motivación, la insuficiente motivación y la motivación defectuosa en sentido estricto. Por lo que,

“A partir de allí nuestra tarea se deberá concentrar en la impugnación de los criterios lógicos asumidos por los jueces de mérito, para demostrar que se han infringido las normas procesales que le establecen a los jueces la obligación de fundamentar las sentencias bajo sanción de nulidad”²³

Lo anterior permitiría a la Corte Suprema realizar el reexamen de la sentencia recurrida siempre que no se haya hecho alusión a parámetros determinados para fijar la cuantía de los daños morales, lo cual, si bien no nos saca del laberinto de la cuantificación del daño moral, si nos brindaría un vía para forzar a la magistratura a dar un mayor sustento a su decisión, reduciendo decisiones arbitrarias y dando sentido a la discrecionalidad con la que cuenta el juzgador.

A pesar de lo indicado, la problemática aún está lejos de ser solucionada, así imagínese el siguiente escenario: efectivamente se establecen los parámetros brindados por el criterio de equidad en la sentencia, pero se termina imponiendo la obligación indemnizatoria al demandado por un monto con el cual, dada la subjetividad del problema, no termina de estar de acuerdo la víctima (pues lo considera ínfimo), o en su caso no lo considera “justo” el agresor (pues lo considera excesivo). En este caso, no creemos estar frente a un problema de falta de motivación, entonces ¿cómo cuestionar el monto? ¿Cómo determinar que el monto fijado por daño moral es excesivo o diminuto? ¿Será un camino alegar la incongruencia de la sentencia?

5. Una propuesta aproximativa de solución: Del derecho sustancial al derecho procesal y los mecanismos de reparación del daño moral

Conforme lo expuesto hasta el momento, la valorización en la indemnización de daño moral debería dar respuesta a dos necesidades básicas del sistema jurídico: (i) una de tipo individual, a favor de la víctima; y (ii) una de interés colectivo, que consiste en la predictibilidad de los fallos a través de la homogeneidad de criterios judiciales, que evite la arbitrariedad en la fijación del quantum indemnizatorio como viene ocurriendo hasta el momento.

La responsabilidad civil exige que la víctima o el justiciable prueben no solo los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar del agente, entre ellos especialmente la existencia del daño con excepción de los supuestos de daño *in re ipsa*, sino también la determinación de su cuantía o modalidad en la que debe ser indemnizado el mismo.

Sobre el particular, con la finalidad de mostrar la interrelación entre el derecho sustancial y el derecho procesal, es menester tener lo suficientemente claro los alcances de los mecanismos de tutela civil, y sus respectivos remedios²⁴, para en un segundo momento poder establecer los alcances de la tutela procesal con las respectivas facultades y deberes procesales de las partes y magistrados.

Para empezar, es importante precisar que el dinero no es la única forma de compensación de un daño y, como veremos más adelante, incluso en muchas ocasiones no es la modalidad adecuada. Por ello coincidimos cuando se señala que,

“No hay entonces razón para asumir que la finalidad reparatoria sea conseguible solo a través del pago de una suma de dinero. Por el contrario, aquella finalidad puede en algunos casos (se piensa precisamente a algunos entre los denominados derechos de la personalidad) expresarse más adecuadamente a través de modalidades no pecuniarias, idóneas a “restablecer” (*ripristinare*)”²⁵.

Es del caso precisar, que respecto a los modos de compensación del daño moral, si uno revisa lo establecido por el artículo 1985 del Código Civil, la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño, lo cual supondría que nuestro ordenamiento solo dispone la posibilidad que las indemnizaciones se realicen mediante el pago de una suma de dinero.

Sin embargo la jurisprudencia en este sentido ha sido creativa, y coincide además con la posición de nuestra doctrina según la cual,

“De un lado, la reparación in natura es un derecho y no una obligación de la víctima, i.e, la víctima no tiene

22 LOZANO BAMBARÉN, Juan Carlos. *Ob. Cit.* p. 285.

23 *Ibidem*.

24 Por todos, es de consulta DI MAJO, Adolfo. Voz. “Tutela (diritto privato)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XLV. Milano: Giuffrè, 1992. pp. 360 y ss.

25 SALVI, Cesare. Voz. “Risarcimento del danno”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL. Milano: Giuffrè, 1989. p. 1104.

necesariamente que pedir primero la reparación en especie y sólo si ésta no es posible exigir la reparación de dinero. La víctima puede escoger el tipo de reparación que más convenga, según el caso, para borrar (en la mayor medida posible) los efectos del daño²⁶. (lo destacado es nuestro).

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides, mediante la Sentencia de 3 de diciembre de 2011, se ha indicado que respecto del daño inmaterial derivada de la lesión de derechos de la personalidad que,

“Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”.

Conforme a lo expuesto, es que se puede clasificar en dos grandes tipos de modalidades de indemnización las que pueden ser aplicadas al daño en general, y por ello, al daño moral en particular: (i) la indemnización dineraria o por equivalente, cuya finalidad es la compensación del daño sufrido por la víctima mediante el pago de una suma de dinero²⁷, y (ii) la indemnización in natura o específica, que en principio es una forma de reintegración del interés damnificado mediante una prestación diversa y sucedánea respecto al contenido de la relación obligatoria o del deber de respeto ajeno²⁸,

pero que incluye otro tipo de supuestos, que a pesar de no reconstituir la situación anterior, alivian a la víctima (o la desagravia), como por ejemplo la publicación de una sentencia condenatoria²⁹.

5.1. La indemnización dineraria o por equivalente y el daño moral

Cuando lo que se va a resarcir son daños materiales, lo que hace el Juez es liquidar la cuantía de los mismos³⁰, en base a pruebas que acrediten su existencia y valor, es decir cumple con la fijación del denominado *quantum respondeatur*.

“(…) ¿qué se debe entender por valoración equitativa? ¿Significa acaso recurrir a consideraciones de carácter ético-moral? ¿Es un llamado al juzgador a que se desempeñe según la bondadosa templanza habitual? Evidentemente, no.”

Sin embargo, cuando se trata de daño moral, en el cual esta al alcance de las partes cumplir con demostrar su existencia, resulta imposible realizar una liquidación de su valor, pues generalmente no se cuenta con criterios objetivos, ni con elementos de prueba que nos permita cuantificarlos.

En este caso, dentro de la indemnización por equivalente, la cuantía va a ser fijada de forma discrecional por el juzgador, que no es lo mismo que arbitrariedad, tomando en consideración, conforme dispone el artículo 1984 del Código Civil su criterio de valoración equitativa.

Sin embargo, la pregunta de fondo es ¿qué se debe entender por valoración equitativa? ¿Significa acaso recurrir a consideraciones de carácter ético-moral? ¿Es

26 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Tomo II. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. p. 66.

27 Dentro de las posibilidades de fijación de un monto resarcitorio, vemos que se puede fijar un pago único o una renta temporal o vitalicia, dependiendo de la magnitud del daño sufrido. Al respecto, DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión. Barcelona: Bosch, 1975. p. 793, precisa que “En favor del resarcimiento en forma de renta se ha dicho que responde mejor a la duración efectiva del daño y que produce ventajas tanto para el responsable como para el perjudicado, por cuanto evita que el primero desembolse de una vez una suma cuantiosa e impide al segundo disiparla o aplicarla en negocios caprichosos. En sentido contrario –y por lo tanto favorable a la forma de capital– se ha prestado atención a los peligros que entraña la posible insolvencia sobrevenida al responsable, la cual una vez producida, es difícil de remediar, así como la falta de oportunidad de estar enfrentando continuamente, para la entrega de la renta, al perjudicado y al responsable”.

28 BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. V. La Responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 186. Entre nosotros se ha precisado que, “lo que busca es reparar el daño, a través de un *quid* que integre o restituya en su entidad y puntualidad la situación alterada”, así MANZANARES CAMPOS, Mercedes. *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*. Prólogo de Fernando de Trazegnies. Lima: Grijley, 2008. p. 263.

29 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. p. 262.

30 MANZANARES CAMPOS, Mercedes. *Ob. Cit.* pp. 138-237, señala una variedad de criterios para evaluar el monto indemnizatorio; a saber: (i) el principio de la reparación integral, que alude al resarcimiento íntegro de todos los daños y perjuicios sufridos cuyo naturaleza escapa a toda objetivización medible, de manera crítica sobre la aplicabilidad de este principio en nuestro ordenamiento se ha pronunciado LEÓN HILARIO, Leysser. “Inflando el resarcimiento con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura”. Ponencia en el Seminario de Responsabilidad Civil organizado por la Asociación Civil “Foro Académico”, el 9 de octubre de 2007, en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 7 y ss; (ii) la condición personal de la víctima, según el cual “el juez no puede reducir e monto indemnizatorio aduciendo que la víctima tiene suficientes medios para afrontar el daño, porque esto sería una falsa caridad a favor del responsable y alteraría gravemente el principio de la *restitutio in integrum*”; (iii) la influencia de la gravedad de los daños, de manera que los daños más graves deben ser resarcidos con un mayor monto de indemnización; (iv) la influencia de la gravedad de la culpa en la reparación, en donde es posible distinguir el monto de la indemnización en función si el daño es derivado de culpa o de dolo; (v) el principio de la indemnización equitativa, en donde se recurre a la “equidad” para fijar la cuantía del daño y respecto del cual nos detendremos más adelante; (vi) el método del cálculo por puntos, también denominado *calcul au point* en donde la indemnización se fija atendiendo al grado de incapacidad permanente, así se multiplica la tasa de incapacidad permanente por un valor llamado “punto de incapacidad”, valor que puede ser determinado por referencia a otros casos similares; (vii) el método del multiplicador, aplicado en el *common law* según el cual para calcular la pérdida de rentas en el futuro, se parte de la multiplicación, de un lado de la renta anual del demandante antes del accidente y de otro, del número de años que previsiblemente la víctima sufrirá los daños, pero deduciendo las rentas que la víctima puede ser capaz de generar en el futuro si sus daños no le impiden trabajar (es el denominado *allunde perceptum*), resultado que la final debe ser inversamente proporcional a la edad de la víctima; (viii) el método matemático, según el cual la pérdida de las rentas futuras se calcula multiplicando el porcentaje de incapacidad profesional por la renta anual de la víctima; (ix) el método *in concreto*, el cual incide en la valoración de los medios probatorios del caso concreto a efectos de fijar la cuantía del daño; (x) el criterio tabular, a partir de la formulación de tarifas; entre otros.

un llamado al juzgador a que se desempeñe según la bondadosa templanza habitual? Evidentemente, no.

La “equidad”, en el campo de la responsabilidad civil, cumple el rol de ser un criterio para medir la indemnización³¹, de manera que se puede señalar en términos generales que,

“La equidad tiene aquí el significado de prudente atemperación de los variados factores de probable incidencia sobre el daño: la valoración equitativa es, precisamente, un juicio de mediación entre la probabilidad positiva y negativa del daño efectivo.”³²

En tal sentido, será sobre la base del arbitrio del Juez, y del respectivo balance que realice respecto de las circunstancias que rodean al daño, que se va a determinar cuánto es el monto indemnizatorio que debe ser establecido por el daño moral padecido por la víctima, al respecto se nos explica que,

“La equivalencia establecida por el Juez entre una determinada cifra pecuniaria y la producción del daño no patrimonial es específicamente jurídica, no correspondiendo a una precisa equivalencia real, por lo que tal cifra dineraria expresa, con evidente aproximación, la entidad del daño sufrido. Todo ellos se justifica con objeto de proporcionar la reparación necesaria al perjudicado.”³³

Ahora bien, la pregunta es ¿cuáles deben ser las “circunstancias que rodean al daño” que el juzgador debe tomar en consideración al momento de valorar el daño moral? ¿en qué criterios puede concretizarse la “equidad”?

Dada la naturaleza inmaterial del daño pues es posible recurrir a parámetros, tales como, (i) la “gravedad del hecho”³⁴, que es más intensa mientras mayor sea la participación del responsable en la comisión del daño³⁵; (ii) la “intensidad del dolo o la culpa”³⁶; (iii) las “condiciones económicas de las partes y de la víctima en modo particular”³⁷; y, (iv) la intensidad del padecimiento anímico,

en donde se evaluarían circunstancias tales como la duración del dolor, la edad, el sexo, la sensibilidad del ofendido, la relación de parentela para el caso de muerte, entre otras.

El empleo de estos criterios, tiene su correlato a nivel procesal, en el *deber de motivación de las sentencias* como límite del ejercicio del poder de los magistrados, dado el carácter subsidiario e integrador de la equidad, por ello, bien se ha afirmado que,

“La verificación sobre el plano de la legitimidad del proceso lógico realizado y de los elementos de hecho considerados en los objetivos de la decisión es el momento en el cual se mide si la adopción del criterio equitativo sea admisible y responda a las exigencias funcionales del resarcimiento del daño. *Propio* por esta razón, no es suficiente indicar en la motivación que la liquidación ha sido efectuada “con criterio equitativo” si a esta afirmación sigue solo el mero resultado numérico del *quantum*, sin alguna otra indicación de las razones de hecho y de derecho seguidas. En la decisión el juez de mérito debe motivar dando cuenta de los criterios adoptados y de los elementos de hecho valorados, “criterios y elementos respecto a los cuales el magistrado debe realizar la demostración de su pertinencia a la liquidación del daño, pero sin que este obligado a una demostración minuciosa y particularizada de los elementos valorados.”³⁸

Asimismo, junto a las consideraciones subjetivas señaladas, debe quedar claro que para establecer el monto del daño moral también es importante, con miras a evitar incoherencias en la fijación de indemnizaciones³⁹, que se parta por el establecimiento de parámetros o criterios objetivos que permitan al juzgador tener una base o un límite respecto del cual establecer el monto compensatorio, específicamente cuando se producen lesiones físicas, es decir, aquellas que implican pérdidas de algún miembro, heridas en el cuerpo o pérdida de la vida. A esta labor coadyuvan, precisamente, el establecimiento, o reconocimiento, de tablas o baremos⁴⁰, que a su vez

31 Respecto del rol que cumple la “equidad” en la responsabilidad civil, nuestra doctrina no es pacífica. Así, LEÓN HILARIO, Leysser. “Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes Sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano”. En: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición corregida y aumentada. Prólogo de Luigi Corsaro. Lima: Jurista editores, 2007, 509-520, niega que la equidad cumpla el rol de principio general de responsabilidad civil o de criterio de imputación. Por su parte, ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. cit.* pp. 172-174, destaca el carácter de “factor atributivo de responsabilidad” de la equidad. De similar parecer es, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). En: *Themis*. No 50. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 271, quien realiza una relectura de la equidad como criterio de imputación en función de consideraciones económicas vía el *best cost avoider*.

32 BIANCA, C. Massimo. *Ob. Cit.* p. 165.

33 DE CUPIS, Adriano. *Ob. Cit.* p. 552.

34 FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. II. Seconda edizione. Trattato della Responsabilità Civile diretto da Massimo Franzoni. Milano: Giuffrè, 2010. p. 628; en el mismo sentido se pronuncia BIANCA, C. Massimo. *Ob. cit.* p. 174, quien indica que, “(...) tal determinación [por equidad] no debe tener en cuenta los factores de probable incidencia sobre la entidad del daño económico. Sin embargo, es necesario hacer referencia a los elementos que determinan la mayor o menor gravedad personal del daño. Entre estos destaca también el carácter doloso del hecho, en cuanto esto acrecienta la intensidad de la lesión sufrida por la víctima. La gravedad del hecho se considera de hecho sobre la gravedad de la lesión”. Sobre el particular, destaca el carácter unánime de este criterio, SCOGNAMIGLIO, Renato. “Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracotratuale)”. En: *Rivista Diritto Civile*. Parte I. 1957. p. 331.

35 ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Edición, traducción y notas de Leysser León. Estudio preliminar de Alessandro Somma. Lima: Jurista editores, 2006. p. 830

36 FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. *Ob. Cit.* 629.

37 Sobre el particular, ALPA, Guido. *Loc. Cit.*, señala que respecto de “las condiciones económicas y sociales de las partes”, este parámetro ya se ha superado hace algún tiempo en las sentencias, porque contrasta con el sentimiento humano y con el principio de igualdad

38 FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. *Ob. Cit.* 185.

39 El problema -no está de más hacerlo notar- no es exclusivo de nuestra magistratura, así en Francia a propósito de las propuestas normativas contenidas en el *Avant-projet Catala* se indica que, “Las disposiciones que siguen tienen por objeto dar un verdadero marco jurídico a la indemnización del daño corporal que hoy en día está prácticamente confiada al poder soberano de los jueces de hecho. Vienen a restaurar en esta materia, tanto la seguridad jurídica, como la igualdad entre los responsables y la eficacia de la reparación”. Cfr. VINEY, Geneviève. “Subtítulo III – “De la responsabilidad civil” (arts. 1340-1386). Exposición de Motivos”. En: *Del Contrato, de las Obligaciones y de la Prescripción. Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX*. Traducción a cargo de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. pp. 276.

40 LUNA YERGA, Álvaro, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia e Ignacio, MARÍN GARCÍA. “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Julio. 2006. p. 4, señalan que “No existe una definición legal ni jurisprudencial del concepto de “baremo”, pero bien podría definirse como un “cuadro gradual establecido convencionalmente (...) para evaluar los (...) daños derivados de accidentes”. El baremo puede adoptar muy diversas formas, pues la evaluación de daños puede llevarse a cabo bien asignándoles un valor monetario único, bien estableciendo una horquilla de valores posibles, que el Juzgador concretará a partir de las circunstancias del caso, o bien estableciendo una fórmula de cálculo basada en variables objetivas. Todo baremo presenta tres características básicas: es general, pues tiene vocación de aplicarse a cualquier víctima que cumpla con su ámbito de aplicación material; está predeterminado, de manera que la potencial víctima puede conocer *ex ante* cuál es la indemnización previsible en caso de accidente; y agota la valoración del daño que cuantifica. No es esencial al baremo, en cambio, que sea obligatorio, ni tampoco que comprenda la valoración de todas y cada una de las partidas del daño indemnizable”.

tengan en su contenido diferentes variables como por ejemplo la edad de la víctima.

En el Perú tenemos un sistema que se asemeja al antes aludido sistema de baremos, limitado a las indemnizaciones que deben pagar las aseguradoras, nos referimos principalmente al Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios de Accidentes⁴¹ –SOAT-, el cual es un seguro obligatorio para accidentes de tránsito que cubre riesgos de muerte y lesiones físicas⁴² que sufran las personas como consecuencia de un accidente de tránsito en el que participe un vehículo.

Si revisamos el SOAT vamos a poder comprobar que se ha establecido una suerte de “tablas de baremación de los daños”, que representan el monto establecido que necesariamente va a recibir la víctima del daño, por lo que consideramos que pueden servir como parámetros base realmente objetivos⁴³ a efectos de establecer la cuantía del daño moral en este extremo⁴⁴.

Cabe precisar que actualmente en nuestro sistema el pago que efectúe el seguro no constituye cancelación de la indemnización a que se considere acreedora la víctima, pues la norma se cuida de dejar establecido que en todo caso debe ser tomada como un pago a cuenta.

5.2. Indemnización *in natura* o específica y el daño moral

Frente a la producción de un daño, y en específico frente a un moral, no solo contamos con el resarcimiento en forma equivalente, sino que tenemos a la indemnización *in natura* o en forma específica⁴⁵, bajo cuya consideración, el resarcimiento pretende compensar el daño moral, especialmente cuando se trate de lesiones de derechos de la personalidad, mediante una modalidad distinta a la de la compensación económica.

Podemos encontrar dentro de este tipo de indemnización diversas formas a través de las cuales se materializa la misma, así a nivel del daño moral podemos indicar, (i) la denominada “indemnización simbólica”⁴⁶, (ii) la retractación pública del ofensor⁴⁷, (iii) la publicación en un diario del fallo judicial, entre otras alternativas que podríamos citar.

Este tipo de indemnización no es excluyente de la dineraria, toda vez que tiene por finalidad compensar los daños en forma diferente, pueden complementarse, dependiendo todo esto de la modalidad de daño ante el cual nos podamos encontrar. Esta modalidad básicamente la podemos aplicar en los casos de los daños contra el honor y otros que atenten contra la dignidad de la persona.

Un ejemplo gráfico de este tipo de indemnización lo encontramos en el Exp. N° 04611-2007-PA/TC, en el cual el Tribunal Constitucional dispuso:

- i) Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la violación del derecho fundamental al honor de la comunidad nativa demandada y de cada uno de sus miembros. En consecuencia, se obliga a la demandada, el semanario *El Patriota*, además de su director, don Roy Maynas Villacrez, a lo siguiente:
- ii) Al **ENVÍO DE UNA CARTA NOTARIAL** de desagravio a la comunidad nativa, o en caso corresponda, mediante el juez de paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.
- iii) A la **PUBLICACIÓN DE LA MENCIONADA CARTA** en el diario de mayor circulación en la región, a costo de la demandada, en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.
- iv) A la **PUBLICACIÓN DE UN SUPLEMENTO ESPECIAL** en el mismo semanario o en cualquier otro, en el caso de que el semanario *El Patriota* no esté en circulación a la hora de ser notificada la presente sentencia, de mínimo cuatro páginas, que reproduzca por completo el tenor de la presente sentencia, bajo el título *Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario El Patriota en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC*, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

Por nuestra parte coincidimos con quien señala que,

“Esta reparación se refiere a una acción social y solo podremos utilizarla cuando el derecho se muestre hábil para borrar los efectos del hecho ilícito sin

41 Aprobado por D.S. No. 049-2000-MTC del 10 de octubre del 2000. Situación similar se presenta en la regulación establecida en la Ley de Aeronáutica Civil (Ley N° 27261).

42 Resulta interesante prestar atención a los criterios que se emplean para establecer los montos de los baremos, para ello es de revisión, a pesar del tiempo, la densa recopilación de BOROBA FERNÁNDEZ, César (Coord.). *Valoración de daños personales causados en los accidentes de circulación. Una explicación de las secuelas recogidas en el nuevo baremo establecido por la Ley 30/95 en lenguaje asequible tanto a los profesionales del Derecho como a los de la Medicina*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1996, en donde se explican la consideraciones médicas de una variedad de situaciones dañosas, tales como, lesiones a la cabeza, el tronco, las extremidades, el aparato cardiovascular, el sistema nervioso central y periférico, el dolor físico, entre otros.

43 Sobre el artículo ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. Cit.* p. 306, señalaba que, “Para cuantificar los daños físicos o psíquicos se debería establecer una base mínima. Si la unidad de referencia en el Reglamento del SOAT es la Unidad Impositiva Tributaria ¿Por qué no crear una propia unidad de referencia? Propondría, fijar el “valor vida” del monto predominante en nuestro Poder Judicial, como punto de partida. Hemos observado que el mismo asciende aproximadamente a S/. 40,000, y si seguimos las proporciones del Reglamento del SOAT, tendríamos esta base mínima (...). Mi propuesta se basa en un parámetro de referencia (que evidentemente, puede ser ajustado), pero con las mismas proporciones y procedimientos que se establecen en el Reglamento del SOAT. Debe tenerse en cuenta que se trataría de una **base inicial** sobre la cual cabría aplicar el criterio equitativo del juez”.

44 El mismo camino, por ejemplo, se está siguiendo en las discusiones sobre la reforma de la responsabilidad civil en Francia, de esto da cuenta FERRANTE, Alfredo. “Una primera aproximación al *Avant-projet* Catala y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho Francés”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Enero. 2008. p. 12, cuando indica que, “Sin embargo por lo que respecta a los daños corporales cabe destacar que mediante el *Avant-Projet*, se establece un baremo de invalidez relativo al llamado “perjuicio funcional” que tendrá que fijarse mediante un decreto y se concede una prioridad a la *rente indexée* (Cfr. arts. 1379-1 y 1379-3 APC); no obstante el juez podrá libremente elegir si conceder la indemnización bajo la forma de un capital o de una renta (Cfr. art. 1376 APC)”.

45 Para una revisión de la historia y las funciones del resarcimiento en forma específica puede revisarse FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. *Ob. Cit.* pp. 241-247.

46 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ob. Cit.* p. 114. “Esta ficción del “daño dólar” (*nominal damages*) parece ser un procedimiento interesante para salvaguardar por vías no económicas algunos de esos derechos (no todos) inmateriales o espirituales, como los llamados derechos de la persona. Su aplicación judicial en el Perú sería indudablemente novedosa, correspondería bien con la nueva institución del “daño a la persona”; esta “argucia” permitiría una reparación del daño inmaterial sin las dificultades teóricas y prácticas que origina la evaluación patrimonial de un daño no patrimonial y que han sido el objeto central de nuestra crítica”.

47 MANZANARES CAMPOS, Mercedes. *Ob. Cit.* p. 113.

utilizar el dinero, por ejemplo: las publicaciones de desagravio o contra publicaciones. Esta forma de indemnizar en las afectaciones extrapatrimoniales, por lo general servirá para atenuar consecuencias apremiantes, pero muchas veces dejará impune los agravios de acuerdo a la sensibilidad de la víctima⁴⁸.

6. A modo de conclusión: Hacia el reconocimiento de criterios de valoración en sede jurisdiccional a partir de las funciones de la indemnización del daño moral y apostillas a un caso concreto

En línea con lo expuesto, podemos apreciar diferentes tipos de criterios valorativos con diferentes variantes, uno primordialmente subjetivo en el que el juzgador va atender las distintas circunstancias que rodean el daño, tales como la gravedad del mismo, la situación personal de la víctima o del agente entre otras; y tenemos por otra parte criterios objetivos en los que parte de parámetros pre constituidos basados en padecimientos estándares de un hombre promedio.

Cual criterio utilizar va a depender, en nuestra modesta opinión, de cuál es la función de la indemnización del daño moral, en efecto para este particular tipo de daños,

“Criterios objetivos que sostengan la apreciación judicial pueden en efecto ser definidos solo a la luz y sobre la base de consideraciones inherentes no al “contenido” del daño, sino a la función que aquí desarrolla la tutela reparatoria. (...) Así quien la agote en la “reparación” del daño, atribuye un rol decisivo a la entidad de la lesión y de las consecuencias aflictivas que sean derivadas, negando por el contrario relieve al grado de reprochabilidad de la conducta y a las condiciones económicas del responsable; mientras la configuración opuesta (y entonces una cuantificación ordenada exclusivamente por criterios conexos a la posición del autor de la conducta lesiva) viene adoptada por quien asigna a la tutela una función exclusivamente punitiva”⁴⁹ (el subrayado es agregado).

Desde nuestro punto de vista, en el sistema nacional, tal como lo ha precisado autorizada doctrina, el daño moral cumpliría una función de tipo aflictiva consolatoria⁵⁰, la cual es concebida como una función de la satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquel.

En efecto, consideramos que ante la imposibilidad de reparar el daño moral, lo que busca nuestro sistema es principalmente compensar a la víctima, y si bien la función aflictiva consolatoria contiene este elemento

satisfactorio, consideramos que no puede obviarse un carácter a su vez punitivo en tanto instrumental de la función preventiva de la responsabilidad civil.

El efecto de esta compensación del daño moral generalmente va a tener como consecuencia el desincentivo del evento dañoso, es decir, va a propiciar que el agente tome sus precauciones para no provocarlo, y en consecuencia esta presente también la función preventiva. Por otra parte el artículo 1985 del Código Civil dispone que el daño moral es indemnizado considerando la magnitud y menoscabo producido a la víctima y a su familia, norma que más que precisar y servir de parámetro para la fijación del quantum, es imprecisa y dota al Juzgador de un poder discrecional basado en aspectos netamente subjetivos.

Un ejemplo en que podemos apreciar un esfuerzo denodado del Juzgador por justificar subjetivamente la compensación y determinación del *quantum* indemnizatorio en un caso de daño moral, lo podemos apreciar en una sentencia emitida por la Dra. Roxana Jimenez Vargas Machuca, que ella misma cita en un trabajo sobre los daños inmateriales,

“La demandada es una persona de edad madura pero joven; de alrededor de 40 años de edad al momento de ocurrencia de los hechos que han motivado la presente demanda, en tanto que la demandante es una persona que a aquella época tenía alrededor de 70 años de edad. Se ha observado, a lo largo del proceso, en audiencias e inspección judicial, la fortaleza y el vigor, tanto físico como anímico de la demandada, lo que contrasta con la fragilidad física y emocional de la demandante. Existe una diferencia significativa en cuanto a la estatura y constitución física de ambas partes, en clara ventaja de la demandada. En la inspección judicial realizada en los domicilios de las partes, esta juzgadora observó que la vivienda de la demandada es notoriamente de mayor nivel económico (por el mantenimiento, acabados y mobiliario de mejor calidad) que la demandante. La demandante es una persona que tiende a la depresión y a desarrollar estados de ansiedad, lo que ha sido de perfecto conocimiento de la demandada en todo momento. La condición social y cultural de la demandada, así como su capacidad e inteligencia, le permiten ampliamente considerar que los actos de agresión física y verbal a que ha sometido a la demandante, (...) la demandada tiene capacidad y lucidez suficientes para ser consciente que ha mantenido una conducta abusiva hacia la persona de la demandante, sabiendo además que le ha ocasionado sufrimiento y secuelas psicológicas”⁵¹

48 *Ídem*, p. 265.

49 SALVI, Cesare. *Ob. Cit.* p. 1101.

50 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del “civil law”)”. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción y edición al cuidado de LEÓN, Leysser Lima: ARA Editores, 2001, p. 270. La problemática de las funciones de la responsabilidad civil en los casos del daño no patrimonial entendido como daño moral, ha sido abordado a profundidad por la doctrina, sobre el particular cfr. FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. *Ob. Cit.* pp. 721-731, quien identifica las siguientes posiciones respecto de la función que puede ser atribuida al daño moral: (i) finalidad punitivo-aflictiva; (ii) finalidad reparatoria; (iii) finalidad consolatoria-satisfactiva.

51 JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Los daños inmateriales: Una Aproximación a su Problemática”. En: *Themis. Revista de Derecho*, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 50, p. 282.

En nuestra opinión es importante tener parámetros objetivos que nos permitan establecer en casos generales la cuantía indemnizatorio que permitan tanto a las partes como al juzgador contar con criterios preestablecidos que determinen que podemos esperar como compensación de daño moral en los diferentes casos que se pudiesen dar, básicamente cuando estamos ante daños biológicos; para modificar estos valores los Juzgadores harían uso de criterios subjetivos, básicamente sobre los criterios de la equidad, tomando en consideración elementos que harían que estos valores promedios dispuestos por la norma deban variar ante las particularidades de cada caso, debiendo justificarse las particularidades del caso, y en consecuencia la variación

porcentual del monto a imponerse como compensación del daño moral.

Teniendo presente que el daño moral no es reparable, en los términos indicados, que la función establecida para la responsabilidad civil en estos casos es aflictiva consolatoria, siendo que en más de 25 años de aplicación del Código Civil no se ha podido establecer un criterio a seguir al momento de fijar la cuantía indemnizatoria, y que urge darle solución a este tema desde una aplicación del derecho procesal, es que consideramos importante el establecimiento de estas tablas que permitan partir de una base al momento de evaluar un caso y de sentenciarlo ²⁸