

La función punitiva del daño moral. El reencuentro entre el derecho privado y el derecho público (*)

José Antonio Campos Bermúdez
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1. Introducción. 2. Prolegómenos. 3. El daño extra patrimonial en el sistema de daños. 4. Rasgos fundamentales del daño moral. 4.1 Afecta la faz interna. 4.2 Entidad o importancia del daño 4.3 Socialmente digno y legítimo. 4.4 Efímero. 5. Probanza del daño moral. Auxilio de otras disciplinas. 6. La función punitiva del daño moral. El reencuentro entre el derecho privado y el derecho público. 6.1 La constitucionalización del derecho civil. 6.2 Repensando la institución de la responsabilidad civil frente a los dos daños morales. 6.3 El inevitable encuentro entre el derecho privado y el derecho público. 6.4 Aplicatoriedad del derecho administrativo sancionador. 7. Topes para los daños morales. 8. La función punitiva pura en los casos emblemáticos. 9. Comentarios a la Casación 4716-2016 Lima. 9.1 Hechos del caso. 9.2 Sentencias emitidas. 9.3 Análisis del caso. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

Reseña:

Luego de reflexionar sobre los requisitos para que se reconozca el daño moral (*pretium doloris*), tales como su relevancia (entidad mínima), socialmente digno y legítimo (conforme a la tutela afflictivo consolativa del instituto) y su carácter efímero, con apoyo de algunas sentencias nacionales y extranjeras; se reflexiona sobre la constitucionalidad de la condena del daño moral en los casos en que es concedido más allá de la estricta compensación a la víctima, esto es, cuando el Estado echa mano directamente de su *ius puniendi*. Ello en concordancia o constatando el inevitable encuentro experimentado entre el derecho privado y el derecho público. En ese sentido, se propone que, si se pretende que el daño moral, en determinados supuestos, sea también una herramienta de punición, es necesario que ello sea establecido con una ley y cumpla además con los principios modernos del derecho sancionatorio. Esto, se sostiene, no debilita el enfoque de los civilistas, sino que más bien lo aproxima mejor a su objeto de estudio.

1. Introducción

Imaginemos un caso en el que el demandado es condenado por un juzgado civil a pagar S/500,000 como “resarcimiento” por concepto de daño moral por la muerte del menor hijo del demandante, acontecido producto del atropello que sufrió del vehículo conducido por el demandado.

En la hipotética sentencia se reconoce el daño moral (*pretium doloris*) invocando expresamente la función punitiva de la responsabilidad civil y se ofrecen todos los argumentos para solventar la gravedad de la negligente conducta (exceso de velocidad); pero en la hipotética apelación del demandante, éste acusa que la referida condena de la sentencia infringe los principios de legalidad, debido proceso y otros del derecho sancionador porque alega que el Estado no puede castigar sin una norma legal que lo establezca y sin respetar la proporcionalidad y el derecho de defensa, por lo que considera que dicha sentencia es inconstitucional, solicitando la aplicación del control difuso a la Sala ante la cual apela.

Planteado este escenario, nos preguntamos qué haría el lector si fuera uno de los vocales encargado de sentenciar en segunda instancia. ¿Es correcto que el Estado ejerza el *ius puniendi* en situaciones en que no existe norma legal que lo autorice? ¿Bastará el reconocimiento del daño moral en nuestro Código Civil como resarcible para que se ejerza ese *ius puniendi*? ¿Es suficiente en el actual escenario de constitucionalización del derecho civil que la doctrina considere que el daño moral cumple también una función punitiva para que el Estado pueda ejercerla?

Estas son algunas de las interrogantes que nos proponemos absolver en este trabajo, sobre todo en su segunda parte. Antes de ello, se describirá en la primera la noción y contornos del daño moral, abordando su carácter relevante o de entidad mínima, su necesidad de ser socialmente digno y legítimo para su resarcimiento conforme a la tutela aflictivo consolativa del instituto, y su carácter efímero. Para este propósito daremos cuenta de algunas sentencias nacionales y extranjeras.

Y es que, superada las dificultades que suscitó la tutela del daño moral por la vía resarcitoria a través de la ampliación de su espectro hacia una función satisfactiva o tutela aflictivo consolativa, si bien se ha dicho que el verdadero problema de la responsabilidad civil es la cuantificación del daño¹, proponemos en este trabajo que también es menester reflexionar, al menos en el civil law, sobre la constitucionalidad de la condena del daño moral en los casos en que es concedido más allá de la estricta compensación a la víctima, esto es, cuando el Estado echa mano directamente de su *ius puniendi*. Ello en concordancia o constatando el inevitable encuentro experimentando entre el derecho privado y el derecho público.

En ese sentido, si pretendemos plausiblemente que el daño moral, eligiéndolo en desmedro de los *punitive damage* del common law, sea, en determinados supuestos, también una herramienta de punición, consideramos necesario que ello sea establecido con una norma, lo cual no tendría por qué debilitar el enfoque de los operadores del derecho civil; todo lo contrario, lo aproxima mejor a su objeto de estudio, solo que esta vez no lo hace de espaldas a las otras ramas del derecho, sino comunicándose bien con ellas. No existe otra estrategia de vigencia del derecho civil, que no sea la de abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, aproximarlos a la realidad con los instrumentos de las otras ciencias sociales². Esto es casi un imperativo.

2. Prolegómenos

En principio, y en vista a que se ha escrito bastante sobre la autonomía conceptual o relación de género a especie, existente entre el daño a la persona y el daño moral, no vamos a ocuparnos de ello. Si la introducción del daño a la persona fue una travesura de su promotor el ilustre y recientemente fallecido profesor Carlos Fernández Sessarego, o si su establecimiento provino de la necesidad de tutela frente a una limitación de la legislación civil italiana, limitación que no teníamos aquí; ya casi poco importa. El hecho

¹ PONZANELLI, Giulio, “Il giudice e la legge nel diritto della responsabilità civile”, citado por GABRIEL RIVERA, José, El daño moral: su tipología y cuantificación. Una breve radiografía del Derecho peruano y del Derecho francés, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Tomo 32, febrero 2016, p. 53.

² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El Derecho Civil ante la Postmodernidad”, *Revista Derecho* N° 45, 1991, p. 324-325.

es que esta voz de daños existe y ha sido reconocida en varios cuerpos y dispositivos legales de nuestro sistema jurídico.

Por la misma razón, estimamos que tampoco importa mucho reflexionar sobre si nuestro daño extra patrimonial tuvo un origen francés, es decir si la voz daño moral comprende a los daños a la persona y en consecuencia esta última noción resulta inútil como propone el profesor Leysser León³.

Regulada la figura en nuestro Código Civil de 1984, restaba conocer la absolución del traslado de la jurisprudencia, en los términos planteados por el profesor Fernando De Trazegnies, como última batalla para concluir o dar vuelta de página de lo que él denominó pleito de etiquetas⁴.

Haciendo mención de ello Roxana Jiménez Vargas-Machuca, en un trabajo de 2005⁵, da cuenta que tal pleito había sido resuelto por la jurisprudencia nacional y extranjera en favor de la consideración del daño moral como comprensor de todos los daños perpetrados a la persona; sin embargo, 14 años después, si nos atenemos a las sentencias emitidas desde entonces, no es difícil constatar que la jurisprudencia se ha inclinado más bien por considerar que el daño a la persona es el género y el daño moral la especie.

En efecto, la Corte Suprema, en su Tercer Pleno Casatorio Civil⁶, distinguió el daño moral del daño a la persona, expresando que este consiste en la “lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal afecta y compromete a la persona en todo cuanto ella carece de connotación económico patrimonial.” Respecto del daño moral expresó que consiste en “las angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona”. Por eso, nos guste o no, la jurisprudencia optó por la posición de incorporar el daño moral dentro del daño a la persona.

3. El daño extra patrimonial en el sistema de daños

Como pasando revista de los resultados de nuestra post guerra, el profesor Juan Espinoza⁷ considera que en el sistema de nuestro Código Civil, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo comprende el daño a la persona, esto es, la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales infringidos contra ella, y el daño moral, consiste en el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tienen carácter efímeros. Añade que dentro de la categoría de daño moral, se distingue el daño moral subjetivo, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes.

³ LEON HILARIO, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Instituto Pacífico, Tercera Edición, 2017, p. 341-383.

⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, séptima edición. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2001, p. 109.

⁵ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática, *Themis* N° 50, 2005, p. 277-278.

⁶ Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia del Perú, recaída en el Expediente 4664- 2010-Puno, de fecha 18 de marzo de 2011. Fundamento Jurídico 71.

⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, El contenido y la prueba del daño subjetivo o no patrimonial: ¿in re ipsa? *Actualidad Civil* N° 7, p. 197.

Es importante para este recorrido preliminar, anotar también que el citado autor, en relación a la voz de daño al proyecto de vida, que como sabemos ha suscitado enérgicas críticas de parte del profesor Leysser León, ha sentenciado que las únicas voces reconocidas en el Código Civil peruano son el daño a la persona y el daño moral, siendo el denominado “daño al proyecto de vida” no una voz del daño, sino solo un criterio de cuantificación del daño a la persona.

Similar sistematización post bélica es realizada por el profesor Gastón Fernández⁸, para quien, destacando la utilidad de la distinción entre el daño evento y el daño consecuencia, propone, atendiendo a la naturaleza del ente afectado (daño evento), clasificar los daños en: (i) Daño no patrimonial, que afecta la integridad de los sujetos de derechos y/o lesiona valores y derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derecho digno de protección bajo la tutela resarcitoria; y (ii) Daño patrimonial, que afecta la integridad del patrimonio como extensión externa de un concreto derecho de la personalidad, como la propiedad, la herencia, etc.; y cualquier otro de naturaleza patrimonial.

Por otra parte, atendiendo a las consecuencias económicas que generan (daño consecuencia), el citado autor clasifica los daños en: (i) de causalidad material económica, dentro de los cuales están el daño emergente consistente en el empobrecimiento que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa y súbita del daño; y lucro cesante, consistente en la pérdida de una utilidad que bajo un juicio de probabilidad habría obtenido el damnificado de no haberse verificado el evento dañoso y; (ii) de causalidad jurídica o de atribución legal, que comprende aquellos daños que no pueden determinarse por la función reparatoria de los mismos al no existir causalidad económica entre el evento y los resultados patrimoniales negativos que se le atribuyen, pero sí bajo una perspectiva tuitiva de la víctima, atendiendo a la función satisfactoria de la institución, esto es, por una función aflictivo-consolatoria destinada a mitigar (no a reparar) los daños sufridos. De este modo, los efectos económicos son atribuidos por la ley, requiriéndose de una norma expresa, como la del Art. 1322 del Código Civil peruano, por ejemplo, que reconoce el daño moral.

Agrega el autor un tipo de clasificación adicional de daño en atención a la liquidación pecuniaria del efecto económico negativo: (i) daños valuables, si es posible su cuantificación; y (ii) daños estimables, si solo es posible estimarlos con valoración equitativa, como el daño moral que es más bien liquidado en consideración a la función aflictivo-consolatoria recientemente aludida.

En cuanto al daño a la persona reconocido como resarcible en el Art. 1985 del Código Civil, el profesor Gastón Fernández propone que sea entendido fiel a su raíz itálica, como un daño que afecta a la *persona humana* como entidad psico-física, comprendiendo a los daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psico-física, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros; y con una característica esencial que el autor resalta: siempre responde a la función de reparación del daño resarcible, por lo que es comúnmente valuable, y por tal rasgo, ajeno a la función aflictivo-consolatoria del resarcimiento.

⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños, en *Análisis sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*, Instituto Pacífico, 2015, pp. 511-515.

En cuanto al daño moral, reconocidos en los Arts. 1322 y 1985 de nuestro código, el citado autor, si bien lo entiende como un sub-tipo especial del concepto mayor de daño a la persona, considera que aquel tiene contornos especialmente definidos que lo diferencia de éste, lo cual determina alcances especiales en su tratamiento. Conceptúa así al daño moral como aquel que afecta a la psiquis y sentimientos de la persona humana y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con características fundamentales que lo diferencia de otros daños no patrimoniales, cual es que este daño *afecta la faz interior del sujeto y tiene siempre naturaleza temporal*. Añade el autor que este daño debe diferenciarse del daño a la persona a la luz de la codificación peruana.

4. Rasgos fundamentales del daño moral

4.1 Afecta la faz interna

El primero de los rasgos del daño moral es el que, como ya se anotó y carece de controversia, este afecta la parte interior del sujeto, es decir, los sentimientos que experimenta en su interior el damnificado, sentimientos, desde luego, no visibles y que acaso solo pueden exteriorizarse a través de lágrimas o expresiones de pena, congoja, angustia, etc.

En este punto es pertinente referirnos a la distinción que se suele hacer respecto de este daño. Así, se habla del daño moral puro, cuando sólo afecta la faz interna del sujeto sin trascender a la fase de la productividad, esto es, que no genera consecuencias económicas; y daño moral impuro, que sí es capaz de desencadenar tales consecuencias⁹, es decir, se trata de aquella afectación sentimental que incide en la actividad del sujeto al punto que debilita su capacidad de obtener ingresos o generar riqueza.

Veamos con un ejemplo si es correcta esta distinción. Unos padres convivientes luego de 10 años de relación dentro de la cual procrearon a un hijo, deciden celebrar matrimonio, pero horas previas a la fecha de la ceremonia, esta tiene que suspenderse porque el hijo fallece atropellado camino al lugar de la recepción. Aquí los padres experimentarán un doble daño moral, por un lado, reflejo, por la angustia de la pérdida del hijo, y por el otro, directo, por la frustración de su matrimonio.

La cosa no termina ahí, también se experimentará en los padres evidentes daños patrimoniales consistentes en los gastos de sepelio y los incurridos en la celebración del matrimonio. Además, en cuanto a la merma de la productividad, es claro que también de manera temporal tal evento lo puede desencadenar, de manera que será necesaria una compensación pecuniaria por los días no laborados entre la ocurrencia de la tragedia y la reincorporación al trabajo. Si asumimos, correctamente a nuestro juicio, que estos últimos daños, son de carácter netamente patrimonial, pues entonces no cabría reconocerlos como daño moral impuro. Y es que en rigor estos daños no constituyen daño moral, porque escapan a la faz interna del sujeto y porque tienen una clara incidencia económica que sí es posible valorar.

Por eso compartimos con la doctrina que, en el desarrollo de la institución, ha diferenciado de los daños evento y los daños consecuencia. En el caso hipotético planteado, el daño evento de los padres es de carácter no patrimonial (daño moral), pero como lo que cuenta para dar aplicación a la función reparadora o satisfactiva de la

⁹ *Ibidem*, p. 510.

institución, es la consecuencia del mismo (daño consecuencia), estos pueden ser de causalidad material económica (los gastos de sepelio y los días no laborados) y de causalidad jurídica, esto es, el daño moral. De este modo, los daños suscitados se insertan adecuadamente en los tipos de clasificación.

4.2 Entidad o importancia del daño

Leysser León dando cuenta de la experiencia italiana informa que el daño no patrimonial (entre ellos el daño moral o *pretium doloris*), solo es procedente en caso de violación de los derechos de la personalidad protegidos por la Constitución. Añade que, en respuesta a su proliferación en los últimos años, la magistratura de ese país viene proponiendo bloquear los denominados “daños de bagatelas”, es decir, aquellos demandados por pura ambición o capricho, argumentando supuestas perturbaciones del ser, en los que el daño es fútil o irrisorio, o aun siendo estos serios, son sin embargo insignificantes o irrelevantes según la conciencia social. Cita como ejemplos de los primeros, a los daños alegados por no poder gritar en un estadio, no poder fumar o tomar bebidas alcohólicas; y como ejemplos de los segundos, al caso del raspón superficial en la piel, el dolor de cabeza por una sola mañana, a causa de los humos de una fábrica, de la molestia de pocas horas causada por la imposibilidad de salir de casa debido a la ejecución de trabajos en la calles, etc.¹⁰

Advierte el profesor peruano que no se ha llegado a semejantes extremos en la jurisprudencia peruana, pero apunta el temor que ello pueda ocurrir, debido a la invocación que, va en aumento, a los daños al “proyecto de vida”.

El profesor Rómulo Morales¹¹, da cuenta de la Sentencia 26972/08 de la Corte de Casación Italiana, en la que se expresa que: “no son merecedores de protección los perjuicios consistentes en las incomodidades, los fastidios, las desilusiones y toda otra insatisfacción referente a los más disparatados aspectos de la vida cotidiana que cualquiera conduce en el contexto social (...) El perjuicio debe ser serio. La lesión debe exceder un cierto límite de ofensividad porque el sistema jurídico impone un grado mínimo de tolerancia para dar protección”.

Es interesante dar cuenta del tratamiento que, le ha dado a estos daños de poca entidad (demandados con mayor frecuencia en las últimas décadas), la jurisprudencia española, la cual, ha estimado daños por entrega de billetes falsos por parte de entidad bancaria, violación de deberes conyugales relacionada con ocultación de la paternidad, por encontrarse un aficionado taurino su asiento ocupado, así como por inmisiones de diverso tipo, entre otros; aunque los ha desestimado en el caso de convivencia por unión de hecho derivada de promesa de matrimonio, que finalmente no se cumple, entre otros. De este modo, se observa que se pasado gradualmente de aplicar el daño moral a supuestos de afrentas de cierta entidad contra derechos de la persona (como la dignidad, el honor o la integridad física), a garantizar prácticamente un derecho a una vida tranquila, o a no sufrir molestias, o bien considerando como daños la privación de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el

¹⁰ LEON HILARIO, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales...*, cit., pp. 73-74.

¹¹ MORALES HERVIAS, Rómulo, “El resarcimiento del daño moral y el daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio” (Diálogo con la Jurisprudencia 153, 2011), citado por LINARES AVILEZ, Daniel, «¿El dinero cura todas las heridas? me parece que no». Reflexiones sobre el daño moral, *Themis* N° 71, 2017, p. 263.

medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una inevitable inclinación al desánimo¹².

En tono crítico DÍEZ PICAZO, en su libro “El Escándalo del Daño Moral”, habla de la trivialización e, incluso, deformación, de este concepto de daño moral. Junto con él la doctrina de su país considera que efectivamente, no todo lo que no gusta, no toda molestia, puede ser daño moral, y que es preciso delimitar, tanto fáctica como jurídicamente, la frontera entre lo que sea una simple molestia, y un hecho generador de un daño moral, así como entre un daño económico y un verdadero daño moral¹³.

A pesar de sus ocasionales concesiones, el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 31 de mayo de 2000, aunque admite que en ciertos supuestos de desatención de los pasajeros durante las horas de espera, o en casos de una espera excesiva e injustificada, podría apreciarse la concurrencia de daño moral, indica que “no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo”. También lo hace así la STS de 31 de mayo de 2007, que se pronuncia en el sentido de que no puede indemnizarse, como daño moral, el afeamiento del paisaje situado frente a la vivienda del recurrente. Puede deducirse lógicamente, por tanto, que estas injerencias o hechos molestos menos cualificados podrán generar otro tipo de daños o molestias, que podrán ser o no jurídicamente relevantes y atendibles, pero no serán constitutivos de daño moral¹⁴.

Como podemos ir intuyendo, el daño moral, para ser resarcido, tiene que ser de una entidad considerable. En esta línea, la jurisprudencia de la Corte Italiana¹⁵, ha identificado los siguientes requisitos para que el daño moral pueda ser resarcido:

- a) que el interés lesionado tenga relevancia constitucional;
- b) que la lesión del interés sea grave, en el sentido que la ofensa supere un límite mínimo de tolerabilidad, como impone el deber de solidaridad del art. 2 de la Constitución y
- c) que el daño no sea fútil, esto es, que tenga una consistencia capaz de considerarse jurídicamente relevante.

La exigencia de una entidad grave del daño moral para que sea resarcido, es asumida también por la doctrina y jurisprudencia uruguaya¹⁶, la cual requiere que los padecimientos, aflicciones y sufrimientos tengan cierta gravedad o trascendencia, cuya valoración corresponderá al Juez de acuerdo con las circunstancias del caso.

¹² CASANOVA ASECIO, Andrea Salud, *El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración*, pp. 67-68.

Disponible en: http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=208.

¹³ *Ibíd.*, p. 69.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 70-71.

¹⁵ MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, Jurisprudencia italiana comentada. Daño moral por adulterio. Corte Suprema de Casación N°18853/2011, en *Revista chilena de Derecho Privado* N° 19 Santiago, diciembre 2012. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200006

¹⁶ MARIÑO LÓPEZ, Andrés, La entidad mínima para la indemnización del daño moral en la jurisprudencia uruguaya, en *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, N° 2, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2013, pp. 374-378.

Se considera como ejemplos de tales daños de poca entidad, la afectación que pueda sufrir una persona captada en un mercado, por el uso de su imagen sin su autorización en la utilización de una grabación de video para publicitar un programa de radio en la televisión. Se destaca que si bien la utilización ilegítima de la imagen de la persona con fines de lucro en medios de comunicación masiva, es un hecho ilícito, no ocasiona daño moral, porque éste debe superar un margen mínimo para que quede configurado.

Otro supuesto de daño moral de poca importancia no resarcible, según la jurisprudencia uruguaya, es el producido por el incumplimiento de obligaciones contractuales, en la que se juzga que aquel debe requerir de una entidad grave. En esta línea se señala en una sentencia que: “Las molestias y disgustos que padeció el constructor (...) consistentes en interferencia por parte de los comitentes en el desarrollo de la obra encomendada, tomando decisiones por cuenta propia, sin consultar al constructor o arquitecto, utilización de un estilo ofensivo junto a las personas que se encontraban trabajando, incluso en más de una oportunidad con otra persona, desacreditación ante obreros y empleados, carecen de entidad suficiente para configurar un verdadero daño moral”. En otra sentencia, se exige para indemnizar el daño moral proveniente de un incumplimiento contractual, que el surja en el acreedor un “hondo sufrimiento y menoscabo espiritual”.

Otra posición restrictiva de la jurisprudencia uruguaya es la negación de la indemnización del daño moral producido por lesiones leves, “cuya menguada entidad no configura daño moral relevante e indemnizable”. En esta línea se inserta también el daño moral derivados de los estados de angustia o shocks nerviosos que padezca una persona como causa de un accidente de tránsito. Así se considera que: “*Los estados de angustia, nervios o ‘schoks’ emocionales causados por un accidente, siempre que sean normales y guarden proporción con el hecho que los provoca, no configuran hipótesis de daño moral, figura cuya propia existencia requiere cierta gravedad o dimensión del perjuicio. Lo contrario implicaría su indemnización ante cualquier ilicitud, sea de origen contractual o extracontractual, con riesgo de incurrir en exceso manifiesto –cuando no absurdo– al condenar a indemnizar toda alteración emocional o espiritual, aún ínfimas, con cifras muy menores o exiguas*”.

Nótese que, en todos estos casos, se admite la existencia del daño moral, solo que se estima que éstos no se reparan por su escasa entidad. Se anota como otro fundamento para no resarcir estos daños de poca entidad, el que ello significaría reparar los perjuicios de “cualquier ilicitud”, cosa que no se asume como correcto.

Se contesta esta posición de la jurisprudencia y parte de la doctrina del país oriental, señalando que ello es contrario al principio de reparación integral del daño. Se afirma que ello es ilegal además de injusto porque, por un lado, la víctima no es reparada y por el otro, el victimario es exonerado de responsabilidad. En ese sentido, se plantea que, si el daño moral es de bajo monto, entonces, el responsable debe abonar tal compensación equivalente diminuta, de modo que aun cuando el daño sea de escasa entidad, basta su existencia para ser reparado, pues su magnitud tiene relevancia, únicamente, a la hora de fijar el monto indemnizatorio.

Se cuestiona así la posición según la cual, si el daño moral no es grave, entonces no es daño porque eso implicaría una contradicción en los términos y violatorio del principio de igualdad, en la medida que, si se repara el daño patrimonial de cualquier entidad, no

es correcto, que, para la indemnización del daño moral, se requiere una determinada gravedad¹⁷.

Por su parte en relación a este daño, la jurisprudencia colombiana ha señalado que: “Este daño, entonces, debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil. Naturalmente que toda persona, en tanto pertenece a un conglomerado social y se desenvuelve en él, está llamada a soportar desagradados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho; pues es claro que prácticamente cualquier contingencia contractual o extracontractual apareaja algún tipo de inconvenientes.”¹⁸

En sede nacional, pudimos identificar en la CAS. N.º 2108-2014 Lima, una referencia, aunque no expresa, a la entidad del daño. Se trata de la demanda de daños interpuesta por una persona contra Luz del Sur S.A. por la presunta denuncia calumniosa que ésta habría presentado contra aquella por una conexión clandestina y por la negativa de la empresa de instalar dos medidores aduciendo una deuda que mantenía el padre del actor, lo que originó un reclamo que fue resuelto favorablemente para el actor por el OSINERG que ordenó la reinstalación del servicio, pero cuya decisión fue impugnada ante el Poder Judicial y concluyó finalmente en el fuero constitucional, que finalmente ordenó a dicha empresa que cumpla con reinstalar el servicio eléctrico. Respecto del daño moral y daño a la persona consistentes en el supuesto sufrimiento de la víctima por no contar con el servicio de energía eléctrica, se juzgó que ella pudo haber alquilado un generador eléctrico, lo que solo hubiera dado pie a un daño patrimonial, pero no un sufrimiento o dolor indemnizable, pues “ello implicaría que el ordenamiento jurídico sustantivo debe tutelar el dolor nacido por la pérdida dineraria lo que es insostenible pues dicha afección personal no se trata de un valor jurídico que merezca protección o tutela legal”.

A diferencia de las sentencias uruguayas, en el caso que acabamos de reseñar, no se entra en cuenta de si el daño es de poca entidad o importancia, sino que simplemente se juzga que el dolor nacido de una pérdida dineraria no merece tutela, es decir, no es resarcible. Nosotros, más allá de que la actora haya podido proveerse un sustituto de fuente de energía, consideramos que el no contar con el referido servicio público sí configura un daño moral, pero tal afectación no es de tanta relevancia como lo sería la afectación patrimonial, de modo que coincidimos en la decisión final.

Otro caso digno de resaltar, es el que se sentenció con la CAS. N.º 4385-2015 Huancavelica, en el que se estableció que: “Si bien todo cese o despido, afecta el ánimo del trabajador, este no puede ser elemento suficiente para concluirse que el daño moral deriva de la extinción de la relación laboral, pues como se ha venido desarrollando en la presente resolución, tal situación solo se presenta cuando se vulneren los supuestos previstos por el Artículo 23º de la Constitución Política del Perú, es decir, cuando en la relación laboral se menoscaben derechos fundamentales -como el derecho al trabajo, a la integridad de la persona o conductas que provoquen el menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva o sentimental del trabajador como la imputación

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 379-380.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014. Radicación: Exp. No. 2003-00660-01. Disponible en:

[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gago2014/SENTENCIA/SC10297-2014%20\(2003-00660-01\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gago2014/SENTENCIA/SC10297-2014%20(2003-00660-01).doc)

injustificada de conductas delictivas o contrarias a la moral o a la ética que afectan el honor o reputación del trabajador-. Asimismo, se dejó establecido que el daño moral, no se produce por cualquier variación menor o natural de las condiciones de existencia, sino que esta se acredita con la alteración anormal y negativa de las mismas, jurídicamente relevante en materia de responsabilidad civil y por la gravedad y, lo evidentemente extraordinario.”

En este caso sí observamos una calibración de la entidad del daño, pues se considera que el daño moral resarcible no se produce por cualquier variación menor de las condiciones de existencia, sino que se requiere que esta sea anormal y relevante en atención a su gravedad.

Puedo añadir a esta materia que he conocido de muchas demandas de daños morales que se presentan por supuestamente permanecer “incomunicados” durante el tiempo en que dura una avería del servicio de telefonía fija, lo cual me parece de no solo poca entidad sino que además, en cierto sentido, hasta inexistente en los términos planteados, dada la presencia e importancia cada vez de mayor de la telefonía móvil (y sus múltiples redes) o la telefonía pública, es decir, mejores herramientas sustitutas que tornan imposible una situación de incomunicación.

Coincidimos por tanto con DÍEZ PICAZO, cuando, haciendo un referencia al campo del riesgo permitido, señala que dentro de él se situarían todas estas pequeñas molestias o injerencias de entidad insuficiente para suponer un verdadero daño moral¹⁹.

4.3 Socialmente digno y legítimo

Lizardo Taboada participaba de la idea de que el daño moral exige que el padecimiento que sufre la víctima debe ser “considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de tutela legal”²⁰.

En relación a este rasgo, Daniel Linares²¹ cita el ejemplo de una mujer casada que no podría demandar el daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años. Lo cual no acontece, continua este autor, en el caso de que un miembro de una familia homoafectiva sufra un daño moral producto del daño causado a otro miembro de esta familia, ya que “finalmente son familias y estrechan lazos sentimentales como en cualquier familia heterosexual, y su conducta no está sancionada ni prohibida por la ley, así que el daño padecido considero es socialmente digno y legítimo”.

Como vemos, el reconocimiento del daño moral guarda relación con la conciencia social media de un pueblo, de la cual se infiere o deduce situaciones determinadas aptas para producir sufrimiento tutelables, con lo cual se entiende que existe un criterio objetivo. Otra cosa sin embargo, es el criterio subjetivo que se considera²² debe primar en la

¹⁹ CASANOVA ASECIO, Andrea Salud, *El daño moral: dificultades prácticas...*, cit., p. 71.

²⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Tercera Edición. Lima: Grijley. 2015. p. 76 (En LINARES AVILEZ, Daniel, ¿El dinero cura todas las heridas..., cit., p. 264?

²¹ LINARES AVILEZ, Daniel, ¿El dinero cura todas las heridas..., cit., pp. 267-268.

²² MOSSET ITURRASPE, Jorge, El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez, en *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, N° 2, cit., pp. 87-88.

aplicación del daño moral, bajo la denominación de “circunstancias personales”, es decir, que privilegia las circunstancias de la víctima, a quien se debe dar una “cierta compensación” vinculada con su específico dolor.

A fin de evitar un grado de arbitrariedad en la determinación del carácter relevante y por tanto resarcible de un daño moral, el profesor Juan Espinoza²³ propone en primer lugar establecer *estándares* mínimos, que deben ser fijados no por los abogados, ni siquiera por la propia víctima, sino por los peritos especializado en psiquiatría (aunque sea de parte), que determine, en atención a clasificaciones científicas internacionalmente acreditadas, si se está frente a una daño de particular relevancia. En tal sentido, no sólo basta con acreditar el daño, sino que se tiene la carga de la prueba de que el mismo sea la causa determinante del daño no patrimonial invocado jurídicamente relevante.

4.4 Efímero

Acerca del carácter efímero del daño moral no había controversia en la doctrina nacional. Se explicaba que si el daño moral es un sufrimiento que afecta a la psiquis de un individuo, en vista a que el hombre posee un instinto de supervivencia que lo programa para superar tales padecimientos, dicho daño tiene que ser temporal²⁴. El dolor puede ser enorme, como la pérdida de un ser querido, pero, aun así, ese sufrimiento es superado por el tiempo, a través de distracciones y también tratamiento psicológico o ayuda profesional.

Sin embargo, dando cuenta de dos conocidos casos de pérdida de un hijo (quizá el daño más grave que pueda existir), Daniel Linares cuestiona este carácter efímero del daño moral, dando cuenta del sufrimiento permanente del señor Walter Oyarce y del pintor Fernando de Szyslo. El primero declaró en una entrevista efectuada 5 años después de la tragedia que todos conocemos ocurrida en el estadio monumental, que llora todos los días por su hijo, mientras que el segundo expresó que lo más difícil de superar era la pérdida de su hijo: “todavía sangro. Es un escándalo, los padres no deben enterrar a sus hijos”. Tal pérdida refiere el fallecido pintor, mató a su madre, nuestra poetisa Blanca Varela, quien “nunca se repuso”²⁵.

La permanencia del dolor en tales experiencias de sufrimientos, son inobjetable. Aun así, el tiempo y las otras actividades que desarrolla el ser humano tienden a administrar el dolor y ubicarlo en un espacio donde no impida el “normal” desenvolvimiento de la vida. Probablemente la cruz del dolor que seguirá por dentro, aflore en algún momento lejos del tiempo de su ocurrencia y provoque lágrimas, pero ese será un sentimiento evocativo del pasado.

5. Probanza del daño moral. Auxilio de otras disciplinas

Considero a despecho de lo que se afirma sobre el hecho que el daño moral no puede ser probado y que éste es *in re ipsa*, que sí por lo menos existen hoy, instrumentos técnicos que nos permiten justificar las decisiones judiciales y dar cuenta de la magnitud del daño. Por eso, consideramos que la valoración equitativa del juez y las reglas de la experiencia

²³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, El contenido y la prueba del daño subjetivo..., cit., pp. 203-206.

²⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, La dimensión omnicomprensiva del daño..., cit., pp. 514-515

²⁵ LINARES AVILEZ, Daniel, ¿El dinero cura todas las heridas..., cit., pp. 262-263.

que se esgrimen como sucedáneo para la probanza del daño, solo pueden ser utilizados de manera subsidiaria.

En este sentido, al menos para darnos idea de su magnitud, coincidimos con el profesor Juan Espinoza²⁶ cuando señala que una forma de generar convicción en el juez, sería la presentación del informe psicológico o psiquiátrico, las recetas y las boletas de compra de los medicamentos correspondientes (estos con doble función de probanza del daño emergente y el daño moral).

En la línea de la necesidad de comunicar el derecho civil con otras disciplinas del conocimiento, es hoy, más conveniente para evitar la arbitrariedad (e incurrir en defectos de motivación y otros defectos procesales que la doctrina ha identificado) y las generalizaciones en que se puede incurrir al otorgar satisfacciones a quien no lo merece, tener en cuenta, como lo propone el citado autor, parámetros científicos acreditados internacionalmente por la medicina, como la CIE-10 Clasificación internacional de enfermedades, cuyo capítulo V código (F00-F99), identifica los siguientes trastornos mentales y del comportamiento²⁷:

(F30-39) Trastornos del humor (afectivos)

F30) Episodio maníaco

(F30.0) Hipomanía

(F31) Trastorno bipolar afectivo

F32) Episodio depresivo

(F32.0) Episodio depresivo leve

(F32.1) Episodio depresivo moderado

(F33) Trastorno depresivo recurrente

(F33.0) Trastorno depresivo recurrente, episodio actual leve

(F33.1) Trastorno depresivo recurrente, episodio actual moderado

(F33.2) Trastorno depresivo recurrente, episodio actual grave sin síntomas psicóticos

(F33.3) Trastorno depresivo recurrente, episodio actual grave con síntomas psicóticos

(F33.4) Trastorno depresivo recurrente actualmente en remisión

(F34) Trastornos afectivos persistentes

(F34.0) Ciclotimia

(F34.1) Distimia

(F38) Otros trastornos afectivos

(F39) Trastorno afectivo sin especificar

En ese sentido, si queremos que nuestros tribunales emitan decisiones serias y justificadas, los operadores jurídicos como los abogados no debemos presentarnos ante ellos con las manos vacías buscando un resarcimiento cuantioso, muchas veces inexistentes o írritos. La institución de la responsabilidad civil como técnica de tutela no debe prestarse a la informalidad ni ser inmune al avance en el conocimiento de otras ciencias.

²⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, El contenido y la prueba del daño subjetivo... cit., p. 204.

²⁷ Ídem.

Por supuesto, es necesario que los informes psicológicos o psiquiátricos que se presenten sean lo suficientemente descriptivos de la evaluación del estado de la persona y sobre las eventuales causas que originan tales estados. Esto es importante porque es posible que una persona aduzca que padece de estrés y ansiedad, pero ello no corresponda al episodio de daño que alega, sino a otras situaciones.

En un caso que defendía, el abogado de la otra parte adjuntó un informe psicológico como demostración de los daños morales, pero cuando uno lo revisaba detenidamente, encontraba que el estrés y ansiedad tenía una incidencia de muchos atrás a la producción del evento que se presentó como dañino. Señalaba el informe que la señora, se medicaba con pastillas antidepresivas hacia 15 años atrás, y que acusaba problemas con sus hijos y económicos.

Sencillo es decir que uno sufrió un daño por tal o cual evento y no probarlo. En muchos casos sí será posible a través de las reglas de la experiencia arribar a una conclusión sobre la presencia del daño, pero al menos la magnitud del mismo podrá ser acreditado con los informes antes aludidos, los cuales justificarán las cifras que se conceden.

Coincidimos, por tanto, cuando se afirma que la valorización equitativa del daño no atribuye al juez un poder de suplencia a las partes de su obligación de probanza, por lo que la expresión “si el daño no puede ser probado” debe ser entendida en su sentido literal, reservados solo a casos de real imposibilidad de probanza evaluado por el juez²⁸, cosa difícil de ocurrir dada el estado actual de la ciencia.

6. La función punitiva del daño moral. El reencuentro entre el derecho privado y el derecho público

6.1 La constitucionalización del derecho civil

Vivimos en tiempos de preponderancia del derecho privado según la observación de Ferrajoli²⁹, pero en tiempos también de acotación de ese derecho a través de la constitucionalización (derecho público), de todo el espectro de regulación de la sociedad. El contrato, la responsabilidad y las otras instituciones del derecho privado se han visto impactadas por las nuevas formas de intervención del Estado, que reclama una preponderancia en la determinación de los destinos de la sociedad, una preponderancia también acotada por el mercado y la libre iniciativa privada, al menos en el plano económico.

Alpa³⁰ nos explica que, en el marco de las fuentes de la responsabilidad civil, la Constitución italiana de 1948 hizo su aparición recién en la década del sesenta, gracias a una doctrina moderna y revolucionaria que propuso refundar el sistema, seguido de una jurisprudencia que no tardó mucho en justificar la tutela contra los daños a los derechos de la persona desde este prisma. La historia en adelante ya es harto conocida.

²⁸ PATTI, Salvatore, voz *Danno Patrimoniale*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, V, UTET, Torino, 1989, p. 105-106. Citado en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *El contenido y la prueba del daño...*, cit., p. 202.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Libertad y propiedad. Por un Constitucionalismo de Derecho Privado*, Palestra, 2018, pp. 171 y sgtes.

³⁰ ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, Gaceta Jurídica, 2001, p.32.

Hoy nadie duda que la Constitución tiene carácter vinculante, que tiene fuerza normativa hacia todo el espectro legal. La institución misma de la responsabilidad civil en innumerables sentencias y normas, reconocen este rasgo. Pese a que el fenómeno de la constitucionalización es relativamente reciente, llegó para quedarse.

6.2 Repensando la institución de la responsabilidad civil frente a los dos daños morales

La responsabilidad civil, más allá de sus clásicas funciones y sus clásicos límites, ha venido transformándose en una herramienta de control social. Atrás quedaron las atomizaciones de las relaciones generadas con la producción del daño, hoy la “crisis” de la responsabilidad civil es más bien una oportunidad de *aggiornamento* a los nuevos retos. En clave de crítica a esta denominada “crisis de la responsabilidad civil” operada por la “sobreabundancia” originada por la expansión de ella a áreas antes inconcebibles, Rodotà sostiene que “una expansión tan marcada no puede ser sostenida por la propia estructura de la institución, la cual, en un momento u otro, no soportará el peso de las múltiples funciones que le han sido impuestas, y tendrá que ser objeto, entonces, de una nueva expansión”. Añade que en realidad estamos asistiendo “al encuentro entre una institución que desde hacía tiempo había comenzado a abandonar su vieja piel y que se estaba mostrando renovada en más de un aspecto, por una parte, y demandas sociales que también tenían algún tiempo llamando a la puerta del sistema jurídico, por otra”³¹.

En relación a nuestro objeto de estudio, consideramos que cuando antes se invocaba la función sancionatoria de la responsabilidad civil, no se hacía separada de su creo indelible función compensatoria. Y es que, lo que es compensatorio para la víctima era sancionatorio para el victimario. No es complicado entender esta premisa. En este sentido, no podía haber sanción más allá de los límites de la compensación, o satisfacción, si matizamos esa función como fue necesario hacerlo después.

En efecto, la función aflictivo consolatoria de la responsabilidad civil no es otra cosa que la adaptación de la institución a la tutela de los derechos extrapatrimoniales, que se predicaban irreparables. Pero más que irreparables como equivalente de no compensables, en realidad eran estos daños imposibles de cuantificar en dinero.

Era razonable y comprensible que, si empezábamos a tutelar la salud, la integridad, el honor, la intimidad y otros derechos de la personalidad, pues había como correlato de ello, extender los límites conceptuales de la “compensación” o “reparación”. Es así como en buena cuenta convertimos en reparables a las afectaciones que en esencia no lo son, pero el problema seguía siendo el mismo, ¿cómo se reparan? ¿cuánto valen?

Frente a esta imposibilidad de cuantificar el daño para repararlo, simplemente nos olvidamos de él y miramos al dañador para castigarlo, es decir, frustrados por nuestra imposibilidad material, en vez de crear los mecanismos aproximativos al valor del daño o buscar el auxilio de otras ciencias para que nos ofrezcan sus pesquisas para aproximarnos a tal propósito, o incluso en vez de tener la osadía para fijar parámetros razonables que nos permitan cuantificarlos; sucumbimos ante nuestro deseo de venganza, y así fue cómo surge la función punitiva de la responsabilidad civil, por defecto.

³¹ RODOTA, Stefano, Modelos y funciones de la responsabilidad civil, *Themis* N° 50, 2005, p. 200.

La frustración entonces dio pie al castigo, y luego, cuando ya estábamos legitimados para el castigo, buscamos que este se intercambie ya no solo con el daño causado a la víctima, sino también con el ocasionado a la sociedad, y de ahí surge la función preventiva del instituto. Esto explica las sentencias millonarias que se conceden más allá de la borrosa línea de la compensación. Así surgió, sostenemos, el daño moral punitivo indirecto o impuro, en la medida que castiga solo como contrapartida de lo que compensa, es decir, lo compensatorio para la víctima es al mismo tiempo y no más, sancionatorio para el victimario. Junto con él, surgió en el civil law, el daño moral punitivo directo o puro, que ya castiga más allá de la línea compensatorio, es decir, solo castiga.

Empero no debemos sonrojarnos por tamaña osadía o preocuparnos mucho de ello, el derecho ni ninguna de sus instituciones puede ser fin en sí mismo, ni tener autonomía o naturaleza jurídica inamovibles. El derecho no es nada sin la sociedad, es esta la que tiene la voz cantante. De modo que si, en determinadas circunstancias de tiempo se requiere flexibilizarlo a los nuevos retos, pues es imperativo hacerlo, y existen muchas pruebas de que ya lo ha hecho.

En efecto, si no veamos como superado los contornos clásicos de la culpa, se empezó hablar de la responsabilidad por riesgo, luego de la responsabilidad de la empresa, de la socialización de los daños, del seguro, de la seguridad social, mecanismos todos ellos pensados no desde la simple relación instaurada por un minúsculo daño, sino de la reflexión y deseo de soluciones sistémicas de más amplio alcance.

6.3 El inevitable encuentro entre el derecho privado y el derecho público

En otro aspecto de la evolución jurídica, observamos que los dos grandes sectores que enraizaron o afianzaron sus diferencias en el siglo pasado, se reencuentran hoy mirándose frente a frente. Me refiero al derecho administrativo o público y su necesidad de gestionar mejor el Estado de cara siempre a la tutela del ciudadano, y el derecho privado, que ya no es más puro y tradicional, sino que ha tenido que tomar el pulso a las necesidades de justicia que sus líneas fundamentales clásicas no permitían. El derecho se transforma, lo tenía que hacer también la provincia de la responsabilidad civil.

Es en este inevitable escenario de reencuentro que consideramos debe reflexionarse sobre la necesidad de sanción de la responsabilidad civil a través del daño moral en el civil law, rol que ha cumplido los *punitive damage* en el common law. Luego que el derecho privado se independizó del derecho público, hoy, por defecto como hemos dicho o por necesidad de legítima de justicia, el hecho es que estamos obligados a repensar la institución de la responsabilidad civil y el daño moral (el punitivo directo y el indirecto), en el actual escenario de reencuentro.

Esto no significa que debemos propiciar una mezcla desordenada o anti técnica, sino más bien, buscar una coordinación que esté a la altura del desarrollo técnico actualmente alcanzado por ambas líneas de regulación. Hoy, como sabemos, nada se escapa al control constitucional, por esta razón, sostenemos, hoy no debería imponerse una sanción por más ínfima que sea, sino no se respeta el debido proceso, y si no se cumplen los principios de legalidad, proporcionalidad entre otros, que son inherentes a cualquier procedimiento que busque establecerla.

Por ello, si, como se ha reconocido³² el derecho civil tiene un mejor potencial para prevenir conductas injustas, que el derecho penal y el derecho administrativo, lo que supone seguir empleando sus reglas e instituciones, lo que corresponde hacer es potenciar y refinar esta herramienta o técnica de tutela que es la responsabilidad civil, cumpliendo los estándares de legalidad que exige el nuevo derecho sancionatorio. Olvidémonos de los compartimentos estancos, el derecho penal o el derecho sancionatorio del Estado, por su vocación de ultima *ratio*, no absorberá la responsabilidad civil, pero sí puede ser su sucedáneo o complemento, así como lo ha sido y es el derecho civil del resto de ámbitos del sistema jurídico. A nadie se le hubiera ocurrido que el derecho tributario tuviera necesidad de definir figuras tan generales como la propiedad, el contrato o las obligaciones solidarias, por ejemplo, para disciplinar su regulación. Lo mismo pasa con el propio derecho penal y con cualquier rama del derecho, que siempre se levanta o apoya en nociones y reglas del derecho civil. Una retroalimentación a la inversa entonces no podría ser juzgada de errónea.

En ese sentido, si pretendemos plausiblemente que el daño moral, eligiéndolo en desmedro de los *punitive damage* del common law, sea, en determinados supuestos, también una herramienta de punición, pues establezcámosla con una norma, eso no tendría que avergonzar, minimizar o debilitar el enfoque de los operadores o cultores del derecho civil; todo lo contrario, lo aproxima mejor a su objeto de estudio, solo que esta vez no lo hace de espaldas a las otras ramas del derecho, sino comunicándose bien con ellas. No existe otra estrategia de vigencia del derecho civil, que no sea la de abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, aproximarlos a la realidad con los instrumentos de las otras ciencias sociales^{33 34}. Esto es casi un imperativo.

6.4 Aplicatoriedad del derecho administrativo sancionador

Efectuado este preámbulo, deseamos proponer, una singular lectura de la función sancionatoria de la responsabilidad civil, que no estará exenta seguro de críticas, pero que me parece necesaria y adecuadamente emparentada con la constitucionalización del derecho civil.

Y es que, si, como no representa discusión, el Poder Judicial forma parte del Estado³⁵ y en buena cuenta pertenece a la administración en la prestación de su servicio público: *la justicia*, no le podemos pedir que incumpla la Constitución y sancione ahí donde no hay previsión legal para hacerlo. No debemos olvidarnos que los justiciables son también

³² MERINO ACUÑA, Roger, *Justicia social y economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*, Palestra, 2016, p. 274. Da cuenta el autor también de como para Calabresi, la *deterrence* lleva los obligados a comportarse más cuidadosamente en situaciones en donde no puede o no debería llegar el *Criminal Law*.

³³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El Derecho Civil ante la Postmodernidad” cit., pp. 324-325.

³⁴ En otro trabajo propuse que las reglas del derecho financiero referidas a las de gestión de riesgos deben ser empleadas en el juicio de responsabilidad civil de los bancos (CAMPOS BERMUDEZ, José A., *La responsabilidad civil de los bancos en compras financiadas en planos de inmuebles y en operaciones por internet*, Instituto Pacífico, 2018).

³⁵ De acuerdo con el Art. I del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS), esta ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública, encontrándose dentro de ellas al Poder Judicial. Por su parte el Art. III señala que esta ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

administrados y en esa medida es fundamental que al activar el *ius puniendi* del Estado en cualquiera de sus escenarios, es necesario satisfacer las garantías de que gozan todos los administrados. Ello dará legalidad y legitimidad a la sanción.

Bajo este esquema, proponemos que los principios del derecho administrativo sancionador, ciertamente más ligeros que los del derecho penal, sean aplicados cada vez que deseemos activar la punición de la responsabilidad civil. Aunque con perspectivas distintas, muchos de los principios, en esencia han sido postulados por los civilistas como criterios de cuantificación de los daños, pero considero que nada de ello sería legítimo si no cumplimos con el principal, esto es, el Principio de Legalidad, en el sentido de que no puede haber sanción sin norma legal que la establezca.

Juzgamos incorrecto desde el prisma del Principio de Legalidad apostar por un derecho moral sancionatorio en el exceso de lo compensatorio. Es en virtud de éste precisamente que recientemente una atenta doctrina nacional ha juzgado de inconstitucional a los *punitive damages* a la peruana, ilegítimamente reconocidos por los V y VI Plenos Jurisdiccionales Supremos en Materia Laboral y Previsional³⁶.

El reciente trabajo de Sergio García Long³⁷ es bastamente ilustrativo en el recuerdo que nos hace de que la prevención y su otra cara de la moneda, la sanción, han formado parte siempre del derecho privado. No hay que escarbar mucho para encontrar en nuestro sistema muchas disposiciones que establecen sanciones, de modo que lo que debemos preguntarnos es si pueden existir sanciones que no provengan de la voluntad de las partes (como la cláusula penal) o de la ley (las multas civiles, penas privadas y hasta los *punitive damage* como hace poco han sido reconocidos en la legislación civil argentina). En efecto, la pregunta debería ser ¿puede la jurisprudencia sin previsión legal imponer una sanción que escape los límites de la compensación?

Si como anotamos antes, en posición que compartimos, se ha predicado que los daños punitivos laborales a la peruana, son inconstitucionales, no debemos seguir este mal ejemplo y esperar que la jurisprudencia nos sorprenda con el reconocimiento sin matices, de un daño moral punitivo puro, sin previsión legal. Nos guste o no, el Estado no puede sancionar sin previsión legal ni incumplir los otros principios del derecho sancionador, estas son las reglas de juego. El derecho público, así como el derecho privado, sufrieron transformaciones y hoy se reencuentran, de modo que no podemos dejar de observar en el derecho privado, las nuevas reglas y principios que recoge el derecho público.

Lo que pretendemos destacar de esta avanzada de nuestra ciencia jurídica, es que la tutela del damnificado tiene que ser igual de justa y técnica para el presunto agresor-

³⁶ Se esgrimen como argumentos de tal calificación de inconstitucional, el que los *punitive damages* no pueden otorgarse de oficio porque eso vulnera el derecho de defensa; además que no se encuentran reconocidos en ninguna ley, por lo que contravienen el principio de Legalidad. Se estima correctamente que los jueces en nuestro sistema jurídico no son verdaderos legisladores, como sí lo son en el sistema anglosajón (GARCIA LONG, Sergio, La función punitiva en el Derecho Privado, Instituto Pacífico, 2019, p. 367-380). Héctor Campos García añade que los *punitive damages* fijados por la Corte Suprema, que él prefiere denominar multas civiles pecuniarias o indemnizaciones punitivas contraviene también el principio de separación de poderes (en “Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los *punitive damages* a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales en los Plenos Jurisdiccionales Supremos”, citado por GARCIA LONG, Sergio, ob. Cit., p. 367).

³⁷ GARCIA LONG, Sergio, La función punitiva en el Derecho Privado..., cit.

administrado, quien debe gozar de todas las garantías del debido proceso, y en el caso de aplicarse una sanción seguramente merecida contra él, ésta tiene que cumplir los estándares actuales de legalidad.

Nuestra Constitución de 1993, no solo garantiza el derecho de defensa en cualquier estado del proceso, sino que, además, y en esto coincidimos con Héctor Campos³⁸, dicha carta fundamental consagra el principio de división de poderes, prisma que le permite cuestionar la constitucionalidad de los *punitive damages* acogidos en los plenos laborales por carecer de previsión del Poder Legislativo. Pues bien, la misma calificación estimamos nosotros debe ser merecedora la sanción del daño moral concedida más allá de lo satisfactorio. Para que esto sea posible, consideramos conveniente establecer toques o parámetros para identificar que los montos otorgados más allá de ellos, son estrictamente punitivos.

Y es que, si pretendemos que el daño moral sea sancionatorio más allá de su línea compensatoria (podemos estar de acuerdo que borrosa y difícil de determinar, pero tenemos que hacer el esfuerzo para fijarla), para poder hacer uso legítimo del *ius puniendi* (privado, pero puniendi al fin), es constitucionalmente indispensable que se cumplan los principios legales sancionatorios consagrados en la legislación existente. Nos referimos a los reconocidos en el TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Aunque al lector parezca una alevosía tal invocación, es en dicha norma donde encontramos los principios que, en la medida que no contravengan los rasgos propios de la institución, en esencia deben ser empleados, aun cuando se trata de aplicar una sanción civil. Tales principios son enumerados en su el Art. 248:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado (...)
2. Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento.
3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:
 - a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
 - b) La probabilidad de detección de la infracción;
 - c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - d) El perjuicio económico causado;
 - e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción (...)

³⁸ CAMPOS GARCIA, Héctor, Apuntes sobre el fallido intento de..., cit. (en GARCIA LONG, Sergio, ob. Cit.)

- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor (...)

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes (...)

No serán aplicables por contravenir las reglas propias de la responsabilidad civil, los principios de tipicidad, continuidad de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y Non bis in ídem.

7. Topes para los daños morales

Esta propuesta de reconocer a los daños morales una función punitiva más allá de la línea de la satisfacción (aflictiva consolativa), no podrá ser aplicable si no fijamos parámetros a estos daños que nos permitan fijar precisamente cuál es esa línea³⁹. Tal labor debe ser efectuada por la jurisprudencia para evitar la tan criticada falta de motivación y congruencia que acusan sus sentencias. Establecida ella, tendríamos dos tipos de daños morales: (i) el daño moral real compensatorio del *pretium doloris* que también tendría una función punitiva respecto del agresor, pero sería ésta una punición indirecta o impura, porque sería principal y directamente compensatorio y; (ii) el daño moral formal o jurídico que sería enteramente punitivo pues se concedería por encima del primero y solo en determinados casos.

En este último tipo de daño moral, el Estado aplica su *ius puniendi* desde el derecho privado, al margen de la sanción penal correspondiente y sus típicas penas. Estos daños morales punitivos puros, deberían tener un destino similar al que tienen los *punitive damages* en el common law especialmente en el derecho norteamericano, que en líneas generales, están destinados un 25% para el demandante y un 75% a un fondo de compensación para atender a las víctimas⁴⁰.

Esto sería como reconocer a los *punitive damages* el common law, pero echando mano de la tradición punitiva del daño moral del civil law, es decir, utilizando la noción propia de nuestro sistema jurídico. Lo único que estamos haciendo aquí, es aggiornarlo a los nuevos estándares del derecho sancionatorio estatal. El siguiente esquema nos ayudará a ilustrar nuestra propuesta:

³⁹ José Gabriel Rivera da cuenta a instancias de David Gardner, que en Canadá existe la tendencia a que exista un tope máximo para las reparaciones del *pretium doloris*, siendo éste de 150,000 dólares canadienses, esto es, aproximadamente S/378,000 en moneda nacional (GABRIEL RIVERA, José, El daño moral: su tipología y cuantificación. Una breve radiografía del Derecho peruano y del Derecho francés, Gaceta Civil, Tomo 32, febrero 2016, p. 63).

⁴⁰ GARCIA LONG, Sergio, La función punitiva en el Derecho Privado..., cit., pp. 437-439.

Daño Moral Jurídico (punitivo directo)	70%	Fondos de compensación
	30%	Víctima
Daño Moral Real (punitivo indirecto)	S/200,000	Grave
	S/100,000	Moderado
	S/20,000	Leve

Reiteramos, los parámetros sí pueden y deben ser fijados por la jurisprudencia, con base en la probanza del daño con los respectivos informes psicológicos o psiquiátricos o en todo caso, aunque no sería deseable, con las presunciones establecidas por las reglas de la experiencia; y las circunstancias de su comisión, teniendo en cuenta los principios del derecho administrativo sancionador regulados en el TUO de la Ley 27444 u otros que de modo especial se reconozcan para la materia.

Será la jurisprudencia la que se encargará de reconocer las hipótesis de daños graves, como por ejemplo lo son, los casos de pérdida de un familiar querido, tal como ocurrió en los casos Dutra y Oyarce, en los que es justificativo además el otorgamiento de una sanción vía el daño moral punitivo directo o puro.

Proponemos para ir dando contenido a este esquema, que los daños morales suscitados con ocasión del despido laboral incausado o arbitrario, podrían oscilar dependiendo de las circunstancias del caso, en leve o moderado, pero nunca grave, salvo aquellos en los que se haya violado además y severamente el derecho a la intimidad o el honor de la persona trabajadora con imputaciones abiertamente falsas o a través de actos puramente discriminatorios. En estos últimos casos, el daño moral puede ser grave y justificativo incluso de una sanción pura a través del daño moral punitivo directo.

Como requisito para que se aplique los *punitive damages*, que nosotros reconducimos si se nos permite hacia el daño moral punitivo puro, se dice que debe verificarse que el demandado haya actuado con un dolo agravado y no un simple dolo o una culpa grave. Se trata de un dolo que genere un particular reproche cognitivo en la sociedad “que se traduce en la intolerancia y que ruega por la imposición de una sanción”, lo que genera la necesidad de sancionar al demandado, dar un mensaje a todos para que no se vuelva a repetir y mantener inalienable los derechos de las personas como la vida y la salud y evitar daños irreparables como los producidos contra el medio ambiente⁴¹.

En una sociedad informal como la nuestra de remarcada trasgresión a las reglas, estimamos necesario, divergiendo de la posición antes esgrimida, que la sanción del Estado por medio de los daños morales punitivos puros, debería ser ordenada incluso

⁴¹ *Ibidem*, pp. 430-431.

frente a comportamientos negligentes graves, aquellos que son reprochables por su extrema falta de cuidado o desprecio a las medidas mínimas de evitación de riesgos.

Coincidimos sí en que la condena de esta sanción debe tener un carácter excepcional y solo pueden ser reconocidos mediante una ley. En efecto, García Long y Campos García, como ya anotamos, sostienen que los *punitive damages* solo deben ser reconocidos por una ley, lo cual consideramos debe también exigirse para ser coherentes en el reconocimiento del daño moral punitivo, en la medida que éste cumpliría los mismos fines de aquellos.

8. La función punitiva pura en los casos emblemáticos

Con frecuencia se cita varios casos para demostrar que el daño moral tiene una función punitiva ya consagrada en sentencias. Lo que pretendemos realizar en esta sección es analizar si en verdad podemos hallar una sanción pura o estamos ante el resarcimiento o satisfacción de otros daños como la reputación, la imagen u otros derechos de la personalidad que solo comparten con los daños morales (*pretium doloris*), la característica de ser extrapatrimoniales, pero poseen distintas nociones, como ya se ha explicado antes.

Nuestra pesquisa consiste en identificar solo la sanción pura, esto es, aquella traducida en la compensación monetaria decretada por encima de los daños morales reales. Esta labor va ser difícil, pero al menos podremos tener indicios de su otorgamiento.

En la sentencia del caso Guerrero contra Magaly Casación N.º 449-2009, en la que se condena a la periodista a pagar una reparación civil de S/200,000, en rigor no vemos que se haya otorgado vía daño moral una compensación punitiva pura, como erróneamente se suele sostener. Decimos esto porque la sentencia alude generalmente a la “imagen” del futbolista como bien afectado y en todo momento la mirada de los magistrados se dirige hacia las virtudes del jugador. La noticia difundida en la TV y la revista era en efecto agravante por su mayor alcance y la sentencia cuando evalúa la conducta del agente incide en su desprecio a la verdad porque teniendo los medios y la obligación de garante para verificarla, no lo hizo; pero no olvidemos que estamos ante un caso penal y tal conducta desencadenó la pena de prisión efectiva primero y suspendida al final, expresándose en ella la punición estatal. Sin embargo, al momento motivarse la reparación civil, la compensación parece más vinculada a los derechos de la personalidad como el honor en sus dos aspectos, honra y reputación. El daño moral, que desde luego es presumible que se haya padecido, aparece solo en la parte final, casi como la confirmación de la afectación de los daños a la personalidad antes indicados.

Sin la motivación suficiente la sentencia no precisa si la cifra otorgada por reparación civil, que elevó de S/100,000 a S/200,000, era por concepto de daño al honor o daño moral, se refiere a los dos, pero sin discriminar los montos para cada agravio. Por esta razón, no podemos sostener que esta sentencia sea emblemática del reconocimiento por la jurisprudencia del daño moral punitivo puro. Reiteramos, no nos referimos con tal noción, a las cifras compensatorias del daño moral otorgadas, sino a aquellos concedidos razonablemente por encima de él, esto es, a aquellas que se conceden ya no con el fin de compensar o mitigar el dolor de la víctima, sino con el afán de castigar al agresor y brindar un mensaje a la sociedad de que tal agresión no debe repetirse, esto es, prevenir que ocurra

en el futuro. No decimos que la sentencia no pueda ser servir a este propósito, pero consideramos que ella no es lo suficientemente expresiva en sede de reparación civil, de la necesidad de sanción y prevención del daño moral en específico.

No es extraño que hayan sido las sentencias penales las exhibidas como demostrativas de la sanción punitiva del daño extrapatrimonial (también están los casos Oyarce, Kouri y Dutra). La argumentación expresada en ellas para sancionar el delito, nos puede llevar al equívoco de que la misma es válida para fijar la reparación civil. Los delitos son dolosos o gravemente culposos y ello de por sí nos habla de la conducta del agente que es condenado, pero la sanción en materia penal es la privación de la libertad, cosa distinta es la pena privada de la reparación civil. Ésta en cuanto al daño moral estricto sensu, tiene que ser otorgada expresando razones más allá de las esgrimidas para sancionar el delito, cosa que ninguna ha hecho. Las cifras otorgadas de S/1'000,000 en los casos Dutra y Oyarce (pérdida de un familiar), parecen dar cuenta del reconocimiento del daño moral punitivo, pero no son lo suficientemente motivadas en sede de reparación civil para cumplir tal propósito. Ambas son ejemplarizadoras de que la conducta no debe repetirse, pero en realidad cualquier delito no lo debe hacerse. Los importes otorgados parecen decirnos algo más, lo podemos intuir y el mensaje a la sociedad se aprecia más claro a través de ellos, pero eso no es suficiente.

Por nuestra parte, nos mostramos a favor de la función sancionadora y preventiva de la responsabilidad civil, pues consideramos que, en nuestro país, ella cumpliría un rol fundamental, pero estimamos correcto que esto debe efectuarse respetando los principios constitucionales del debido proceso que deben estar presente en todo proceso sancionatorio.

La responsabilidad civil cumple una función sancionatoria legítima, pero solo en la medida de la compensación, de modo que no podría haber una sanción más allá de los daños sufridos, sin norma legal que la establezca, caso contrario se configuraría no solo un enriquecimiento sin causa sino además una aplicación inconstitucional de una sanción, en la medida que afecta los principios de legalidad, proporcionalidad, etc. Desde esta perspectiva procederemos a analizar el caso bajo comentario.

9. Comentarios a la Casación 4716-2016 Lima

9.1 Hechos del caso

María Zorrilla Luyo de Chung, demandó a Rímac Seguros y Reaseguros S.A el pago de S/160,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios: S/20,000.00 por daño emergente y S/140,000.00 por daño moral. Sostiene que la citada empresa incumplió el contrato de seguro vehicular de fecha 30 de marzo del 2007, porque luego que su vehículo en diciembre de 2007 sufriera una avería y requiriera la cobertura respectiva, la compañía no cumplió con ello aduciendo que la póliza había sido cancelada por falta de pago, cosa que niega la actora y que posteriormente, la demandada lo reconoce pues admitió que se trataba de un error y por eso se allanó a la denuncia presentada por la actora ante INDECOPI. En su demanda agrega la actora que recurrió a la compañía aseguradora por una necesidad de salud, pues, el vehículo asegurado era utilizado exclusivamente para transportarse ante cualquier eventualidad, dado a que es una persona de avanzada edad y padece de una serie de enfermedades; situación, que le ha causado graves problemas e inconvenientes en su salud, además de preocupación, angustia y

aflicción, sin dejar de lado los gastos en que incurrió, que afectaron su economía, todo lo cual considera es imputable a la aseguradora.

Por su parte, la compañía de seguros contesta la demanda señalando que se trataba de un error de su sistema. En cuanto al daño emergente aclara que éste no proviene de la depreciación del vehículo como consecuencia de la avería, ni tampoco de gastos de reparación desembolsados por su contraparte, situaciones que, sí le permitirían acreditar el daño alegado, además que Rímac Internacional, reactivó la póliza contratada y la extendió por dos meses, acreditando que la vigencia anual del contrato no se ha visto afectada. Sostiene que el daño moral (menoscabo a la víctima o su familia), tiene que guardar una relación de causalidad adecuada y directa con el evento dañoso, cosa que no encuentra, calificando más bien este pedido como carente de razón y sin sentido jurídico, además de señalar que la actora tiene aptitud lucrativa y abusiva.

9.2 Sentencias emitidas

Mediante sentencia de fecha veintisiete de junio de dos mil catorce, el Veintisiete Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró infundada la demanda, considerando que lo que habría causado la gran aflicción o sufrimiento a la demandante invocada, es el riesgo de la desatención de la aseguradora, sin embargo, la demandante no acredita cuales han sido las situaciones específicas que le podrían haber causado un riesgo a su salud, como lo sería una dolencia u emergencia, y, en su caso, que éstas hayan ocurrido en el momento en que no contaba con su vehículo por falta de reparación de parte de la aseguradora, toda vez, que los exámenes e informes médicos acreditan dolencias de la demandante pero de años anteriores. Igualmente, considera que no se ha acreditado que el riesgo indicado se haya mantenido durante el periodo en que el vehículo estuvo averiado, pues, ante su desperfecto bien podía la demandante trasladarse con otro vehículo, con lo cual el supuesto sufrimiento no pudo haber ocurrido, constituyendo más bien estos gastos de traslado en vehículo distinto conceptos de daño emergente, que bien podían ser reparados. Como fundamento legal invoca la sentencia el Art. 1321 del Código Civil, que establece que el resarcimiento solo podrá tener lugar siempre que el daño sea consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación, de modo que, al no producirse la reparación del vehículo por el desperfecto indicado, el riesgo, de haber existido, sólo podía presentarse en el momento mismo del siniestro, no pudiendo permanecer en el tiempo causando un sufrimiento o aflicción en la asegurada. Consecuentemente, el supuesto riesgo, causante de la aflicción que alega la demandante, no puede ser considerado como un daño que haya devenido como consecuencia directa e inmediata de la inejecución de la obligación de parte de la demandada.

Luego que la actora apelara la sentencia, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista de fecha trece de mayo de dos mil dieciséis, revoca la misma y reformándola la declara fundada en parte. Relieva esta sala el error reconocido por la compañía demandada de no prestar el apoyo al momento de formularse el requerimiento del servicio de auxilio mecánico por la avería del vehículo, por el referido defecto del sistema, lo que pretendió revertir reactivando la póliza. Asimismo, sustenta su decisión, en la salud resquebrajada de la actora dado cuenta en los servicios prestados por EsSalud y el certificado médico, en el sentido que, si bien el incumplimiento de la obligación contractual no fue la causa de su estado de salud, dicha circunstancia sí afectó el estado anímico de la misma produciéndole padecimiento (daño moral), por lo que estima en parte el monto solicitado en la demanda en este extremo.

Cabe señalar que el daño emergente demandado fue desestimado en ambas instancias y no fue cuestionado en la casación presentada por la parte demandante.

La sentencia casatoria de fecha siete de diciembre de dos mil diecisiete, advierte que la motivación de la sentencia de vista es insuficiente porque no explica el vínculo entre el hecho (incumplimiento de la obligación) con el resultado (el daño moral denunciado), sin embargo, no la declaró nula por considerar que tal defecto podía subsanarse y emitir una decisión de fondo, ello en la medida que lo controvertido es era principalmente la aplicación del Art. 1322 del Código Civil. Así las cosas, se procede a la verificación de los requisitos de la responsabilidad civil, iniciando con el incumplimiento contractual, respecto del cual relievra que la cobertura comprendía el servicio de auxilio mecánico y que, al negarse por negligencia inexcusable, la demandada incumplió una de sus prestaciones principales, representando el “error del sistema” en realidad una falta de diligencia ordinaria que incide en un aspecto medular de su negocio. En cuando al daño moral, luego de dar cuenta de la dificultad de su probanza y cuantificación, y como esa Sala Civil Permanente, en una sentencia casatoria anterior había expresado que su valoración debía efectuarse teniendo en cuenta a los sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia; consideró como una de éstas últimas que las personas de tercera edad son más emotivas y más proclives a sentirse desoladas en una situación de crisis, por su propia edad y la pérdida de algunas facultades físicas que las hacen más propensas a la aflicción. En ese sentido, estima la Corte que no solo la avería del automóvil constituye una afectación emocional, sino también la falta del auxilio requerido, lo cual genera una situación de incertidumbre y estrés en grado superior al que podría tener otra persona.

En cuanto a la cuantificación del daño, invocando la valoración equitativa que contempla el Art. 1332 del Código Civil, la sentencia tiene en cuenta el referido menoscabo moral, la circunstancia del incumplimiento, la edad avanzada de la víctima y el uso destinado a su vehículo, por lo que fija el daño moral en la suma de S/ 30,000, cifra que estima no arbitraria, sino proporcional a la “reparación” que sea útil a la víctima, en los términos de una “reparación aflictiva-consolatoria”. Además, finaliza la sentencia, aludiendo a una circunstancia vinculada, aunque moderada, a la función preventivo sancionatoria de la responsabilidad civil, pues indica que tal condena de pago invitará “a la empresa demandante a utilizar sus recursos logísticos de manera debida, sin que pretenda evadir la responsabilidad de los usuarios que utilizan su servicio”.

9.3 Análisis del caso

En principio debemos señalar que nos encontramos ante una hipótesis de responsabilidad por inexecución de obligaciones, en la que una de las partes es un consumidor y acusa la prestación de un servicio defectuoso, hipótesis dentro de la cual resulta aplicable la responsabilidad subjetiva con presunción de culpa leve. En cuanto al grado de ella, la propia empresa aseguradora reconoció que se trató de un error en su sistema, lo que denota que la empresa no gestionó un riesgo operacional típico de su actividad con directa incidencia en su servicio. Esto nos permite sostener que la línea de la culpa leve ha sido superada y estaríamos ante una culpa grave o negligencia.

En este escenario, pese a que no se adjuntó el informe de un profesional que dé cuenta del daño moral sufrido por la señora demandante, las reglas de la experiencia nos indica que, en efecto, no tener la cobertura de un seguro en el que se confía, en el momento en

el que se le necesita y quedar expuesta a los avatares de la atención particular, puede originar malestares que superan, a nuestro juicio, la valla de las bagatelas, siendo serio, relevante y de entidad suficiente para ser resarcido. Consideramos por ello que la cifra de S/30,000 concedida por daño moral sí resulta adecuada por corresponder a un daño moral moderado.

Ahora bien, si examinamos la conducta de la empresa, que es lo que se tiene que evaluar para establecer una sanción punitiva más allá de la compensación, en los términos antes expuestos, observamos como ya dijimos una negligencia, pero no un fraude o mala fe. Ello no ha sido probado, quizá sí lo hubo, pero la sentencia bajo comentario no da cuenta de ello. Siendo así, pese a que éste sería una hipótesis de reconocimiento de punitive damages en el common law norteamericano por tratarse de un incumplimiento dentro de una relación fiduciaria, no estimamos correcta que se haya debido que activar en este caso. Esto reitero, por una falta de probanza o de las pesquisas suficientes para hallar el comportamiento desidioso o desconsiderado frente al reclamo de cobertura de la demandante.

Si la empresa aseguradora hubiera actuado con la intención de no dar cobertura al cliente que reconoce activo o no hubiera indagado lo suficiente para detectar de inmediato el error que acusaba su sistema (lo que supone una indebida gestión de un riesgo típico de su actividad empresarial), sí estaríamos ante un supuesto de comportamiento merecedor de una sanción punitiva pura. La sentencia bajo comentario tímidamente al fijar el importe otorgado, formula solo una “invitación” a la empresa demandante para que utilice sus recursos logísticos de manera debida y ofrecer la cobertura a los usuarios que utilizan su servicio. Mejor hubiera sido, de probarse el designio malicioso o negligencia grave como estimamos pudo hacerse, la sentencia no solo debería realizar una invitación, sino una exigencia para que no se repita tal conducta y para ello no había otra cosa mejor que disponer una cifra por daño moral punitivo puro, pero ello hubiera sido ilegal según nuestra posición ya expresada.

Este caso nos permite demostrar que los *punitive damages* en el common law o el daño moral punitivo en el civil law, sí pueden ser útiles (cumplen una función social) en nuestro sistema jurídico, como ha sido persuasivamente planteado que se reconozca en un reciente estudio del citado García Long⁴², el mismo que da cuenta de cómo los punitive damages se están empezando a admitir en el derecho europeo continental a través de los ejecutur del derecho norteamericano. Afirma en este contexto Ponzanelli que “los punitive damages en los albores del siglo XXI ya no son monstruos alienígenas”⁴³.

Oportunamente ilustrativa nos resulta la frase adaptada por el autor peruano seguido, de un autor alemán sobre el fenómeno de admisión de los *punitive damages* en el civil law: “un execuátur de una corte europea y bibliotecas completas terminan desfasadas”, en referencia a aquellas dedicadas a explicar por qué la función punitiva no existe en el derecho privado, bibliotecas que en están en camino de convertirse en una “reliquia histórica”⁴⁴; aunque para ser coherente con nuestra propuesta, nosotros planteamos que debe ser el parlamento el que debe emitir una norma reconociendo directamente la

⁴² *Ibidem*, pp. 403-420 y 428-444.

⁴³ *Ibidem*, p. 232.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 238.

función punitiva del daño moral, de acuerdo con el estándar del derecho sancionatorio moderno.

10. Conclusiones

1. En nuestro sistema jurídico, la categoría de daño extrapatrimonial comprende el daño a la persona consistente en la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales infringidos contra ella; y el daño moral consistente en el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., de carácter efímeros, padecidos por la víctima.
2. Atendiendo a las consecuencias económicas que generan (daño consecuencia), los daños se clasifican en: (i) de causalidad material económica: daño emergente y lucro cesante, y; (ii) de causalidad jurídica o de atribución legal (atendiendo a la función satisfactoria aflictivo-consolatoria): daño moral y daño a la persona.
3. El daño moral para su resarcimiento, debe ser de grave entidad o trascendencia y no fútil. La simple molestia no constituye el objeto de la tutela civil, en la medida que toda persona, al pertenecer y desenvolverse en un conglomerado social, debe soportar los desagradados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho. El daño moral, además, para que sea digno de tutela, debe ser considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social.
4. El daño moral no debe ser *in re ipsa*, dado que existen hoy instrumentos técnicos de otras disciplinas del conocimiento (que es necesario comunicar con el derecho civil como estrategia de su supervivencia), que nos permiten justificar las decisiones judiciales y dar cuenta, al menos de su magnitud. Para este propósito, el demandante debe presentar el informe psicológico o psiquiátrico (cumpliendo los parámetros científicos acreditados internacionalmente por la medicina, como la CIE-10 Clasificación internacional de enfermedades, código F00-F99), que identifique los trastornos mentales y del comportamiento, así como las recetas y las boletas de compra de los medicamentos correspondientes (estos con doble función de probanza del daño emergente y el daño moral). Esto permitirá evitar la arbitrariedad judicial e incurra en los defectos de motivación que han sido denunciados. Por eso, la valoración equitativa del juez y las reglas de la experiencia que se esgrimen como sucedáneo para la probanza del daño, solo deben ser utilizados de manera subsidiaria.
5. Frustrados ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral para poder repararlo, en vez de crear los mecanismos aproximativos a su valor o buscar el auxilio de otras ciencias para que nos ofrezcan sus pesquisas para aproximarnos a tal propósito, o incluso fijarlos de acuerdo a parámetros razonables; se sucumbió ante el deseo de venganza y así surgió la función punitiva de la responsabilidad civil, y luego, cuando ya estábamos legitimados para el castigo, buscamos que este se intercambie ya no solo con el daño causado a la víctima, sino también con el ocasionado a la sociedad, y de ahí surge la función preventiva del instituto. Esto explica las sentencias millonarias que se conceden más allá de la borrosa línea de la compensación.
6. De esta forma, surgieron lo que hemos denominado: (i) el daño moral punitivo indirecto o impuro, que castiga solo como contrapartida de lo que compensa (lo compensatorio para la víctima es al mismo tiempo y no más, sancionatorio para

- el victimario) y; (ii) el daño moral punitivo directo o puro, que castiga más allá de la línea compensatorio, es decir, solo castiga. La función preventiva está ciertamente en ambos.
7. Si pretendemos plausiblemente que el daño moral, eligiéndolo en desmedro de los *punitive damage* del common law, sea, en determinados supuestos, también una herramienta de punición, estimamos necesario establecerlo con una ley. Hacerlo no tiene porqué mermar la perspectiva de aplicación de los civilistas; todo lo contrario, lo aproxima mejor a su objeto de estudio.
 8. Proponemos que los principios del derecho administrativo sancionador, sean aplicados cada vez que se desee activar la punición de la responsabilidad civil, pero considerando que el principal es el Principio de Legalidad, es necesario que se emita una ley para poder hacerlo. En tal sentido, es incorrecto desde el prisma de dicho principio, apostar por un derecho moral sancionatorio en el exceso de lo compensatorio. Es en virtud de éste precisamente que recientemente una atenta doctrina nacional ha juzgado de inconstitucional a los *punitive damages* a la peruana, ilegítimamente reconocidos por los V y VI Plenos Jurisdiccionales Supremos en Materia Laboral y Previsional.
 9. El derecho público, así como el derecho privado, sufrieron transformaciones y hoy se reencuentran, de modo que no podemos dejar de observar en el derecho privado, las nuevas reglas y principios que recoge el derecho público. Lo que pretendemos destacar de esta avanzada de nuestra ciencia jurídica, es que la tutela del damnificado tiene que ser igual de justa y técnica para el presunto agresor-administrado, quien debe gozar de todas las garantías del debido proceso, y en el caso de aplicarse una sanción seguramente merecida contra él, ésta tiene que cumplir los estándares actuales del procedimiento sancionatorio.
 10. Esta propuesta de reconocer a los daños morales una función punitiva más allá de la línea de la satisfacción (aflictiva consolativa), no podrá ser aplicable si no fijamos parámetros a estos daños que nos permitan establecer cuándo estamos ante un daño moral punitivo indirecto o cuándo ante un daño moral punitivo directo. Tal labor debe ser efectuada por la jurisprudencia.
 11. Estos daños morales punitivos puros, deberían tener un destino similar al que tienen los *punitive damages* en el common law especialmente en el derecho norteamericano, que, en líneas generales, destinan un 25% para el demandante y un 75% a un fondo de compensación para atender a las víctimas.
 12. No es extraño que hayan sido las sentencias penales las exhibidas como demostrativas de la sanción punitiva del daño extrapatrimonial, pero, la argumentación expresada en ellas para sancionar el delito, no nos puede llevar al equívoco de que la misma es válida para fijar la reparación civil. Los delitos son dolosos o gravemente culposos y ello de por sí nos habla de la conducta del agente, pero la sanción en materia penal es la privación de la libertad, cosa distinta a la pena privada de la reparación civil. Ésta en cuanto al daño moral punitivo puro, tiene que ser otorgada expresando razones más allá de las esgrimidas para sancionar el delito. Las cifras otorgadas de S/1'000,000 en los casos Dutra y Oyarce (pérdida de un familiar), parecen dar cuenta del reconocimiento de este tipo de daño moral punitivo puro, pero no son lo suficientemente motivadas en sede de reparación civil para cumplir tal propósito. Además, no debe la jurisprudencia establecer este tipo de daño moral, sino solo una ley expresa.

11. Bibliografía

ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, Gaceta Jurídica, 2001.

CAMPOS BERMUDEZ, José A., *La responsabilidad civil de los bancos en compras financiadas en planos de inmuebles y en operaciones por internet*, Instituto Pacífico, 2018.

CAMPOS GARCÍA, Héctor, “Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los punitive damages a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales en los Plenos Jurisdiccionales Supremos”.

CASANOVA ASECIO, Andrea Salud, *El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración*. Disponible en: http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=208.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014. Radicación: Exp. No. 2003-00660-01. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gago2014/SENTENCIA/SC10297-2014%20\(2003-00660-01\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gago2014/SENTENCIA/SC10297-2014%20(2003-00660-01).doc)

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El Derecho Civil ante la Postmodernidad”, *Revista Derecho* N° 45, 1991.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, séptima edición. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2001, p. 109.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, El contenido y la prueba del daño subjetivo o no patrimonial: ¿in re ipsa? *Actualidad Civil* N° 7.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños, en *Análisis sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*, Instituto Pacífico, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, Libertad y propiedad. *Por un Constitucionalismo de Derecho Privado*, Palestra, 2018.

GABRIEL RIVERA, José, El daño moral: su tipología y cuantificación. Una breve radiografía del Derecho peruano y del Derecho francés, *Gaceta Civil*, Tomo 32, febrero 2016.

GARCIA LONG, Sergio, *La función punitiva en el Derecho Privado*, Instituto Pacífico, 2019

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática, *Themis* N° 50, 2005.

LEON HILARIO, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Instituto Pacífico, Tercera Edición, 2017.

LINARES AVILEZ, Daniel, «¿El dinero cura todas las heridas? me parece que no». Reflexiones sobre el daño moral, *Themis* N° 71, 2017.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, La entidad mínima para la indemnización del daño moral en la jurisprudencia uruguaya, en *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, N° 2, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013

MERINO ACUÑA, Roger, *Justicia social y economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*, Palestra, 2016, p. 274.

MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, Jurisprudencia italiana comentada. Daño moral por adulterio. Corte Suprema de Casación N°18853/2011, en *Revista chilena de Derecho Privado* N° 19 Santiago, diciembre 2012. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200006

MORALES HERVIAS, Rómulo, “El resarcimiento del daño moral y el daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio” (Diálogo con la Jurisprudencia 153, 2011).

MOSSET ITURRASPE, Jorge, El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez, en *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, N° 2.

PATTI, Salvatore, voz *Danno Patrimoniale*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, V, UTET, Torino, 1989.

RODOTA, Stefano, Modelos y funciones de la responsabilidad civil, *Themis* N° 50, 2005.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Tercera Edición. Lima: Grijley. 2015.