

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y**  
**COMERCIAL**



**JUSTICIA EN EL DERECHO PRIVADO Y RESPONSABILIDAD CIVIL**  
**EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO NO PATRIMONIAL EN LA**  
**JURISPRUDENCIA PERUANA**

**TESIS**

**Presentado por:**

**Br. ENLIL IVÁN HERRERA PÉREZ**

**Asesor:**

**Dr. DENNIS JOSÉ ALMANZA TORRES**

**Para obtener el Grado Académico de:**

**MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y**  
**COMERCIAL**

**TACNA – PERÚ**

**2018**

## Agradecimientos

Agradezco a Dios en primer lugar y para siempre, por las pruebas y por las bendiciones, y por su compañía en los momentos de alegría como en los de dificultad.

Y agradezco a mi familia por su comprensión, apoyo y aliento, sin quienes la motivación no hubiera sido la misma.

### Dedicatoria

A quienes defiendan que la norma no sólo debe ser estudiada “semánticamente”, sino como (y sobre la base de) aquello a lo que debe orientarse: la justicia.

## Índice de contenidos

Agradecimientos .....	II
Dedicatoria .....	III
Índice de contenidos .....	IV
Resumen.....	IX
Abstract .....	X
Zusammenfassung.....	XI
INTRODUCCIÓN .....	1
I. EL PROBLEMA .....	5
1.1. Planteamiento del problema .....	5
1.2. Formulación de interrogantes .....	6
1.2.1. Pregunta significativa.....	6
1.2.2. Problemas específicos.....	6
1.3. Justificación de la investigación.....	7
1.4. Objetivos de la investigación.....	8
1.4.1. Objetivo general .....	8
1.4.2. Objetivos específicos.....	8
II. MARCO TEÓRICO .....	9
2.1. Hacia un concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.....	9

2.1.1.	Delimitación del campo de la responsabilidad civil extracontractual.	9
2.1.1.1.	<i>La propuesta del Law and Economics.</i>	9
2.1.1.1.1.	<i>El Law and Economics y el Derecho privado.</i>	9
2.1.1.1.2.	<i>La propuesta y propósito de la responsabilidad civil.</i>	11
2.1.1.1.3.	<i>Críticas a la propuesta del Law and Economics.</i>	16
2.1.1.2.	<i>Las propuestas de las Teorías Morales del Derecho.</i>	19
2.1.1.2.1.	<i>La Teoría Moral en el Derecho privado.</i>	19
2.1.1.2.2.	<i>¿Teorías Morales de la responsabilidad civil extracontractual?</i>	22
2.1.1.2.3.	<i>Críticas a la propuesta de la Teoría Moral distributiva.</i>	26
2.1.1.3.	<i>La propuesta del Formalismo Jurídico.</i>	27
2.1.1.3.1.	<i>La idea de Ernest Weinrib.</i>	27
2.1.1.3.2.	<i>¿Un tipo de justicia “coherente” con el Derecho privado? ....</i>	31
2.1.1.3.3.	<i>Críticas a la propuesta del Formalismo Jurídico.</i>	35
2.1.2.	Las manifestaciones de la justicia en el Derecho.	36
2.1.3.	Aplicación de las manifestaciones de la justicia en la práctica.	38
2.1.3.1.	<i>Justicia distributiva.</i>	38
2.1.3.2.	<i>Justicia correctiva.</i>	40
2.2.	El daño no patrimonial en la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho peruano	42
2.2.1.	El daño no patrimonial en la doctrina.	42
2.2.1.1.	<i>El ilícito civil y el daño.</i>	42
2.2.1.2.	<i>Daños y remedios.</i>	46
2.2.2.	Antecedentes y codificación en la legislación peruana.	51

2.2.3. Las “consecuencias” derivadas del daño no patrimonial en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano. ....	54
2.3. La noción de justicia subyacente en los criterios de valoración del daño no patrimonial en los casos de responsabilidad civil extracontractual. Un análisis jurisprudencial.....	60
2.3.1. Los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana. ..	61
2.3.1.1. <i>Yuli Guillen Valer c. Expreso Antezana Hermanos Sociedad Anónima</i> (Casación N° 1363-2014-Huancavelica, 2015). ....	61
2.3.1.2. <i>Eugenio Zavaleta De La Cruz c. Universidad Nacional Agraria de la Selva</i> (Casación N° 0785-2015-Huánuco, 2015). ....	65
2.3.1.3. <i>Hernán Ernesto Peet Urdanivia c. Ministerio Público</i> (Casación N° 4393-2013-La Libertad, 2014). ....	69
2.3.1.4. <i>David Prudencio Rosado Alayza c. Telefónica del Perú S.A.A.</i> (Casación N° 5721-2011-Lima, 2013). ....	72
2.3.1.5. <i>V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional</i> (2017). ....	76
2.3.1.6. <i>Caso Ivo Dutra</i> (Exp. 18707-11, 2012). ....	78
2.3.2. Justicia correctiva y justicia distributiva en la jurisprudencia peruana. ....	80
III. METODOLOGÍA .....	91
3.1. Formulación de la hipótesis .....	91
3.1.1. Hipótesis general. ....	91
3.1.2. Hipótesis específicas. ....	91
3.2. “Variables e indicadores” .....	92
3.2.1. Hipótesis general. ....	92

3.2.2.	Hipótesis específica I. ....	92
3.2.3.	Hipótesis específica II. ....	92
3.2.4.	Hipótesis específica III. ....	92
3.3.	Tipo de investigación .....	92
3.4.	Diseño de la investigación.....	93
3.5.	Ámbito y delimitación de la investigación.....	93
3.5.1.	Temática y especificidad. ....	93
3.5.2.	Espacio. ....	94
3.5.3.	Tiempo. ....	94
3.5.4.	Delimitación social.....	94
3.6.	Población y muestra .....	94
3.6.1.	Unidades de estudio. ....	94
3.6.2.	Población. ....	95
3.6.3.	Muestra. ....	95
3.6.4.	Selección de la muestra. ....	95
3.7.	Procedimiento, técnicas e instrumentos .....	96
3.7.1.	Procedimientos. ....	96
3.7.2.	Técnicas de recolección de los datos.....	96
3.7.3.	Instrumentos para la recolección de los datos. ....	97
3.7.4.	Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de los datos ... .....	97
IV.	ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS .....	98
4.1.	Descripción del trabajo de investigación.....	98
4.1.1.	Fases del planeamiento de la investigación.....	98
4.1.2.	Procesamiento de los datos. ....	98

4.2. Sustentación de las hipótesis .....	99
4.2.1. Hipótesis específica I .....	99
4.2.2. Hipótesis específica II .....	101
4.2.3. Hipótesis específica III. ....	102
4.2.4. Hipótesis general. ....	104
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	106
5.1. Conclusión.....	106
5.2. Recomendaciones .....	108
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	109
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL INFORME FINAL.....	119

## Resumen

¿Qué es lo que busca el Derecho de daños a través de la responsabilidad civil? ¿disuadir una conducta injusta? ¿castigar al agente dañador? ¿indemnizar a la víctima del daño? Las respuestas pueden ser diferentes de acuerdo a cada punto de vista, y sin embargo nos preguntamos ¿y qué es lo “justo” en la responsabilidad civil? Bajo esa motivación intentamos responder la siguiente inquietud en la presente investigación: ¿Se aplica una forma de justicia adecuada al Derecho Privado en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana? Y para tal efecto (i) desarrollamos un marco filosófico sobre la justicia en el ámbito señalado, (ii) describimos el desarrollo doctrinal y normativo referente al daño no patrimonial, y (iii) analizamos los criterios empleados en la jurisprudencia peruana. Así, a través de un método de interpretación sistemática y dogmática, llegamos a una preocupante conclusión: no se aplica una forma de justicia adecuada.

Palabras clave: Derecho privado, Derecho de daños, justicia, daño no patrimonial, jurisprudencia.

## Abstract

What does Tort Law seek through civil liability? Just deterrence? Punish the tortfeasor? Compensate the victim? The answers may be different according to certainly point of view, nevertheless we asked ourselves: what is “fair” in the civil liability context? Under that motivation, we tried to answer the following questions: is the way of justice suitable as is applied in non-economic loss cases in the Peruvian case law? And for that purpose, (i) we developed a philosophical framework about justices in this context, (ii) we described the legal doctrine and regulation framework, and (iii) we analyzed the criteria adopted in the Peruvian case law. Thus, through a systematic and dogmatic methods of interpretation, we reached a worrying conclusion: a suitable way of justice is not applied in Peruvian case law of non-economic loss in the context of Tort Law.

Key words: Private law, tort law, justice, non-economic loss, case law.

## Zusammenfassung

Was macht das Schadenersatzrecht durch zivilrechtliche? Nur Abschreckung? Den Täter bestrafen? Das Opfer entschädigen? Die Antworten können je nach Standpunkt unterschiedlich sein, dennoch haben wir uns gefragt: Was ist „gerecht“ im Schadenersatzrecht Kontext? Aus dieser Unruhe haben wir versucht, die folgenden Fragen: wird angewandt die Art der Gerechtigkeit geeignet in Fällen von nichtwirtschaftliche Schäden Verlusten in der peruanischen Fallrecht? Und zu diesem Zweck (i) wir haben den philosophischen Rahmen entwickelt, (ii) Wir haben den Rechtsrahmen und den Rechtsrahmen beschrieben, und (iii) Wir haben die in der peruanischen Fallrecht angenommenen Kriterien analysiert. Dann, durch systematische und dogmatische Interpretationsmethoden gelangten wir haben einer besorgniserregenden Schlussfolgerung erreicht: eine geeignet Art der Gerechtigkeit wird nicht angewandt.

Schlüsselwörter: Privatrecht, Schadenersatzrecht, Gerechtigkeit, nichtwirtschaftliche Schäden, Fallrecht.

## INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna el Derecho implica un concepto “*multívoco*”, lo que supone que tiene diversos conceptos y que ninguno es el “único correcto” y al mismo tiempo que ninguno es “falso”, sin embargo, existe una distinción en considerar a los componentes del Derecho como *meta-componentes*, e intentar explicar sus instituciones dotándolas de una “*naturaleza*”, o en considerarlos como meras *herramientas* para un fin que los operadores determinen y estudiar su eficiencia, implicando en ambos casos estudiar al Derecho y componentes como lo que *son* y/o como se *ven*, y *–por otro lado–* en considerar a los componentes del Derecho, además, como *deben ser*, esto es, buscando su orientación valorativa, que en última instancia supone el anhelo de lograr *justicia*.

Y el Derecho Privado no es ajeno a ello, sino que, a través de sus diversas instituciones, cada una con sus particularidades, también “*camina*” en el mismo “*rumbo*”. Así, dentro de este campo tenemos al Derecho de daños, el cual se cimienta sobre aquello conocido como Responsabilidad Civil, y aunque el “*rumbo*” sea el mismo, preocupa saber cómo *va* y cómo *debe ir* en dicho “*rumbo*”. Sin embargo, nuestra jurisprudencia parece no “despejar” dicha preocupación, sino incluso “agravarla”, y es por ello que el objetivo principal de la presente

investigación consiste en demostrar que la forma de justicia aplicada en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana bajo un criterio distributivo no es adecuada a la naturaleza del Derecho privado.

Para tal efecto, esta investigación se estructura sobre cinco capítulos: el problema, el marco teórico, el marco metodológico, el marco operativo-argumentativo y el marco conclusivo.

Así, en el **PRIMER CAPÍTULO** denominado “El Problema”, se abordan dos aspectos que nos pondrán a contexto: el Planteamiento del Estudio, en el cual plantearemos el problema, sustentaremos y expondremos la relevancia de la investigación, para establecer así la pregunta significativa, por la cual delimitaremos nuestra investigación, y los Objetivos propuestos, los cuales conducirán la presente investigación a fin de orientarla a la resolución de la pregunta significativa.

Luego tenemos el siguiente, y más amplio, el **SEGUNDO CAPÍTULO** denominado “Marco Teórico”, el cual busca desarrollar un marco filosófico, un marco normativo y uno jurisprudencial sobre el tema, siendo estructurado en 3 sub-capítulos como siguen:

1. *Hacia un concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual*, sub-capítulo que constituye nuestro marco filosófico y en el cual buscamos argumentar sobre el concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, lo que nos requiere: (i) definir

el campo de la responsabilidad civil extracontractual desde un contexto filosófico, describiendo las propuestas y las críticas postuladas desde (y hacia) el *Law and Economics*, las Teorías Morales del Derecho en sus vertientes prescriptiva y remedial, y desde el Formalismo Jurídico; (ii) definir las manifestaciones de la justicia en sus diversos ámbitos, describiendo tanto la teoría de la justicia distributiva como aquella de la justicia conmutativa o correctiva; y (iii) ejemplificar la aplicación de las manifestaciones de la justicia en casos.

2. *El daño no patrimonial en la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho peruano*, sub-capítulo en el cual buscamos (i) conceptualizar el daño no patrimonial, (ii) narrar los acontecimientos históricos que dieron lugar a la actual regulación normativa del daño no patrimonial en nuestro ordenamiento jurídico peruano, y (iii) definir las “consecuencias” derivadas del daño no patrimonial en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil peruano.

3. *La noción de justicia subyacente en los criterios de valoración del daño no patrimonial en los casos de responsabilidad civil extracontractual. Un análisis jurisprudencial*, sub-capítulo en el cual nos avocamos a la jurisprudencia peruana para (i) describir los criterios de aplicación de justicia, y (ii) ordenar dichos criterios en función de su correspondencia con la noción de justicia correctiva o con la noción de justicia distributiva.

En el **TERCER CAPÍTULO**, denominado “Metodología”, se encuentra dividido en siete subcapítulos, el primero refiere la Formulación de Hipótesis,

correspondientes a la pregunta significativa general y las específicas, planteadas en la exposición del problema y desarrolladas en el marco teórico, el segundo indica las “variables” de Estudio, correspondientes a cada hipótesis formulada, para luego pasar a la Metodología adoptada en la investigación, exponiendo el tipo y diseño de la investigación, el ámbito y delimitación temática, la población y muestra de estudio correspondiente al tipo de investigación tratada, y por último nos referiremos a los procedimientos, técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

Seguidamente, en el **CUARTO CAPÍTULO**, denominado “Argumentación Jurídica de los Resultados”, describimos el trabajo de investigación realizado para luego sustentar las hipótesis, resaltando que no “comenzaremos a argumentar”, sino que sintetizaremos lo ya argumentado e interpretado en nuestro marco teórico, contrastando lo analizado con nuestras hipótesis para comprobar la sostenibilidad jurídica de las mismas.

Por último, tenemos el **QUINTO CAPÍTULO**, denominado “Conclusiones y recomendaciones”, en el cual expondremos las “conclusiones” en sentido lato, o específicamente consideraciones finales a las cuales se arribó a través de la realización de la presente investigación, dejando siempre abierta discusión para próximos desarrollos sobre el tema en cuestión, así como también “recomendaciones” producto de la preocupación percibida por el panorama descrito y propio de lo investigado.

## I. EL PROBLEMA

### 1.1. Planteamiento del problema

Ciertamente, hablar sobre el “daño” en el Derecho resulta una cuestión “compleja”, pero que no debe pasar inadvertida en el debate jurídico; distintos tópicos, desde la consideración propia del “daño” como tal, o la cuantificación de daños no patrimoniales, y hasta incluso aspectos filosóficos y discusiones sobre la “justicia” en este contexto.

Ahora bien, ¿qué contexto? ¿con qué propósito o propósitos? ¿cómo hablar en términos de “justicia”? La responsabilidad civil extracontractual es uno de los pilares del Derecho Privado, entonces ese es nuestro contexto. Ahora bien ¿qué propósito puede tener la responsabilidad civil extracontractual en dicho contexto? La doctrina italiana tradicional dice que incluso existe una función punitiva y por ende también una disuasiva ¿encaja ello con el fundamento y lo característico del Derecho Privado, o estaremos desnaturalizando instituciones jurídicas?

Y aunque ciertamente el propio concepto de “Derecho Privado” puede ser variado, el formalismo jurídico aporta uno sobre la base de la coherencia justificativa que se centra en las particularidades y unidad de las figuras e instituciones jurídicas en determinado contexto, así, el Derecho Público también tendrá su propia caracterización.

En tal sentido, las manifestaciones de justicia dependen del ámbito de las relaciones jurídicas, así, para el caso de relaciones jurídico-privadas correspondería la aplicación de la denominada justicia correctiva o conmutativa, la cual postula en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual que, al ocurrir un daño se

produce una “injusticia” o una “desigualdad”, lo que amerita una “corrección” de lo sucedido para retornar a un estado de “igualdad” o “equilibrio”.

Aunque, por otro lado, es también cierto que otras teorías morales proponen aplicar una justicia distributiva para el mismo ámbito de estudio, y no podemos negar el valor argumentativo de las mismas.

Ahora bien, no siempre el “*debe ser*” coincide con lo existente en la praxis, ¿cómo se desarrolla todo ello en nuestra jurisprudencia? ¿cuál es el criterio adoptado y argumentado por los jueces?, y sobre todo ¿es adecuado el criterio que se está adoptando?

Dichas “preocupaciones” nos llevan al siguiente planteamiento en forma de interrogantes a las que buscaremos sustentar una respuesta.

## **1.2. Formulación de interrogantes**

### **1.2.1. Pregunta significativa.**

¿Se aplica una forma de justicia adecuada al Derecho Privado en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana?

### **1.2.2. Problemas específicos.**

1.2.2.1. ¿Qué concepto de justicia puede argumentarse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual?

1.2.2.2. ¿Cómo se encuentra regulado el daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano?

1.2.2.3. ¿Cuáles son los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana sobre casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial?

### **1.3. Justificación de la investigación**

¿Qué justifica esta investigación? La problemática esbozada debería responder la interrogante, sin embargo, podemos considerar la preocupación que tenemos en relación a la armonización del Derecho Privado, en tal sentido, deseamos añadir una cita de la cual no podemos prescindir como justificación.

Scott J. Shapiro (2010) preguntándose sobre el por qué debería importarnos saber qué es el Derecho, concluye señalando:

“The inquiry into the nature of law is not an exercise in lexicography, extends far beyond determining whether an unjust rule is a law and is more than of mere academic interest.”

En efecto, la comprensión y armonización de las instituciones del Derecho no gira en torno a cuestiones formales, si bien el Derecho puede verse impulsado por una “teoría del caos”, dicha “armonización”, que además engloba lo que acontece en la práctica judicial, no debe ser vista como un “objetivo”, sino como un “camino” a la propia justicia.

En tal sentido, una incorrecta comprensión acerca de la naturaleza del Derecho privado, o del fundamento mismo de la responsabilidad civil, deforma la idea de qué tipo de justicia debe aplicarse en este particular ámbito del Derecho, y con una imagen nublada que busca “justicia” un operador del Derecho puede estar propiciando, al contrario, injusticia a través de arbitrariedad. Por ello, resulta necesaria una investigación una perspectiva distinta a los clásicos estudios analíticos y descriptivo-semánticos o históricos realizados sobre la responsabilidad civil.

## **1.4. Objetivos de la investigación**

### **1.4.1. Objetivo general.**

Demostrar que la forma de justicia aplicada en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana bajo un criterio distributivo no es adecuada a la naturaleza del Derecho privado.

### **1.4.2. Objetivos específicos.**

1.4.2.1. Argumentar un concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

1.4.2.2. Analizar la regulación del daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano.

1.4.2.3. Comparar los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana sobre casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial.

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Hacia un concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual

#### 2.1.1. Delimitación del campo de la responsabilidad civil extracontractual.

##### 2.1.1.1. *La propuesta del Law and Economics.*

##### 2.1.1.1.1. *El Law and Economics y el Derecho privado.*

Sin duda alguna, la relación del Derecho y la economía han causado todo un revuelo en la comprensión del propio Derecho y de su manifestación en la realidad, una relación cuya gestación no es de estos tiempos, sino que tiene ya una amplia data, ya lo diría el Juez Oliver Wendell Holmes (1897) dos siglos atrás al destacar a que el “hombre del futuro” sería quien domine a la “estadística” y a la “economía”, señalando además que:

“We learn that for everything we have we give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect.” (p. 474)

Y ciertamente, hoy es ampliamente conocida –y *aceptada*– la utilidad de la economía en el Derecho para alcanzar determinados objetivos trazados, pero ¿cómo es que ello se extendió tanto? Robert Cooter y Thomas Ulen (2011) inician su obra “*Law and Economics*” con una pregunta similar, en relación al Análisis Económico del Derecho (AED) y señalan que:

“Like the rabbit in Australia, economics found a vacant niche in the ‘intellectual ecology’ of the law and rapidly filled it. To explain the niche, consider this classical definition of some kinds of laws: ‘A law is an obligation backed by a state sanction.’

Lawmakers often ask, ‘How will a sanction affect behavior?’ For example, if punitive damages are imposed upon the maker of a defective product, what will happen to the safety and price of the product in the future? Or will the amount of crime decrease if third-time offenders are Automatically imprisoned? Lawyers answered Such questions in 1960 in much the same way as they had 2000 years earlier—by consulting Intuition and any available facts.” (p. 3)

¿Y cómo respondió la economía frente a tales preguntas? Con un método científico. Pero el tema no sólo quedó ahí, sino que *–como hemos señalado–* ello propició una comprensión distinta acerca del Derecho e incluso de sus instituciones.

Nótese por ejemplo dónde se centra la “vista” del investigador que emplea el Análisis Económico del Derecho (AED), y es que, el enfoque que se tiene es sobre “objetivos”, el “qué podría suceder” y el “qué deseamos que suceda”, dejando otros temas de lado por no ser tan preponderantes, es así que Ernest J. Weinrib (2017) se refiera a esta “idea” de comprender qué es el Derecho a través de sus objetivos es una “idea” a la que “podríamos llamar funcionalismo” (p. 37) teniendo como uno de sistemas predilectos de discusión no tanto “a la búsqueda de objetivos”, sino “a su elección” (p. 38).

Y si bien es cierto que la postura del funcionalismo y de toda la escuela del *Law and Economics* es bastante “atractiva” razonablemente, es también cierto que la misma postura rechaza la “inteligibilidad interna del derecho privado” pues, como también indica Weinrib (2017), considera que:

“De acuerdo con la posición dominante contemporánea [del funcionalismo], el derecho privado es –y no podrá ser de otro modo– la manifestación jurídica de objetivos independientemente justificables.” (p. 39)

Una postura que impide la comprensión del Derecho privado por tal y como tal, enfocándose solamente a los objetivos que podrían perseguirse dentro del mismo –*pero no como una disciplina propiamente, sino incluso más como una “etiqueta”*.

Por último, cabe destacarse el carácter instrumental que aporta el *Law and Economics*, y la postura que actúa bajo una máxima de “necesidad humana”, o como lo diría Guido Calabresi (1975):

“Still, the object of law is to serve human needs, and thus legal terms (which in other contexts may have other, deeper meanings) must sooner or later be linked to the service of human needs.” (p. 105)

Una máxima cuyo objetivo es –*como se dijo*- ampliamente discutido, pero que en la variedad de posiciones terminan siendo otros igualmente instrumentales en favor de la “necesidad humana”. Así, por ejemplo, no debe ser extraño que Diego Papayannis (2010), centrándose en la maximización de la riqueza, pueda concluir en que:

“(…) habiéndose aceptado que la riqueza tiene un valor instrumental, es decir, que en ciertas circunstancias sirve a otros valores, debe aceptarse también que el AED no puede proporcionar una teoría de la justicia” (p. 52)

Culminando en una teoría no tan satisfactoria para explicar o sustentar un concepto de Derecho privado, pero sí una muy útil para la consecución de objetivos que pudieran trazarse a su interior.

#### 2.1.1.1.2. *La propuesta y propósito de la responsabilidad civil.*

Hablar acerca de la “propuesta” del Análisis Económico del Derecho en relación a la responsabilidad civil o al, en general, derecho de daños, necesariamente nos hace hacer referencia a dos obras clave: *Economic Analysis of*

*Accident Law* de Steven Shavell (2007), y *The Economic Structure of Tort Law* de William M. Landes y Richard A. Posner (1987).

Es Shavell, con una postura analítica, quien en 1987 aclara en la perspectiva del análisis económico de la responsabilidad por “accidentes” –*que no son propiamente “accidentales” en palabras del propio Shavell*- señalando que la misma no se enfoca en la “compensación a las víctimas” y argumenta que tal responsabilidad tampoco *debería* hacerlo, pues provocaría la propia ineffectividad del sistema.

Shavell nos dice que si uno se enfoca únicamente en los agentes dañadores entonces las víctimas podrían no tomar conductas eficientes (*strict liability*), por ende, uno debe enfocarse en ambos actores, un peatón, entonces, que no tome las precauciones mínimamente exigidas y sea atropellado por “accidente” no podría exigir la responsabilidad del conductor al caer en “negligencia o culpa concurrente” (*contributory negligence*).

Para Shavell, entonces, lo que hace –*o debe hacer*- la responsabilidad es crear “incentivos para la seguridad”, centrando así la atención no en la víctima como tal ni propiamente en la “sanción” al agente dañador, sino en promover incentivos para que los actores de la sociedad (víctimas y agentes dañadores) adopten conductas más diligentes y eficientes, reduciendo –*en tal sentido*- los costes de los accidentes

Por otro lado, Shavell deja en claro que el modelo económico formulado es tal, un “modelo”, y no propiamente un análisis de la realidad, puesto que la propuesta deberá tomar muchas otras condiciones para su análisis en la práctica, siendo una de dichas condiciones o factores que afectarían el análisis constituido por los “costes administrativos” que a su vez implican costes legales y no-legales (tiempo, esfuerzo, etc.).

Entonces Shavell (2007) argumenta: “Then it will be socially desirable for victims to make claims against injurers if and only if the associated social benefits will outweigh the administrative costs” (p. 265). Lo que, en otras palabras, supone

que la motivación privada para accionar (su deseabilidad social) en casos de responsabilidad extracontractual depende de que los beneficios por hacerlo sean mayores que los costes administrativos. Esto es sumamente importante ya que, la puesta en acción del sistema legal de responsabilidad –y se resalta la intervención social- tiene un efecto directo en cuanto a la propia institución de la responsabilidad extracontractual, nótese al efecto que la puesta en acción judicial se traduciría en el ejercicio y formación de criterios por parte de los jueces (predictibilidad judicial), lo que impactará en los costes administrativos, y el rol judicial es sumamente importante en orden de motivar o incluir en la adopción de conductas eficientes, ya que, si bien –y esto es resaltado por Shavell- el mercado como tal es uno de los mecanismos con el cual podemos determinar tales conductas eficientes, e incluso se argumenta que es “superior” al mecanismo judicial, el accionar de sólo este mecanismo de mercado resulta insuficiente para resolver los problemas relativos a la responsabilidad extracontractual, lo que sustenta la necesidad de combinar diversos mecanismos.

Una postura que es presentada bajo una sistemática bastante clara, y aunque presenta en buena forma el panorama conceptual del análisis económico de la responsabilidad extracontractual no lo defiende como tal: eso se puede entender desde que se percibe que la postura de Shavell argumenta que el derecho de daños puede contribuir a reducir los costes por accidentes, pero que a su vez dicha posibilidad está sujeta a las condiciones existentes en determinado contexto, y al mismo tiempo, si los jueces deben aplicar determinado criterio para lograr la eficiencia dependerá igualmente de diversos factores y circunstancias.

Landes y Posner (1987), a pesar de no presentar con la misma claridad el modelo económico como sí lo hiciera Shavell (2007), formulan argumentos en forma más enérgica, tanto sobre una base de análisis positivo como incluso sobre una normativa. Propugnando la necesidad de un sustento científico en el *Law and Economics*, y no resultando sorpresivo que en la primera página de su obra expresen ambiciosamente lo siguiente:

“This book explores the hypothesis that the common law is best explained as if the judges who created the law through decisions operating as precedents in subsequent cases were trying to promote efficient resource allocation. We call this hypothesis the positive economic theory of tort law, because no rival economic theory of tort law has been proposed.” (p. 1)

Resultando tal como el concepto inicial que brindan los autores para sostener su teoría económica positiva del derecho de daños, aunque al mismo tiempo, el punto de partida para sus críticos.

Y entonces ¿qué es lo que proponen Landes y Posner? Un enfoque económico de cada elemento de la responsabilidad extracontractual y fijando como objetivo (*goal*) la maximización de la eficiencia. Sobre una base de múltiples casos jurisprudenciales *—por ello inician dialogando sobre una postura de análisis económico positivo.* Los conceptos causales perderán relevancia en el enfoque de Landes y Posner, ya que la discusión se sitúa no en la violación a un deber propiamente dicho, sino que se enfocan en el coste de los daños y la actuación e impulso de las medidas precautorias, es así que la obligación de reparar, así como el derecho a ser compensado serán propiamente incentivos para la adopción de tales medidas precautorias.

El tema de “justicia” sería situado entonces en la promoción de una asignación eficiente de los recursos, una concepción económica que situará a la eficiencia como justificante y explicación de la estructura del Derecho de daños.

Ahora bien, dentro de esta perspectiva funcional, se percibe una particular visión sobre el comportamiento de las partes, así, la particularidad del modelo propuesto por Landes y Posner (1987) se encuentra en que no toma en cuenta a la “causalidad” para el examen de los casos, en tal sentido, el agente dañador será responsable en cuanto no haya tomado las medidas precautorias debidas.

Sin embargo, esta postura no sería tan “cerrada” en las teorías instrumentalistas, Shavell (2007), aunque con una opinión no tan distinta a la de Landes y Posner, parece argumentar mejor su concepción sobre la relevancia de la

“causa” en el Derecho de daños, en tal sentido, si y sólo si el agente dañador pudo alterar o modificar *–por poco o mucho–* el “resultado dañoso” provocado, se puede considerar que ha causado el daño, y al mismo tiempo, que su conducta ha sido negligente pues sólo una conducta negligente puede causar el daño, de lo contrario, existiría justificación para no considerarlo responsable. El problema en sentido estricto, explícito en Shavell, es la falta de distinción entre “causa” y “negligencia”, el mismo que se evidencia al considerar que, si el agente adoptó todas las medidas precautorias posibles y aún así el daño ocurre no sería posible decir que el agente ‘ha sido negligente’, pero al no ser “negligente”, en el modelo de Shavell tampoco sería “causante”.

Así, en un sentido amplio, esta falta de distinción entre “causa” y “negligencia” en Shavell (2007) o la concepción de que la causalidad es simplemente irrelevante en Landes y Posner (1987) se debe a que las teorías instrumentalistas enfocadas en el Derecho de daños parecen centrarse en gran cuenta en el análisis sobre las medidas precautorias y si las mismas fueron adoptadas o no, para así determinar la correspondencia de responsabilidad o no.

Sin embargo, más adelante Posner (1997) parecería no enfocarse en (o concebir una estructura para) el Derecho de daños en forma específica, así, en lugar de una de buscar una explicación dogmática del Derecho y/o de su estructura, argumenta por una funcional, en tal sentido, en términos generales señala que:

“Functionally, civil and criminal law alike, and tort and contract law alike, 'price' conduct that the law wishes to discourage or at least regulate. (...) The alternative to thinking of civil law and criminal law, or tort and contract, as concepts is to think of them as tools. Economics encourages such a shift of focus, and by doing so can help to remove the blinders that judges sometimes wear.” (p. 54)

Es así que, en lugar de estar “debatiendo” en tal o cual aspecto conceptual, si nos centráramos en la “función” del Derecho, sea que hablemos sobre el Derecho civil o el Derecho penal, lograríamos al menos “regular” las conductas al

consignarles un “precio”; esta idea nos lleva a la interrogante sobre cuál sería entonces la concepción del Derecho de daños por parte del análisis económico del Derecho, la misma que responderemos en el siguiente apartado.

#### 2.1.1.1.3. *Críticas a la propuesta del Law and Economics.*

Sin duda alguna, es Ernest Weinrib (1989) uno de los críticos más ácidos de la concepción económica del derecho de daños, señalando, en relación a la postura de Posner que:

“It is important to notice what Posner has explained and what he has failed to explain. Posner has provided economic reasons for taking money from the defendant and for giving money to the plaintiff. He has not, however, accounted for taking from the defendant the very sum that is given to the plaintiff and for setting this sum, as tort law does, at a level that makes the plaintiff whole. In other words, wealth maximization does not explain the very feature that most distinctively characterizes the tort remedy.” (p. 506)

Para decirlo en términos sencillos, lo que Posner formula no alcanza a justificar uno de los elementos más importantes del derecho de daños: la cuantificación del daño. ¿Cómo llega Weinrib a esta conclusión? Al percibir que los postulados de Posner son contradictorios: asumir que nuestro objetivo es la sola eficiencia para que las medidas precautorias sean lo más “atractivo” para las personas llega a distanciarnos del concepto propio del daño y la respectiva reparación y compensación del mismo.

Para ello Weinrib (1989) pone el siguiente ejemplo:

“To see this, consider each of Posner's incentives in turn, starting with the defendant's incentive to take precautions. Assume the same illustrative figures mentioned above, that an expenditure by the defendant of \$100 will avert a \$1000 injury that has a 25 % chance of occurring. A penalty that is valued at over \$100 ex ante will induce the defendant to spend \$100 on

precautionary measures. Because in a tort framework the penalty is not exacted until after the injury occurs, the probability of the defendant's having to pay damages (disregarding, for the moment, the problem of securing enforcement) is tied to the probability of the injury. In our example, therefore, we must ask what figure is such that a 25 % chance of being liable to pay it will induce a rational actor to expend \$100? The answer is: any figure over \$400. A 25% probability of having to pay more than \$400 will induce a rational defendant to take precautions costing \$100.” (pp. 506, 507)

En otras palabras, desde una perspectiva del análisis económico del Derecho, no podría explicarse ni justificarse la cuantificación del daño, sino que el mismo se restringiría a los incentivos para evitar su comisión futura. Posner no sustenta entonces cómo es que el agente dañador debe pagar una cantidad que lo desincentive para la comisión de daños y no pagar el daño mismo (cuantificado); en el ejemplo citado de Weinrib, por más que el daño pudiera ser cuantificado en \$1000, si sólo \$400 son más que suficientes para generar los incentivos de eficiencia necesarios, entonces el análisis económico no tiene cómo explicar el restante, en tal sentido se tiene a la postura formulada desde el *Law and Economics* como restringida y restrictiva frente a la responsabilidad extracontractual.

En esa misma perspectiva, si la compensación no es parte de lo “necesario” para adoptar conductas eficientes, entonces, un demandante al acudir a un órgano de justicia motivado por la comisión de un daño encontraría que los incentivos para litigar son ínfimos en relación al resultado posible, por tanto, incluso el desarrollo jurisprudencial que fuera consolidando la estructura del derecho de daños también se vería afectado.

Por otro lado, podemos hablar acerca de los daños punitivos, cuya imposición se amerita en relación a la probabilidad de que el agente dañador sea condenado (Polinsky & Shavell, 1998), esto es, si la probabilidad fuese menor (inclusive sólo) al 100% (Papayannis, 2010). Para entender la metodología que el análisis económico propone, partiremos de los siguientes datos a forma de ejemplo:

- a) Daño: S/. 1'000,000.00
- b) Probabilidad de causar dicho daño: 1%
- c) Probabilidad de que el agente dañador sea condenado: 10%

Partiendo de estos datos, la lógica económica indica que, considerando la probabilidad de causar dicho daño (1%), el coste que espera es de S/. 10,000.00 (daño\*probabilidad de causarlo), sin embargo, dicho coste se ve afectado por una segunda variable: la probabilidad de que el agente dañador sea condenado (10%) de lo que resulta un coste esperado de sólo S/. 1,000.00, y, por tanto, el individuo sólo tomará medidas precautorias para evitar dicho daño, cuando dichas medidas sean inferiores a S/. 1,000.00, un monto ínfimo en relación a la probabilidad de que el daño acontezca.

La propuesta, entonces, del análisis económico es elevar diez veces el valor del daño, equiparando así los costes con ambas variables a la probabilidad real de que el daño acontezca (S/. 1,000.00 x 10 = S/. 10,000.00). El resultado será el siguiente: el agente dañador será condenado a S/. 1'000,000.00 por concepto de daños compensatorios, y por S/. 9'000,000.00 por concepto de daños punitivos, haciendo un total de S/. 10'000,000.00, lo que supone diez veces el valor del daño y al mismo tiempo (según los ius economistas) una disuasión óptima. De ahí que los “daños punitivos” también sean denominados “daños ejemplares” (*exemplary damages*).

Esta concepción de los daños punitivos es bastante atractiva en términos analíticos, sin embargo, si recordamos algo bastante básico en el campo de la responsabilidad civil, esto es, si existe un agente dañador y un daño causado, existe una víctima o un agraviado, y la pregunta que es motivada por el concepto anotado sobre daños punitivos es la siguiente: ¿cuál es la justificación o argumento para que sea determinada víctima la “beneficiaria” con la condena “ejemplar” impuesta al agente dañador? Si se admite que el monto de condena por S/. 1'000,000.00 en el ejemplo no forma parte de la compensación propiamente dicha, ¿por qué la víctima

merece que se integren S/. 9'000,000.00 a su patrimonio? ¿cuál es el fundamento de este enriquecimiento (pues el daño ya fue “compensado”)?

El *Law and Economics* no ofrece ninguna explicación satisfactoria que sustente por qué específicamente la víctima, y en realidad quien se haya atrevido a ser un pionero en demandar, merezca el “premio” y a costas del agente dañador. Dicho monto bien podría ir al erario público, a un fondo común con alguna finalidad determinada, o incluso a un fondo que sirva para compensar los daños a víctimas que obtengan sentencias inejecutables o a aquellas que no puedan demandar a los agentes dañadores (como en el caso de existir “demandado indeterminado”); estos supuestos tienen mejor argumentación que el determinar que los daños punitivos ingresen al patrimonio del demandante, sin embargo, tales alternativas son de “naturaleza” administrativa más que pertenecer propiamente al campo de la responsabilidad civil, y por tanto, la existencia de dicha medida “punitiva” tendría lugar si fuese concebida como una condena accesoria bajo una figura de “multa”. En todo, el análisis económico no aporta argumentos convincentes para concebir esta figura como parte de la estructura del Derecho de daños.

En consecuencia, es de verse que los esfuerzos del *Law and Economics* por formular, explicar y justificar una estructura normativa del derecho de daños llegan a constituirse en una “teoría incompleta” (Coleman, *The Economic Structure of Tort Law*, 1988), aunque la utilidad instrumental del análisis económico no pueda negarse, sobre esto último, veremos su aplicación práctica más adelante incluso en la corrección de ganancias injustas sin pérdida, o aquellas que la superan, escenario en el cual tanto la propuesta correctiva como la distributiva no alcanzan a responder —o por lo menos, no lo hacen sobre una base científica.

### **2.1.1.2.            *Las propuestas de las Teorías Morales del Derecho.***

#### **2.1.1.2.1.        *La Teoría Moral en el Derecho privado.***

Por otro lado, existen otras teorías que no consideran al Derecho privado como un “instrumento” para ciertos objetivos, sino que “entienden el derecho como inteligible internamente” (Weinrib, 2017), pero ¿cómo poder diferenciar ello? Al respecto Weinrib (2017) expresa que:

“Lo que determina si una teoría del derecho privado es no-instrumentalista no es la teoría moral o las preconcepciones sobre los ingredientes del no-instrumentalismo (la irrelevancia de juicios acerca del bienestar colectivo, por ejemplo), sino la conexión de la teoría con el Derecho privado. Incluso una teoría que use concepciones tan notablemente no-instrumentales como la justicia individual y la idea kantiana de personas como fines en sí misma es instrumental si no refleja el carácter, clase y unidad de la relación de derecho privado.” (p. 81)

Y es que la idea del Derecho privado supone por sí una “relación”, y no es centrada en una idea “colectiva”, a diferencia de lo relevante en el caso del Derecho público.

Esta idea del *–digamos–* “rechazo” a una idea de “bienestar colectivo” como parte de la idea del Derecho privado es también compartida por las teorías morales del Derecho privado, es el caso del Derecho Contractual, el que *–siendo uno de los pilares del Derecho privado–* es incompatible con la idea de sustentarse en “fines colectivos” o irreductible a “políticas sociales” como objetivos que el funcionalismo defendería, digamos, bajo aspiraciones en torno a la “riqueza” o “eficiencia”, como sustenta el profesor Charles Fried (2015) en su libro *“Contract as promise: a theory of contractual obligation”*.

Así, por ejemplo, para Fried (2015) los contratos son promesas hechas entre dos o más partes, promesas “reales” para diferenciarlas de aquellas hechas por “broma o juego”, con intención de crear relaciones jurídicas, y promesas que, ante su eventual incumplimiento, la ley las hará cumplir (*enforce*) en sus términos y consideraciones, respetándose al contratante como tal, como individuo y no como una idea “colectiva”.

A simple vista puede parecer otra “etiqueta” más, sin embargo, los fundamentos filosóficos que llevan a describir a un “contrato” como una “promesa” llevan a considerar todo un concepto sobre el Derecho Contractual, y no meramente una “palabra” más en la definición del contrato.

Entonces tenemos toda una concepción del Derecho privado bajo la teoría moral, la cual es condensada por el profesor Andrew S. Gold (2011) de la siguiente manera:

“On this theory, the state’s interest in private law is not in doing corrective justice as such but rather in empowering the plaintiff to act. The private right of action is the means that the state provides. The plaintiff is not generally given a right to revenge or even to satisfaction, however. For the most part, private rights of action are not vindictive. The plaintiff is instead empowered to bring about a correction of a wrong (or wrongful loss) or to prevent that wrong in the first place. In other words, private law is designed to allow individuals to enforce their moral rights.” (p. 1930)

Y es que la moralidad no será un argumento que da lugar a un acto y “se va”, sino que le da forma al acto, así como a sus consecuencias, despojándolo de acciones contrarias a la moral como sería el caso de un eventual ejercicio del “derecho a la venganza”.

Y por esta misma particularidad de la teoría, tenemos diversas cuestiones, muchas de las cuales se tornan en críticas, partiendo en nuestro caso de preguntarnos: “¿qué es primero?”, “¿qué da lugar a qué?”, lo que llevaría a repensar si realmente esta teoría no es instrumentalista.

Partiendo de ello Weinrib (2017) cuestionaría la teoría de Fried (2015) en relación a la exigencia de que una obligación moral diera lugar necesariamente a una obligación jurídica, y a qué tipo de obligación jurídica, expresándose que incluso considerando que se diera una obligación jurídica, la incorrección en la misma no necesariamente conllevaría a una figura del Derecho contractual, sino

que podría dar lugar –por ejemplo- a figuras del Derecho penal o incluso del Derecho de daños.

#### 2.1.1.2.2. ¿Teorías Morales de la responsabilidad civil extracontractual?

Bajo un propósito relativo a la función del bienestar social, las teorías morales fijan su atención en el derecho de daños, manifestándose dos objetivos desde dos perspectivas diferentes dentro del marco de las propias teorías morales: (i) uno desde el punto de vista prescriptivo y (ii) otro desde un punto de vista remedial. El primer punto de vista se enfoca en colocar aspectos de políticas y principios en dirección a la “justicia” más que a la maximización de la riqueza o incluso del “bienestar” de unos, consignando tales aspectos de interés público en el campo del derecho de daños. Y el segundo punto de vista, se enfoca en determinar la imposición de costos (¿quién los debe asumir?) en lugar de “guiar conductas”, preocupándose por el cumplimiento del “deber” entre el agente dañador y su (y sólo su) víctima.

Así, desde el punto de vista prescriptivo, introduciendo un criterio de justicia distributiva (*distributive justice*), podemos mencionar a Gregory Keating (2002) y a Tsachi Keren-Paz (2007).

Para Keating (2002), desde una postura Rawlsiana-contractualista (*Rawlsian-contractarian*) la estructura normativa del derecho de daños para que sea considerada “justa” debería suponer (1) equidad como reciprocidad del riesgo, cuyo establecimiento sería justo sólo si beneficiara –lógicamente a largo plazo- más que perjudicar a los afectados por ello; (2) equidad como reciprocidad de los daños (*harms*), lo que implica una categorización de los tales, y a su vez, que sobre aquellos de mayor gravedad la seguridad tenga prioridad sobre la libertad; y (3) la equidad como proporcionalidad entre cargas y beneficios, lo que significa un balance entre las cargas impuestas sobre actividades de riesgos y los daños producidos por tales.

Ahora bien, Keren-Paz (2007), argumentando desde una postura centrada en la igualdad (*egalitarianism*), admite que el derecho de daños tradicionalmente no se encuentra dirigido a consagrar la igualdad, pero al mismo tiempo, el autor referido postula que el derecho de daños *puede y debe* promover la igualdad, la que puede ser alcanzada bajo un modelo distributivo que mide las reglas del juego – *considerando demandantes y demandados como grupos separados*- en cuatro niveles: (1) una regla puede beneficiar a los demandantes a costa de los demandados (o viceversa), (2) ambos grupos –*demandantes y demandados*- pueden identificarse con su capacidad funcional, (3) de haber una correlación entre la capacidad funcional y las características de las partes litigantes, si la regla beneficia a la parte menos privilegiada será considerada –*en función a su efecto sobre la igualdad*- como “progresiva” (*progressive*), pero si causa su detrimento como “regresiva” (*regressive*), y (4) también se admite la posibilidad de evaluar una regla en un nivel sobre litigantes en particular –*ya no considerados como grupo*- bajo los parámetros de correlación ya indicados.

Las reglas distributivas, en el contexto de responsabilidad extracontractual, tendrán una fuerte crítica contra los estándares clásicos –*a los que calificará como “regresivos”*- del derecho de daños, así, Keren-Paz criticará al principio de reparación integral o principio *restitutio ad integrum* (RAI), el cual busca colocar a la víctima en la condición “más parecida” a la que hubiera tenido de no haber ocurrido el hecho dañoso, para Keren-Paz este principio es regresivo, toda vez que el criterio empleado para la reparación resulta en detrimento de los menos favorecidos, esto resulta bien ilustrado en palabras de Diego Papayannis (2016), quien comentando sobre jurisprudencia argentina en base a los postulados de Keren-Paz señala:

“Los parámetros que se emplean en la cuantificación transmiten la idea de que los jóvenes valen más que los ancianos, los hombres más que las mujeres, los profesionales más que los profanos o las amas de casa, las personas cultas más que las que recibieron escasa formación, los sanos más que los enfermos y, va de suyo, los ricos más que los pobres.” (pp. 282, 283)

Keren-Paz (2007) denuncia entonces que incluso el criterio restitutivo supone un incentivo para que los “ricos” pongan en riesgo a los “pobres”, y entonces concluirá con la siguiente propuesta en contra de la *restitutio ad integrum*:

“Accordingly, comprehensive solutions should consider the following: (1) standardizing awards; (2) using a means-based multiplier in order to increase or decrease damages, based on the classification of either or both defendant and plaintiff as poor or rich; (3) giving judges the discretion to reduce damages based on the defendant’s means; (4) abolishing compensation for negligent property damage (and perhaps even physical injury) while channeling victims to first-party insurance.” (p. 182)

Por otro lado, desde un punto de vista remedial, tenemos diversas propuestas que se proyectan desde las siguientes concepciones (Postema, 2002):

- a) Justicia compensatoria: desde el foco de las teorías morales, la justicia compensatoria supone la exigencia de compensar *–sólo y únicamente–* aquellas pérdidas “inmerecidas” o “arbitrarias” *–actuando así sobre situaciones sociales específicas.*
- b) Justicia restaurativa: enfocada en la “restitución” *–y no en la “compensación”–* supone que aquellas pérdidas causadas a una persona sin su consentimiento le sean “restituidas” por quien las causó, un criterio que parece partir desde la teoría de libertarismo.
- c) Justicia correctiva: finalmente, y con diversidad en su desarrollo, toda vez que las dos anteriores concepciones no llegan a tener mayor protagonismo en la doctrina, sino al contrario fuertes críticas, tenemos a la “justicia correctiva”.

Sobre esta última, antes de continuar, debemos decir que la misma es desarrollada tanto desde el punto de vista de la teoría moral como también desde la perspectiva de la teoría formalista que veremos más adelante.

Como autores para mencionar dentro de la misma –y cada uno sostiene una postura con diferentes matices- tenemos a Stone, Perry, Coleman – aunque su postura “varía” a lo largo de su carrera-, Ripstein, Goldberg, Zipursky y Coleman –aunque la postura de este último tendría “variaciones” a lo largo de su carrera.

Así, se hablaría de la necesidad de enfocarnos en los “injustos” en el derecho de daños, con la consideración especial, de que para la postura moral correctiva tales “injustos” objeto de la preocupación del derecho de daños implicarían “interacciones injustas” (*wrongs*), las que afectan el “sistema de derechos y responsabilidades” (individuales) entre partes determinadas (Coleman, 1992, p. 315), en tal sentido, a diferencia de la concepción que parte de un sentido distributivo, la preocupación no estará fijada en las “pérdidas injustas” para destacar su connotación moral y social, sino en aquellos “injustos” provocados en una relación entre partes.

Es por tanto que esta concepción se diferencia de la postura del Análisis Económico por cuanto desplaza el elemento de “eficiencia” por el de “responsabilidad”, y se diferencia de la concepción distributiva “pura” en cuanto centra su atención en los injustos –tanto “interacciones” bajo una concepción relacional como “pérdidas” bajo una concepción anuladora- que afectan una relación inter-partes.

Así también, dentro de las teorías morales existen además postulados “pluralistas” que conciben no sólo las teorías morales como fundamento explicación de la estructura del derecho de daños, podemos mencionar a Mark Geistfeld y Bruce Chapman, quienes en sus trabajos emplearán argumentos desde las teorías morales, así como de los útiles postulados económicos para esbozar una estructura del derecho de daños.

Geistfeld (2002) desde una postura dualista, argumenta por la complementariedad de las teorías económica y moral sobre el derecho de daños,

señalando que la primera resulta “incompleta” en un sentido de no lograr *per se* la “función de bienestar social”, lo que puede suplirse mediante la teoría moral, la que también resulta “incompleta” en términos pragmáticos, complementándose de tal forma dichas teorías.

Finalmente, Chapman (2002), apostaría por una concepción mixta (mora-económica) al igual que Geistfeld, aunque en una forma más ambiciosa, al intentar argumentar, bajo una explicación secuencial razonable, la necesidad de la combinación entre “derechos” y “bienestar” para formar un criterio pluralista

En todo, vemos como la concepción de una “teoría moral” se manifiesta de diversas maneras, formulando diferentes teorías –*con el elemento moral, claro está*– en relación a la estructura normativa o remedial, en forma monista o pluralista, del derecho de daños.

#### 2.1.1.2.3. *Críticas a la propuesta de la Teoría Moral distributiva.*

Ahora bien, siendo que existen diversas posturas dentro de una aproximación moralista al derecho de daños, puntualizaremos las críticas de manera que pudiésemos intentar abordar dichas posturas.

En cuanto a las propuestas motivadas por la concepción de una “justicia distributiva” podemos preguntarnos (1) ¿puede “distribuirse” razonablemente a partir de un caso aislado? Aunque los argumentos de Keren-Paz (2007) son bastante persuasivos, tales pueden caer en una generalización insana, por ejemplo, advertir como “regresiva” una disposición que “favorezca” a un “rico” por sobre un “pobre”, siendo que dicho “favorecimiento” resulta en cuanto el “pobre” deba reparar un daño causado a un “rico” bajo el criterio de reparación integral podría evidenciar una falacia *ad hominem*, pues aquí hay un problema, a pesar de que el concepto de “justicia” pueda ser eminentemente subjetivo, se torna en arbitrario en cuanto no expresa un razonamiento plausible, ahora bien, considerando que el litigio se entabla entre dos partes determinadas (agente dañador y víctima) ¿el

favorecimiento a una parte específica (y no a un grupo, es decir, no a “los menos favorecidos”) a costas de la otra contribuye al ideal de “igualdad”?; y (2) ¿qué tan necesario resulta el derecho de daños para los fines postulados? ¿no podría llegarse al mismo fin si el Estado cobrara “multas administrativas” y fuese el mismo quien administrara el dinero recaudado en favor de “los menos favorecidos” (ahora sí pudiendo considerarlos como grupo)? El postulado de convertir al derecho de daños en una “herramienta distributiva” lo vacía de contenido y de un propósito propio, único o diferenciado.

Por otro lado, en cuanto al enfoque “correctivo” bajo las teorías morales, parecería que estamos ante un aporte más “nominativo” (Papayannis, 2016), por decir sobre los daños o pérdidas “injustas” en lugar de los daños dolosos o culposos, o incluso aquellos derivados de actividad riesgosa, sean daño-evento o consecuencia, o bien sea por decir “responsabilidad moral” en lugar de causalidad. Todo ello nos lleva a preguntarnos ¿cuál es el enfoque buscado por la teoría moral de la postura correctiva? Parece ser que el enfoque estuviese aún en desarrollo, aun considerando los notables esfuerzos de Jules Coleman (1992) al concebir una postura anuladora con matices distributivos, una relacional que no se llegó a completar, y una “mixta” (anuladora-relacional) que pareciese ser una “versión mejorada” de su postura anuladora (Papayannis, 2016).

### **2.1.1.3. *La propuesta del Formalismo Jurídico.***

#### **2.1.1.3.1. *La idea de Ernest Weinrib.***

En primer lugar, resulta necesario precisar que el término “formalismo” no debe ser entendido bajo su uso “común” visto como un término de “oprobio” (Weinrib, 2017), sino bajo un sentido técnico-jurídico. Bajo esta perspectiva, Roberto Mangabeira Unger (1983) relaciona “formalismo” con la posibilidad de un particular “método de justificación jurídica” del que Unger (1983) postula dos tesis para caracterizarlo de la siguiente manera:

“[1] a method of legal justification that can be clearly contrasted to open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people call ideological, philosophical, or visionary (...) [2] only through such a restrained, relatively apolitical method of analysis is legal doctrine possible” (pp. 564, 565)

Un método con el que, según Unger, podemos analizar cuestiones del Derecho a partir de sus propias figuras, proponiendo que tales figuras son “inteligibles” por su “racionalidad moral inmanente” (*immanent moral rationality*).

Para Ernst Weinrib (2017) este concepto será fundamental para argumentar su postura, desde la cual, colocando a la “relación jurídica” como objeto de estudio bajo el formalismo jurídico, buscará explicar la cualidad jurídica de dicha relación a través de un análisis sobre su estructura, lo que posibilitaría realizar una evaluación “racional” sobre consideraciones sustantivas de determinada figura.

Es en este espacio valorativo que la “coherencia” tiene un rol fundamental, la misma que, en el ámbito jurídico, actúa bajo diversos roles, sea por ejemplo, para la comprensión (Weinrib, 2017), la justificación (MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, 1984) y hasta la probanza (Jackson, 1988) de algo.

Para nuestro caso, resalta el rol de comprensión y justificación, en específico, del Derecho Privado, “¿qué debemos entender por Derecho Privado?”. Una aproximación conceptual no sólo nos debe referir una mera “definición”, sino que, en toda definición, al considerar los elementos que la componen, los tales deben ser coherentes para mantener la unidad inmanente que, aunque de elementos distintos, unidos en esencia, actúa como un solo “algo” para su finalidad, siendo el “algo” que nos importa el propio Derecho Privado.

Para Weinrib (2017) la coherencia “es el entrelazamiento de todas las consideraciones justificativas relativas a una relación jurídica en una única justificación integrada” (p. 65), además presenta dos aspectos, uno relativo a lo que debe ser coherente, que para nuestro campo de estudio es centrado en los elementos que componen lo que es una relación jurídica de derecho privado, sustantiva y

potencialmente adjetiva. Y otro relativo al “significado” de la coherencia, relativo a la “consistencia”, a la “no contradicción” y, sobre todo, a la formación de un conjunto o “elenco” al que Weinrib (2017) señala como “justificativo integrado” de los elementos.

Ahora bien, partiendo de tal consideración “justificativa”, encontramos una relación con la inteligibilidad, en relación a ello, Weinrib nos indica que “[la] coherencia potencial de las doctrinas, conceptos y procesos institucionales del derecho privado proporciona, así, la perspectiva interna desde la que comprenderlos” (p. 74), así, visto en relación entre las partes de una relación, tendremos una regulación coherente de lo exigible y por tanto inteligible.

Sin duda alguna el trabajo de Ernst J. Weinrib (2017) es bastante particular, no sólo en el contexto del inicio de su desarrollo, sino por las bases que llevan a formar una idea de “derecho privado”, partiendo de aquella postura que según Kelsen (1957) estaba “vacía” y sólo era un “planteamiento de problema”, para junto con el trabajo de Kant (Cfr. esp. 2008) en su época crítica, e incluso de la filosofía alemana en Hegel (Cfr. esp. 1979), cuyos aportes como “teorías de la normatividad” van a complementar o “llenar” las “estructuras justificativas” planteadas por Aristóteles (trad. 1959).

¿Por qué recurrir a dichas bases? Por estar libres del “instrumentalismo” con el que Weinrib lucha, por buscar conocimientos más “puros” acerca de lo que sería el Derecho privado.

¿Y qué es el Derecho Privado para Weinrib? Es una pregunta a la que dedica su libro “la idea del derecho privado” (2017), para que, comprendiendo al Derecho privado, puedan corregirse desviaciones que muchas veces se realizan al mismo.

En un contexto de debate con participantes como Guido Calabresi (Cfr. 1970, 1975, 2016; Calabresi & Melamed, 1996) o Richard A. Posner (Cfr. 1970, 1987, 2005), Weinrib (2017) cuestionará los “desvíos” que se estaban produciendo en relación a la comprensión (y por ende a las figuras de) del Derecho privado.

Así, Weinrib (2017) cuestiona los “objetivos” como elementos para la comprensión del Derecho afirmando que la posición de los teóricos es que “el derecho se comprende a través de sus objetivos” (p. 37), una posición que adolece de “coherencia” al enfocarse únicamente a cierto elemento de la responsabilidad civil que a la relación de los tales propiamente, así, cuestiona que si la “compensación” fuese el objetivo del Derecho de daños sólo nos estaríamos enfocando en la víctima, si fuese la “prevención” o disuasión nuestro enfoque estaría sólo en la actividad o acción que produce el daño, y por último, si fuese la “retribución” o castigo, nos estaríamos enfocando solamente en el agente dañador; objetivos que podrían lograrse a través de otras vías sin necesidad de la responsabilidad civil.

En tal sentido, ¿cómo considera Weinrib que debemos comprender al Derecho privado? Su respuesta es que debemos comprenderlo por su “inteligibilidad interna”, así, bajo el formalismo jurídico, la coherencia de sus elementos permite comprender al Derecho en sí y poder evitar “desviaciones” en el mismo

El Derecho privado entonces, visto a través de una relación jurídica, así como los elementos y partes que la componen, supone la necesidad de aplicar un criterio de justicia coherente a su forma: la justicia correctiva, entre partes que componen una relación jurídica, una relación en la que es posible ver desde un lado a la víctima y a su “sufrimiento” y por otro al agente dañador y al “daño” causado, obligando sólo al causador a reparar dicho daño, pues sólo este es quien compone dicha relación que supone *–por el daño causado–* un quiebre en el equilibrio inicial que debe ser “corregido”.

Por tanto, Weinrib (2017) concluirá señalando que:

“Visto como la manera de hacer efectiva la justicia correctiva, el derecho privado ni es un proyecto de ingeniería social ni una oportunidad para el escepticismo moral, sino una exploración sofisticada de lo que una persona puede exigir a otra en derecho.” (p. 258)

Lo que supone que el Derecho privado se centra y se construye enfocado en el propio Derecho privado y no en elementos u objetivos aislados, considerándose como una disciplina “autónoma” o, en otras palabras, como “empresa [auto]justificativa”.

#### 2.1.1.3.2. ¿Un tipo de justicia “coherente” con el Derecho privado?

Sin lugar a dudas el término “justicia” es el más conocido, más confundido y controversial, y uno podría preguntarse ¿por qué mencionar ahora a la “justicia”? ¿cuál sería su rol? ¿es relevante y necesario dialogar sobre la justicia en nuestra investigación?

Siendo –*como lo hemos mencionado*- la “justicia” un término multívoco que admite diversos conceptos y definiciones pudiendo todos estar correctos e incorrectos al mismo tiempo, lo más que podríamos definir a grandes rasgos de la justicia es que es relativa a aquella frase de Ulpiano en el Digesto del emperador Justiniano (1872) “*suum cuique tribuere*” (D. 1.1.10) que podemos traducir como “dar a cada quién lo que le corresponde”, pero el problema surge con preguntarnos ¿y qué le corresponde “a cada quién”? ¿cómo podríamos determinar lo que *debe* recibir?

Y tal cual el concepto de Ulpiano es ampliamente conocido, de igual manera, ampliamente complicado es establecer un modo de “efectivizar” su “definición”, sin embargo, no negamos que sea imposible y por tanto no debemos aproximarnos a un modo de efectivizar la “justicia”, entre tanto, quizá encontremos de qué manera “no” proceder, o, en otras palabras: qué es lo que “no corresponde dar”, esto último estaría más acorde con lo pretendido en la presente investigación.

¿Por qué hablar de justicia? Porque nos impulsa a la comprensión no de lo que *es*, sino de lo que *debe ser*, en cuanto a normas, principios, orientación conductual, etc.

Aun así, es todo un “mundo” el hablar de la justicia, tantas teorías y posiciones constituyen un “mar” en el cual navegar, sin embargo, partiremos de una base teórica apegada al “Derecho privado” y por tal sentido, no partiremos los aspectos postulados por la denominada “justicia distributiva”, aunque tampoco negaremos su posibilidad en cuanto a los objetivos de los que podría participar el Derecho de daños (Keren-Paz, 2007).

Ahora bien, ¿por dónde empezar? Quizá por Aristóteles, pero ¿por qué empezar por Aristóteles? La razón para poner tal “punto de inicio” es que fue el mismo Aristóteles (trad. 1959) quien intentó marcar tal “punto de inicio” haciendo una diferenciación entre lo que es la “distribución de la riqueza” (que sería una cuestión pública) y de la “preservación” de la misma (como una cuestión privada), preservación en el sentido que, considerando ya una distribución, esta se ha visto alterada por una conducta que la lleva a una desigualdad por propiciar una suerte de “ganancia” a favor de uno y una pérdida o daño en contra de otro, una desigualdad que requiere de una “corrección” .

Lo injusto, dice Aristóteles (trad. 1959), en este contexto, es lo que altera el equilibrio existente en las relaciones privadas, lo que altera la distribución, y que requiere que se iguale lo “desigualado”, pero “no según aquella proporción, sino según la proporción aritmética” (p. 75, 1132a)., una que nos refiere que “[cuando] el todo se divide entre dos, se dice que cada uno tiene lo suyo cuando han recibido partes iguales, y lo igual es el término medio entre lo mayor y lo menor” (p. 76, 1132b).

Frente a esto último Kelsen (1957) formularía una serie de críticas dirigidas a cuestionar la concepción de justicia de Aristóteles, resumiéndose en que el planteamiento de Aristóteles sobre la justicia bajo el *suum cuique* resulta “tautológico” y “vacío” de contenido, su “valor” estaría dado –*argumenta Kelsen*– al justificar (y ser justificado mediante) un ordenamiento jurídico sustantivo existente.

Así, en cuanto a la conmutatividad, para Kelsen (1957) también peca de ser una “metáfora tautológica”, señalando además que “[such] metaphor is no solution of the problem of just return service and just punishment. It is only another way of presenting the problem” (p. 130), en otras palabras, Aristóteles plantea el problema sin ofrecer una solución.

Al respecto Izhak Englard (2009), en relación a la crítica de Kelsen, señala:

“Against this critique it has been argued that Aristotle’s philosophical approach was fundamentally one of practical hermeneutics, based upon a common sense view of human society. It had no aspiration whatsoever to rationally define universal ethical rules in the Kantian spirit.” (p. 10)

Ello en el sentido de argumentarse que los postulados de Aristóteles en relación a la justificación de su concepción de justicia no buscan definir un “imperativo categórico”, sino que busca una aproximación, como señala Englard, bajo un enfoque de “hermenéutica práctica”, con lo que se rechazaría una relación “necesaria” entre las ideas de Aristóteles y la justificación de (y por) un ordenamiento jurídico existente.

Un enfoque que, por otro lado, Weinrib (2017) considera valioso al concebir formas de justicia que son “estructuras para la justificación coherente” (p. 101), en tal sentido, aunque pudiera argumentarse que los postulados de Aristóteles son más “planteamientos de problemas” que soluciones, dichos “problemas” –*que por cierto serían dos: la justicia distributiva y la correctiva*- apremian ser estudiados.

Así, la formulación “incompleta” de Aristóteles, encontraría sentido bajo los postulados de Hegel y Kant como postula Weinrib (2017), quien interpretaría esta situación argumentando que, las personas, al ser seres “autónomos” gozan de un espacio de “libertad” el cual tiene los límites en la autonomía de los demás, se encuentran en un estado de “igualdad” –*todos con “autonomía moral”*-; en tal sentido, si un sujeto interfiriera en la autonomía de otro, estaría “rompiendo” la referida igualdad, y en dicha perspectiva, esta “invasión” a la esfera moral de otro supondría una suerte de “ganancia” en términos de “ganancias normativas” que

pueden o no ir acompañadas de “ganancias fácticas”, lo que supone que existen también “pérdidas” en el sentido de “pérdidas normativas”, las que también pueden o no ir acompañadas de “pérdidas fácticas” (daño material); en tal sentido, tenemos una relación jurídica formada con elementos que repercuten en la posición de una y otra parte simultáneamente, si se da una “ganancia normativa” por el daño cometido a otra parte (causación del daño), esta última sufrirá una “pérdida normativa” (sufrimiento del daño).

Ahora bien, debemos hacer una aclaración en cuanto a la concurrencia necesaria o no de “pérdidas fácticas”, toda vez que sobre dichas pérdidas, en sistemas jurídicos como el romano-germánico, es común que se exija además la concurrencia de pérdidas materiales para “activar” los remedios indemnizatorios, aunque autores como Papayannis (2016) proponga interesantes argumentos contra tal perspectiva.

¿Qué es lo que sigue? Weinrib, en su obra *“Corrective Justice”* (2012) desarrollaría el sentido del “remedio” señalando: “the remedy is the continuation of the right; together they make up a single unbroken juridical sequence” (p. 84).

La continuidad de aquel derecho (vulnerado) a “no ser dañado”, correlativo al deber de “no dañar”, será entonces el remedio, el cual respondería con una estructura coherente a la inicial dada: una estructura bilateral. Por ello Weinrib tiene un mayor enfoque relacional que los autores anteriormente comentados, el remedio se encuentra justificado sólo bajo una estructura bilateral o relacional.

La propuesta esbozada por Weinrib (2012, 2017) que se deriva del deber de reparar se ubica en el principio de restitución:

“Con la producción del daño injusto, el único modo en que el demandado puede cumplir con su obligación respecto al derecho del demandante es deshacer los efectos de ese incumplimiento de deber. (...) Así, el derecho de daños sitúa al demandado bajo la obligación de retornar al demandante, en la medida de lo posible, a la condición en la que hubiera estado en caso de que el injusto no se hubiera cometido” (Weinrib, 2017, p. 166)

Haciéndose la aclaración de que, de ser el caso que la ganancia normativa del agente dañador fuese mayor a la cuantificación del daño causado, lo que se impondría, para reestablecer el estado de igualdad, no serían daños punitivos puesto que los tales son incompatibles con la justicia correctiva, toda vez bajo tal perspectiva la responsabilidad extracontractual tiene una finalidad compensatoria y de ningún modo una “punitiva” (de ello bien podría ocuparse el derecho administrativo o el derecho penal), sino que, el principio remedial conllevaría por excepción la cuantificación adicional de daños basados en ganancia (*gain-based damages*) a favor de la víctima (Weinrib, 2012).

#### 2.1.1.3.3. *Críticas a la propuesta del Formalismo Jurídico.*

Diego Papayannis (2016) argumentará críticas frente al enfoque relacional de Weinrib, entre otros, manifestando su “insatisfacción” por los argumentos vertidos por Weinrib que dejarían algunas situaciones “sin respuesta”, así, son dos grandes puntos los que cuestiona Papayannis: la estructura normativa “completa” del derecho de daños, y la tesis de continuidad que aterriza en remedios únicamente relacionales.

En primer lugar, en cuanto a la estructura normativa del derecho de daños, siendo que el derecho de daños postulado bajo la concepción relacional se “activa” (por así decir) ante injusticias (ganancias y pérdidas injustas) de orden normativo, ello supone la existencia de derecho vulnerados, ahora bien, la determinación de tales derechos tendría que ser antes concebida, ¿antes de qué? Antes de que pueda “pensarse” en el funcionamiento de la justicia correctiva; en otras palabras, la estructura normativa del derecho de daños, bajo una óptica de justicia correctiva, requiere de la concepción previa de derechos, la que no puede ser realizada por la propia justicia correctiva (pues esta requiere de la preexistencia de tales conceptos).

Frente a esta crítica, Weinrib (2012, 2017) respondería señalando que tales derechos pre-existen al ser naturales, inteligibles al concebirse como un rasgo de

“personalidad” del ser humano, a través de derechos como el de propiedad e integridad física, condiciones que resultan suficientes para la justicia correctiva.

Una explicación no convincente para Papayannis (2016), quien argumenta que el esquema de derechos y deberes “primarios” para justicia correctiva escapan de la misma, pero resultan necesarios para la propia justicia correctiva, ¿cómo concebirlos entonces? Reducir la explicación de ello a que son “derechos naturales” no explica su aplicación bajo circunstancias específicas, recordando que ningún derecho es absoluto, señala entonces Papayannis (2016) lo siguiente:

“No *cualquier* interferencia con la propiedad de otro constituye un injusto; no *cualquier* lesión física que uno cause a otra persona será una vulneración de sus derechos. Algunas interferencias son consideradas por la propia teoría de Weinrib meras disminuciones de bienestar, que no dan lugar a reclamo alguno. ¿Con qué criterio decimos que algo cuenta como una molestia o un mero perjuicio que debe tolerarse o, en cambio, como un daño antijurídico, como una vulneración de los derechos ajenos?”

Una apelación a los derechos, por más argumentación de su cualidad de “naturales”, agrega Papayannis, no es de “ayuda”, la necesidad se centra en la determinación del “contorno de esos derechos” para su valoración en el caso concreto. Para ello, argumenta Papayannis, requerimos de un criterio de “razonabilidad” atribuido bajo un sentido distributivo –no son las partes de la relación bilateral quienes determinaran el “contorno” de sus derechos.

Es por ello que para Papayannis la concepción relacional postulada desde el formalismo jurídico resulta “insuficiente”, y la “inteligibilidad” del Derecho privado, como tal, sigue la misma suerte, llegando a cierto punto a ser necesario ver al Derecho privado como una “cuestión pública”.

### **2.1.2. Las manifestaciones de la justicia en el Derecho.**

Hasta este punto, vemos *–sin ánimo de ser reduccionistas–* dos manifestaciones de la justicia, y decimos “manifestaciones” considerando que la justicia es “una sola” y la misma puede expresarse bajo un enfoque “amplio” *–no estoy seguro si es el término apropiado–* concibiendo al grueso de sujetos en conjunto e individualmente, o bajo uno “relacional” concibiendo las relaciones bilaterales formadas por sujetos.

En este sentido, al concebir las concepciones de justicia como “manifestaciones” de la misma, admitimos la posibilidad de que la misma se manifiesta sobre un mismo plano, tanto en su forma distributiva como correctiva, no siendo excluyentes una con otra. Aprovechando *–aún sin compartir su entera concepción–* el trabajo de Velasco Caballero (2014), podemos decir que:

“la distinción entre Derecho público y Derecho privado tiene *valor explicativo* sobre el Derecho actual. Aunque ese valor explicativo no resulta de ordenar el Derecho en torno a sus dos categorías primarias —público o privado—, sino de predicar de los distintos sectores o ámbitos jurídicos su mayor o menor *iuspublicidad* o *iusprivacidad*.” (p. 22, 23)

Entonces, pese a que la concepción de la justicia correctiva requiera de conceptos que aparentemente sólo pueden ser proporcionados por la justicia distributiva, ello no le quita el mérito a la propuesta remedial que se postula bajo la justicia correctiva.

Por otro lado, también puede postularse la necesidad de un mayor “protagonismo” de la justicia distributiva, como hemos visto en autores como Keating o Keren-Paz, aunque ello torna al derecho de daños en un mero instrumento.

Finalmente, en cuanto al análisis económico, *per se* no persigue objetivo de justicia, aunque sí objetivos de riqueza o eficiencia, adquiriendo un carácter meramente instrumental, no pudiendo negarse en este extremo su utilidad y posibilidad de combinación con otras propuestas.

### 2.1.3. Aplicación de las manifestaciones de la justicia en la práctica.

#### 2.1.3.1. *Justicia distributiva.*

Para ejemplificar el funcionamiento de la justicia distributiva en la práctica comentaremos en forma breve sobre el caso *Lagden v. O'Connor* (2003) llevado ante la *House of Lords* del Reino Unido.

El caso es uno de los tantos casos de accidentes de tránsito que acontecen día a día en el mundo, el señor Lagden se encontraba en su Ford Granada de 10 años de antigüedad estacionado cuando la señora O'Connor lo impactó con su Mitsubishi Shogun. Lo que sucedió luego, fue que el auto del señor Lagden tuvo que ser trasladado al taller más cercano para su reparación, y Lagden, quien además se encontraba en una situación de desempleo, se vio obligado a arrendar otro auto, realizando dicho acto mediante un crédito que obtuvo con la empresa *Helphire UK Limited*, la cual a través de su subsidiaria *Angel Assistance* iba a cubrir dichos costos en lo que durase el juicio sin exigir el pago del arriendo por adelantado –caso contrario Lagden no hubiera podido lograr alquilar el vehículo, considerando su condición económico-laboral.

La controversia a nivel de la *House of Lords* se enfocó en determinar si aquellos gastos incurridos con la empresa *Helphire UK Limited* que constaban del contrato de crédito formaban parte de la cuantificación del daño.

Bajo un criterio de la *restitutio ad integrum*, el “reestablecer” al demandante (o “víctima” en términos de relación sustantiva) en el estado en el cual se encontraba supondría cubrir gastos equivalentes al precio de mercado accesible más económico y sobre un modelo de características idénticas o similares, en otras palabras, no necesariamente al específico (1) contrato de crédito, ni (2) al costo del arriendo por el vehículo en cuestión –que, por cierto era mayor a los costos de mercado bajo las características anotadas. Este criterio, que fuese aplicado bajo una concepción de justicia correctiva en cuanto además se asiente únicamente en la relación bilateral

sustantiva, no tomaría en cuenta la condición del demandante: (a) desconocimiento de la situación del mercado, (b) incapacidad para afrontar *per se* los montos de alquiler sin un crédito, (c) condición de desempleo, entre otros aspectos de los que se asume que el demandante se encontraba en una condición desfavorable.

Sin embargo, la *House of Lords* tomó en consideración las circunstancias específicas del caso en cuestión, cambiando el criterio que venía sustentando hasta el caso *Dimond v. Lovell* (2000), el sustento se encontró en la particular situación del demandante, quien se vio compelido (por su propia condición) a aceptar la opción presentada por la empresa *Helpshire y Angel Assistance*. En otras palabras, la Cámara determinó que el costo total (costo de alquiler sumado al costo del crédito) en que incurrió Lagden era el más “accesible” a su condición y no específicamente el más “económico” en *–el mercado en–* general.

En términos igualitarios esta decisión sería “progresiva” toda vez que pone en balanza la condición desfavorecida del demandante.

Ahora bien, una evaluación de la cuantificación del daño desde la óptica distributiva, específicamente igualitaria, en cuanto (1) daños patrimoniales queda claro, debe tomarse en consideración las condiciones de las partes para “aumentar” o “limitar” (Keren-Paz, 2007) el ámbito de responsabilidad y de los propios daños (*damages*); sin embargo, en cuanto a (2) daños extra-patrimoniales ¿qué es lo que sucede? Keren-Paz (2007) postula que tales daños *deben ser* indemnizados si, luego de la probanza de la existencia y nexos causal del agravio, se reconoce una suma por daños “extra-patrimoniales” a favor del demandante, tal criterio podría ser concebido como “progresivo” en favor de la distribución de la riqueza. La pregunta que sigue es ¿cómo cuantifica la justicia distributiva los daños extra-patrimoniales? Sin duda, Keren-Paz acepta que ello supone toda una complejidad y dificultad que nos lleva a un campo bastante especulativo, aunque al mismo tiempo, en cuanto al sentido probatorio y argumentativo Keren-Paz (2007) “sugiere tentativamente” aceptar los daños sin una probanza en concreto –“tentativamente” en el sentido que

afirma la necesidad de nuevas investigaciones sobre el tema específico-, proponiendo tomar en cuenta ciertos criterios para su cuantificación considerando:

“The parameters for its size would be the degree of offensiveness of the defendant’s conduct and the estimated magnitude of the injury to third parties (which would be determined in part by the extent to which the discrimination was given publicity).” (p. 180)

La manifestación de este tipo de daños se daría bajo la figura de aquellos conocidos como “daños punitivos” (*punitive damages*), concibiendo su necesidad bajo el sentido de disuasión (*deterrence*) del que parte de la doctrina afirma sería parte de la responsabilidad extracontractual, considerando que en las teorías de justicia distributiva se concibe que la “justicia retributiva” en dicho sentido, es parte del “reverso” de la “justicia distributiva” en cuanto esta última determina la base moral sin la cual la “retribución” no tendría lugar (Rawls, 2006).

En todo, sin entrar en discusión sobre los “daños punitivos”, la “evaluación”, afirma Keren-Paz, debe ser practicada por los jueces de la causa, a lo que puede agregarse que, debe evaluarse caso por caso.

### **2.1.3.2. Justicia correctiva.**

Weinrib (2017) expresa que la responsabilidad extracontractual reflejará justicia correctiva bajo tres formas: (1) el daño debe cualificar como “la materialización [*embodiment*] de un derecho” (p. 165), sea que recaiga sobre la integridad de la persona o sus derechos de propiedad, es decir, que recaiga fundamentalmente sobre la dimensión normativa de la ganancia/pérdida, no siendo remediable bajo el derecho de daños si sólo recae sobre la dimensión fáctica de la ganancia/pérdida, en tal sentido, Weinrib señalará que “no es suficiente que el demandante haya sufrido la mera pérdida fáctica de haber quedado en una peor condición o de haber sido privado de una ventaja futura” (Ídem); (2) el demandado, por su parte, deberá haber incumplido un “deber” (*duty*) respectivo, y tal “deber”

deberá ser parte de la esfera de aquello que le incumbe, en otras palabras, bajo el esquema relacional, considerando a la “culpa” como elemento relevante al efecto; finalmente (3) el “deber” infringido debe ser correlativo al “derecho” demandado, toda vez que el demandante no puede petitionar daños bajo el sólo argumento de que “el demandado no ha cumplido con su deber”, sino que la argumentación es tanto sobre “el deber infringido (...) respecto de la materialización del derecho cuya vulneración es la base para la pretensión de la acción del demandante” (Ídem).

El caso *Cassell and Co. Ltd. v. Broome* (1972), llevado ante la *House of Lords*, se encuentra referido a cuestiones “difamatorias”, lo que torna en interesante el modo de argumentar y cuantificar los daños.

Básicamente todo gira en torno a un libro escrito por David Irving y editado por *Cassel and Co. Ltd* (ambos demandados) en el cual se habría afectado indebidamente la reputación del capitán Broome, quien se encontraba en calidad de retirado de la *Royal Navy* en el tiempo del juicio. En primera instancia, el jurado amparó la acción promovida por el demandante condenando a los demandados – *entre otros*- con el pago de £ 1,000 por la publicación de “copias de prueba” del libro, £ 14,000 por “daños compensatorios”, y £ 25,000 por “daños ejemplares” – los que también pueden ser llamados “daños punitivos”. Ante tal respuesta los demandados impugnarían los daños, aunque reconociendo la responsabilidad, incluso hasta llegar a la *House of Lords* donde se toma el caso analizando la legitimidad y cuantificación tanto de los daños compensatorios como de los ejemplares (o punitivos).

Así, para la *House of Lords*, considerando que se trataban de agravios de naturaleza extra-patrimonial aceptan también la complejidad que ello suponía resultados a los cuales no sería posible llegar a través de un “cálculo puramente objetivo” (*Rookes v. Barnard*, 1964), aunque no se pudiese negar la existencia de daños propiamente dichos, considerando la afectación cierta sobre derechos, a pesar de que no tuviesen contenido patrimonial. En tal perspectiva, la cuantificación de los daños compensatorios estaría a la discrecionalidad del órgano judicial, siendo

incluso bien visto a los ojos de la Cámara que tal imposición viniese del jurado como parte representante de la sociedad (y legitimada por la misma), sin embargo, en todos los casos, la sentencia resulta peculiarmente interesante al introducir un factor que necesariamente debe ser tomado en cuenta por los jueces: se debe tener precaución y prevenir el enriquecimiento injusto. Esto último toda vez que, a expensas de un daño, la víctima no podría pretender “enriquecerse” a costa del agente dañador, sino que los agravios sufridos sean remediados.

En tal sentido, la atribución y condena con daños ejemplares o punitivos resulta limitada y se justificaría únicamente para corregir las “ganancias” fácticas que el causador del daño podría aún percibir pese a una condena por daños compensatorios, una situación que sostiene la *House of Lords* en el caso referido al percibir que las ganancias por los libros. Finalmente, la *House of Lords* rechazará el recurso formulado por el autor y editores del libro.

Este caso es valioso para exponer las consideraciones de la justicia correctiva en cuanto a la cuantificación del daño extra-patrimonial, si bien resulta un tema “complejo” con un nivel de subjetividad alto, consignar como límite para tal efecto al “enriquecimiento injusto” refleja “el modo como la justicia correctiva trata las ganancias ilegítimas” (Weinrib, 2017, p. 166), en otras palabras, el caso citado comparte criterios con la justicia correctivas no por el hecho de limitar el ámbito de los “daños punitivos” (al contrario, la justicia correctiva los niega), sino por introducir la figura del “enriquecimiento injusto” como límite de la cuantificación del daño.

## **2.2. El daño no patrimonial en la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho peruano**

### **2.2.1. El daño no patrimonial en la doctrina.**

#### **2.2.1.1. *El ilícito civil y el daño.***

“Ilícito civil”, un concepto cuya reconstrucción histórica y relación con el daño nos pone en la necesidad de su mención, pero que al mismo tiempo nos coloca en una situación problemática: el concepto del “ilícito civil” varía de acuerdo al tiempo, lugar y sujeto que lo esboza.

¿A qué se refieren los autores con “ilícito civil”? Las respuestas varían, situando al “ilícito civil” como un hecho, otros como un acto, unos proponiendo una estructura con un número determinado de elementos, otros con más y otros con menos. Guido Alpa (2016) advierte ello y señala:

“De cualquier forma, el análisis de las fuentes históricas nos ofrece una ayuda valiosa en la comprensión de los términos, pero también nos imparte una lección que no debemos olvidar: las expresiones usadas, tales como *hecho ilícito*, *daño injusto*, *culposo* y similares, son matizados con significados que divergen según el contexto y el autor, y, por lo tanto, no constituyen una constelación de estrellas fijas.” (pp. 150, 151)

Así, tendríamos expresiones con características más, características menos, que inicialmente nos situarían en el escenario de “las obligaciones que nacen de los delitos” –y *cuasi-delitos*- (Cfr. Grocio, Trad. 1925; Domat, Trad. 1841; Pothier, Trad. 1839), en este contexto, Guido Alpa (2016) señala que lo que se reputaría como “ilícito” sería el “hecho”, sea por “culpa” o por “impericia”, pero en todos los casos con un resultado dañoso a un tercero.

Posterior a ello se introduce el concepto de “acto ilícito” (Cfr. Windscheid, 1904; De Ruggiero, 1931) sustentado en un acto activo u omisivo, en todo, un comportamiento.

Ahora bien, no es nuestro objetivo entrar a la discusión de si apremia denominarse “hecho” u “acto” ilícito, incluso consideramos que el tema en discusión apuntaría a una situación de “etiquetas” si no se argumenta un lado pragmático o remedial que haga “necesaria” dicha diferenciación.

En todo, tenemos elementos comunes que se desprenden de las diversas concepciones, a saber: En primer lugar, hablamos de un comportamiento ilícito imputable a una persona, que no encuentra una justificación, de lo contrario estaríamos ante el ejercicio legítimo de un derecho. Y en segundo, para el derecho de daños, además del elemento anterior, tenemos que este comportamiento sería relevante cuando resulta dañoso a tercero.

Entonces introducimos un segundo concepto que es elemento del primero: el daño. Guido Alpa (2016) defiende una concepción ontológica, según la cual por daño entenderíamos la “lesión de un interés protegido”, nótese que la postura de Alpa distingue entre “daño” y perjuicio o agravio (en inglés diríamos “*harm*”), una situación que guarda coherencia con los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil esbozados por el *European Group on Tort Law* (2005) el cual sustenta de igual manera que “El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”, sin embargo, existe una segunda concepción más enfocada en las consecuencias que define al daño como “la alteración negativa de una determinada situación de la víctima, económica o incluso física o psíquica” (Salvi, 2015).

En todo, debe notarse cómo las escuelas de Derecho continental centran su visión en las “consecuencias relevantes” bajo un sentido económico, por lo que no extraña que se den afirmaciones tales como que “la patrimonialidad es un requisito inherente al daño y no a la naturaleza del bien o interés lesionado” (Salvi, 2015, p. 275) incorporándose además un concepto de “patrimonio moral” para la concepción del daño moral, aunque la construcción italiana identifica además como un daño que no es ni patrimonial ni tampoco moral a aquel que recae sobre el “interés difuso o colectivo”, una postura cuyo sustento filosófico tendría un apego igualitario (Salvi, 2015).

Así, vemos como en el contexto continental se liga al “daño” con afectaciones (o “*pérdidas*” en lenguaje correctivo) a un sentido netamente fáctico – sea por afectaciones patrimoniales, o bien por el padecimiento psíquico o incluso

*biológico de la persona*. Y de esto último surge otro cuestionamiento: ¿el “daño” siempre requiere de un “perjuicio fáctico”?

En los sistemas de tradición romano-germánica la respuesta sería afirmativa, pero no del mismo modo en sistemas de tradición anglosajona, en los cuales el “perjuicio” exigido es netamente normativo, con independencia de la concurrencia de uno fáctico o no.

Para ilustrar ello, y propiciar la discusión al efecto, podemos mencionar dos casos como ejemplo: (i) el ingreso sin autorización a una propiedad, y (iii) la omisión del consentimiento en pacientes.

En cuanto al primero, es un ejemplo clásico que se da en los tribunales anglosajones cuya figura se denomina “*harmless trespass*”. Así, podemos imaginar, tengo una propiedad inmueble, con linderos y medida perimétricas establecidas, que un tercero decide ignorar, entonces decide ingresar a mi propiedad sin autorización alguna: restringiéndonos al ejemplo anotado, vemos que ello no sustenta una pérdida económica o por un lucro dejado de percibir, tampoco una afectación al honor o reputación, ni un padecimiento psíquico o un daño a la salud; en otras palabras, no podríamos sustentar la existencia de un perjuicio fáctico, y en tal sentido, no podríamos –en un sistema romano-germánico- alegar “daños”. Sin embargo, lo que sí se tiene es una afectación normativa, un perjuicio a mi derecho a la propiedad según el cual el tercero no debería haber ingresado sin autorización alguna en el perímetro de mi bien inmueble, entonces, en el sistema anglosajón, por el sólo perjuicio o “pérdida” normativa sí podría alegar “daños” y específicamente “daños nominales”.

Por otro lado, en cuanto al segundo ejemplo, debemos considerar en primer lugar que en el campo de las prestaciones de salud existe un deber de obtener el consentimiento informado para realizar una intervención al paciente, lo que implica que el paciente (1) sea puesto en conocimiento de lo que involucra determinada intervención y, (2) acepte ser sometido a la misma. Una situación cuya omisión (el deber de obtener el consentimiento informado), aunque en determinado supuesto

no cause un daño real, se concibe como un daño *per se*, como se ha postulado en un caso en España (Papayannis, 2016).

Sobre esta postura, de la relevancia de las pérdidas normativas, Diego Papayannis (2016) argumenta, incluso para su aplicación en sistemas de tradición jurídica romano-germánica al considerar a aquellas pérdidas normativas como elemento trascendental del daño por encima de aquellas fácticas, una idea que podría ser compartida por la postura que sustenta que los perjuicios sobre el “interés difuso o colectivo” –aunque con ello forcemos y descontextualicemos quizá la figura como lo fue concebida: bajo un sentido igualitario.

Finalmente, el espacio de debate en Perú se encuentra abierto y puede considerarse al efecto la Casación N° 01125-95-Arequipa (1998) que sostuvo como argumento el siguiente:

“En nuestro sistema de responsabilidad civil, la reparación del daño moral debe abarcar el proveniente del incumplimiento de cualquier obligación, siendo así el interés del reclamante puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter pecuniario de la prestación, ya que la ley protege no solamente los intereses patrimoniales sino también los de naturaleza extrapatrimonial, sea que se cause perjuicios económicos o no” (p. 1389)

Sobre lo acotado, resaltamos la última línea: “sea que cause perjuicios económicos o no”, en tal sentido, podría argumentarse en Perú que es posible hablar de la corrección de pérdidas/ganancias (injustas) normativas.

#### **2.2.1.2. Daños y remedios.**

El hablar de “daños” apareja la necesidad de dialogar en forma conjunta de los remedios (Salvi, 2015), dejando en consideración que por “remedios” se busca hacer referencia a los diversos mecanismos de “respuestas” que se pueden formular

desde la responsabilidad civil, recordando que la presente investigación se enfoca al ámbito extracontractual.

Una primera aproximación como la realizada en el apartado anterior nos da luces de la relación indesligable del “daño” con el “ilícito civil”, estando de por medio un comportamiento, sea directamente o por el dominio sobre los hechos. Lo que, en nuestro marco filosófico podríamos asemejar –o quizá “forzar”- a las “ganancias injustas” (Weinrib, 2012, 2017).

Sin embargo, debe destacarse que la terminología es problemática en sí, tal cual sucedería con el tema del “ilícito” advertido en el apartado anterior, incluso resultaría problemático el relacionar al “daño” concebido en el sentido continental con aquello desarrollado en el ámbito del *common law* (Alpa, 2016).

En todo, nos parece particularmente interesante la postura de Jean-Sébastien Borghetti (2014), quien hace una distinción entre “daños” y “perjuicios” –tomaremos esta “nomenclatura” a efectos de comprender los siguientes dos apartados-, definiendo lo primero como “una lesión a una persona, a una cosa o a una situación” –lo que Fernández Cruz (2015) llamaría como “daño evento”- y lo segundo como “las consecuencias de esta lesión para el demandante” –lo que Fernández Cruz (2015) llamaría como “daño consecuencia- sean patrimoniales o extrapatrimoniales.

En tal sentido, la existencia de un “daño” que podríamos decir implica en general una “pérdida normativa” que impacta en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la persona, “lesión” de la que puede derivar en “perjuicios” de carácter patrimonial –en el contexto del *common law* afines a los “*special damages*”-, como el lucro cesante o el daño emergente, o de naturaleza extrapatrimonial –en el contexto del *common law* afines a los “*general damages*”- como el dolor o el sufrimiento físico y/o emocional.

Empero, si bien daños y perjuicios impactan en la persona, afectando el equilibrio normativo que dicta que cada uno actúa de acuerdo a los límites que le imponen sus derechos y los de las demás personas, debe resaltarse que no todo

perjuicio es indemnizable. Borghetti (2014), consciente de ello, aun argumentando en favor de los “intereses tutelables” en lugar de “condiciones tutelables”, pronunciaría que:

“Sin embargo, la finalidad del Derecho de la responsabilidad civil no es la de apaciguar todo sufrimiento ni la de remediar toda tragedia. Creer que el Derecho de la responsabilidad, o que el Derecho *tout court*, puede resolver todos los problemas del mundo constituye una concepción casi mágica de esta institución.” (p. 305)

La pregunta que sigue es ¿cómo determinar qué “perjuicio” debe ser tutelado por el Derecho o cuál no? En ordenamientos como el de Alemania los límites parecen estar dados mediante reserva de ley. Sin embargo, en ordenamientos cuya legislación –*digamos* -concede mayor “discrecionalidad”, la delimitación de la responsabilidad extracontractual puede constituir un problema.

Aunque Borghetti (2014) esboce una “tipología” y argumente por una “protección diferenciada”, esta problemática torna en necesario establecer límites normativos que delimiten la responsabilidad extracontractual, considerando que estando frente a este espacio de discrecionalidad, cada juez puede o no tener un criterio bastante diferenciado que lo impulse a amparar “tal” o “cual” perjuicio, basta ver como ejemplo –*pues no es nuestro objetivo debatir sobre ello*- la controversia que ocasiona el denominado “daño a proyecto de vida” (Fernández Sessarego, 1985, 1992, 1996; Id. & Cárdenas Quirós, 1986), del cual si bien no puede negarse que toda persona tiene derecho a su “libre desarrollo”, y en tal sentido, como derecho fundamental es innegablemente tutelado y tutelable, tenemos toda una situación entorno a considerar hasta qué punto los “perjuicios” producto de una lesión al denominado “proyecto de vida” pueden ser o no indemnizables e incluso si es posible hablar de dichos “perjuicios” a una situación sin certeza plena, y de qué manera, considerando que el derecho no puede fundarse en aquello indeterminado (León Hilario, 2017) ni tampoco propiciar un trato desigual –incluso para el *egalitarianism* (Keren-Paz, 2007), pues fomentaría que

los “ricos” se hagan más “ricos”- sin mayor fundamento objetivo –la regla del trato desigual a los desiguales tiene un sentido “constructivo” y se orienta en equilibrar las condiciones y acceso a las oportunidades, sustentándose en cuestiones objetivas de los sujetos (v.gr. la discapacidad), no en aspectos subjetivos, pues ello derivaría en arbitrariedades.

Por tanto, en cuanto a los remedios, encontramos *–pero no concordamos–* los siguientes: remedios compensatorios, daños nominales y daños punitivos; dejando en consideración que lo referido a la valorización económica de los tales se verá en el apartado 2.3.

En tal sentido, los remedios compensatorios buscarán únicamente resolver aquellas “desigualdades” (Weinrib, 2012, 2017) producidas por el injusto cometido por el agente dañador a la víctima, sea si del impacto del injusto se derivan perjuicios patrimoniales (lucro cesante, daño emergente; cuya compensación buscará la “restitución”) o extrapatrimoniales (daño a la integridad de la persona) al infligir derechos de la esfera de la persona (víctima), o además de ello, sea para mitigar el beneficio injustamente “logrado” por el agente dañador (*gain-based damages*).

Por otro lado, los daños nominales, con las precisiones respectivas en relación a la tradición continental ya expresadas anteriormente, se encargarían de establecer la existencia de un injusto con una consecuencia o perjuicio de orden normativo más que fáctico, estableciéndose el hecho dañoso, aunque la valorización de ello sea “simbólica” y en muchos casos económicamente ínfima (casualmente \$1 dólar de indemnización en el derecho anglosajón), sin embargo, el establecimiento de la responsabilidad a través de esta vía posibilitaría correcciones no-económicas para perjuicios de igual naturaleza (sin consecuencia económica directa) suponiendo remedios como rectificación, disculpas públicas, entre otros (De Trazegnies Granda, 2001).

Y finalmente los daños punitivos, o también llamados “daños ejemplares”, que no son sino daños “extra-compensatorios” que destacarían a la “prevención”,

la “disuasión” y la “punición” o castigo, como funciones de la responsabilidad civil (Alpa, 2016; Calabresi, 1970; León Hilario, 2017), aunque ello pueda tomarse como una suerte de “venganza” legítima (Hershovitz, 2014). Frente a esta última, si bien Hershovitz argumenta bajo un particular concepto de justicia correctiva que detrás de la idea de “venganza” existe un mensaje legítimo, este argumento parece forzado, el expresar “preocupaciones” por la realidad social y etiquetar ciertos elementos como “funciones” a la responsabilidad civil tampoco brindan una fundamentación filosófica por sí mismas, lo cierto es que instrumentalizan a la responsabilidad civil para la finalidad de dichas funciones, desnaturalizando su inteligibilidad como institución de Derecho privado; y si bien, el Derecho, siendo moldeable, puede “ajustarse” a las ideas e intereses diversos a argumentarse, en el caso de los daños punitivos queda la pregunta: ¿por qué es específicamente la víctima del daño quien debe recibir un monto determinado por concepto de “daños punitivos”? o en otras palabras ¿por qué el agente dañador debe pagar su “sanción” como concepto de “daños punitivos” específicamente a la víctima? No hay duda de que la víctima sea titular de daños compensatorios, ¿pero de los daños punitivos? Si el argumento es “que la tranquilidad pública sea preservada” (Hershovitz, 2014) imaginando por ejemplo un caso por accidente de tránsito, entonces, ¿es la víctima del daño específico (choque vehicular) la cual debe recibir la indemnización (daños punitivos) para prevenir ese tipo de conductas injustas? Si el objetivo es la “tranquilidad pública” quien resulta “afectada” sería la sociedad como tal, no específicamente la víctima de, digamos, el “choque vehicular”, por tanto, la “sociedad” como tal sería la legitimada a ser indemnizada, pero esta situación desvincularía a la responsabilidad civil del Derecho privado, y sería reemplazable fácilmente por otra figura más adecuada: sanciones o multas administrativas. Ahora, si bajo el mismo argumento, nos enfocamos ya no en “quién debe recibir la indemnización” sino en por qué el agente dañador debe “pagar ello” las soluciones serían más diversas, todavía pudiendo darse el espacio ya no a la responsabilidad civil, sino incluso al Derecho penal. En suma, el riesgo supone desde la desnaturalización de la responsabilidad civil como institución del Derecho privado hasta el enriquecimiento injusto de la víctima.

### **2.2.2. Antecedentes y codificación en la legislación peruana.**

Ahora bien, como hemos visto, existe una tendencia a clasificar el daño, lo que tiene una utilidad en cuanto a su vinculación al remedio (Salvi, 2015) que le sea idóneo. Así, buscando aterrizar las concepciones doctrinales anotadas para buscar un sentido de practicidad que compatibilice en el contexto peruano, resulta necesario citar el trabajo del profesor Gastón Fernández Cruz (2015) que se titula “la dimensión omnicomprendiva del daño n patrimonial y la reclasificación de los daños”.

Y para entender el trabajo citado, antes debemos hacer una mención breve a la particular “clasificación” adoptada en el Código Civil peruano; es de notar, que en un primer momento en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora (De Trazegnies Granda, Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil, 1980) se consideró como daños resarcibles al daño patrimonial y al daño moral como un supuesto excepcional (art. 18 del Anteproyecto), “excepcionalidad” que se perdería situando al daño moral como un daño comúnmente indemnizable en el proyecto de la comisión revisora y la propuesta llevada ante la misma por José León Barandiarán en marzo de 1984.

Sin embargo, el Código Civil peruano de 1984, vigente en la actualidad, no quedaría con los elementos discutidos y propuestos a nivel de las comisiones de reforma y revisión, sino que al momento de darse su promulgación se le agregaría antojadizamente un “tipo” de daño más: el daño a la persona. Una situación, digamos, irregular e informal que también se anotó en la “Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil” (Revoredo Marsano, 2015) por José León Barandiarán, quien señaló que:

“No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de ‘el daño a la persona’, por lo que se explica la sorpresa de Trazegnies cuando trata de este asunto.” (p. 892)

La explicación a esta incorrecta situación recae sobre Carlos Fernández Sessarego, quien es el mismo que comenta ello a modo de “anécdota”, expresándose de la siguiente manera:

“Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo.” (Fernández Sessarego, 1996, pp. 63, 64)

Así, aun a sabiendas de que a nivel de las Comisiones de Reforma y Revisión el acuerdo suponía “la no inclusión del daño a la persona”, se dio unos “retoques” informales sin la discusión que ameritaba el caso. Producto de ello es que a la actualidad tenemos por contenido en el artículo 1985° de nuestro Código Civil el siguiente tenor:

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad

adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

Normándose así una aparente clasificación de daños resarcibles: (i) el daño patrimonial, (ii) el daño moral, y (iii) el daño a la persona. Respecto de esta “clasificación” sería el profesor Leysser León Hilario (2017) quien, bajo una postura crítica, analizaría la pertinencia del “daño a la persona” en nuestro ordenamiento jurídico, develando las falencias de Fernández Sessarego en el intento de “promocionar” al “daño a la persona” (Cfr. León Hilario, 2017, pp. 367-375) y concluyendo en que lo que se encierra detrás de esta “importación normativa” es una extrapolación de figuras sin tomar en cuenta el contexto y la interpretación, tanto del sistema de origen como el de destino en la figura, lo que llevaría a León Hilario (2017) a decir, con duras palabras, que:

“La expresión ‘daño a la persona’, sacada de su entorno italiano de formación y desarrollo y accidentalmente incluida en el lenguaje jurídico y en el Código Civil peruano, es repetitiva e inútil.” (p. 383)

Así, Gastón Fernández Cruz (2015) también conviene en calificar esta situación como “cuestionable”, señalando que la “importación” de “contrabando” cometida en la inclusión del “daño a la persona” en nuestro Código Civil nunca tuvo “ni tiene” un fundamento suficiente, el cual fue sacado del contexto en el cual fue concebido en Italia, y llevado al Perú sin necesidad alguna y en donde el significado de “daño a la persona” no puede ser el mismo que en Italia, toda vez que los factores que llevaron a concebir un “concepto omnicompreensivo” (y no normativo) del daño a la persona en Italia, esto es: el amparo restringido bajo reserva de ley del daño moral, no son “ubicables” en un ordenamiento con el nuestro, en el cual no existe una “reserva de ley” para formular un concepto como el anotado.

Sin embargo, aunque –*como se señaló*– para Fernández Cruz (2015) el modo de incorporación del “daño a la persona” en nuestro Código Civil resulta cuestionable, su incorporación propiamente dicha, es decir, el que sea parte de

nuestro Código Civil, “no debe ser considerada como negativa dentro del contexto personalista del Código Civil peruano” (p. 491). Partiendo de ello, Fernández Cruz argumentará sobre la “necesidad de ‘interpretar’ la noción de ‘daño no patrimonial’ en el Perú” (pp. 501 y ss.) buscando uniformizar y concordar conceptos.

La “reinterpretación” a realizar nos permitirá entonces, diferenciar en términos generales tanto al “daño patrimonial” como al “daño no patrimonial” o extrapatrimonial, considerando en este último al “daño a la persona” como aquel enfocado a aquellos agravios a la integridad sicosomática como a los derechos de la personalidad que tiene la persona, y al “daño moral” como un subtipo del daño a la persona enfocado en su dimensión subjetiva en la que se destaca el sentir sentimental de la persona.

### **2.2.3. Las “consecuencias” derivadas del daño no patrimonial en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano.**

Por “consecuencias”, ahora bien, entendemos aquellas de orden económico que se generan por los daños causados, en este caso, refiriéndonos específicamente en el contexto de los daños no-patrimoniales, “consecuencias” que para Gastón Fernández Cruz (2015) puede derivarse de una causalidad económica material (como el daño emergente o el lucro cesante) o por atribución legal, y recaen sobre daños no-económicos que nuestro ordenamiento jurídico consideraría en el caso del daño a la persona y el daño moral –se argumente que este último comprendido dentro de primero.

Ahora bien, una de las problemáticas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico (e incluso en la doctrina en general) y de larga *data* gira alrededor de la cuantificación del daño, y si bien, parece poderse manejar en forma “estable” en relación a los daños patrimoniales, existe mayor complejidad en cuanto al daño extra-patrimonial.

Frente a ello, el particular trabajo de Fernández Cruz (2015) clarifica el panorama de esta situación y nos permite consolidar una idea: no siempre se puede “valuar” el daño en forma “objetiva” –salvo que se establezca una solución de “tablas” aunque de igual manera el fundamento de dichas tablas no escaparía de todo de una esfera subjetiva para su establecimiento. Entonces podemos hablar de daños que se puede “valuar” y otros que queda “estimar”, así, en palabras de Fernández Cruz (2015):

- “(i) Daños valuables, si es posible la cuantificación de los daños; y
- (ii) Daños estimables, si sólo es posible estimar los daños con valoración equitativa como efecto liquidatorio, por ejemplo, de la función afflictivo-consolatoria del daño; o inclusive, cuando no se hubiera podido aportar la prueba del “quantum” patrimonial (art. 1322 C.C peruano).” (p. 513)

Esto nos lleva a la necesidad de diálogo sobre un punto teórico más, antes de analizar las tendencias jurisprudenciales, constituido por un elemento trascendental destacado en la cita: valoración equitativa, tal como consagra el artículo 1332 del Código Civil peruano vigente, cuyo tenor señala expresamente lo siguiente:

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

Un elemento que busca permitir dar solución a aquello de difícil realización como es la cuantificación del daño cuando no existen elementos objetivos que permitan su valoración equiparada a determinado estándar, pero que al mismo tiempo otorgan al juez una facultad de amplia discrecionalidad para estimar las consecuencias económicas de tal daño.

Una “facultad” sobre la cual el anterior Código Civil de Argentina –*el actual también habla de la equidad, pero para “atenuar” la responsabilidad en específico*- expresaba que al respecto el juez tendría que tener en cuenta “la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”

(art. 907), considerando a la “equidad”, en suma, como “aquella que repara en las particularidades del caso” (Mosset Iturraspe, 1980, p. 104).

¿Pero qué es la “equidad” y cómo funciona? Sin duda supone contemplar “las circunstancias que rodean el caso, así como la situación económica de las partes” (Casación N° 1676-2004-Lima), y aunque ello suponga dos aspectos que luego comentaremos ¿la equidad exige alguna orientación o es una palabra “adornada” para expresar que el resultado se deja al mero arbitrio del juez?

Para Jorge Beltrán Pacheco (2010) la “equidad” tiene un “contenido conceptual diverso” y hace, además, referencia “a lo que el juez según su sana crítica y la valoración de las circunstancias dispone” (p. 739), y agrega que, si bien el juez debe agotar el examen de todos aquellos medios que le permitan valorar el daño, finalmente podría producirse un “círculo vicioso” al impugnar una decisión sustentada en un criterio de equidad, toda vez que en segunda instancia también se emplearía otro “criterio equitativo” para controlar el anterior.

Sin embargo, aunque uno pueda estar de acuerdo en que la equidad como tal pueda ser concebida de diferente manera, no sería aceptable conformarse *—por lo menos desde un punto de vista normativista—* por un concepto como tal: “es un concepto multívoco y ya”, pues ello dejaría todo a una situación de “libre arbitrio” del juez.

En todo, parece que detrás del velo tenemos un enfoque contextual, empero, la orientación que debe tomar y los elementos por los cuales se realice una estimación a efectos de buscar “una cifra” podrían variar de acuerdo a la concepción filosófica que se adopte; (a) un enfoque desde la justicia correctiva —no refiriéndonos al enfoque “mixto” de Coleman (1992)— nos diría que centremos en buena cuenta la atención en el comportamiento del agente dañador, en cambio (b) un enfoque derivado de la justicia distributiva (Keren-Paz, 2007) nos impulsaría a colocar mayor énfasis “a la situación económica de las partes”.

En el caso *Alcorn v. Mitchell* (1872) llevado ante la Corte Suprema de Illinois, el señor Alcorn había demandado a Mitchell por allanar su propiedad, un

juicio sobre el que no se pronosticaba un resultado favorable, lo que impulso a que Alcorn escupiera en la cara de Mitchell terminando la audiencia, situación que fue aprovechada por Mitchell pidiendo que se le indemnizara por agresión y obteniendo \$1000 dólares por ello (lo que en su tiempo significaba una cantidad bastante alta de dinero). Si bien no podríamos justificar la cantidad ordenada, ni tampoco citamos el caso para dialogar o argumentar sobre los daños punitivos (que fueron el concepto de los \$1000 dólares), mencionamos el caso al destacar que la Corte no consideró si Alcorn era o no un “hombre de bien” o si fuera una persona acaudalada o no, ni tampoco para el caso de Mitchell, sino que se enfocó en el comportamiento de Alcorn, quien habría actuado *–para la Corte–* el cual incluso procedió en:

“the temple of justice without incurring there exposure to such disgraceful indignities, in the very presence of its ministers” (Alcorn v. Mitchell, 1872, para. 12)

Y agregaría que tal comportamiento tendría características execrables con una intencionalidad en tal sentido:

“(...) malice, willfulness, wantonness, outrage and indignity attending the wrong complained of. The act in question was wholly made up of such qualities. It was one of pure malignity, done for the mere purpose of insult and indignity.” (Alcorn v. Mitchell, 1872, para. 13)

Ahora, podría generarse la siguiente pregunta: ¿si el comportamiento es tal entonces se legitimarían los daños punitivos? Una respuesta propia estaría en sentido negativo, fuera de lo ya argumentado en forma breve anteriormente sobre los daños punitivos, el que se “valore” el comportamiento del agente dañador no quiere decir que estemos argumentando por “castigarlo” utilizando al derecho de daños para ello (como herramienta), sino en destacar la gravedad del daño como tal desde su esfera subjetiva y en perspectiva de la relación bilateral; el mismo inconveniente sucede si colocamos en escena la denominada función “consolatorio-satisfactiva” (Franzoni, 1999) que se centra, ahora, en la víctima, pero que también acompaña cierta incertidumbre (Costanza, 2003). Argumentamos ello en el sentido

de corregir la “invasión” que realiza el agente dañador a la esfera de autonomía ajena, pues hemos argumentado en el marco filosófico sobre justicia que lo que le importa al Derecho son las ganancias/pérdidas normativas (Casación N° 01125-95-Arequipa, 1998) –que, claro está, pueden impactar en una dimensión fáctica, lo que permite una mejor comprensión para su valoración.

Podemos colocar un ejemplo para ilustrar las posibilidades de acción: un conductor impacta contra una madre y un niño, provocando la muerte del niño.

Muy aparte de los daños físicos que pueden tener un impacto económico, existe un impacto a aquello inmaterial en detrimento de la madre ¿cómo se le indemnizaría? Si partiéramos de una postura de justicia distributiva y específicamente una postura del *egalitarianism*, tendríamos que considerar primordialmente “la situación económica de las partes” y ver quién está en desventaja, así, si el agente dañador tuviera una mejor posición económica entonces el monto de indemnización debería ser “mayor”, y, por el contrario, si el agente dañador estuviera en una posición económica desventajosa en relación a la víctima, la indemnización debería ser “atenuada”.

Por el contrario, un enfoque correctivo resaltaría el comportamiento más que la condición (económica) de la persona como tal, debiendo considerarse elementos diversos tales como: (a) la “malicia” en el comportamiento (Franzoni, *Il danno risarcibile*, 2010), no sería lo mismo que el agente dañador, luego de atropellar y causar la muerte del niño, detuviera su vehículo y buscara prestar auxilio a las personas agraviadas con todos sus medios (lo que sería un atenuante), a que el agente dañador sólo siga su camino, y ni qué decir si es que el causar la muerte de la menor fuese un resultado “buscado” por el agente (lo que agravaría aún más el asunto); (b) el grado de instrucción del agente dañador en relación a la comprensión de su comportamiento causante del daño; (c) la contemplación de comportamiento como tal por la sociedad (Taboada Córdova, 2001; Casación N° 01594-2014-Lambayeque, 2014); entre otros que permitan ver la dimensión de la ganancia injusta del agente dañador.

Inclinarse por destacar el comportamiento de las partes para la cuantificación del daño –lo que no significa, por cierto, excluir totalmente la contemplación de las condiciones económicas de las partes- permitiría una valoración sobre la relación bilateral como tal. Personalmente no sería razonable en virtud de un mero criterio distributivo aceptar que aquella persona con baja condición económica, pero que actuando con malicia atropella al niño del ejemplo, deba indemnizar con un monto menor que una persona con mejor condición económica, pero que trató de auxiliar a las víctimas conforme a sus medios.

Así, por ejemplo, en ordenamientos como en el *common-law* inglés, se estima ciertos elementos a considerar para el *quantum indemnizatorio* sobre los daños por difamación (Kiam v. MGN Ltd., 2002):

- (1) Características objetivas de la difamación misma: gravedad de la difamación, prominencia, circulación del medio y/o repetición de la difamación.
- (2) Efecto subjetivo en las emociones del demandante.
- (3) Mitigación del daño, como por ejemplo disculpas públicas o rectificación publicada.
- (4) Relativización del daño, como por ejemplo cuando media evidencia de la mala reputación del demandante.
- (5) Daños que suponen pérdidas económicas (*special damages*).
- (6) Vindicación de la reputación pasada y presente del demandante.

Por otro lado, el límite precautorio estará constituido, entonces, por el enriquecimiento injusto que podría tener la “víctima” del daño, ya que el derecho de daños tampoco debería entenderse como un instrumento para enriquecer a unos a costa de otros. La estimación podría girar, en tal sentido, alrededor de la valoración de servicios de terapia, o al promedio de los montos previstos por las aseguradoras para la población en general –esto es, sin entrar a examinar

condiciones específicas, por ejemplo, no se tomaría en cuenta los seguros especiales que puede contratar un “doble de riesgo” o un excéntrico millonario o deportista, sino aquellos que se encuentran en el mercado y para un público general- añadiendo además, los gastos que se hubieran irrogado para evitar dicho daño, pues de lo contrario, no se habría corregido la ganancia injusta. Tales bases de estimación con un mayor apego a lo “objetivo” (datos comprobables) que derivarían en un monto que podría ser atenuado o aumentado de acuerdo al comportamiento específico del agente dañador para con quienes sufran el daño.

En todo, no sería “descabellado” proponer un sistema de tablas tal como sucede en Europa, a fin de evitar situaciones desiguales y desproporcionadas, bajo la concepción social sobre determinados daños, recordando que no todo daño es resarcible en primer lugar, sino aquellos que resulten jurídicamente relevantes, y para evitar una “indeterminación” de lo resarcible, pudiendo ser conveniente dejar que el daño moral en sentido estricto sea regulado por la norma positiva –aunque no debe perderse de vista, de igual manera, evitar un enriquecimiento injusto por parte de quienes pudieran resultar afectados por el daño.

### **2.3. La noción de justicia subyacente en los criterios de valoración del daño no patrimonial en los casos de responsabilidad civil extracontractual. Un análisis jurisprudencial**

El hecho de que el juez sea un ser humano frente a una labor de dar solución a una controversia o esclarecer una situación con relevancia jurídica, supone que comparecen en él tres elementos indelimitables (Valdivia Cano, 2017) para resolver dicho “problema”: su cosmovisión personal, su concepción jurídica, y el problema como tal. Esto, sin embargo, no significa que en su “trabajo final” (es decir, la sentencia) se plasmen estos tres elementos en forma expresa y/o “detallada”, pero concurren al verter su razonamiento como argumentos quizá en forma consciente o no.

De ello es que tenemos la existencia de una “noción de justicia” que subyace a su razonamiento, o en otras palabras, que está “oculta” en las consideraciones jurídicas plasmadas, las que determinarán si el daño es o no resarcible, si existe o no causalidad y así también sobre las consecuencias económicas resultantes del daño, la cuantificación del mismo, reflejando así si se emplea un criterio resarcitorio o bien uno afflictivo-consolatorio o uno punitivo para tal efecto, buscando “corregir” el desequilibrio producido por el daño o “distribuir” los recursos a su criterio *—que no necesariamente será uno igualitarista.*

### **2.3.1. Los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana.**

Una visión general al actuar jurisprudencial nos revela una falta de uniformidad y una multiplicidad de criterios. A continuación, mencionaremos ciertas sentencias en las que media pretensión de responsabilidad civil, tanto a nivel de Corte Suprema como de Corte Superior, enfocándonos sobre todo en el razonamiento expresado por las mismas en relación al daño extra-patrimonial.

**2.3.1.1. *Yuli Guillen Valer c. Expreso Antezana Hermanos Sociedad Anónima*** (Casación N° 1363-2014-Huancavelica, 2015).

#### **2.3.1.1.1. *Pretensión y hechos de la demanda.***

En el caso en cuestión, Yuli Guillen Valer demanda a la empresa de transportes Expreso Antezana Hermanos Sociedad Anónima, a Luis Alberto Chacmana López y a la Compañía de Seguros “Rimac”, pretendiendo se le indemnice por responsabilidad extracontractual de la siguiente manera:

- Daño emergente: US\$ 150,000.00
- Lucro cesante: US\$ 200,000.00
- Daño moral: US\$ 200,00.00

- Daño a la persona: deuda contraída con el Hospital Guillermo Almenara, así como pago por la invalidez permanente.

Alega que, abordando el ómnibus de la empresa demandada, el cual tenía exceso de pasajeros e iba a una velocidad excesiva, el mismo se despistó y cayó a un precipicio, provocándole lesiones corporales graves, dejándola en estado de invalidez permanente, así como también lesiones psicológicas.

#### *2.3.1.1.2. Razonamiento en primera instancia.*

En primera instancia se resuelve declarar fundada en parte la demanda, estimando las pretensiones de la siguiente manera:

- Daño emergente: S/. 80,102.24
- Lucro cesante: extremo infundado
- Daño moral: S/. 20,000.00
- Daño a la persona: sin pronunciamiento específico.

Así, al no haber prueba suficiente sobre el lucro, en primera instancia se declara infundado dicho extremo, dejando a consideración en cuanto al daño a la persona, que el mismo es abordado bajo el rubro de “daño emergente”.

Por otro lado, el daño moral se basa en estimaciones únicamente pronunciadas sobre el daño causado a la víctima y la repercusión de tal sobre la misma, sin entrar a un examen sobre el contexto o la relación bilateral propiamente dicha, no pronunciándose sobre la condición económica de las partes ni tampoco sobre el comportamiento de las mismas –no se considera expresamente sobre la reacción del agente dañador en el escenario inmediato, ni la conducta de exposición al riesgo de un hecho no cuestionado: el ómnibus ya tenía exceso de pasajeros.

#### *2.3.1.1.3. Razonamiento en segunda instancia.*

La Sala Civil de la Corte Superior de Huancavelica revoca la decisión de primera instancia y la reforma declarando fundada en parte la demanda y amparados de la siguiente manera los conceptos pretendidos:

- Daño emergente: S/. 120,000.00
- Lucro cesante: S/. 80,000.00
- Daño moral: S/. 100,000.00
- Daño a la persona: sin pronunciamiento específico.

Nuevamente el daño a la persona es abordado bajo el rubro de daño emergente, cuya cantidad aumenta por un tema de valoración de pruebas omitidas por primera instancia. En cuanto al lucro cesante, si bien la Sala argumenta que en primera instancia no se valoraron las pruebas que en suma permiten ver que la demandante no podría seguir laborando, la misma señala que “es menester bajo el principio de equidad, fijar un monto prudencial por el lucro cesante” (considerando 12), apoyándose en dicho principio y prescindiendo de una estimación que pudo haber realizado sobre una base objetiva derivada de los medios de prueba actuados. En cuanto al daño moral la Sala señala en su considerando 10:

“bajo el criterio de conciencia, equidad y valorado la frustración al proyecto de vida, es que consideramos que el hecho de haber quedado la demandante parapléjica, sin capacidad de movilidad y sin control de los esfínteres, per se, constituyen aflicciones de orden psicológico y físico hacia la propia demandante, que se irradia al seno de la familia, quien es madre y tiene una menor hija, que por su condición no puede asumir dichos roles, y que muy por el contrario requiere ayuda de terceros; siendo que el daño moral es indemnizable considerando su magnitud y el menoscabo producido, más aun cuando no existe una tabla indemnizatoria, sino bajo el criterio equitativo, el monto debe ser incrementado razonablemente a ciento veinte mil nuevos soles S/. 120,000.00 mil nuevos soles”

Conceptos que si bien son ya considerados en primera instancia son “reconsiderados” por la Sala en virtud de un criterio de “conciencia, equidad y

valorado la frustración al proyecto de vida”, enfocándose nuevamente en únicamente la magnitud y efectos del daño.

#### 2.3.1.1.4. *Razonamiento en sede casatoria.*

En sede casatoria nuevamente se revoca la sentencia, aunque únicamente en el extremo del daño moral, fijándose el mismo en S/. 250,000.00

Para la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema se habría incurrido en una “apreciación incorrecta de lo probado” transgrediéndose el artículo 197 del Código Procesal Civil, así como en un “sesgado análisis que de valor normativo contenido en el artículo 1984, concordado con el artículo 1985, del Código Civil”, lo que “ameritaría” se revoque la sentencia.

En el razonamiento vertido sobre este extremo, no se consideran elementos distintos a los ya considerados por las instancias inferiores, sino que nuevamente se “reconsideran” los mismos, apreciándose a los tales con un “valor (económico) diferente”. Así, el “análisis y apreciación” de orden jurídico sobre la “apreciación incorrecta de lo probado” y el “sesgado análisis” de lo regulado en el Código Civil sobre el daño moral brillan por su ausencia, la Sala Suprema indica la existencia de un “vicio”, de un “error”, pero no argumenta en forma expresa sobre el mismo, ni tampoco indica cuál debe ser la forma correcta de “apreciación” y de “análisis”, limitándose a realizar tales afirmaciones y elevar el monto por daño moral sin mayor motivación.

#### 2.3.1.1.5. *Criterio subyacente.*

Considerando lo expresado por las diferentes instancias, resulta complicado determinar cuál es el criterio subyacente en la determinación y el aumento “escalonado” –*pues en cada sede aumentó el monto*- sobre la indemnización por daño moral, en todo, lo que es posible afirmar es la ausencia de un criterio

correctivo en dicho “aumento” concebido tanto en segunda instancia como en sede casatoria, y aunque resulta tentador señalar que simplemente “no hubo criterio”, subyace uno de orden distributivo –*aunque con escasa o nula argumentación*- que destaca aquella controvertida función “aflictivo-consolatoria” del daño: no basta valuar y estimar un monto ya bastante extenso por daño emergente y lucro cesante, sino que se consideran los mismos elementos del daño físico y a la salud de la demandante para estimar la “necesidad” de “aumentar” el “monto-consuelo”.

**2.3.1.2. Eugenio Zavaleta De La Cruz c. Universidad Nacional Agraria de la Selva** (Casación N° 0785-2015-Huánuco, 2015).

*2.3.1.2.1. Pretensión y hechos de la demanda.*

En el caso en cuestión, Eugenio Zavaleta De La Cruz demanda a la Universidad Nacional Agraria de la Selva, pretendiendo se le indemnice por responsabilidad extracontractual de la siguiente manera:

- Daño emergente: S/. 150,000.00
- Lucro cesante: S/. 10,343.72
- Daño moral: S/. 190,343.00

Alega que, se le suspendió en su cargo de trabajo por seis meses sin goce de haber por un procedimiento disciplinario irregular, acto que fue impugnado favorablemente en vía judicial lo que significó un daño por lucro cesante por el tiempo de suspensión sin goce, y lo que además habría causado perjuicio a su familia, así como afectación a su legajo personal, además de ser perjudicado moralmente, así como a su reputación y prestigio profesional.

*2.3.1.2.2. Razonamiento en primera instancia.*

En primera instancia se resuelve declarar fundada en parte la demanda, estimando las pretensiones de la siguiente manera:

- Daño emergente: S/. 10,000.00
- Lucro cesante: S/. 10,343.72
- Daño moral: S/. 5,000.00

Si bien se acredita la existencia del daño, así como la relación de causalidad, existe divergencia entre los montos peticionados y la valorización y estimación de los conceptos indemnizatorios por parte del Juzgado Civil.

En cuanto al daño emergente la divergencia tiene razón sobre la base de una “acreditación parcial” de lo argumentado, por tanto, el criterio para llegar a dicha suma se practica mediante una estimación considerando que el demandante pidió un préstamo de una entidad financiera, cuyo pago se vio afectado por interrumpirse el goce de sus haberes. En cuanto al lucro cesante, el monto fijado es idéntico al monto de remuneración dejado de percibir, en este extremo se resalta que no se restó aquello que no es parte del lucro propiamente.

En cuanto al daño moral, se tiene que existe afectación extrapatrimonial tanto sobre el demandante como sobre su familia, sin expresarse sobre un eventual daño a la persona; al respecto, considerando la dimensión del daño, el juzgado ampara una suma bastante ínfima en relación a lo peticionado.

#### *2.3.1.2.3. Razonamiento en segunda instancia.*

La Sala Civil de la Corte Superior de Huánuco revoca la decisión de primera instancia y la reforma declarando fundada en parte la demanda y amparados de la siguiente manera los conceptos pretendidos:

- Daño emergente: extremo infundado
- Lucro cesante: S/. 6,723.42
- Daño moral: extremo infundado

En relación al “lucro cesante”, el monto es reducido considerando que lo tutelable es el “lucro” propiamente dicho en base a una estimación: el lucro sería un 65% del monto percibido. Esto podría percibirse como un criterio más apegado a una postura correctiva, pues se corrige únicamente la “pérdida injusta”.

En relación al daño emergente, el mismo no habría sido acreditado como tal, lo mismo que sucede con el daño moral, sobre el cual la Sala Superior considera otros elementos en forma contextual, señalando al efecto que:

“la emisión de la resolución administrativa con la que se impone la suspensión sin goce de haberes al demandante tenía sustento en el proceso administrativo disciplinario, sin embargo, no se cumplió con el deber de motivación en la resolución sancionadora -como también ya se tiene establecido-, por lo que el sólo hecho de no haber percibido sus remuneraciones y otros ingresos propios de su condición de trabajador, no acreditan el daño moral alegado, más aún cuando existirían cargos sobre su responsabilidad que no han sido desvirtuados en el proceso administrativo disciplinario referido; por lo que este extremo también debe revocarse y declararse infundado” (Considerando 12)

Así, sumado a la falta probatoria del daño moral *–máxime si el demandante no busca postular a otro cargo, ni prueba daño a la persona-* este extremo cae en infundado.

#### 2.3.1.2.4. *Razonamiento en sede casatoria.*

En sede casatoria se declara fundado el recurso de casación, casando así la sentencia de vista y revocando la sentencia apelada la reforman fijando lo siguiente:

- Daño emergente: extremo infundado
- Lucro cesante: S/. 6,723.42
- Daño moral: S/. 5,000.00

En tal sentido, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema centra su atención en el examen sobre el daño moral, confirmando el criterio expresado por la Sala Superior sobre los otros conceptos.

Así, para la Sala Suprema “presume” que:

“la resolución que impone la medida disciplinaria de cese temporal sin goce de haberes por el periodo de seis meses, que luego fue declarada nula, ha lesionado los sentimientos del demandante, quien además de no percibir de manera oportuna sus remuneraciones mensuales, su reputación ante las personas que lo rodean y su prestigio profesional se han visto mancillados, por haberse impuesta una medida disciplinaria sin motivación” (Décimo Considerando)

Fijando, en tal sentido, la suma de S/. 5,000.0 por concepto de daño moral sobre la base de dicha “presunción”.

#### 2.3.1.2.5. *Criterio subyacente.*

Si bien el Juzgado Civil busca una “corrección” del daño, lo hace sin mayor análisis, lo que es superado por la Sala Superior al examinar al examinar la consecuencia económica causada por el daño.

Sin embargo, existirá discrepancia entre el criterio de la Sala Superior y el de la Suprema únicamente en el extremo del daño moral, nótese que la sentencia de casación examina nuevamente los presupuestos de responsabilidad civil, haciendo mención de elementos requeridos tales como la antijuricidad y el daño.

Al respecto cabe destacar que el análisis no es distinto al de la Sala Superior, en la que también se analizan ambos presupuestos, pero que se sustenta finalmente que el “daño moral” alegado no era resarcible: que la conducta del agente dañador haya sido antijurídica y haya provocado además un daño en la esfera no patrimonial de la víctima, no quiere decir que dicho daño deba estar reparado, o en otras

palabras “no toda tristeza merece ser consolada con dinero” o en palabras de la misma Corte Suprema “no [todo] se trata de un valor jurídico que merezca protección o tutela legal” (Casación N° 02108-2014-Lima, 2015). Una situación con la que la Sala Suprema no estuvo de acuerdo, y aunque podría haberse hecho un mejor análisis lógico, la Sala sólo se limitó a “presumir” que merecía ser indemnizado.

En tal sentido, el criterio subyacente al criterio tanto de la Sala Superior como de la Sala Suprema podría ser partidario de la justicia correctiva, aunque exista discrepancia en considerar o no tutelable el daño moral como tal, y aunque la Sala Suprema pudo haber brindado una mejor motivación al efecto: nótese que tampoco argumenta cuál fue el error de la Sala Superior.

**2.3.1.3. *Hernán Ernesto Peet Urdanivia c. Ministerio Público***  
(Casación N° 4393-2013-La Libertad, 2014).

**2.3.1.3.1. *Pretensión y hechos de la demanda.***

En el caso en cuestión, Hernán Ernesto Peet Urdanivia demanda al Ministerio Público, representado por el Fiscal de la Nación, así como el Procurador respectivo, pretendiendo se le indemnice por daño moral la cantidad de:

- Daño moral: S/. 700,000.00

Alega que, mediando un procedimiento ilegal sin arreglo a ley en el contexto del gobierno del dictador Alberto Fujimori Fujimori, se le separó del cargo y canceló el título que ostentaba de Fiscal Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Mixta de Pachitea perteneciente al distrito judicial de Huánuco-Pasco. Y si bien, vía acción de amparo, el Tribunal Constitucional habría ordenado su reposición, así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, aún no se le había indemnizado por el daño moral “sufrido”.

#### 2.3.1.3.2. *Razonamiento en primera instancia.*

En primera instancia se resuelve declarar fundada en parte la demanda, estimando su pretensión de la siguiente manera:

- Daño moral: S/. 150,000.00

Así, el Primer Juzgado Civil de La Libertad considera que estar frente a un daño indemnizable, el cual, pese a las medidas dispuestas por el Tribunal Constitucional, suponía una dimensión adicional por reparar: el daño moral.

Y si bien el juzgado parece realizar un análisis contextual sobre el daño como tal, la condición del agraviado, así como el comportamiento de Ministerio Público en el contexto temporal dado, el monto cuantificado parecería ser exagerado, considerando que la medida indemnizatoria recaería no sobre aquella persona humana responsable, sino sobre una institución que indemnizaría dicho daño con dinero *–nuevamente, dinero no del responsable-* del “pueblo”.

#### 2.3.1.3.3. *Razonamiento en segunda instancia.*

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad revoca la decisión de primera instancia y la reforma declarando infundada la demanda.

Para la Sala Superior existía una falta de valoración y argumentación lógica sobre los medios probatorios admitidos, así, al referirse a una de las resoluciones expedidas por el gobierno dictatorial que aparentemente “lesionaban” al demandante al considerarlo como “corrupto”, se tiene que dicha resolución nunca habría sido notificada, en tal sentido, si no se habría propalado dicha afirmación, en tal sentido, no habría medios probatorios con “eficacia” para probar el alegado daño moral.

#### 2.3.1.3.4. *Razonamiento en sede casatoria.*

En sede casatoria se casa la sentencia de vista, confirmando aquella de primera instancia, pero revocando el *quantum indemnizatorio* disponiendo la suma de S/. 70,000.00 por daño moral.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se separa del criterio de la Sala Superior al considerar que el daño *per se* giraba alrededor no de que se haya alegado en determinada resolución que el agraviado era “corrupto”, sino en el contexto y la propia separación indebida de su cargo como Fiscal.

Así, luego de argumentar que el daño moral alegado resultaba indemnizable, la Sala Suprema expresa algo en suma interesante:

“Tal cantidad, que debe representar una suma que compense en algo los daños causados y no suponga un enriquecimiento al dañado.” (Undécimo Considerando)

Lo que reflejaría y consolidaría la idea de que el enriquecimiento indebido es aquel límite a lo que debe concederse por “equidad”.

A pesar de ello, sin mayor examen, ni mayor confrontación para el *quantum*, la Sala Suprema estimaría al daño moral en S/. 70,000.00.

#### 2.3.1.3.5. *Criterio subyacente.*

A pesar de la cuantificación del daño en sí misma, la idea sobre el daño moral que argumenta la Sala Suprema es peculiarmente apegada a lo postulado por la justicia correctiva, el considerar la reparación sobre el daño moral como algo de “doble filo” aceptando que la arbitrariedad resulta una constante en dicho contexto y al expresarse sobre la preocupación que debe tener todo magistrado sobre el enriquecimiento indebido en casos como el sometido a juzgamiento.

**2.3.1.4. David Prudencio Rosado Alayza c. Telefónica del Perú S.A.A.** (Casación N° 5721-2011-Lima, 2013).

*2.3.1.4.1. Pretensión y hechos de la demanda.*

En el caso en cuestión, David Prudencio Rosado Alayza demanda a la empresa Telefónica del Perú S.A.A., pretendiendo se le indemnice por daños y perjuicios la suma de S/. 800,000.00 por concepto de daños patrimoniales como extrapatrimoniales.

Alega que, la demandada lo despidió en forma indebidamente arbitraria a razón de su afiliación al Sindicato de Empleados de la Empresa Telefónica, siendo repuesto a su puesto de trabajo vía acción de amparo, quedando pendientes el resarcir sus remuneraciones y demás beneficios laborales, así como daños provenientes de haber quedado como “moroso” ante el sistema financiero por incumplir sus obligaciones con empresas bancarias producto del cese injusto de su relación laboral. Sostiene además que el perjuicio supone daño moral, así como a su proyecto de vida.

*2.3.1.4.2. Razonamiento en primera instancia.*

En primera instancia se resuelve declarar fundada en parte la demanda, estimando las pretensiones de la siguiente manera:

- Daño emergente: extremo declarado infundado.
- Lucro cesante: S/. 25,000.00
- Daño moral: S/. 25,000.00
- Daño a la persona: extremo declarado infundado.

En cuanto al daño emergente, el extremo no es tutelado al no probarse en forma fehaciente el mismo. En cuanto al lucro cesante, el monto indemnizatorio es fijado sobre la única base referencial de aquello que hubiera recibido de no haberse producido el cese.

Por otro lado, en cuanto al daño moral el criterio del juzgado es bastante peculiar: es fijado en equivalencia al daño patrimonial. Sin mayor fundamento que la “complejidad” usual en determinar este tipo de daños.

Finalmente, en cuanto al alegado daño al “proyecto de vida”, el juzgado tiene el tino de expresar la falta probatoria y argumentativa para poder concederlo, ya que no se habría probado alguna “expectativa cierta e inminente” impedida por el cese.

#### 2.3.1.4.3. Razonamiento en segunda instancia.

La Sala Civil de la Corte Superior de Huancavelica confirma la decisión de primera instancia, pero revoca el *quantum indemnizatorio* reformando este extremo de la siguiente manera:

- Daño emergente: extremo declarado infundado.
- Lucro cesante: S/. 100,000.00
- Daño moral: S/. 200,000.00
- Daño a la persona: extremo declarado infundado.

En cuanto al daño emergente y el daño a la persona alegados, la Sala Superior hace suyo el criterio esbozado por el juzgado de primera instancia, sin embargo, compone un argumento distinto en relación al lucro cesante y al daño moral.

Así, en relación al lucro cesante la Sala Superior concede un monto mayor que el juzgado de primera instancia a razón de un análisis partiendo de las boletas de pago del demandante, así como del tiempo que duró el cese, cuantificando sobre una cantidad no sobre el total de lo dejado de percibir, sino sobre aquello estimado como “lucro”.

Por otro lado, en cuanto a daño moral, simplemente se alegaría la existencia de una “desproporción” entre el monto fijado en primera instancia y el daño como

tal. Y argumenta que debió tenerse en cuenta (i) la repercusión del despido sobre los “sentimientos y emociones del demandante”, (ii) la necesidad del proceso judicial en busca de tutela, (iii) la falta de ingresos económicos del demandante, (iv) el “criterio de equidad” a que alude la norma civil, y finalmente (v) la capacidad económica del agente dañador.

Este último punto sostenido por la Sala Superior permite ver que sostiene un criterio distributivo, específicamente igualitarista, para la distribución de la “riqueza”.

#### 2.3.1.4.4. *Razonamiento en sede casatoria.*

En sede casatoria nuevamente se revoca la sentencia, aunque únicamente en el extremo de la cuantificación del daño moral, fijándose el mismo en S/. 50,000.00.

Para la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la Sala Superior habría partido de un criterio inapropiado en relación al daño moral, argumentando ello pues:

“en principio, porque la indemnización no implica la generación de riqueza del afectado ni el empobrecimiento del afectante, dado que lo que se evalúa es el daño causado y la posibilidad de su reparación integral; de otro lado, porque la reparación no tiene por qué medir las condiciones económicas del afectante, pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo, quien es el que sufre las perturbaciones de ánimo y los padecimientos afectivos; finalmente, porque la equidad (que constituye un valor del Derecho) es también un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido debe precisarlo el operador del Derecho; no basta, por consiguiente, invocarlo sino debe especificarse cuál es la corrección que se realiza de la ley, por qué debe hacerse ésta y qué criterio es el que se va a utilizar. Al no realizarse estas acciones el principio

utilizado cae en el campo de lo arbitrario, lo que debe ser interdictado en un Estado Constitucional y Normativo” (Noveno Considerando)

En tal sentido, son tres las ideas de las que parte: (i) “la indemnización no implica la generación de riqueza del afectado ni el empobrecimiento del afectante”, ciertamente, el Derecho no *debe* amparar el enriquecimiento/empobrecimiento indebido, sin embargo, lo que *debe ser* algunas veces no coincide con lo que resulta en la práctica, a pesar de que se esbocen ideas de lo contrario.

Luego señala que (ii) “la reparación no tiene por qué medir las condiciones económicas del afectante, pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo”, esta afirmación, aunque no precisa del todo, es particularmente interesante si se la interpreta en el sentido de que para cuantificar el daño moral no debe partirse de la condición económica de las partes, pues permitiría ver un sentido correctivo y ya no uno distributivo.

Y finalmente expresa que (iii) no basta con invocarse la “equidad” sino que debe argumentarse su “aplicación” al caso en concreto, algo que *–en lo personal–* parece correcto, sin embargo, es algo que *–al mismo tiempo–* la Sala Suprema no realiza con la “exhaustividad” que parece exigir.

En tal sentido, si bien la Sala Suprema estimaría que este tipo de situaciones *–refiriéndose al despido arbitrario–* traen desconcierto y desconsuelo, se debe considerar que a los días del despido el Tribunal Constitucional manifestó que existía una vía de tutela en caso de estas situaciones, lo que debería reducir dicho “desconcierto” y “desconsuelo”, por tanto, el monto a indemnizarse estimado por la Sala Superior era excesivo y, por ende, debía reducirse a S/. 50,000.00.

#### 2.3.1.4.5. Criterio subyacente.

En cuanto al criterio de justicia que sostienen las instancias, no es muy complicado el notar que la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Lima actuó

bajo un sentido distributivo e incluso –*podría afirmarse*- uno igualitarista. Posición que no compartió argumentativamente la Sala Suprema, reflejando una idea más apegada al criterio correctivo, aunque resaltamos: argumentativamente, pues el *quantum indemnizatorio* sobre el daño moral, si bien se redujo, podría sostenerse que no deja de reflejar una idea distributiva, pues dicho monto queda lejos se presentarse como una “corrección” al daño y como algo que no “enriquece” al demandante.

### **2.3.1.5. V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (2017).**

#### *2.3.1.5.1. Indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado.*

Consideramos oportuno hacer mención del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional que reunió a los magistrados de la Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente, Primera y Segunda Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, claro está, en lo que nos corresponde: “¿Cuáles deben ser los criterios que el juez debe tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización?”.

#### *2.3.1.5.2. Criterios para la cuantificación del daño.*

En el Pleno se dialoga entorno a los criterios que el juez *debe* tomar en cuenta para la cuantificación del daño, considerando al efecto el lucro cesante, daño emergente y daño moral. Sin embargo, además de ello introduce una figura adicional: los daños punitivos, los cuales tendrían por propósito “castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina” (p. 21).

Atendiendo a ello, si bien existe amplia y diversa fundamentación filosófica que argumenta sobre la necesidad de “punición” (Ezorsky, 1972) así como su direccionamiento bajo el poder Estatal, no podemos decir lo mismo en el caso específico de sostener el por qué la víctima (en la relación bilateral) debe “beneficiarse” con el castigo impuesto al agente dañador. Sin embargo, se destaca la “sinceridad” del Pleno en cuanto a considerar lo “punible” como efectivamente “punible” y no “maquillarlo” bajo otros conceptos del daño –como sucede en la práctica con algunos casos en relación a aquella función “afectivo-consolatoria”- aunque al final se pronuncia una idea sin mayor argumento: los daños punitivos pueden aplicarse en nuestro ordenamiento “por una aplicación extensiva de los daños morales” (pp. 22, 23).

Ahora bien, en cuanto a propiamente los criterios de cuantificación, parece ser que el tema es aprovechado para tratar básicamente de los daños punitivos, puesto que no se brinda ningún alcance sobre la determinación de, por ejemplo, el daño moral. Así, los daños punitivos serían establecidos “de oficio” y únicamente en los casos de “despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza principalmente vejatoria contra el trabajador” (p. 22), y su “cuantificación” tiene por límite (máximo) la “suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley.” (p. 23).

#### 2.3.1.5.3. *Criterio subyacente.*

En cuanto al criterio de justicia subyacente, evidentemente no es uno afín a la justicia correctiva, sino a la “distributiva”, asignando aquel monto de “castigo” impuesto al agente dañador por su conducta como “beneficio” para la víctima.

Sin embargo, adicionalmente a la escasez de fuentes doctrinarias o de Derecho comparado que sustenten la postura asumida, tenemos que el criterio establecido de fijar como límite a aquello “dejado de aportar” resulta en una

“solución” algo “laxa”, ¿por qué fijar de tal manera dicho límite? Es algo que no responde el Pleno.

### **2.3.1.6. Caso Ivo Dutra** (Exp. N° 18707-2011, 2012).

#### *2.3.1.6.1. Hechos del caso.*

En el caso en cuestión, Ivo Johao Dutra Camargo muere por impacto del vehículo conducido por Weimer Huamán Sánchez al intentar cruzar la calzada respetando las normas de tránsito como peatón.

#### *2.3.1.6.2. Razonamiento en primera instancia.*

En primera instancia se expide sentencia condenatoria, imponiendo además la suma de S/. 150,000.00 por reparación civil a favor del actor civil constituido en el proceso penal.

Para el 28° Juzgado Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima los conceptos resarcibles comprenden al daño emergente como al lucro cesante, por lo menos es lo que menciona en forma textual, ya que la sentencia consideraría conceptos extrapatrimoniales (como el daño a la persona y el daño moral –*si queremos separar dichos conceptos*-) para luego finalmente cuantificar el daño.

Así, considerará –*inter alia*- que el agraviado era (i) una persona joven, (ii) el sostenimiento de su hijo de 3 años, y además de ello, consideraría (iii) el comportamiento del agente dañador, el cual había cometido anteriormente diversas infracciones de tránsito y el cual, en el caso en cuestión, había atropellado a la víctima sin haber intentado evitar dicho daño.

Sobre tales consideraciones, y sin detallar los conceptos mencionados como “daño emergente” o “lucro cesante”, el juzgado se limita a decir que “se permite

fijar un monto dentro del principio de equidad” (Trigésimo primer considerando), cuantificando la indemnización en S/. 150,000.00.

#### 2.3.1.6.3. *Razonamiento en segunda instancia.*

La Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel, entre otros, resuelve revocar el extremo de la reparación civil fijada, y reformándolo fija la suma de S/. 1'000,000.00.

El criterio de la Sala para ello resulta interesante al consolidar que aquella figura de la “reparación civil” supone el “daño” conforme es concebido dentro de la responsabilidad civil como institución y con los elementos correspondientes. Además de ello, innova en cuanto a no considerar la “posibilidad económica” del sentenciado, sino que se centra en el daño como tal.

Partiendo de tales ideas la Sala Superior, a diferencia de juzgado de primera instancia, argumentará expresamente sobre el daño extrapatrimonial, considerando así al daño a la persona y al daño moral.

Luego de ello, la Sala nuevamente hará mención de aquellas circunstancias a considerar tal cual lo hizo el juzgado de primera instancia, añadiendo el padecimiento psicológico de los familiares de la víctima, señalando así también que:

“dada la naturaleza de los hechos no podrán superarse en un buen tiempo, en consecuencia, aun cuando la vida humana es inapreciable patrimonialmente, también lo es que, la pérdida sufrida debe ser reparada de algún modo y de manera equitativa, por lo que el monto fijado por el A-quo resulta a todas luces ser insuficiente para el cumplimiento de dichos fines”

En el párrafo citado podemos observar fácilmente una falacia: ¿cuál es el error del juzgado de primera instancia? ¿por qué la Sala llega a esa conclusión si lo

mencionado es “lo mismo” que lo considerado en primera instancia? En realidad, lo que diverge es “el monto asignado”, un “yo creo que debería ser más” por parte de la Sala, esto es lo expuesto por el profesor Beltrán Pacheco (2010): un círculo vicioso en relación a la equidad.

#### 2.3.1.6.4. Criterio subyacente.

Aun haciendo una mejor “exposición” de los conceptos resarcibles, la Sala no brinda una mayor argumentación en relación al daño extrapatrimonial por el cual eleva la suma indemnizable en forma exorbitante –*aunque tampoco argumenta en forma detallada sobre el daño patrimonial, pudiendo hacerlo.*

El criterio subyacente nuevamente es uno afín a la justicia distributiva que además no toma en cuenta aquel criterio que busca evitar el emplear a la responsabilidad civil como una herramienta para el “enriquecimiento”: y aunque se niegue que tal sea una función amparada en el caso citado, las consecuencias manifestadas en el plano fáctico pueden interpretarse como ello.

#### **2.3.2. Justicia correctiva y justicia distributiva en la jurisprudencia peruana.**

En la jurisprudencia peruana, y considerando los casos anotados como ejemplos en el subtítulo anterior, sea en el ámbito civil, penal o laboral, importa diversos criterios en relación al *quantum indemnizatorio*. En tal sentido, vemos postulados no-unificados, divergentes incluso, considerando que la responsabilidad civil tiene la clásica función compensatoria y otros añadiendo otras funciones hasta incluso la idea de “daños punitivos”.

Sin embargo, algo que resulta igualmente preocupante además de la inestabilidad de criterios en relación a (i) la concepción de la responsabilidad civil, es (ii) la cuantificación del daño y los criterios a los que obedece dicha situación.

Así, por ejemplo, en el punto (i) anotado, encontramos en la jurisprudencia la posibilidad –siendo algo “posible” y no “plausible” considerando que no todos los magistrados aceptan que concurren todas aquellas funciones- de las siguientes “funciones” de la responsabilidad civil:

- a) Función compensatoria: esta función como tal va de la mano con el principio *restitutio ad integrum*, el mismo que se presenta en forma correlativa (Alpa, 2016) al buscar “retornar” al estado anterior al daño.

Como función de la responsabilidad es indiscutible en la jurisprudencia peruana, y como tal, en puridad es conforme a la justicia correctiva. Sin embargo, en relación al daño extrapatrimonial, mediante sólo esta función el Derecho de daños resultaría “incapaz” de resarcir daños tales como el daño moral (Casación N° 01070-95-Arequipa, 1998; Casación N° 00949-95-Arequipa, 1997), aunque en algún momento se haya indicado que el daño moral puede ser un “auténtico instrumento reparador” (Casación N° 01125-95-Arequipa, 1998).

- b) Función aflictivo-consolatoria: a diferencia de la anterior, esta función sería más adecuada en relación al daño moral, así, esta función no se dirige propiamente a “compensar” un daño o “repararlo”, sino a “mitigar” (por no decir “consolar”) el daño sufrido (León Hilario, 2017).

En la jurisprudencia peruana es una función que también es ampliamente aceptada, aunque exista discrepancia en cuanto a los criterios para su valoración, así, en un momento se estableció que los jueces debían considerar (i) el monto probado, y luego, sobre esa base, (ii) el monto estimado conforme a la equidad, es decir, los magistrados debían expresar y sustentar cuál era la corrección a realizar (Casación N° 00579-2005-Lima, 2005), sin embargo, de por sí, tener un “monto probado” ya suponía un inconveniente en algunos casos, y sólo ambos puntos no brindaban criterios suficientes a considerar: hasta este punto, podríamos decir que de alguna manera lo anotado no es ni conforme a

la justicia correctiva ni a la distributiva, pues no brinda o expone cuál es la orientación y/o limitación para la cuantificación del monto indemnizatorio.

Así, otros criterios serían establecidos en la jurisprudencia, unos que se enfocan en analizar la relación bilateral y el comportamiento de sus componentes y no a los sujetos en forma aislada o independiente para analizar, por ejemplo, su capacidad económica, buscando así generar “riqueza del afectado ni el empobrecimiento del afectante” (Casación N° 0521-2011-Lima, 2013; Casación N° 02677-2012-Lima, 2013), ideas que serían conforme a la justicia correctiva. Aunque, por otro lado, también encontramos en la jurisprudencia un criterio distributivo de “considerar la capacidad económica” del agente dañador además de los demás criterios (Casación N° 00635-2012-Lima, 2012).

- c) Función distributiva: Esta función no es declarada en forma expresa por la jurisprudencia, sin embargo, de por sí considerar la capacidad económica de las partes como elemento determinante en la cuantificación del daño importa un criterio distributivo, sea para “aumentar” el *quantum* o para “disminuirlo”. Pero además de ello, tal como ya se ha comentado anteriormente, algunas veces se ilustran argumentos que parecen ser afines a la justicia correctiva, sin embargo, al momento de cuantificar los montos son establecidos y “aumentados” por las instancias en mérito sin mayor argumentación, lo que nos hace presumir que algunos magistrados buscan emplear al Derecho de daños como herramienta distributiva, aceptando la posibilidad de considerar que la responsabilidad civil tiene una función distributiva por lo menos tácitamente en sus sentencias.

Desde un enfoque normativista esta función es defendida y argumentada por la justicia distributiva, pero también lo es desde un enfoque del *Law and Economics*, en el cual cierta vertiente considera como objetivo

incluso la “maximización de la riqueza” (Posner, *Economic Analysis of Law*, 1986).

- d) Función orientativa/disuasiva: al respecto, debemos decir en primer lugar, que esta función es también ampliamente aceptada, tanto por las teorías instrumentalistas como las no-instrumentalistas, claro está, que para teorías instrumentalistas como las postuladas en la escuela del *Law and Economics*, esta función sería la que “predomina” (Landes & Posner, 1987; Shavell, 2007), a diferencia de las otras teorías, así, tanto para las teorías distributivas como para las correctivas, esta función estaría aceptada y sería implícita a lo ordenado.

Sin embargo, en el caso de los criterios para cuantificar los daños, esta función se expresaría de diferente manera en cuanto a un criterio distributivo (Keating, 2002) como bajo uno correctivo (Weinrib, 2017), siendo satisfecha esta última en cuanto el monto cuantificado como daño sea ligeramente mayor (Papayannis, 2010) al monto el cual hubiera costado tomar las precauciones para evitar dicho daño –resáltese “ligeramente mayor”, puesto que, por ejemplo, duplicar el monto sobre la base del costo de tomar precauciones sería innecesario y carente de fundamento para la justicia correctiva.

Asimismo, debe hacerse la aclaración de que esta función no necesariamente es “correlativa” de la función punitiva, ya que debe entenderse como una función orientadora de conductas destinada a “incentivar” unas y “desincentivar” otras, caras de una misma moneda (Espinoza Espinoza, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 2016).

Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia peruana, en la misma se acepta la idea de que el Derecho de daños tiene una función disuasiva (Casación N° 00949-95-Arequipa, 1998; Casación N° 01070-95-Arequipa, 1998), sin embargo, al igual que en la función anterior, el mero hecho de aceptar ello no determina si se sigue un criterio

distributivo o un correctivo, conforme a lo anotado en el párrafo anterior.

- e) Función punitiva: esta función no puede conciliarse con la justicia correctiva, aunque existan argumentos que fuercen ello (Hershovitz, 2014), y es, más bien, apegada al criterio distributivo, en cuanto busca que la “sanción” pecuniaria impuesta al agente dañador ingrese a la esfera patrimonial de la víctima, pues de otra manera no existiría una fundamentación para ello que bajo un criterio distributivo, lo que obligaría a tomar en cuenta necesariamente la condición económico-social de las partes en el litigio (Keren-Paz, 2007), por el contrario, el entregar la suma ordenada a la víctima no tendría fundamento filosófico alguno para estar inmersa dentro de la responsabilidad civil, es decir, la punición por parte del Estado puede y está fundamentada (Ezorsky, 1972), sin embargo no sucede lo mismo hablar de la misma en el contexto del Derecho de daños, por lo menos no si se sustrae de una fundamentación distributiva.

Esta función fue aceptada por nuestra jurisprudencia desde hace ya tiempo atrás (Casación N° 00949-95-Arequipa, 1998; Casación N° 01070-95-Arequipa, 1998), un criterio que persiste a la fecha (V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, 2017), algunas veces manifestado en forma expresa, y otras en forma tácita bajo una cuantificación desproporcionada y sin argumentos suficientes más que meras declaraciones, pues esto último, en cuanto no se fundamenta ni el por qué se determina que el agente dañador debe pagar “x” cantidad y por qué es la víctima en la relación bilateral quien debe recibir dicha cantidad: sólo se puede entender como un castigo, mas no como una corrección.

Ahora, en el punto (ii) anotado, los casos puestos como ejemplos en el subtítulo anterior, además de otros que citaremos, presentan un margen (en términos

numéricos) de cuantificación bastante amplio, así, por ejemplo, en relación al daño extrapatrimonial tenemos lo siguiente:

- a) Muerte de un ser querido: observando el caso Ivo Dutra (Exp. N° 18707-2011, 2012) o el caso Walter Oyarce (R.N. N° 01658-2014-Lima, 2016), en los cuales se fija el *quantum indemnizatorio* en S/. 1'000,000.00 (un millón de soles), o aquellas sentencias vertidas, en el caso Fred Remigio Venancio Portilla c. Municipalidad Distrital de San Isidro (Exp. N° 05157-2007, 2015) en el que la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma el *quantum* fijado de S/. 570,000.00, casi la mitad de lo ordenado en casos anteriores, o el caso Kevin Malkovich Marín Flores y otros c. Empresa de Transportes Turismo Paramonga S.A. (Exp. N° 03405-2011, 2016) en el que el Juzgado Especializado de Tránsito y Seguridad Vial de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte confirma el *quantum* fijado de S/. 50,000.00, es decir, el 5% de lo fijado en los casos Dutra y Oyarce citados, o finalmente en el caso de la Corte Superior de Justicia de Tacna, cuya Sala Civil Permanente en los casos Alex Hipólito Choque Salamanca c. Corporación Omega S.R.L. (Exp. N° 00606-2015, 2018) o Tomas Irrazabal Aguedo c. Empresa de Transportes Flores Hermanos SRLTDA (Exp. N° 01414-2004, 2010), ha estimado el daño moral por la pérdida de un ser querido en S/. 5,000.00, lo que en comparativa con los casos Dutra y Oyarce es el 0,5% a lo cuantificado en dichos casos.

En resumen, la jurisprudencia peruana, en casos sobre pérdida de un ser querido, ha cuantificado desde S/. 5,000.00 hasta S/. 1'000,000.00, lo que supone la existencia de criterios diferentes y de la inexistencia de una estimación *–por lo menos–* “similar” sobre casos análogos.

- b) Invalidez permanente: en cuanto a casos en los que se ha sufrido invalidez permanente hemos citado al caso Yuli Guillen Valer c. Expreso Antezana Hermanos Sociedad Anónima (Casación N° 1363-

2014-Huancavelica, 2015) en el cual, en sede casatoria, se fijó el *quantum indemnizatorio* en la suma de S/. 250,000.00, así también tenemos el caso Justo Tapia Matallana c. Empresa de Transportes Línea Sociedad Anónima (Casación N° 00731-2015-La Libertad, 2015) en el cual la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia confirma la suma fijada de S/. 100,000.00 (aunque por daño a la persona, sin distinguir con daño moral) a pagar por la Empresa de Transportes demandada, lo que supone menos de la mitad de lo ordenado en el primer caso; por otro lado, en el caso de invalidez permanente producto de negligencia en el trabajo, tenemos el caso de Julio Benites Espinoza c. Municipalidad Provincial de Talara y Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Exp. N° 00087-2007, 2015) en el que la Sala Civil de Sullana confirma la suma de S/. 70,000.00 por daño a la persona (aunque sin argumentar qué es considerado daño biológico y qué daño moral), o el caso de Lizardo Juan Figueroa Villanueva c. Empresa Pan American Silver (Exp. N° 1897-2011, 2012), en la cual la Primera Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de la Libertad – *con una sentencia mejor detallada*– establece el *quantum indemnizatorio* por el daño a la persona en S/. 39,000.00, siendo parte de dicho monto el daño moral por la suma de S/. 15,000.00.

Nuevamente vemos diferentes estimaciones y distinto criterio para el establecimiento del *quantum indemnizatorio* en cada caso. Y aunque aparenten una estimación mayor a ciertos casos en los que se indemniza por pérdida de un ser querido, la falta de unidad de criterio no hace posible una respuesta, además de poderse argumentar un mayor perjuicio espiritual en convivir con invalidez permanente que en el fallecimiento de un ser querido, aunque también pueda argumentarse lo contrario considerando el “valor de la vida”.

- c) Perjuicio en la imagen, reputación, y afines: este tipo de agravios recaen sobre los derechos de la personalidad, y en tal sentido, la afectación es

sobre un bien no-patrimonial y como tal, resarcible, aunque debemos hacer una precisión: estos agravios pueden resultar tanto en daños patrimoniales, como por ejemplo si producto de una calumnia o una difamación se resuelve un contrato de trabajo o locación al afectado, así como extrapatrimoniales, considerando a los agravios como originadores de sufrimiento, pesar y sufrimiento psicológico para el afectado, en términos correctivos, además de lo anotado, la indemnización encuentra una justificación adicional en la intromisión injusta a los derechos de la personalidad de la víctima (Weinrib, 2017); así, en tanto no concurran (o se prueben) daños patrimoniales la estimación debería resultar en un monto simbólico que no debe ser “cargoso” al agente dañador, pues debe considerarse que con un mayor monto ordenado la reputación del afectado no va a “mejorar”, la función correctiva en términos fácticos supondría la expresión de disculpas públicas, rectificación y eliminación (en la medida de lo posible) de aquellos datos, comunicaciones o noticias que agravan a la víctima.

En la jurisprudencia peruana, podemos considerar el caso de Paolo Guerrero c. Magaly Medina (R.N. N° 00449-2009-Lima, 2009) sobre difamación, enfocándose sobre los daños a la imagen y reputación del querellante Paolo Guerrero, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia convino en fijar el *quantum indemnizatorio* en la suma de S/. 200,000.00, y aunque en la propia sentencia se declara que “no puede establecerse pérdida patrimonial efectiva sufrida, ganancia frustrada y dejada de percibir”, tenemos que la cuantificación obedece específicamente al daño moral producto de los agravios a la imagen y reputación del querellante, estimando dicho valor al considerar que –*en resumen*- (i) el querellante es un futbolista famoso, y (ii) el número de personas que recibieron la noticia falsa es considerable, un criterio distributivo aunque incluso podría decirse contrario al *egalitarianism*, por otro lado, en los casos de Edy Alberto Muñoz Ugaz c. Telésforo

Medina Ortiz (Exp. N° 00231-2016, 2016) y Magno Sosa Rojas c. Ascencio Canchari Sulca (Exp. N° 01882-2011, 2014), tanto la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad como la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, respectivamente, fijaron el *quantum indemnizatorio* en la suma de S/. 3,000.00, una abismal diferencia que en relación al primer caso citado que significa un %1.5 de lo cuantificado, sin embargo, a diferencia del primer caso, lo ordenado en los últimos dos citados parece estar más acorde a la justicia correctiva como un monto estimado por la pérdida normativa (derecho a la buena reputación).

- d) Despido injusto: sin entrar a describir los “tipos de despidos” o cuestiones propias del ámbito del Derecho del trabajo, el despido injusto –sin enfocarnos a determinado tipo de despido, entendiendo “injusto” en el sentido filosófico desarrollado en la presente investigación- es un agravio que puede causar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales, y aunque suele estar enmarcado dentro de la responsabilidad contractual –*lo que no debatiremos en el presente*- al suponer además un daño moral al trabajador, resulta interesante su mención como ejemplo.

En la jurisprudencia peruana, fuera del desacierto cometido en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (2017) en relación a los pésimamente planteados “daños punitivos”, tenemos casos como Manuel Francisco Fernández Fernández c. Instituto Tecnológico de la Producción (Casación N.º 3289-2015-Callao, 2017) en el que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, resuelve casar la sentencia de vista, confirmando la de primera instancia en la cual se estima cuantificar por daños morales la suma de S/. 3,000.00, un criterio que nos parece adecuado y cercano a la justicia correctiva en ese extremo, aunque exista el yerro argumentativo en relación al lucro cesante (que aumentaría el *quantum indemnizatorio*

total a más de 90 mil soles) sobre el cual la Sala conviene en que sea equiparado a las remuneraciones dejadas de percibir, lo que no podría considerarse estrictamente como “lucro”, un caso que nos permite evidenciar la contradicción y sentido prácticamente “hipócrita” de lo esbozado en el caso David Prudencio Rosado Alayza c. Telefónica del Perú S.A.A. (Casación N° 5721-2011-Lima, 2013), sobre el cual la Sala Suprema indicó que la responsabilidad civil no debe ser una herramienta para “enriquecerse”, pero que cuantificó el daño moral en S/. 50,000.00

Por otro lado, el criterio de la Sala Laboral de la Corte Superior de Tacna sería más cercano al primer caso citado, así, por ejemplo, al considerar que el trabajador indebidamente despedido es repuesto en su trabajo, se fija un monto simbólico de daño moral en S/. 1,000.00 (Exp. N° 01415-2015, 2017) (Exp. N° 02169-2015, 2017) (Exp. N° 01049-2015, 2017) (Exp. N° 01156-2015, 2017) (Exp. N° 01946-2015, 2017), o en S/. 1,500.00 (Exp. N° 00803-2015, 2017), o en S/. 2,000.00 (Exp. N° 02142-2015, 2017), o en S/. 2,500.00 (Exp. N° 00757-2015, 2017), o en S/. 3,000.00 (Exp. N° 00669-2015, 2017), o en S/. 5,000.00 (Exp. N° 00146-2016, 2018); en suma, el *quantum indemnizatorio* por daño moral en los casos de despido injusto, va desde los S/. 1,000.00 hasta los S/. 5,000.00, que podríamos decir resulta “simbólico”, aunque en términos correctivos, no sería exigible otorgar la cantidad señalada, considerando que en dichos casos se ordena al empleador (agente dañador) la restitución de las remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir, sin beneficiarse con el trabajo humano del demandante (trabajador, cuya relación laboral cesó por el despido), lo que ya busca corregir el daño; sin embargo, de todos los casos de la Corte Superior de Tacna citados, vemos que en todas las sentencias de vista la Sala confirma la cuantificación fijada, y no la “revoca”, lo que nos parece atinado, puesto que de lo contrario debería indicar el “error” incurrido por el juzgado de primera instancia para luego revocar lo ordenado, una

situación que no se ha dado en diversos de los casos antes mencionados en otras Salas Superiores e incluso Supremas, las cuales se limitaban a expresar que los demandantes “merecían más” sin mayor fundamento, así, en la Corte tucumana la Sala Superior respeta el criterio que, por equidad, se conducen los juzgados de primera instancia, evitando formar el denominado “circulo vicioso” que tal como describe Beltrán Pacheco (2010) en relación al criterio de “equidad”.

### **III. METODOLOGÍA**

#### **3.1. Formulación de la hipótesis**

##### **3.1.1. Hipótesis general.**

En la jurisprudencia peruana, en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial, no se aplica una forma de justicia adecuada al Derecho Privado.

##### **3.1.2. Hipótesis específicas.**

3.1.2.1. Un concepto de justicia coherente y satisfactorio conforme al Derecho Privado y, por ende, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, es el propuesto por la justicia correctiva o conmutativa.

3.1.2.2. La regulación en el Código Civil peruano del daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual adolece de defectos que afectan la claridad de su comprensión dejan un margen de interpretación amplio al no delimitar las consecuencias por daño no patrimonial y los criterios de cuantificación del mismo.

3.1.2.3. Los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana sobre casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial no se encuentran unificados, observándose casos en los que la cuantificación de los daños difiere en forma abismal, a pesar

de ser casos con características similares, lo que refleja en la práctica un criterio subyacente de “justicia distributiva”.

### **3.2. “Variables”**

#### **3.2.1. Hipótesis general.**

- A: Jurisprudencia peruana en materia de daño no patrimonial en el ámbito de responsabilidad civil extracontractual.
- B: Aplicación de una forma de justicia.

#### **3.2.2. Hipótesis específica I.**

- Única: Concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

#### **3.2.3. Hipótesis específica II.**

- Única: Regulación en el Código Civil del daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

#### **3.2.4. Hipótesis específica III.**

- A: Jurisprudencia peruana en materia de daño no patrimonial en el ámbito de responsabilidad civil extracontractual.
- B: Criterios de aplicación de justicia.

### **3.3. Tipo de investigación**

Del tipo de investigación planteada dependerá el diseño de la investigación y las estrategias a realizar, así, en el caso de la presente tenemos las siguientes aproximaciones:

A) Por la finalidad o propósito, se trata de una investigación básica o pura, al presentar un carácter preponderantemente teórico, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión de un concepto de justicia adecuado para la naturaleza del Derecho privado, enfocándonos en específico en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

B) Por las fuentes de información, se trata de una investigación documental o bibliográfica, puesto que la fuente principal de la que se partirá resulta del estudio documental, tanto doctrinal como jurisprudencial y normativo, en cuanto corresponda.

C) Por el ámbito en el que se desarrolla, se trata de una investigación dogmática, puesto que se pretende el desarrollo de interpretación y argumentación en relación a instituciones y categorías jurídicas a la luz de normas jurídicas y doctrina de la materia.

### **3.4. Diseño de la investigación**

El nivel de la presente investigación es argumentativo-valorativo con un diseño exploratorio, y con un carácter argumentativo, puesto que lo que se pretende es una discusión crítica con pocos o ningún antecedente directo en relación a los criterios de la jurisprudencia peruana en el ámbito de la investigación, así como en relación a la comprensión de la problemática que se deriva de la comprensión conceptual de la justicia en el ámbito del Derecho Privado.

### **3.5. Ámbito y delimitación de la investigación**

#### **3.5.1. Temática y especificidad.**

Esta investigación se centra en el daño no patrimonial y en el ámbito de la Responsabilidad civil extracontractual.

### **3.5.2. Espacio.**

La investigación ha sido realizada desde la ciudad, provincia y departamento de Tacna, además de enfocada en el desarrollo jurisprudencial que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico peruano.

### **3.5.3. Tiempo.**

El periodo que se utilizará como parte de la investigación es indefinido toda vez que la investigación tiene un carácter dogmático y no exclusivamente empírico, sin embargo, como estudio abarca una dimensión temporal contemporánea, haciendo referencia a jurisprudencia (*case law*) peruana desde el año 1995 a la fecha.

### **3.5.4. Delimitación social.**

Aun no tratándose de una investigación de índole socio-jurídico, el factor social a que se incide en el desarrollo de la investigación, es conformado por quienes sean “sujetos de derechos”, en cuanto existe una potencialidad de sujeción a responsabilidad civil extracontractual.

## **3.6. Población y muestra**

### **3.6.1. Unidades de estudio.**

Conforme al ámbito en el que se desarrolla la presente, la unidad de estudio, conforme al origen de los datos, tiene un carácter documental-bibliográfico,

imperando una indagación a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales, tales como dispositivos legales, normas jurídicas tanto de nuestro ordenamiento jurídico, considerando al Derecho Civil peruano, a la Filosofía del Derecho Privado, así como también doctrina jurídica de la materia, contenida en diversos tipos de documentos.

Asimismo, se observarán criterios vertidos en sentencias tanto a nivel de Corte Suprema como de Cortes Superiores

### **3.6.2. Población.**

Tal como se refirió con anterioridad, la fuente primordial de información para la presente investigación es de índole documental, en tal sentido, se pretende analizar dispositivos legales y normas jurídicas, así como doctrina relevante, contenidos en legislaciones, resoluciones judiciales, libros, revistas y artículos jurídicos, en soporte tanto físico como electrónico, todos referidos a la justicia en el Derecho privado, y con incidencia en la responsabilidad civil extracontractual. En el caso de los expedientes judiciales, la población está constituida por aquellos relativos a casos resueltos de responsabilidad civil extracontractual.

### **3.6.3. Muestra.**

Considerando que la población resulta extensa en cuanto implica normatividad, jurisprudencia y doctrina, en niveles nacional y comparado, el tamaño de la muestra está determinado en función al universo de los elementos existentes, y en tal sentido, se tomará conforme el criterio del investigador.

### **3.6.4. Selección de la muestra.**

A efectos de seleccionar la muestra, teniendo presente lo expresado en los puntos anteriores, se ha delimitado deliberadamente el número de elementos contenidos en la población descrita, empleando un método de muestreo no aleatorio o no probabilístico, incidiendo en caso de la jurisprudencia, sobre sentencias de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial. En el caso de tales últimas el criterio discriminador se ha realizado en función de seleccionar sentencias que declaren y cuantifiquen daños no patrimoniales en el contexto de responsabilidad civil extracontractual en materia de Derecho Civil, excluyéndose aquellos que impliquen sentencias infundadas o que declaren la improcedencia de pretensiones, así también excluyéndose aquellos discutidos en otras vías, sea penal, laboral o familiar.

### **3.7. Procedimiento, técnicas e instrumentos**

#### **3.7.1. Procedimientos.**

Los procedimientos de recolección de los datos se han proyectado considerando el tipo, diseño y ámbito de la presente investigación, con criterios de inclusión y exclusión a discreción del investigador de acuerdo a lo referido en el punto 5.7.3. del presente proyecto, tanto sobre datos primarios *-posturas de otros investigadores y operadores-* como sobre datos secundarios *-con preponderancia en estos, considerando que la presente investigación tiene un carácter exploratorio.*

#### **3.7.2. Técnicas de recolección de los datos.**

Teniendo a consideración y en vista los elementos que conforman la población, los mismos que implican fuente de la presente investigación jurídica, se ha empleado la Técnica de Revisión Documental, mediante el análisis teórico de los datos obtenidos, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos, así como de las sentencias de los casos de responsabilidad civil extracontractual referidos.

### **3.7.3. Instrumentos para la recolección de los datos.**

El instrumento empleado en la presente investigación, con un carácter descriptivo-argumentativo, y conforme a la técnica elegida, es la Guía de Revisión Documental, en tal sentido, esta Guía va a consistir en un esquema organizado donde se sistematizarán los datos y el Fichado de las fuentes documentales a utilizarse en el desarrollo de la investigación.

### **3.7.4. Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de los datos**

En la presente investigación se ha recurrido a distintos métodos de investigación jurídica, tales como:

A) Método Sistemático: Para una interpretación más amplia y armónica de las instituciones y figuras a examinar en el ordenamiento jurídico correspondiente conforme a los objetivos en la presente investigación.

B) Método Dogmático: Recurriendo a la doctrina, a la jurisprudencia y al Derecho comparado, en referencia a los objetivos planteados para el desarrollo de la investigación.

## **IV. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS**

### **4.1. Descripción del trabajo de investigación**

#### **4.1.1. Fases del planeamiento de la investigación.**

La información fue obtenida de fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales en general, de distintos autores y de diversa procedencia para lograr un marco teórico enriquecido.

En el caso específico de la jurisprudencia (*case law*), fue utilizada aquella emitida tanto por las Salas Supremas como las Salas Superiores, de diversa especialidad, pero en casos en los cuales se resolvió sobre daños no patrimoniales en el contexto de las reglas de la responsabilidad civil.

Este conjunto de fuentes documentales ha sido tomado durante y después de la formación de postgrado del maestrante investigador.

#### **4.1.2. Procesamiento de los datos.**

La expresión de las fuentes documentales hechas mención se ha realizado en forma sináptica en la presente investigación, así como también bajo citas cuando correspondía.

Considerando que la investigación tiene un carácter cualitativo y documental, se ha realizado una descripción sintética, así como interpretación en cada fuente documental, buscando desde una concepción filosófica la expresión de justicia más adecuada al ámbito de la responsabilidad civil, así como interpretando

la doctrina y regulación normativa sobre los daños no patrimoniales o extrapatrimoniales, para finalmente analizar los casos pertinentes en la jurisprudencia peruana.

## **4.2. Sustentación de las hipótesis**

### **4.2.1. Hipótesis específica I**

«Un concepto de justicia coherente y satisfactorio conforme al Derecho Privado y, por ende, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, es el propuesto por la justicia correctiva o conmutativa.»

La citada hipótesis es desarrollada en el primer sub-capítulo del marco teórico el cual se denomina “Hacia un concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual”, considerando que el objetivo específico ligado a esta hipótesis era el de justamente argumentar un concepto de justicia en el ámbito demarcado.

Al mismo tiempo, dicho sub-capítulo constituye el marco filosófico que dota de consistencia deontológica para argumentar la hipótesis citada, en tal sentido, hemos observado que existen diversas posturas en relación a la responsabilidad civil extracontractual, así, tenemos a las teorías instrumentalistas y las no instrumentalistas, dentro de las primeras hemos analizado a lo propuesto por el *Law and Economics*, sin embargo, al tratar únicamente a la responsabilidad extracontractual como mero instrumento, sin un propósito propio que tenga pues para el *Law and Economics* la justicia no es un objetivo medible en términos de eficacia, vacía de contenido a la institución, teniendo incluso dificultades en su

concepción si sólo se la trata únicamente como instrumento de eficiencia, aunque no pueda negarse la utilidad del Análisis Económico.

Por otro lado, también dentro de las teorías instrumentalistas, tenemos teorías morales que buscan “prescribir” y otras “remediar” a través de sus postulados, considerando principalmente a la teoría de la justicia distributiva, así como a su vertiente igualitarista, sin embargo, la misma también presenta dificultades en su aplicación, aunque no pueda negarse la importancia valorativa de la misma, dificultades que se presentan al intentar aplicarla en el contexto de aquello característico del Derecho Privado: las relaciones bilaterales entre privados, horizontales, no de administrador-administrados; y que supone aún un inconveniente mayor: el enriquecimiento injusto.

Finalmente, hemos analizado una teoría no instrumentalista, que también es parte de las teorías morales, denominada “formalismo jurídico”, mediante la cual el Derecho de daños podría explicarse como tal, con un contenido propio y específicamente dirigido a como está diseñado el Derecho Privado, en tal sentido, considerando como uno de los elementos centrales en lo que es la autonomía de las personas, su libertad de actuar y de regularse, así como su deber de no causar daño y habiendo causado el mismo de repararlo, tenemos que una justicia que puede actuar sobre las relaciones privadas bilaterales frente a una ganancia/pérdida injusta que invade la esfera de la autonomía de la persona y que puede reparar dicha injusticia es la justicia correctiva.

Por consiguiente, la hipótesis específica I, debe tenerse por **ARGUMENTADA** conforme al análisis de teorías, sus propuestas y críticas realizadas en sí y a la luz del Derecho de daños como uno de los pilares del Derecho Privado, y, en tal sentido y por lo expuesto, esta hipótesis queda **SUSTENTADA**.

#### **4.2.2. Hipótesis específica II**

«La regulación en el Código Civil peruano del daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual adolece de defectos que afectan la claridad de su comprensión dejan un margen de interpretación amplio al no delimitar las consecuencias por daño no patrimonial y los criterios de cuantificación del mismo.»

Esta hipótesis es argumentada en base a los desarrollado en el segundo subcapítulo del marco teórico, el cual es denominado como “El daño no patrimonial en la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho peruano”, en el cual hemos examinado la concepción del daño en la doctrina, tanto extrajera como nacional, de lo general a lo específico, comentando así mismo sobre la codificación y regulación del daño no patrimonial actual.

Así, se ha percibido que la actual regulación de lo referido ha tenido un proceso de codificación informal e irregular, introduciéndose voces como “daño a la persona” y a la par “daño moral” sin mayor análisis, y aunque existan excelentes investigaciones –tal como hemos visto- que permiten “reinterpretar” en forma armónica lo regulado mediante la reclasificación del daño, esta visión integradora

no es muchas veces captada en la jurisprudencia, tal como se aprecia en el tercer sub-capítulo.

Pero lo más preocupante es la consideración en la norma de conceptos ambiguos y figuras complejas como el daño no patrimonial, una preocupación que se refleja en lo normado para su cuantificación: la “equidad”. Así, hemos visto a autores que expresan dicha preocupación en términos de la posibilidad de “círculos viciosos” así como del riesgo de enriquecimiento indebido, producto de una falta de regulación más concreta de aquellos criterios que debe tener en cuenta cada juez para resolver, preocupación que se torna en realidad al contemplar lo expuesto en el tercer sub-capítulo sobre el desarrollo jurisprudencia.

Por consiguiente, la hipótesis específica II, debe tenerse por **ARGUMENTADA**, considerando el análisis de la regulación del daño no patrimonial en la responsabilidad civil extracontractual tal como es plasmada en nuestra codificación, y a la luz de la doctrina, tanto extranjera como nacional, y, en tal sentido y por lo expuesto, esta hipótesis queda **SUSTENTADA**.

#### **4.2.3. Hipótesis específica III.**

«Los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana sobre casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial no se encuentran unificados, observándose casos en los que la cuantificación de los daños difiere en forma abismal, a pesar de ser casos con

características similares, lo que refleja en la práctica un criterio subyacente de “justicia distributiva”.»

La argumentación de esta hipótesis requirió comparar los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana con las posturas existentes y concepción de la justicia desarrollados en los sub-capítulos primero y segundo, hipótesis que es desarrollada en el tercer sub-capítulo en la cual nos abocamos a la práctica judicial en casos que giran en torno al daño no patrimonial.

En tal sentido, en primer lugar, hemos descrito los criterios de aplicación de justicia a través de 6 casos ejemplares en los que se resuelve a nivel de Corte Suprema y también de Corte Superior revocar el *quantum indemnizatorio* establecido en instancias inferiores por el concepto de daño no patrimonial y modificarlo en atención a una “fundamentación” que en la mayoría de casos citados se encuentra ausente o resulta completamente insuficiente.

En segundo lugar, hemos ordenado los criterios sostenidos en diversa jurisprudencia (*case law*) de acuerdo a las funciones de la responsabilidad civil, así como también de acuerdo a tipos de casos en los que concurre siempre pretensión por daño no patrimonial.

Por consiguiente, de lo analizado se desprende una falta de unidad en el criterio jurisprudencial, y al mismo tiempo, pese a que en determinadas sentencias citadas se profesan ideas apegadas a la justicia correctiva, se percibe de la cuantificación (y argumentación) de los daños no patrimoniales, un apego por “distribuir” recursos, que nos permiten **ARGUMENTAR** la hipótesis citada, lo que

consecuencia y por lo expuesto, supone que la misma se encuentra debidamente **SUSTENTADA.**

#### **4.2.4. Hipótesis general.**

«En la jurisprudencia peruana, en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial, no se aplica una forma de justicia adecuada al Derecho Privado.»

Y llegamos a esta hipótesis a través del desarrollo argumentativo en el marco teórico, y de contrastar lo abordado en el marco filosófico, con la doctrina enfocada en la responsabilidad civil extracontractual como institución del Derecho Privado, y con la práctica judicial (*case law*) sobre casos de responsabilidad civil por daño no patrimonial.

Así, habiendo sustentado debidamente que la expresión de justicia más apegada al Derecho privado, considerando su estructura, es la justicia correctiva; habiendo argumentado así también que la regulación actual en la legislación peruana sobre el daño no patrimonial en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual adolece de defectos que afectan su claridad y comprensión, dejando un espacio de discrecionalidad a los jueces y no orientando algún criterio previsible para la concepción del daño como para su cuantificación; y habiendo sostenido que el criterio de justicia subyacente en la práctica judicial sobre casos de daño no patrimonial no es unitario, pero que en su diversidad mayoritariamente se desprende un criterio distributivo; es que, podemos percibir que estamos frente a

una situación de “caos” en lo analizado, y por más que se argumente incluso a nivel jurisprudencial en favor de un criterio correctivo, o de incluso uno igualitarista, lo que resulta en la práctica es un discurso que muchas veces no va unido con lo concluyente en las sentencias, o que en otros casos simplemente no llega a consolidarse como uno argumentativo suficiente.

Entonces, considerando que la jurisprudencia peruana se apega a un criterio distributivo genérico, vemos materializada nuestra preocupación: En la jurisprudencia peruana, en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial, no se aplica una forma de justicia adecuada al Derecho Privado.

Por tanto, habiendo **ARGUMENTADO** las hipótesis específicas a través del logro de los objetivos planteados, nuestra hipótesis general queda **SUSTENTADA** y, por ende, procedemos a **CONFIRMAR** la misma en base a lo expuesto.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1. Conclusiones

#### **Primera.**

En la responsabilidad civil extracontractual, como uno de los pilares del Derecho privado, se ha argumentado la aplicación de diversas teorías de la justicia tales como la correctiva o la distributiva, y aunque esta última resulte persuasiva debido a las propuestas valorativas y sociales, es la justicia correctiva la expresión más adecuada frente a relaciones sustantivas de Derecho privado (agente dañador – víctima) en las que media una conducta indeseable (ganancia/pérdida injusta), y que –*inter alia*– ameritan una solución igualmente bilateral (corrección de la ganancia/pérdida injusta), elementos que sólo son considerados en forma integral (y a un mismo tiempo) a través de la justicia correctiva.

#### **Segunda.**

La doctrina, con un rol trascendental orientando la construcción e interpretación del Derecho es rica y diversa incluso para el Derecho de daños, implicando diferentes (e incluso distantes) posturas, lo que, sumado a una regulación normativa inexacta, laxa o ambigua, puede devenir en una falta de unidad interpretativa, situación que sucede en nuestro ordenamiento jurídico en relación a la misma concepción del daño y a la cuantificación de tal, propiciando un margen de discrecionalidad amplio en los juzgadores y afectando así previsibilidad jurisprudencial (*case law*) –en sentido estricto.

### **Tercera.**

En la jurisprudencia peruana (*case law*) no se percibe unidad de criterio sobre casos de daño no patrimonial, sino diversas posiciones doctrinarias asumidas, así como criterios valorativos sobre el daño, que permiten afirmar la existencia de una margen de discrecionalidad amplio en la práctica judicial. Sin embargo, aún con dicha multiplicidad de criterios, el criterio que subyace a lo que finalmente se decide sobre el daño y a la cuantificación del mismo, dista de acercarse a lo postulado por la justicia correctiva, y en muchos casos, incluso dista de lo propuesto por las teorías morales del Derecho.

### **Cuarta.**

Teniendo en panorama el desarrollo normativo y jurisprudencial peruano sobre el daño no patrimonial en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual, podemos afirmar que no se aplica una forma de justicia adecuada. Pero también podemos sostener algo que resulta más preocupante aún: la falta de precisión normativa y de orientación valorativa (*value-oriented*), sumado a la insuficiencia argumentativa sobre la concepción y cuantificación del daño, deja a un amplio margen de potencial arbitrariedad del juzgador este tipo de casos, impidiendo, además, la previsibilidad de criterios jurisprudenciales.

## 5.2. Recomendaciones

### Primera.

Como primer punto se recomienda establecer un sistema de tablas para la determinación del *quantum indemnizatorio* en los diferentes casos, y concibiendo asimismo factores agravantes y atenuantes sobre lo establecido.

Para el establecimiento de los montos base consideramos propicio realizar estudios sobre los montos que cubren los seguros (*insurance*) de acceso al público y de acuerdo a la realidad peruana para fijar montos sobre el promedio de los tales, sin perjuicio de tomar en cuenta las tablas establecidas en otros ordenamientos jurídicos como España o Bélgica, aunque teniendo muy en consideración el costo de vida y aspectos económicos en relación a tales ordenamientos.

Para el establecimiento de agravantes y atenuantes, recomendamos no tomar en consideración como criterios la capacidad económica de ninguna de las partes, pues ello propiciaría desigualdades, sino que preeminente se consideren 1) niveles de magnitud del daño, 2) comportamiento de las partes en el escenario y contexto del acontecimiento lesivo.

### Segunda.

Como segundo punto se recomienda mejorar el sistema de jurisprudencia (*case law*) peruano, ya que, en la actualidad no permite una visualización panorámica de los criterios existentes o mayoritarios, así, esta recomendación se dirige a la implementación y mejora de dicho sistema tanto a nivel de Corte Suprema como de Cortes Superiores.

Además de permitir una visualización panorámica de criterios existentes, ello posibilitaría una herramienta útil a los mismos magistrados, así como servir de igual manera de herramienta a los litigantes y a los justiciables en general, propiciando al mismo tiempo la posibilidad de transparencia y “fiscalización” de lo que se ordena.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcorn v. Mitchell, 63 Ill. 553 (Supreme Court of Illinois June 1872).
- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales.
- Aristóteles. (trad. 1959). *Ética a Nicómaco*. (M. Araujo, & J. Marías, Trans.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beltrán Pacheco, J. (2010). Valorización equitativa del resarcimiento. In G. Jurídica, *Código Civil Comentado* (Tercera ed., Vol. VI, pp. 739-741). Lima: Gaceta Jurídica.
- Black, H. C. (1979). *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minn.: West Publishing Co.
- Borghetti, J.-S. (2014). Los intereses tutelables y la dimensión de los perjuicios reparables en el Derecho Francés de la Responsabilidad Civil Extracontractual. *Thēmis - Revista de Derecho*, Nro. 66, 285-307.
- Bullard González, A., Escobar Rozas, F., & León Hilario, L. (2012, Diciembre). Temas de responsabilidad civil en debate: nuevas tendencias. *Ius et Veritas*, Nro. 45, 422-433.
- Calabresi, G. (1970). *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Calabresi, G. (1975). Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. *The University of Chicago Law Review*, 43(1), 69-108.
- Calabresi, G. (2016, Julio). Una visión más amplia de la Catedral: El significado de la regla de responsabilidad. Corrigiendo un malentendido. *Ius et Veritas*, Nro. 52, 384-396.

- Calabresi, G., & Melamed, A. D. (1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral. *Estudios Públicos*, 63, 347-391.
- Cane, P. (2006). *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cappelletti, M. (2015). Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 32(3), 799-848.
- Casación N.º 3289-2015-Callao (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Enero 19, 2017).
- Casación N.º 00579-2005-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Diciembre 20, 2005).
- Casación N.º 00635-2012-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Noviembre 15, 2012).
- Casación N.º 00731-2015-La Libertad (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Noviembre 27, 2015).
- Casación N.º 01125-95-Arequipa (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Mayo 22, 1998).
- Casación N.º 02108-2014-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Julio 13, 2015).
- Casación N.º 0785-2015-Huánuco (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Noviembre 26, 2015).
- Casación N.º 1363-2014-Huancavelica (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Mayo 22, 2015).
- Casación N.º 1676-2004-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Setiembre 26, 2005).

- Casación N° 4393-2013-La Libertad (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Junio 19, 2014).
- Casación N° 5721-2011-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Julio 2, 2013).
- Cassell and Co. Ltd. v. Broome and another, [1972] UKHL 3 (House of Lords February 23, 1972).
- Chapman, B. (2002). Pluralism in Tort and Accident Law: Towards a Reasonable Accommodation. In G. J. Postema, *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 276-321). Cambridge: Cambridge University Press.
- Chiassoni, P. (2013). *El Análisis Económico del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Coleman, J. L. (1988). The Economic Structure of Tort Law. *Faculty Scholarship Series*, 97, 1233-1253.
- Coleman, J. L. (1992). *Risks and Wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y Daños*. Madrid: Marcial Pons.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2011). *Law and Economics* (Sixth ed.). Boston: Pearson.
- Costanza, M. (2003). Qualche riflessione sul danno esistenziale a margine di una sentenza del Tribunale di Milano. *Giurisprudenza Italiana, Anno CLV(IV)*, 1063-1064.
- De Trazegnies Granda, F. (1980). *Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil*. Lima.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual* (Sétima ed., Vol. II). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dimond v. Lovell, [2000] UKHL 27 (House of Lords Mayo 11, 2000).

Englard, I. (2009). *Corrective & Distributive Justice: from Aristotle to modern times*. New York: Oxford University Press.

Espinoza Espinoza, J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Octava ed.). Lima: Instituto Pacífico.

European Group on Tort Law. (2005). Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*(9), 221-234.

Exp. N° 18707-2011 (Corte Superior de Justicia de Lima Setiembre 21, 2012).

Exp. N° 00087-2007 (Corte Superior de Justicia de Sullana Mayo 5, 2015).

Exp. N° 00146-2016 (Corte Superior de Justicia de Tacna Abril 30, 2018).

Exp. N° 00231-2016 (Corte Superior de Justicia de La Libertad Agosto 11, 2016).

Exp. N° 00606-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Abril 27, 2018).

Exp. N° 00669-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Marzo 15, 2017).

Exp. N° 00757-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Enero 7, 2017).

Exp. N° 00803-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Enero 18, 2017).

Exp. N° 01049-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Noviembre 17, 2017).

Exp. N° 01156-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Octubre 31, 2017).

Exp. N° 01414-2004 (Corte Superior de Justicia de Tacna Junio 10, 2010).

Exp. N° 01415-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Enero 3, 2017).

Exp. N° 01882-2011 (Corte Superior de Justicia de Ayacucho Noviembre 1, 2014).

Exp. N° 01946-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Enero 18, 2017).

Exp. N° 02142-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Abril 28, 2017).

Exp. N° 02169-2015 (Corte Superior de Justicia de Tacna Enero 30, 2017).

- Exp. N° 03405-2011 (Corte Superior de Justicia de Lima Norte Mayo 2, 2016).
- Exp. N° 05157-2007 (Corte Superior de Justicia de Lima Junio 24, 2015).
- Exp. N° 1897-2011 (Corte Superior de Justicia de La Libertad Setiembre 14, 2012).
- Ezorsky, G. (1972). *Philosophical Perspectives on Punishment*. Albany: SUNY Press.
- Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. In J. (. Espinoza Espinoza, *Análisis sistemático del Código Civil: A tres décadas de su promulgación* (pp. 489-524). Lima: Instituto Pacífico.
- Ferrer Beltrán, J., Moreso, J. J., & Papayannis, D. M. (Eds.). (2012). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Franzoni, M. (1999). La evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones. *Ius et Veritas, Nro. 18*, 68-87.
- Franzoni, M. (1999). La función del resarcimiento del daño no patrimonial. *De Iure, Año 1*(1), 21 y ss.
- Franzoni, M. (2010). *Il danno risarcibile* (Seconda ed.). Milano: Giuffrè.
- Fried, C. (2015). *Contract as promise: a theory of contractual obligation* (Second ed.). New York: Oxford University Press.
- Galgano, F. (2010). *Trattato di diritto civile* (Vol. I). Milano: CEDAM.
- Geistfeld, M. (2002). Economics, Moral Philosophy, and the Positive Analysis of Tort Law. In G. J. Postema, *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 250-275). Cambridge: Cambridge University Press.
- Gold, A. S. (2011). A moral rights theory of private law. *William and Mary Law Review, 52*(6), 1873-1931.

- Goldberg, J. C. (2011). Tort in Three Dimensions. *Pepperdine Law Review*, 38(2), 321-336.
- Goldberg, J. C. (2012). Introduction: Pragmatism and Private Law. *Harvard Law Review*, 125(7), 1640-1663.
- Goldberg, J. C. (2015). Inexcusable Wrongs. *California Law Review*, 103(3), 467-512.
- Goldberg, J. C., & Zipursky, B. C. (2007). Tort Law and Moral Luck. *Cornell Law Review*, 92(6), 1123-1176.
- Gómez Marín, M., & Gil y Gómez, P. (Eds.). (1872). *El Digesto del emperador Justiniano* (Vol. I). (B. A. Rodríguez de Fonseca, Trans.) Madrid: Ramón Vicente.
- Hegel, G. W. (1979). *Sobre las maneras de tratar científicamente el Derecho Natural*. (D. Negro Pavon, Trans.) Madrid: Aguilar.
- Hershovitz, S. (2014). Tort as a Substitute for Revenge. In J. Oberdiek, *Philosophical Foundations of The Law of Torts* (pp. 86-102). Oxford: Oxford University Press.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of Law. *Harvard Law Review*, 10, 457-478.
- Horwitz, M. J. (1982). History of the Public/Private Distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, 130(6), 1423-1428.
- Huang, B. I. (2014). Surprisingly Punitive Damages. *Virginia Law Review*, 100(5), 1027-1059.
- Jackson, B. (1988). *Law, Fact, and Narrative Coherence*. Liverpool: Deborah Charles Publications.
- Kant, I. (trad. 2008). *La Metafísica de las Costumbres* (Cuarta ed.). (A. Cortina Orts, & J. Conill Sancho, Trans.) Madrid: Tecnos.

- Keating, G. (2002). A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents. In G. J. Postema, *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 22-71). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1957). *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: University of California Press.
- Keren-Paz, T. (2007). *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate Publishing.
- Kiam v. MGN Ltd., [2002] EWCA Civ 43 (England and Wales Court of Appeal (Civil Division) January 28, 2002).
- Lagden v O'Connor, [2003] UKHL 64 (House of Lords December 4, 2003).
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987). *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- León Hilario, L. (2017). *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (Tercera ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- MacCormick, N. (1984). Coherence in Legal Justification. In A. Peczenik, L. Lindahl, & B. V. Roermund (Eds.), *Theory of Legal Science* (Vol. 176). Dordrecht: D, Reidel Publishing Company.
- Markel, D. (2009). How should punitive damages work? *University of Pennsylvania Law Review*, 157(5), 1383-1484.
- Merino Acuña, R. (2016). *Justicia social y economía en la Teoría del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Olson, T. B., Boutros, T. J., & Corboy, P. H. (1991). At Issue: Punitive Damages. *ABA Journal*, 77(1), 40-41.
- Papayannis, D. M. (2010). Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. *Tesis Doctoral*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

- Papayannis, D. M. (Ed.). (2013). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Madrid: Marcial Pons.
- Papayannis, D. M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Polinsky, M. A., & Shavell, S. (1998, February). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, *111*(4), 869-962.
- Posner, R. A. (1970). Book Review (reviewing Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* [1970]). *Chicago Law Review*, *37*, 636-648.
- Posner, R. A. (1986). *Economic Analysis of Law* (Third ed.). Boston: Little Brown.
- Posner, R. A. (1987). The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987.pdf. *Harvard Law Review*, *100*, 761-780.
- Posner, R. A. (1997). *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Clarendon Press.
- Posner, R. A. (2005). Guido Calabresi's 'The Costs of Accidents': A Reassessment. *Maryland Law Review*, *64*, 12-23.
- Postema, G. J. (2002). Introduction: Search for an Explanatory Theory of Torts. In G. J. Postema, *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 1-21). Cambridge: Cambridge University Press.
- R.N. N° 00449-2009-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Julio 9, 2009).
- R.N. N° 01658-2014-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Marzo 15, 2016).
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Revoredo Marsano, D. (2015). *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil* (Segunda ed., Vol. VI). Lima: Thomson Reuters.
- Rookes v. Barnard, [1964] UKHL 1 (House of Lords January 21, 1964).
- Salvi, C. (2015). El daño. En L. León, *Estudios sobre la Responsabilidad Civil* (pp. 268-298). Lima: ARA Editores.
- Shapiro, S. J. (2010). What is law (and why should we care)? *1st. Conference on philosophy and law neutrality and theory of law*. Girona: Marcial Pons.
- Shavell, S. (2007). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Solarte Rodríguez, A. (2015). Responsabilidad civil y equidad en el Código Civil peruano de 1984. Análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. In *Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil* (pp. 271-306). Lima: Gaceta Jurídica.
- Soto Coaguila, C. A. (2015). *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: comentarios a las normas del código civil* (Vol. I). Lima: Instituto Pacífico.
- Soto Coaguila, C. A. (2015). *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: comentarios a las normas del código civil* (Vol. II). Lima: Instituto Pacífico.
- Stein, A. (2017, April). The domain of torts. *Columbia Law Review*, 117(3), 535-611.
- Sunstein, C. R., Kahneman, D., & Schkade, D. (1997). *Assessing Punitive Damages...* Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 50.

- Sunstein, C. R., Kahneman, D., Schkade, D., & Ritov, I. (2001). *Predictably Incoherent Judgments*. Chicago: John M. Olin Program in L. & Econ. Working Paper No. 131.
- Sunstein, C. R., Schkade, D., & Kahneman, D. (2000). Deliberating about Dollars: The Severity Shift. *Columbia Law Review*, 100(4), 1139-1175.
- Sunstein, C. R., Schkade, D., & Kahneman, D. (1999). *Do People Want Optimal Deterrence?* Chicago: John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper No. 77.
- Tarello, G. (2017). *El realismo jurídico americano*. Lima: Palestra Editores.
- Unger, R. M. (1983). The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, 96(3), 561-675.
- V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Agosto 4, 2017).
- Valdivia Cano, J. C. (2017). *La Caja de Herramientas. Investigación jurídica integral*. Arequipa: Fondo Editorial Francisco Mostajo.
- Velasco Caballero, F. (2014). *Derecho público más Derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.
- Weinrib, E. J. (1989). Understanding Tort Law. *Valparaiso University Law Review*, 23(3), 485-526.
- Weinrib, E. J. (2012). *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Weinrib, E. J. (2017). *La idea de derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.

### ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL INFORME FINAL

Maestrante: HERRERA PÉREZ, Enlil Iván

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p><b>Principal</b> ¿Se aplica una forma de justicia adecuada al Derecho Privado en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana?</p>	<p><b>Principal</b> Demostrar que la forma de justicia aplicada en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana bajo un criterio distributivo no es adecuada a la naturaleza del Derecho privado.</p>	<p><b>Principal</b> En la jurisprudencia peruana, en los casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial, no se aplica una forma de justicia adecuada al Derecho Privado.</p>	<p><b>VA)</b> Jurisprudencia peruana en materia de daño no patrimonial en el ámbito de responsabilidad civil extracontractual. <b>VB)</b> Aplicación de una forma de justicia.</p>	<p><b>Tipo de Investigación:</b> Por la finalidad o propósito de la presente, se trata de una investigación básica o pura. Por las fuentes de información se trata de una investigación documental o bibliográfica. Por el ámbito en el que se desarrolla se trata de una investigación dogmática. <b>Nivel de Investigación:</b> El nivel de investigación es descriptivo-argumentativo, con carácter exploratorio. <b>Método de Investigación:</b> Conforme al ámbito el método es documental, imperando una indagación a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales, tales como dispositivos legales, normas jurídicas, doctrina jurídica de la materia, contenida en diversos tipos de documentos, y jurisprudencia.</p>
<p><b>Específicos</b> ¿Qué concepto de justicia puede argumentarse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual?</p>	<p><b>Específicos</b> Argumentar un concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.</p>	<p><b>Específicas</b> Un concepto de justicia coherente y satisfactorio conforme al Derecho Privado y, por ende, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, es el propuesto por la justicia correctiva o conmutativa.</p>	<p><b>VU)</b> Concepto de justicia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.</p>	
<p>¿Cómo se encuentra regulado el daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano?</p>	<p>Analizar la regulación del daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano.</p>	<p>La regulación en el Código Civil peruano del daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual adolece de defectos que afectan la claridad de su comprensión dejan un margen de interpretación amplio al no delimitar las consecuencias por daño no patrimonial y los criterios de cuantificación del mismo.</p>	<p><b>VU)</b> Regulación en el Código Civil peruano del daño no patrimonial en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.</p>	
<p>¿Cuáles son los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana sobre casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial?</p>	<p>Comparar los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana sobre casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial.</p>	<p>Los criterios de aplicación de justicia en la jurisprudencia peruana sobre casos de responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial no se encuentran unificados, observándose casos en los que la cuantificación de los daños difiere en forma abismal, a pesar de ser casos con características similares, lo que refleja en la práctica un criterio subyacente de “justicia distributiva”.</p>	<p><b>VA)</b> Jurisprudencia peruana en materia de daño no patrimonial en el ámbito de responsabilidad civil extracontractual. <b>VB)</b> Criterios de aplicación de justicia.</p>	