

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN : DERECHO

LÍNEA : DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS

**“FLEXIBILIDAD DE LA CARGA PROBATORIA EN LA DETERMINACIÓN
DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO EN DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES
SUBJETIVOS”**

Presentado por:

PERCY HARDY HORNA LEÓN

Asesor:

M. Cs. JOSÉ PEDRO CERDÁN URBINA

Cajamarca, Perú

2016

COPYRIGHT © 2016 por

PERCY HARDY HORNA LEON

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN : DERECHO

LÍNEA : DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS

**“FLEXIBILIDAD DE LA CARGA PROBATORIA EN LA DETERMINACIÓN
DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO EN DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES
SUBJETIVOS”**

Presentado por:

PERCY HARDY HORNA LEÓN

COMITÉ CIENTÍFICO

M. Cs. JULIO A. VILANUEVA PASTOR
Presidente del Comité

M. Cs. JUAN C. TELLO VILLANUEVA
Miembro Titular

M. Cs. ROBERT CABRERA VARGAS
Miembro Titular

M. Cs. JOSE P. CERDÁN URBINA
Asesor

Cajamarca, Perú

2016

A:

Henry y Consuelo, mis padres, por el apoyo incondicional recibido siempre.

AGRADECIMIENTO

A mi Asesor, por su valioso apoyo, así como a los demás
Profesionales que contribuyeron con sus sugerencias a
mejorar el presente trabajo.

CONTENIDO

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	ix

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

I. MARCO EMPÍRICO Y TELEOLÓGICO	01
1.1. Planteamiento y delimitación del Problema	01
1.2. Formulación del Problema	04
1.3. Objetivos	04
1.3.1. General	04
1.3.2. Específicos	05
1.4. Justificación e Importancia	04
1.5. Delimitaciones de la Investigación	07
II. HIPOTESIS Y CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES	07
2.1. Hipótesis	07
2.2. Categorización de variables	08
III. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	08
3.1. Diseño de la Investigación	08
3.2. Tipo de Investigación	09
A. De acuerdo al fin que persigue	09
B. Según el Nivel de Conocimiento	09
3.3. Métodos	09

3.4. Técnicas e Instrumentos de recopilación de datos	11
3.5. Unidad de Análisis	12
3.6. Técnicas para la contrastación de la hipótesis	13

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	14
2.1.1. Noción sobre responsabilidad	14
2.1.2. Enfoques sobre la Responsabilidad Civil	15
A. Responsabilidad Civil Contractual	16
B. Responsabilidad Civil Extracontractual	17
C. El diferente régimen jurídico de los sistemas de responsabilidad civil	18
2.1.3. Elementos de la responsabilidad Civil	19
A. Imputabilidad	19
B. Ilícitud o hecho generador del daño	21
C. Daño	22
D. Relación de Causalidad	31
E. Factor de Atribución	35
a. Factores de atribución subjetivos	35
b. Factores de atribución objetivos	38
2.1.4. Tipos de responsabilidad civil según el factor de atribución	42
A. Responsabilidad Subjetiva	42
B. Responsabilidad objetiva	43
2.2. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	47
A. Contenido	47
B. Manifestaciones del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva	49
a. Derecho de acceso a la Jurisdicción	50
b. Derecho a una resolución fundada en Derecho	51
c. El Debido Proceso	53
d. Efectividad de la resolución que pone fin al Proceso	55

CAPÍTULO III
FUNCIONALIDAD DE LA PRUEBA EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

3.1. El Derecho a la prueba	57
A. La prueba como derecho constitucional implícito	57
B. Componentes del derecho a probar	58
3.2. La carga de la prueba	61
3.3. La carga de la prueba del daño y la relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual	65
A. La prueba de la causalidad adecuada	68
B. La prueba dinámica	69

CAPÍTULO IV
FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE JUSTIFICAN LA FLEXIBILIDAD
PROBATORIA EN LA DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO
EXTRAPATRIMONIAL SUBJETIVO Y EL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO

4.1. La relevancia constitucional de los valores jurídicos afectados en daños extrapatrimoniales subjetivos	73
4.1.1. Derechos fundamentales vinculados al ámbito extrapatrimonial	73
A. Derecho a la Vida	76
B. Derecho a la dignidad.....	77
C. Derecho a la integridad física, psíquica y moral	80
D. Derecho al libre desarrollo y bienestar	83
E. Derecho a la salud	85
4.2. Principio de la reparación íntegra de la víctima de daño directo o por repercusión	89
A. Perjudicado directo	89
B. Perjudicados por repercusión	90
C. Principio de la reparación integral	91
4.3. Principio de la apreciación subjetiva o concreta de la medida de la reparación	93
4.4. La Complejidad de la carga probatoria en daños extrapatrimoniales subjetivos	94
A. El daño moral evidente y la prueba <i>in re ipsa</i>	96
B. El daño moral evidente y los hechos notorios	97

C. El daño moral evidente y los hechos que excluyen su existencia	97
4.5. Tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima del daño	101

CAPÍTULO V

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Contrastación de la hipótesis	104
CONCLUSIONES	124
SUGERENCIAS	126
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

RESUMEN

En la presente investigación se ha planteado la siguiente formulación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justificarían la flexibilidad de la carga probatoria en la determinación de daños extrapatrimoniales subjetivos y el establecimiento del *quantum* indemnizatorio a favor de las víctimas directa o por repercusión, en casos de responsabilidad civil extracontractual?, teniendo como objetivos específicos: a. Determinar la implicancia de los daños de carácter extrapatrimoniales subjetivo en la afectación de valores constitucionalmente protegidos de la víctima directa o por repercusión; b. Analizar la implicancia de los principios de íntegra reparación de la víctima y de apreciación *in concreto* del daño en la flexibilización de la carga probatoria en daños extrapatrimoniales subjetivos; c. Determinar la relación entre la dificultad probatoria en los daños extrapatrimoniales subjetivos y la justificación de la flexibilidad de la carga probatoria a cargo del demandante; d. Explicar la relación entre el otorgamiento de tutela jurisdiccional efectiva a favor del accionante y la flexibilidad de la carga probatoria en daños extrapatrimoniales subjetivos; y, c. Analizar los criterios de determinación y valoración utilizados por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca para determinar la existencia y el monto indemnizatorio en daños extrapatrimoniales derivados de responsabilidad civil extracontractual, durante el periodo 2012 - 2014. Para ello se ha seguido el Diseño No Experimental, teniendo como referente el Paradigma Interpretativo, bajo los métodos Inductivo-deductivo; Analítico-sintético, Dogmático y Hermenéutico; y, como técnica de contratación al Análisis Documental y la Argumentación, a partir de las cuales se han construido las conclusiones. Por lo tanto, según el nivel explicativo utilizado, se determina que los daños patrimoniales requieren ser acreditados, no solo en su existencia, sino en su cuantía; pero no sucede lo mismo cuando se trata de daños extrapatrimoniales, los cuales representan una afectación directa en la esfera interna de la persona humana, por lo que siendo así, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, resulta razonable adoptar un tratamiento flexible en la carga de la prueba de quien alega haber sido víctima de tal daño, ello debido a la dificultad de poder probar a plenitud la existencia concreta, así como la magnitud de la afectación que tal hecho ha generado en dicha esfera subjetiva, además de la preponderancia constitucional de los bienes jurídicos afectados, los cuales deben prevalecer frente a las exigencias formales de probar el daño del que ha sido objeto, así como de su cuantía, ello en aras de la justicia y de la equidad, con lo cual se podrá alegar que se ha otorgado una Tutela Jurisdiccional Efectiva a quien ha sido víctima de daños extrapatrimoniales subjetivos.

Palabras clave. Daño extrapatrimonial; indemnización; carga probatoria; íntegra reparación; flexibilidad probatoria.

ABSTRACT

In this research it has raised the following formulation: What are the legal arguments would justify the flexibility of the burden of proof in determining subjective immaterial losses and the establishment of compensatory damages on behalf of victims or direct impact on tort liability cases?, having the following objectives: a. Determine the implications of non-pecuniary damages of subjective character values in affecting constitutionally protected from direct impact or victim; b. Analyze the implications of the principles of full reparation to the victim and assessing in particular the damage to the loosening of the burden of proof in subjective pecuniary damage; c. Determine the relationship between the evidentiary difficulty subjective pecuniary damage and the justification for the flexibility of the burden of proof by the applicant; d. Explain the relationship between the granting of effective judicial protection in favor of the plaintiff and flexibility of the burden of proof in subjective pecuniary damage; and , e . Analyze the criteria for determining and assessment used by the Civil Chambers of the Superior Court of Justice Cajamarca to determine the existence and amount of compensation for non-pecuniary damage resulting from tort liability during the period 2012 -2014. For this we have followed the non-experimental design, taking as reference the interpretive paradigm, under the inductive and deductive methods; Analytic-synthetic, dogmatic and hermeneutic; and as technical backlog as documentary analysis and argumentation, from which the conclusions have been built. Therefore, according to the explanatory level used, it is determined that the economic damage need to be accredited, not only its existence but in amount; but not the case when it comes to non-pecuniary losses, which represent a direct involvement in the internal sphere of the human person, so that way, in the field of tort, it is reasonable to adopt a flexible approach in the load test who claims to have been the victim of such damage, that due to the difficulty of trying to fully concrete existence and magnitude of the effects that this fact has generated in this subjective sphere, as well as the constitutional preponderance of those affected legal rights, which must prevail over the formal requirements to prove that damage has been, and its amount, that in the interests of justice and equity, which may be claimed that it has granted an effective judicial protection who has been the victim of subjective pecuniary damage.

Keywords. Extra-damage; compensation; burden of proof; full compensation; probation flexibility.

INTRODUCCIÓN

Hacer mención a la valoración y prueba del daño moral significa referirse a dos temas que procesalmente se suceden uno del otro; esto es, la existencia del perjuicio en el ámbito extrapatrimonial y el monto que debe corresponder a dicho daño. Por lo tanto, se tiene que la prueba de la existencia del agravio constituye la primera etapa dentro del proceso de daños, en donde su objetivo será lograr la convicción del juzgador en cuanto a la existencia de un interés extrapatrimonial vulnerado por parte de un sujeto imputable, para luego y en base a ello determinar el *quantum* indemnizatorio.

Bajo esta perspectiva, el artículo 1984° del Código Civil vigente señala que “*El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*”, de lo cual se advierte claramente que quien pretenda ser indemnizado por afectación a bienes jurídicos extrapatrimoniales, debe probar previamente la existencia del daño, conforme a lo dispuesto por el artículo 196° del Código Procesal Civil, el cual refiere que “*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión...*”; y ello es así, en razón que en el caso de los daños derivados de responsabilidad extracontractual no existe disposición legal diferente que lo excluya de la carga de probar lo alegado en relación a la existencia de dicho daño, para lo cual – incluso – se recurre a la teoría de la prueba dinámica en dicho extremo, toda vez que el demandante se encontraría en mejores condiciones de producir y ofrecer al Juez la prueba necesaria o indispensable no solo sobre su existencia, sino respecto de la magnitud del mismo.

No obstante lo indicado, se debe señalar que la naturaleza subjetiva del daño moral, atentatorio de los atributos inherentes a la persona humana constituye un obstáculo insalvable para

sostener una valoración objetiva del mismo, razón por la cual se propicia la flexibilidad de la carga de la prueba, no solo en el ámbito de la existencia del daño y su impacto en los bienes de contenido extrapatrimonial de la víctima directa o por repercusión, sino en la determinación del *quantum* indemnizatorio. Sin duda que este cambio en la estructura rígida del *onus probandi* obedece al reconocimiento del Proceso como un mecanismo cuyo objetivo final es la decisión justa del litigio a través de la verdad material, previa conciliación con el principio dispositivo, de igualdad de las partes y de aportación de prueba de parte.

Por lo tanto, se considera que la indemnización del daño extrapatrimonial subjetivo de la víctima deberá basarse en el principio de íntegra reparación, así como en la apreciación *in concreto* del daño, a efecto de lograr que la misma sea adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar razonablemente los daños sufridos en dicho ámbito de la persona humana; pero cuidando que tal reparación deba limitarse en estricto al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no generar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado; por tal razón se hace necesario que, al momento de establecerse la existencia del daño se recurra a la teoría de las presunciones, así como a las circunstancias concretas que rodean al hecho dañoso y su impacto para poder establecer el *quantum* indemnizatorio a favor de la víctima, ya sea directa o por repercusión.

En tal sentido, para el propósito propuesto, la presente Tesis se estructura en cinco capítulos. El primero de ellos está orientado al desarrollo metodológico de la investigación, el cual se sustentado en un Diseño No Experimental, de nivel explicativo. El segundo capítulo está dedicado al Marco Teórico doctrinal, en el cual se desarrollan las bases teóricas bajo las cuales encuentran sustento las instituciones jurídicas abordadas en la investigación. En el tercer capítulo se aborda la funcionalidad de la prueba en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, partiendo de la concepción de la prueba como derecho constitucional

implícito y las reglas bajo las cuales opera la carga de la prueba en el Derecho de Daños. En el capítulo cuarto se desarrollan los fundamentos jurídicos que justifican la flexibilidad probatoria en la determinación del daño extrapatrimonial subjetivo, en situaciones de responsabilidad extracontractual, así como su determinación para efectos indemnizatorios; es decir, tal capítulo constituye la concepción teórica bajo la cual sostenemos nuestro planteamiento. En el capítulo quinto se procede al análisis y discusión de resultados, con lo cual evidenciamos la contrastación de la hipótesis planteada; siendo que para ello se ha recurrido a distintas fuentes de información teórica y práctica, como son las resoluciones emitidas por las Salas Civiles de la Corte Superior de Cajamarca, durante los años 2012 -2014.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS

I. MARCO EMPÍRICO Y TELEOLÓGICO

1.1. Planteamiento y delimitación del Problema.

Si bien la tendencia moderna del Derecho de Daños justifica la unificación del Sistema de Responsabilidad Civil; sin embargo, en el Código Civil de 1994 aún está vigente su regulación diferenciada; puesto que en el Libro VI aparece con la denominación de Inejecución de Obligaciones, en tanto que en el Libro VII, bajo el rubro de Responsabilidad Extracontractual; pues, a pesar de la concurrencia de los mismos elementos conformantes, existen diferencias sustanciales en cuanto al tratamiento de algunos de ellos, lo cual es relevante para poder determinar si el sujeto imputable debe responder o no por los daños provocados, dado que “el daño, entonces, pasa a ser el presupuesto vital de la responsabilidad” (De Lorenzo 1996, p. 29).

No obstante lo indicado, frente a la ocurrencia del daño patrimonial o extrapatrimonial, la víctima directa o por repercusión debe afrontar las rígidas exigencias de las reglas probatorias previstas tanto en el Derecho Sustantivo como Adjetivo, vinculadas a la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, cuya dificultad mayor se advierte indudablemente en lo referente al tratamiento de los daños extpatrimoniales.

En el ámbito de la Responsabilidad Civil Contractual, el artículo 1322° del Código Civil refiere que *“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”*; en tanto que el artículo 1331° menciona que *“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*; sin embargo, el artículo 1332° del mismo cuerpo normativo precisa que *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”*, de lo cual se tiene que, bajo los parámetros de regulación de la indemnización por daños derivados de inejecución de obligaciones, existe la permisibilidad legal de hacer uso de mecanismos valorativos que derrotan la regla de la carga probatoria prevista en el artículo 196° del Código Procesal Civil, el cual precisa que *“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”*, lo cual no sucede con las disposiciones de la Sección Sexta del Libro VII del Código Civil, en cuanto a la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño extrapatrimonial; pues, si bien el artículo 1984° señala que *“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”*, agregando el artículo 1985 que *“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...”*, no obstante ello, quien pretende obtener una indemnización por el daño sufrido en dicho ámbito, se encontraría sometido a la previsión de lo establecido en el artículo 196° del Código Procesal Civil, dado que no existe disposición legal diferente que lo excluya de la carga de probar lo alegado en relación a dicho daño; pues, el artículo 200° del mismo Código refiere que *“Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvención, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada”*; por lo tanto, se

advierte que en el caso que una persona sea objeto de daños extrapatrimoniales, al momento de pretender su indemnización, deberá probar no sólo la ocurrencia de los mismos, sino también el monto que será indemnizable.

Ahora bien, atendiendo a que el daño extrapatrimonial representa una afectación directa en la esfera interna de la persona, lo cual tiene graves repercusiones en su libre desarrollo, por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se requiere un tratamiento flexible en la carga de la prueba de quien alega haber sido víctima de tal daño, tanto por acción u omisión del sujeto imputable, ello debido a la dificultad de poder probar a plenitud la existencia concreta, así como la afectación en dicha esfera; con mayor razón si se considera que este tipo de daños afecta valores constitucionalmente protegidos, los mismos que se encuentran previstos en el artículo 2º, numeral 1) de la Constitución Política, el cual establece que toda persona tiene derecho “*A la vida, ... a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...*”; además de la dignidad de la persona que ha sido objeto de daño y que le resulta dificultoso tener que probarlos, de ahí la importancia de poder analizar la prevalencia de la satisfacción de la víctima frente a las exigencias formales de probar el daño del que ha sido objeto, así como de su cuantía.

En consecuencia, atendiendo al problema referido, se ha procedido a analizar la razonabilidad de propiciar la flexibilidad de la carga probatoria en casos de daños de carácter extrapatrimonial subjetivo en las víctimas directas o por repercusión en el Sistema de Responsabilidad Extracontractual, a efecto de otorgarles Tutela Jurisdiccional Efectiva acorde con la magnitud de los daños que han sufrido; por lo que siendo así, se tiene que la presente investigación se ha circunscrito al análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal sobre el tema, teniendo como referencias específicas las

resoluciones que han emitido las Salas Civiles de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, durante el periodo 2012 – 2014 en relación al tema indemnizatorio vinculado a daños extrapatrimoniales, especialmente de tipo subjetivo.

1.2. Formulación del Problema.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justificarían la flexibilidad de la carga probatoria en la determinación de daños extrapatrimoniales subjetivos y el establecimiento del *quantum* indemnizatorio a favor de las víctimas directa o por repercusión, en casos de responsabilidad civil extracontractual?

1.3. Objetivos.

1.3.1. General.

Determinar los fundamentos jurídicos que justificarían la flexibilidad de la carga probatoria en la determinación de daños extrapatrimoniales subjetivos y el establecimiento del *quantum* indemnizatorio a favor de las víctimas directa o por repercusión, en casos de responsabilidad civil extracontractual.

1.3.2. Específicos.

- a. Determinar la implicancia de los daños de carácter extrapatrimoniales subjetivo en la afectación de valores constitucionalmente protegidos de la víctima directa o por repercusión.

- b. Analizar la implicancia de los principios de íntegra reparación de la víctima y de apreciación *in concreto* del daño en la flexibilización de la carga probatoria en daños extrapatrimoniales subjetivos.
- c. Determinar la relación entre la dificultad probatoria en los daños extrapatrimoniales subjetivos y la justificación de la flexibilidad de la carga probatoria a cargo del demandante.
- d. Explicar la relación entre el otorgamiento de tutela jurisdiccional efectiva a favor del accionante y la flexibilidad de la carga probatoria en daños extrapatrimoniales subjetivos.
- c. Analizar los criterios de determinación y valoración utilizados por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca para determinar la existencia y el monto indemnizatorio en daños extrapatrimoniales derivados de responsabilidad civil extracontractual, durante el periodo 2012 -2014.

1.4. Justificación e Importancia.

En las múltiples relaciones a través de las cuales se vinculan las personas en los distintos aspectos de su vida, existe la posibilidad de que algunas de ellas sean víctimas de daños, tanto en su esfera patrimonial como extrapatrimonial, ya sea por acción u omisión del sujeto imputable, lo cual debería generar la necesaria indemnización del destinatario del daño directo o por repercusión. Sin embargo, dentro del tratamiento de los elementos de la responsabilidad, en relación a la existencia del daño y su cuantía, a la víctima se le exige tener que aportar medios probatorios idóneos si pretende que se le indemnice de

manera adecuada; pues, de no ser así, corre el riesgo de afrontar las consecuencias del daño sufrido, especialmente en el ámbito extrapatrimonial, debido a la dificultad de poder probar la existencia y la magnitud de la afectación sufrida por el hecho dañoso; por lo que atendiendo a ello, resulta importante y de actualidad determinar si existe justificación jurídica que permita flexibilizar la carga de la prueba en este tipo de daños; pues, en un sentido jurídico se ha sostenido que “...*la responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto*” (León, 2004, p. 5).

Por lo tanto, atendiendo a que “*La responsabilidad civil significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido*” (Diez-Picazo y Antonio Guillón, 200, p. 539), a través de la presente investigación, se han determinado los fundamentos jurídicos que justificarían la flexibilidad de la carga de la prueba cuando la víctima directa o por repercusión de daños derivados de responsabilidad extracontractual requiera una indemnización; dado que “..*sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de la convivencia social que constituyen las buenas costumbres...*” (Taboada, 2003, p. 40).

De ahí que la justificación científica radica en el hecho de que, a través del resultado de la investigación, se ha logrado diseñar fundamentos jurídicos que permiten morigerar el tratamiento legal de la determinación del daño, así como el establecimiento del *quantum*

indemnizatorio en daños extrapatrimoniales subjetivos sufridos por la víctima directa o indirecta, en el sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual.

1.5. Delimitaciones de la Investigación.

La presente investigación se ha circunscrito al análisis y explicación de la carga probatoria que debe asumir la víctima de daños en el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual, partiendo del estudio de la finalidad de la indemnización y su implicancia con los valores constitucionales afectados en caso de daños en la esfera extrapatrimonial subjetiva. De otro lado, se ha tomado en cuenta, como referente objetivo, los casos resueltos por las Salas Civiles de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca durante el periodo 2012 – 2014, en los que se haya establecido la forma de determinación de la existencia del daño extrapatrimonial, así como los criterios utilizados para determinar el *quantum* indemnizatorio en dicho tipo de daños. Por lo tanto, la investigación ha tenido como límite la doctrina y la jurisprudencia que al respecto se ha emitido en el país y en el Derecho Comparado.

II. HIPÓTESIS Y CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES

2.1. Hipótesis.

La protección de bienes jurídicos constitucionales de la víctima de daños extrapatrimoniales subjetivos; la necesidad de íntegra reparación del daño a favor de la víctima; el principio de la apreciación *in concreto* del daño; la dificultad probatoria en la determinación del daño y su magnitud; así como la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima, constituyen los fundamentos jurídicos que

justificarían la flexibilidad de la carga probatoria en la determinación de daños extrapatrimoniales subjetivos y el establecimiento del *quantum* indemnizatorio a favor de las víctimas directa o por repercusión en casos de responsabilidad civil extracontractual.

2.2. Categorización de variables.

- a. Valores constitucionalmente protegidos.
- b. Íntegra reparación del daño.
- b. Tutela jurisdiccional efectiva.
- c. Dificultad probatoria.
- d. Daños extrapatrimoniales.

III. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

3.1. Diseño de la Investigación.

La presente investigación se ha circunscrito al Diseño No Experimental; es decir, una investigación sistemática y formal, en la cual las variables no se han manipulado. En este diseño no se construyó ninguna situación, sino que se ha estudiado situaciones jurídicas existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador, dado que el estudio se basó en la interpretación de las disposiciones normativas vinculadas a la indemnización por daños y perjuicios, el análisis de la doctrina y jurisprudencia, así como la verificación de los criterios que al respecto se adoptaron en las resoluciones judiciales dictadas por las Salas Civiles de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, a efecto de determinar la razonabilidad de flexibilizar la carga probatoria en relación a la

determinación del daño y del *quantum* indemnizatorio en caso de daños extrapatrimoniales subjetivos, derivados de responsabilidad civil extracontractual; por lo que siendo así, se precisa que la investigación se ha desarrollado bajo los parámetros del Paradigma Interpretativo.

3.2. Tipo de Investigación.

A. De acuerdo al fin que persigue. Teniendo en cuenta que la presente investigación es eminentemente dogmática, por lo que en el ámbito científico, es considerada como Básica, por cuanto se traduce en la actividad orientada a la búsqueda de conocimientos teóricos sin un fin práctico inmediato. Por lo tanto, el resultado obtenido contribuye a fortalecer la teoría de la flexibilización del *onus probandi* en daños extrapatrimoniales subjetivos dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

B. Según el Nivel de Conocimiento. Considerando que el resultado de la investigación consistió en la determinación de los fundamentos jurídicos que justifican la flexibilidad de la carga probatoria en la determinación de daños extrapatrimoniales, así como de su cuantificación, el alcance del presente trabajo ha sido de nivel Explicativo.

3.3. Métodos

Jorge Witker y Rogelio Larios (1997) han señalado que atendiendo al carácter múltiple de los niveles u objetos del Derecho, no es posible definir para el conocimiento del mismo, un solo método, sino más bien se podría hablar de una unión metodológica, en

cuanto que, si bien es posible estudiar e investigar sobre algún aspecto específico del derecho con un método particular, esto no permite la visión general si no analiza el resto de los elementos que componen el fenómeno jurídico y, para hacerlo, se requiere conocer las diversas posiciones doctrinales que identifican al objeto del Derecho en sus diversos niveles o dimensiones, las cuales constituyen en sí metodologías específicas de examen (p. 173).

Por su parte Zelayarán (2002) precisa que el método de investigación científica es el procedimiento lógico que debe seguir el pensamiento en la búsqueda de nuevos conocimientos, sobre algún objeto o fenómeno concreto, desde el planteamiento del problema de conocimiento hasta la elaboración del informe de investigación (p. 85). Agrega este autor que en el campo de las ciencias jurídicas, el método es el medio de cognición de las situaciones y relaciones jurídico-sociales, para la formulación de nuevos sistemas jurídicos. En tal sentido, se ha hecho uso de los siguientes métodos:

A. Método Analítico-Sintético. A través del análisis hemos realizado una operación mental que nos permitió descomponer mentalmente la naturaleza jurídica y alcances del fenómeno resarcitorio en caso de daños extrapatrimoniales derivados del Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual, para luego sintetizar los resultados relevantes, determinando específicamente sus cualidades en relación al objeto de investigación.

B. Método Inductivo–Deductivo. Por medio de este método obtuvimos conocimientos de lo particular a lo general y viceversa; es decir, del análisis de cada institución jurídica involucrada en nuestro objeto de investigación hemos podido efectuar

generalizaciones con relevancia científica que permitieron sustentar afirmaciones en relación a nuestra hipótesis.

C. Método Dogmático. Considerando que la investigación ha tenido que analizar la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual, así como la vinculada a la carga probatoria en el ámbito procesal, además de la doctrina y jurisprudencia, a efecto de determinar la razonabilidad de flexibilización de la carga probatoria a favor de la víctima de daños extrapatrimoniales derivados de responsabilidad civil extracontractual, en tal sentido ha sido necesario recurrir al Método Dogmático, el cual alcanza un mayor rigor en la teorización. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia. Por ello su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias (Ramos 2005, pp. 104-105).

D. Método Hermenéutico. A través de este método específico se ha buscado interpretar y comprender de manera sistematizada las previsiones normativas vinculadas al tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual y su ámbito probatorio, a fin de determinar la posibilidad jurídica de flexibilizar las reglas probatorias en caso de daños extrapatrimoniales a la víctima directa o por repercusión.

3.4. Técnicas e Instrumentos de recopilación de datos.

Entre las Técnicas que nos permitieron obtener la información relevante para la investigación, la recopilación, selección, análisis e interpretación de los datos, tenemos:

A. Recopilación Documental. Se denomina también Análisis de Registro Documental (Quiroz, 1998, p. 118). Esta técnica permitió recopilar el material documental adecuado, acorde con la finalidad de nuestro estudio, tanto a nivel doctrinario, normativo y jurisprudencial, teniendo como referencia específica los casos abordados en las Salas Civiles de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, vinculados a indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil extracontractual. Esta recopilación se efectuó principalmente de fuentes primarias, a través de Fichas.

B. Análisis de Contenido. A través de esta técnica se obtuvo la información relevante respecto al contenido no solo de la normativa sobre responsabilidad civil y carga probatoria, sino respecto a la jurisprudencia y doctrina relacionada con la indemnización en casos de daños extrapatrimoniales. Como instrumento, recurrimos a la Libreta de Anotaciones.

3.5. Unidad de Análisis

En la presente investigación, la Unidad de Análisis lo constituyó el artículo 1985° del Código Civil vigente, así como los artículos 196° y 200° del Código Procesal Civil y su relación con el artículo 1332° del Código Civil peruano; y, de manera referencial se ha efectuado el estudio las resoluciones, a efecto de determinar los criterios adoptados por las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en relación a los casos en lo que se ha emitido pronunciamiento sobre indemnizaciones por daños extrapatrimoniales.

3.6. Técnicas para la contrastación de la hipótesis.

La investigación se basó en el Enfoque con Tendencia Cualitativa, dado que no se procedió a efectuar mediciones ni aproximaciones estadísticas; pues, únicamente realizamos la comprensión de los datos obtenidos, como consecuencia de la interpretación de la normativa sobre responsabilidad civil y carga probatoria en daños extrapatrimoniales, así como el análisis de la doctrina y jurisprudencia vinculada al tema, con el fin de contrastar la hipótesis planteada, lo cual permitió establecer los fundamentos jurídicos que justifican la flexibilidad de la carga probatoria, a efecto de garantizar la íntegra reparación del daño a la víctima directa o por repercusión, teniendo como referencia obviamente el análisis de los criterios adoptados por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, durante el periodo 2012 – 2014.

En tal sentido, como técnica de contrastación, se hizo uso del Análisis Documental, a partir de la cual se recurrió a la Argumentación para elaborar los fundamentos bajo los cuales se construyó la Teoría que sustenta la hipótesis planteada.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1.1. Noción sobre responsabilidad

En sentido jurídico, la responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias para él desventajosas, que una norma prevé y le impone, atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto (León, 2004, p. 5). Por su parte, Díez Picazo y Antonio Gullón (1994) señalan que la responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido (p. 591).

De otro lado, se considera que el criterio determinante de la responsabilidad civil reside en la imputación, exponiendo que un determinado sujeto será responsable de un incumplimiento de un deber o de una obligación, o de la causación de un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable (Reglero Campos, 2008, p. 52). Sin embargo, para otros autores, lo realmente importante es el daño causado, como es el caso de Concepción Rodríguez (1999), quien expone que toda la problemática de la

responsabilidad civil tiende a conseguir la reparación del daño cuando ha sido generado injustamente; es decir, cuando se ha causado atendiendo a los preceptos que regulan las fuentes de las obligaciones (p. 39).

En consecuencia, se advierte que la responsabilidad civil es una institución jurídica que se origina con la finalidad de restablecer un equilibrio económico que ha sido quebrantado, y ello se lleva a cabo a partir de la reparación del daño causado a un sujeto que jurídicamente no tiene por qué soportarlo, de ahí la existencia de un marco normativo específico sobre el tema. Por lo que siendo así, en nuestro caso, se hace necesario acudir a las normas del Código Civil; esto es, tanto al Libro VI: De las Obligaciones, como al Libro VII: Fuente de las Obligaciones, específicamente a lo vinculado al capitulado de Responsabilidad Civil Extracontractual, para poder comprender su naturaleza diferenciada no solo a nivel normativo, sino jurisprudencial y doctrinal.

2.1.2. Enfoques sobre la Responsabilidad Civil

Santistevan De Noriega (2008) ha señalado que la terminología invita rápidamente a suponer como criterio distintivo al contrato. Así, mientras que la responsabilidad contractual supone una lesión al crédito contenido en una relación obligatoria originada por un contrato entre el deudor lesionante y el acreedor lesionado, la responsabilidad extracontractual es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar un daño a otro sin que medie un vínculo obligacional. Agrega que, hay que reparar que la utilización del contrato como criterio distintivo de la responsabilidad civil no ha sido adoptado por nuestro Código Civil, que utiliza un criterio de distinción diferente: la obligación. En tal sentido, dentro de la

terminología de nuestro Código Civil, ha de referirse a “responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones” y no a responsabilidad contractual (p. 90).

Por lo tanto, atendiendo a la importancia de su distinción, a continuación se desarrollan algunas consideraciones generales respecto a ambos supuestos o sistemas de responsabilidad civil.

A. Responsabilidad Civil Contractual

Se ha indicado que ésta supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; por lo que, la culpa contractual es un efecto de la obligación (Bustamante. 1997, 85). Por su parte, De la Puente y Lavalle (2001) sostiene que el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación inejecutada, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generadoras de consecuencias jurídicas (p. 370). Para Taboada (2003), cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano, de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones (pp. 29–30).

De otro lado, se considera que “la responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s” (Yzquierdo, 2001, pp. 79-80). Agrega este autor que es importante hacer

notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano.

B. Responsabilidad Civil Extracontractual

Es sabido que la responsabilidad civil por daños surge en la *Lex Aquilia* que sancionó en Roma este tipo de responsabilidad en el año 408. Ésta da lugar a la sustitución de la pena por la reparación, en cuanto a daños se trataba. Por ello, este tipo de responsabilidad es también conocida como aquiliana. En ella no existe un convenio entre las partes que regule la relación de éstas, por lo que la relación entre ellas, al menos respecto al hecho generador del daño, comienza solo a partir de que éste se produce. En nuestro caso, se habla de que el deber incumplido, es el consagrado en el artículo 1969° del Código Civil peruano. La doctrina peruana (Taboada, 2003, p. 31) precisa que este tipo de responsabilidad es producto del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.

Esta clase de responsabilidad es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva (Bustamante 1997, p. 85). La responsabilidad extracontractual surge de la obligación de indemnizar por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia (De Ángel Yáñez. 1993, pp. 13-14). Yzquierdo Tolsada (2001) considera que responsabilidad civil extracontractual surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por

un contrato o relación análoga. Aquí no se trata de la violación de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de no causar daño a otro (pp. 79-80).

C. El diferente régimen jurídico de los sistemas de responsabilidad civil

A pesar que ambas responsabilidades tienen la misma finalidad reparadora con elementos comunes, en la práctica, se presentan diferencias importantes. No se trata ahora de determinar las zonas en que se hace difícil diferenciarlas, ni las soluciones que se dan jurídicamente a dichas dificultades, sino de ver la trascendencia que tiene en la práctica aplicar una u otra. Inicialmente podría decirse que la primera diferencia conceptual entre la responsabilidad contractual y extracontractual se deriva de que en la primera existe una obligación previa, derivada de un contrato, que ha sido incumplida; en tanto que en la segunda, la relación entre el causante del daño y la víctima es independiente de una relación previa contractual. Por tanto, el criterio diferenciador es el origen, es por ello que Díez Picazo (1999) señale que la responsabilidad no se define de acuerdo a la lesión causada, sino al origen de la misma (p. 228).

La doctrina peruana establece algunas diferencias entre ambos sistemas. Así tenemos que, en cuanto al factor de atribución, en la contractual es el subjetivo (artículo 1314° y 1321°), ya sea el dolo, culpa inexcusable o culpa leve, además del objetivo, previsto tanto en el artículo 1325° y 1315° del Código Civil; en tanto, que en la responsabilidad aquilina, el factor de atribución es el subjetivo, traducido en el dolo o la culpa (artículo 1969°), así como el objetivo, consistente en el riesgo creado (artículos 1970°, 1976°, 1979°, 1980° y 1981°). Respecto a la relación de causalidad, en la responsabilidad contractual se tiene a la causa próxima

(consecuencia inmediata y directa: artículo 1321°), mientras que en la extracontractual, se tiene la teoría de la causa adecuada (artículo 1985°). Otro rasgo diferenciador radica en que en la responsabilidad contractual la carga de la prueba recae en el sujeto que ha sido objeto de daño (artículo 1329° y 1330°); y, en relación a los daños resarcibles, en la contractual son indemnizables el daño emergente, el lucro cesante y daño moral (artículo 1321° y 1322°); en tanto que en la aquiliana, adicionalmente a ello se establece el daño a la persona (artículo 1985°). Por último, en caso de prescripción, en la primera debe transcurrir 10 años (artículo 2001°, inciso 1), y, en la extracontractual, únicamente 02 años (artículo 2001°, inciso 4). (Espinoza, 2002, pp. 46-47).

2.1.3. Elementos de la responsabilidad Civil

La Sala Civil de la Corte Suprema de la República¹ ha precisado que, para encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad civil que merezca ser tutelado, es necesario que concurren los siguientes elementos fundamentales: a) Imputabilidad, b) Ilícitud o antijuricidad, c) Factor de atribución, d) Nexos causal y, e) Daño. En tal sentido, se advierte que dichos elementos son comunes en los sistemas contractual y extracontractual, razón por la cual – a continuación – se procederá a efectuar el análisis de cada uno de ellos, sin diferenciar el sistema en el cual puede ser invocado.

A. Imputabilidad

Según Espinoza (2002), la imputabilidad o capacidad de imputación es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, lo cual se da cuando el sujeto tenga discernimiento, conforme lo prevén los artículos 458° y

¹ Casación N° 2725-2012-APURIMAC. El Peruano: 02-12-2013.

1975° del Código Civil vigente. Por lo tanto, concluye que habrá responsabilidad sin culpa, pero no responsabilidad sin capacidad de imputación; advirtiendo que un sujeto no puede ser imputable penalmente, pero sí desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Advierte el autor peruano que, respecto a la responsabilidad del incapaz, existen dos posiciones; pues, por un lado, las normas que regulan la responsabilidad de los sujetos incapaces (o de los capaces en estado transitorio de inconciencia) solo se aplican a supuestos de responsabilidad subjetiva (artículos 1969° y 1982°) y, en el caso de supuestos de responsabilidad objetiva, el sujeto incapaz (o el incapaz en estado transitorio de inconciencia) es responsable por cuanto este particular estatus es irrelevante a efectos de la atribución de responsabilidad. En tanto que la segunda posición parte del hecho que tanto en los supuestos de responsabilidad subjetiva como objetiva, se aplican la normatividad de los sujetos incapaces (o de los incapaces en estado transitorio de inconciencia), por cuanto el requisito previo indispensable para atribuir responsabilidad (objetiva o subjetiva) es la capacidad de imputación (o imputabilidad) del sujeto (pp. 55-56).

Se concluye afirmando que el modelo jurídico diseñado por el legislador peruano, en lo que a materia de responsabilidad civil se refiere, se basa en la conjunción de dos elementos, uno subjetivo (imputación de la responsabilidad a un sujeto) y otro objetivo (lesión del interés ajeno), precisando que la imputabilidad no solo es referible a la persona natural, también lo será respecto a la persona jurídica y a las organizaciones de personas no inscritas; sin embargo, cabe aclarar que *“un comportamiento es jurídicamente imputable cuando el agente ha actuado con voluntad libre y capacidad, sin embargo si no hay voluntad libre, el resultado dañoso se considera producto de fuerza mayor”* (De Ángel. 1993, p. 307).

B. Ilícitud o hecho generador del daño

Este elemento de la responsabilidad se refiere a aquella acción u omisión que efectúa el sujeto sobre la que se hará el análisis de causalidad con el daño. En términos generales, se puede entender por acción cualquier actuación positiva (un hacer) que provoca, de forma mediata o inmediata, el daño que deba indemnizarse (Roca Trías, 2011, p. 94). En su determinación habrá que considerar si estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual. Siguiendo a Taboada (2003), esto significa que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente, por lo que resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación. Si estamos ante la responsabilidad contractual se tratará del incumplimiento de una obligación a cargo del deudor, ya sea porque no desplegó la conducta debida (o si la desplegó, debiendo abstenerse), o porque cumplió parcialmente, defectuosamente o lo hizo de manera tardía (pp. 32-33).

Sin embargo, en la responsabilidad extracontractual se tratará de la causación de un daño de manera injustificada a alguien. Lo importante no es que esa víctima sea desconocida para el causante, sino que importa analizar que dicho daño no se haya causado en ejecución misma del contrato. Se habla en ocasiones de que en la responsabilidad extracontractual lo que se trasgrede es el deber general de no causarle daño a nadie; por lo tanto, se ha precisado que, la raíz de la responsabilidad se encuentra en una conducta humana. También podría tratarse de

una omisión. Este último hecho (omisión), solo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar, aunque con independencia en materia civil de que ocupe la posición de garante (Diez-Picazo, 1999, p. 287). En ambos casos deberá cumplir con la característica de antijuridicidad, no necesariamente de ilicitud, ya que se acepta que se produzca responsabilidad a partir de una actividad legítimamente ejercida. La antijuridicidad implica que la acción u omisión deben transgredir un mandato normativo; en la responsabilidad contractual, el contrato mismo o las leyes que lo rigen, y en la extracontractual un mandato expreso o el principio de *alterum non laedere*.

C. Daño

Vidal Ramírez (2006) considera que el daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil. El daño es uno de los presupuestos necesarios para poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil. Es más, se ha indicado que se trata del presupuesto matriz, porque en función de él están preordenados los demás requisitos o presupuestos de aquélla. No en vano, la consecuencia que deriva de la concurrencia de responsabilidad civil es el nacimiento, a cargo del sujeto responsable, de la obligación de reparar el daño causado, de modo tal que, en ausencia de daño, ninguna obligación nace porque nada hay que reparar (p. 201).

Sin duda que el daño es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura. Esto ha llevado a que muchos autores se refieran a esta figura como “derecho de daños”, teniendo en cuenta no solo el papel fundamental del daño,

sino también la función principal de la responsabilidad, que es el resarcimiento del mismo, así como las funciones adicionales analizando el daño para buscar alternativas de prevención y evitación de los mismos.

El daño en sentido lato se configura cuando una persona desborda su órbita de facultades e invade a otro agente, de forma que si se causa un daño no justificado a un tercero, menoscabando su patrimonio debe el autor responder mediante el debido resarcimiento que restablezca el patrimonio a su estado anterior (Bustamante, 1997, p. 159). Sin embargo, no podrá existir responsabilidad civil si no hay daño causado; vale decir, no podrá exigirse el deber de reparar; sin embargo, debe precisarse que el daño no puede ser entendido sólo como lesión de un interés protegido, sino que incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. Para Roca Trias (2000) el daño puede definirse como un perjuicio que derive de diferentes causas: i) el incumplimiento del contrato, y, ii) la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar, o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo (p. 19).

A pesar de la importancia que tiene este concepto en la materia, es difícil encontrar una definición legal que sirva a la teoría común de la responsabilidad civil. Así, encontramos el artículo 1969° del Código Civil, el cual consagra la obligación de “reparar el daño causado”, sin hacer énfasis alguno acerca de la noción de daño ni sus características; sin embargo, en la doctrina es posible encontrar diferentes acepciones. Una definición clásica y objetiva de daño la encontramos en Larenz, quien lo define como *“todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en*

su propiedad o en su patrimonio". Según Santos Briz (1993), a estos conceptos clásicos se les ha agregado otros elementos, como la antijuridicidad, definiéndose el daño como todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra (p. 126). Por su parte, Roca Trías enfoca su estudio a partir del derecho de daños, y lo define como un perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar (Roca Trías, 2000, p. 17).

a. Clases de daño

Se ha indicado que el evento dañoso es la lesión del interés protegido en sí mismo considerado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; en cambio las consecuencias de dicho evento son aquellos perjuicios posteriores, de orden económico o moral, que derivan de la lesión al interés, razón por la cual, en la doctrina, los tipos de daños se dividen principalmente en dos grupos:

i) Daños Patrimoniales. Son los daños que afectan a un conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial de la víctima. Generalmente es fácil determinar su certeza y realidad para que cumplan los requisitos de ser indemnizables. Se dividen en daño emergente y lucro cesante, conforme lo prevé el artículo 1321° del Código Civil, el cual refiere que *"...El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución..."*.

- **El daño emergente:** Éste, según la doctrina española, comprende los perjuicios irrogados positivamente como consecuencia directa del hecho dañoso (Albaladejo. 2002, p. 971); esto es, que “*el daño emergente lo constituye la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito*” (Espinoza, 2002, p. 158). Asimismo, se indica que el daño emergente es la pérdida patrimonial causada en el patrimonio de la víctima, o que efectivamente se va a causar; pues, comprende los perjuicios irrogados positivamente (Albaladejo. 2002, p. 971).

- **El lucro cesante:** A diferencia del concepto anterior, la doctrina es uniforme en señalar que se trata de una ganancia que la víctima ha dejado de obtener, o un ingreso que dejará de percibir como consecuencia del hecho dañoso. Los daños pueden ser presentes o futuros, pero en el caso del lucro cesante futuro, se genera gran dificultad en su determinación, por ello se deben evitar vaguedades e indeterminaciones y acudir al juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de los acontecimientos (Diez Picazo. 1999, p. 323).

ii) Daños extrapatrimoniales. Según Diez Picazo, se trata de daños o lesiones a bienes jurídicos que no forman parte del patrimonio de la víctima. Se afectan bienes de carácter extrapatrimonial, que por dicha naturaleza no son susceptibles de ser reparados en sentido estricto, pero si se les da un valor para que la víctima sea indemnizada. Como ya hemos apuntado, la prueba de éstos y su cuantificación presenta grandes problemas, si se tiene en

cuenta que son bienes inmateriales, que no tienen un valor en el mercado. Se ha considerado que en ciertos casos dicha dificultad puede ser utilizada por los tribunales para imponer sumas indemnizatorias que tengan un carácter punitivo, aprovechándose la oportunidad de sancionar a quien causó un daño que no tiene materialmente una limitación cuantitativa. Agrega el autor español que, en un principio se trajo del concepto *pretium doloris*, definiéndolo únicamente como el dolor, sufrimiento y padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado; pero hoy en día se acepta la presencia de dichos padecimientos extrapatrimoniales o de la personalidad como consecuencia de actividades y agresiones que de manera directa se hayan causado a bienes materiales, y su compensación claramente no implica la reintegración de un patrimonio, pero busca proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. Los casos en que se estiman existentes este tipo de daños ha ido en aumento, ampliándose a bienes de la personalidad, perjuicio estético o daño a la vida de relación.

Sessarego (2004) considera que dentro de este tipo de daños se encuentra el clásico daño moral al que hace referencia el artículo 1332° del Código Civil peruano (p. 427); y, en relación al cual la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el daño moral concebido como daño no patrimonial implica que debe ser resarcido teniendo en cuenta la magnitud del menoscabo producido en la víctima y su familia, para lo cual se debe examinar las circunstancias particulares del caso y el hecho de que, tratándose de un daño cuyo monto no puede determinarse de manera precisa, el Juez deberá fijarlo prudencialmente de acuerdo a una valoración

equitativa, conforme al artículo 1332° del Código Civil, que rige de manera extensiva para dicho supuesto (CAS. N° 1545-2006 – PIURA. Tercer considerando).

Asimismo, se ha indicado que se considera que dentro de los daños extrapatrimoniales (daños subjetivos) se encuentra el Daño Psicosomático, dado que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto, que determinan la salud del mismo. Agrega que, a su vez, el daño psicosomático involucra: i) el daño biológico, el cual alude a la lesión en sí misma, provocada sobre un aspecto de la esfera sicosomática del sujeto que afecta la normal eficiencia sicosomática de la persona y se evidencia en los actos de la cotidianidad. El daño biológico representa lo que podría designar como la vertiente estática del daño sicosomático, mientras que el daño a la salud significa en cambio, la vertiente dinámica del mismo; ii) el daño a la salud, compuesto por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto, siendo de tal amplitud que abarca el estado de bienestar integral de la persona; y iii) daño a la libertad, considerado como el que afecta el proyecto de vida de la persona, recae directamente sobre el sujeto que le impide realizar su actividad habitual, para proveerse de los bienes indispensables para su sustento, así como en las que estaban planteadas aquellas metas que le permitirían su realización personal (Sessarego, 2004, pp. 31-32).

Pizarro (1996) advierte que debe considerarse la existencia de tres posibilidades de apreciar el daño moral: el *daño moral puro* es aquel que se agota en el simple menoscabo o detrimento de un interés legítimo

extrapatrimonial, sin tener ramificaciones o consecuencias inmediatas o mediatas en la esfera patrimonial económicamente mensurable del sujeto que lo sufre; *el daño moral con consecuencias patrimoniales* sería aquel que vulnera los intereses extrapatrimoniales lícitos del sujeto y que produce como consecuencia mediata o inmediata una disminución del patrimonio; por último, *el daño moral derivado del daño patrimonial*, consiste en la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, cuando éste produce además un atentado a los intereses extrapatrimoniales. Esta clase de daño se produce en todos aquellos casos en que la lesión recae sobre bienes patrimoniales con los cuales su titular estaba ligado por vínculos de afecto (p. 531).

Por su parte, la Corte Suprema, en el considerando 71 del III Pleno Casatorio Civil ha indicado que “*Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona*”. Espinoza Espinoza, al comentar dicho Pleno señala que el hecho de que el daño moral esté comprendido dentro del daño a la persona, no implica que no deban ser individualizados. Quien los invoca, tiene la carga de acreditar en qué consistieron los hechos que generaron el daño a la persona (como por ejemplo, la lesión a la reputación) y los que generaron el daño moral (dolor, sufrimiento, pena, aflicción), así como las consecuencias dañosas que se derivaron.

Ahora bien, para efectos de comprensión del ámbito en el cual se efectúa la propuesta de la presente Tesis, debe atenderse a la diferencia entre daño extrapatrimonial subjetivo y objetivo, precisando que nuestra postura está orientada específicamente al primero de ellos. Así tenemos entonces que:

- **Daño extrapatrimonial subjetivo.** Se ha indicado que este tipo de daño se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.).

- **Daño extrapatrimonial objetivo.** Según doctrina uniforme, este es considerado como la lesión a un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (como el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte, por ejemplo).

La distinción entre daño extrapatrimonial objetivo y subjetivo es útil porque deslinda el área afectiva social y aquella sufrida en el ámbito individual; así, sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente, por ejemplo). Se indica que esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño

moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación.

iii) La denominada pérdida de oportunidades

Se ha referido que la dificultad de determinación del lucro cesante o de las ganancias dejadas de obtener no se agota en la complejidad del juicio apreciativo, sino que aumenta cuando se plantean demandas en las que, bajo la apariencia de lucro cesante, se esconden realmente las denominadas “pérdidas de probabilidades o de oportunidades”. Según Espinoza (2002), este tipo de daño es denominado también daño por pérdida de una ocasión favorable. A estos supuestos se les denomina igualmente pérdida de una *chance*. Se trata éste de un concepto distinto al lucro cesante que, frente a él, se caracteriza por la falta de certeza acerca de la consecución del resultado perseguido o esperado y que se refiere, no a la frustración de ganancias esperadas, sino a la frustración de meras expectativas de ganancia o, de forma más genérica, a la frustración de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja o beneficio (p. 167).

En este sentido se pronuncia Yzquierdo Tolsada (2001), cuando afirma que privar de las esperanzas también supone un perjuicio, por mucho que su valoración resulte extremadamente delicada. En consecuencia, el daño recae sobre la esperanza o posibilidad misma, haciéndola desaparecer (p. 153). Es expresiva, en este sentido, una consideración vertida por el autor citado, según la cual, en los supuestos de pérdidas de oportunidades

concurrentes, por un lado, la *certeza* de que si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia y, por otro lado, la *incertidumbre* de lo que efectivamente habría sucedido si no se hubiera producido tal evento dañoso. Así las cosas, debemos concluir que el daño consistente en una pérdida de oportunidad merecerá la calificación de patrimonial o de extrapatrimonial en función de la naturaleza que corresponda al interés que ha resultado afectado a causa de la frustración de la posibilidad misma de su satisfacción.

D. Relación de Causalidad

Se precisa que el nexo causal es propio de la esencia de la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual. Reglero (2008) considera que la existencia de un nexo causal entre la actividad (y de forma más tardía, la conducta omisiva), del sujeto a quien se imputa el daño y el hecho dañoso ha constituido históricamente un presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil (pp. 303-304). Por su parte, el tratadista Yagüez (1993) precisa que la relación de causalidad es otra de las condiciones de existencia de responsabilidad civil; cuya expresión significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso; es decir, que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto (p. 751).

De acuerdo con la doctrina, el nexo de causalidad requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado – causas materiales o de hecho – y los criterios normativos

que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño – causalidad jurídica –. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, que de facto sea constatable que determinada conducta produce determinado daño, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aún por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, denominados criterios de imputación objetiva. El análisis de ambas es en ocasiones realizado de manera paralela, pues puede resultar difícil determinar si un hecho fue la causa de un daño sin saber si ese hecho es atribuible a determinado sujeto de acuerdo a los criterios que le impondrían a él responder por el mismo. Es difícil en un mismo proceso de análisis deslindar los dos, ya que también es importante precisar cuál de las distintas causas ha de ser tenida en cuenta para establecer qué patrimonio ha de responder.

En la doctrina mayoritaria la tesis más aceptada es la de la *conditio sine qua non*, también conocida como la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ésta propone darle igual importancia a todas las condiciones que pudieron haber producido el daño, y hacer un ejercicio mental de supresión de cada una de ellas hasta determinar con cuál de las conductas el daño no se hubiese presentado. Se considera correcta para determinar lo único que se quiere en este punto, a saber, la existencia o no de relación de causalidad entre la conducta y el daño (Yzquierdo, 2001, p. 189).

Siguiendo a Martínez Calcerrada², se tiene que, después de determinar la causalidad material, se acude a los criterios de imputación objetiva, que son los que permitirán determinar la causalidad jurídica. Esta imputación objetiva implica

² MARTINEZ CALCERRADA, L. 2010. *La Responsabilidad Civil y la llamada imputación objetiva razonable*. Asociación de profesores de Derecho Civil; en <http://derechocivil.net/jornadas/Luis%20Mart%C3%ADnez-Calcerrada>. Consultado el 04 de agosto de 2015.

que no es suficiente la voluntariedad de la acción, sino que habrá de examinarse todo el proceso posterior desencadenante del daño para imputar la responsabilidad. Solo cabe atribuir aquel daño cuando razonablemente se derive de la conducta inicial según el devenir normal de acontecimientos³.

En relación a la carga de la prueba del nexo de causalidad, salvo casos excepcionales, le corresponde asumirla al demandante, que es quien pretende la indemnización. Dicha carga no se modifica en los supuestos de responsabilidad objetiva, entendiéndose que no por ser objetiva le da la virtud de ser automática. El demandante deberá probar el hecho generador, el daño y al menos los elementos que permitan analizar la relación causal entre ambos. No es que el demandante siempre tenga la carga de la prueba de todo, ya que por ejemplo en caso de que haya culpa presunta del artículo 1329 del Código Civil, no deberá probar la conducta del responsable para que se le atribuya dicho hecho, pero el hecho mismo si deberá probarlo.

Al respecto, el artículo 1321° del Código Civil refiere que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Para exonerarse de responsabilidad en este punto, el demandado podrá probar alguna de las circunstancias que rompen ese nexo de causalidad, tales como: el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el hecho de la víctima a los que se refiere el artículo 1971° del Código Civil. Y en el caso de la inejecución de la responsabilidad contractual se asume la teoría de la *causa próxima* conforme a lo

³ La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable. Asociación de profesores de Derecho civil, 2010, <http://derechocivil.net/jornadas/Luis%20Mart%C3%ADnez-Calcerrada-La%20responsabilidad%20civil%20y%20la%20llamada%20imputaci%C3%B3n%20objetiva%20razonable.pdf>. Consultado el 06 de agosto de 2015.

indicado en el segundo párrafo del artículo 1321° del Código Civil, el cual refiere que “...*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución...*”.

Por otra parte, en la ejecución de responsabilidad civil extracontractual se acoge la teoría de la “*causa adecuada*” como se puede apreciar en el artículo 1985° del Código Civil peruano, el cual indica que: “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la 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*”. Para la Teoría de la Causalidad Adecuada, causa es aquella que generalmente es adecuada para producir un resultado. Según Espinoza (2002) es aquella que considera como causa de un evento, aquella conducta que en un análisis *ex ante*, resulta la causa adecuada para determinar el efecto, de manera que la relevancia jurídica de la condición está en función del incremento, producida por ésta, de la objetiva posibilidad de un evento del tipo de aquél efectivamente verificado. De acuerdo a lo indicado, habrá causalidad adecuada cuando entre un acto o actividad y un daño, concluimos que su recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurra (p. 119).

Guillermo Borda (1994) añade que, al parecer todo se reduce a determinar si la acción u omisión a la que se atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en

consideración lo que ordinariamente sucede (p. 236). Por su parte, Diez Picazo precisa que el pensamiento fundamental de la teoría de la causalidad adecuada es que, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua non* del daño, sino que es necesario además que, en virtud de los referidos juicios de probabilidad resulte una causa adecuada para ello (Diez-Picazo y Ponce De León, 1999, p. 338).

E. Factor de Atribución

La doctrina ha señalado que el factor de atribución constituye el fundamento del deber de indemnizar. Por su parte, el artículo 1314° del Código Civil, refiere que: “*Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación...*”; en tal sentido, “*...basta (...) actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la ejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular...*” (Osterling, 1988, p. 199).

En la doctrina y jurisprudencia existen dos principales factores de atribución: subjetivo y objetivo.

a. Factores de atribución subjetivos

De acuerdo al tipo de responsabilidad que se analice, se examinará el grado de diligencia y cuidado que era exigible y el que fue desplegado en el caso concreto. Aquí tenemos:

i. El dolo

Se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo. Para Concepción Rodríguez (1999) es necesaria una definición específica cuando se trata de dolo civil, entendiéndolo como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, aunque sea aquel genérico que impide causar daño a otro, y en relación con el daño, el dolo presupone el conocimiento de su producción, al menos probable, como consecuencia de la acción querida (p. 66).

En el dolo hay un voluntario incumplimiento y una consciente, deliberada y reflexiva conculcación de lo ordenado en el contrato, de allí que el artículo 1318° del Código Civil señale que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación; en tanto que el artículo 1969° señala que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

ii. La Culpa

La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de la responsabilidad civil. Obviamente culpa, en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia y la imprudencia. La causación de daños por culpa es el supuesto de partida de nuestro sistema jurídico en derecho privado: todos estamos sujetos a deberes de cuidado, de precaución, y si al llevar a cabo una actividad los

infringimos, habremos de responder civilmente por los daños causados, es decir, tendremos que repararlos (Taboada, 2003, p. 97).

Ahora, la negligencia puede definirse como infracción de deberes de cuidado, caracterizándose como creación o incremento irrazonable de riesgos: toda actividad humana comporta riesgos, pero la mayor parte de los riesgos normalmente asociados a una conducta son riesgos permitidos. Se ha sostenido que la responsabilidad comienza allí donde el nivel razonable, socialmente admisible, económicamente sostenible, psicológicamente tolerable, éticamente soportable de riesgos sobrepasa el umbral de los riesgos permitidos. Los artículos 1319°, 1320° y 1321° hacen referencia a la culpa, distinguiéndola en dos magnitudes: culpa inexcusable y culpa leve; en tanto que el artículo 1969° sólo hace referencia a la culpa en términos generales.

Algunos autores sostienen que debe entenderse aplicable a la responsabilidad extracontractual el mismo grado de diligencia que a la contractual. La doctrina afirma, por un lado, que cuando las normas hacen referencia a la culpa en responsabilidad civil extracontractual se comprenden todas las formas de culpabilidad, ya que *“el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido”* (Diez-Picazo. 1999, p. 352). De Trazegnies (1998) respecto al artículo 1969° del Código Civil Peruano nos dice que el Legislador se coloca en una posición subjetivista, atribuyendo responsabilidad, lo cual configura la obligación del pago por indemnización, por quien sea el culpable del dolo o culpa (p. 123).

En el ámbito contractual, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes podrán determinar la diligencia debida e incluso pactar qué actuaciones u omisiones específicas se consideraran como culpa. Pero en caso de no haberse pactado la diligencia debida, o que la ley no lo establezca para el caso concreto, se acudirá al modelo de buen padre de familia, comparando la conducta con lo que haría este agente en el mismo caso, bajo las mismas circunstancias externas de tiempo y lugar. El artículo 1314° señala que “*quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”; por lo tanto, se ha indicado que en principio no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no solo las previsiones y cuidados reglamentarios, sino además todo lo que la jurisprudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa del agente. Ello ha conllevado a que, además de que se extreme la diligencia, se permita invertir la carga de la prueba en casos donde la Ley no ha consagrado nada al respecto.

b. Factores de atribución objetivos

Reconocida doctrina española⁴ ha establecido que el tercer gran supuesto de responsabilidad civil es la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo, que cubre los casos en los cuales el demandado responde por los daños que ha causado simplemente por haberlo hecho, aunque no haya habido ningún género

⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo. 2013. *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*. Segunda Edición; en InDret: Revista para el análisis del derecho. www.indret.com

de culpa o negligencia –ningún incremento irrazonable de riesgos o ninguna infracción de deberes de cuidado-. De acuerdo con la regla de la responsabilidad objetiva, los agentes sociales responden por todos los daños que causan aunque no hayan incurrido en culpa o negligencia alguna: es responsabilidad por mera causación de daños, por creación de un riesgo que, en el caso, se concreta en un daño sufrido por un tercero.

La regla de la responsabilidad objetiva incentiva a los causantes potenciales de daños a adoptar los niveles requeridos de precaución, pero no incentiva a sus víctimas potenciales a adoptar ningún género de cuidado. Asimismo, la responsabilidad objetiva permite controlar no sólo la calidad de la precaución de los agentes de actividad, sino también su nivel mismo de actividad.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1970° destaca el sistema objetivo basado en la idea del riesgo, como factor de atribución distinto, pero coexistente con el factor subjetivo de la culpa, de ahí que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entiéndase dolo o culpa, mientras que en el sistema objetivo del riesgo, además del dolo y culpa, solo se debe probar fehacientemente que la causa del daño es la conducta riesgosa o peligrosa sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad (Taboada, 2003, 36-37).

La doctrina española ha precisado que esta cuestión es una de las más afectadas con la evolución de la concepción de la responsabilidad civil, pues es en este elemento donde se ha transformado la imputación, volviéndose en muchos

casos un factor sin análisis alguno de la conducta del responsable. Como destaca Roca Trías⁵, por medio del criterio objetivo se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada. El ejemplo más claro en los actuales sistemas de responsabilidad lo constituye el daño causado por la conducción de vehículos automotrices.

En este punto, la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa. Por lo tanto, responsabilidad por riesgo es la que no tiene como factor de atribución la culpa o el dolo del agente; recae sobre las consecuencias producto de actividades riesgosas o peligrosas, pese a que son estas del todo lícitas, pero que aparecen como objetivamente ilícitas al momento de producirse el evento dañoso. Considerando que la responsabilidad extracontractual tiene como efecto la indemnización a la víctima del daño; y, en virtud a ello existen varias teorías justificativas; y como bien dice De Trazegnies cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de ese daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otros individuos; y si es así, agrega que, resarcir es desplazar el peso económico del daño, esto es liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.).

⁵ ROCA TRIAS, E. El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español; en InDret: Revista para el análisis del derecho. Barcelona Octubre 2009. P. 6. http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf

Se ha indicado que quienes crean los riesgos deben garantizarlos contra los daños indemnizándolo; porque quien asume una actividad peligrosa o riesgosa debe ser consciente del daño ocasionado, por consiguiente debe tratar de prevenirlos, y si no debe repararlo, situación que va a la zaga con el Derecho Moderno, es decir una responsabilidad objetiva, con modernas coberturas del riesgo a través de seguros obligatorios (Moseet, 1997, p. 27). La llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que, toda actividad que crea para los demás un riesgo especial hace al autor de tal actividad responsable del daño, sin importar la existencia o no de culpa, bajo un principio de que una persona con su actividad se procura un beneficio, es justo que repare los daños que los produce. Bajo este contexto la Teoría de la Responsabilidad Objetiva es la creación de un peligro, y está referida a ciertas actividades que si bien son consideradas legítimas o útiles para la sociedad, pueden resultar peligrosas por las estadísticas siniestras, entonces deben ser resarcidas por quienes asumen dicha iniciativa.

En materia contractual, aunque el Código Civil presente toda la responsabilidad basada en la culpa, es claro que frente a las obligaciones de resultado el factor de atribución al deudor será de carácter objetivo, sin un análisis particular de su conducta. También es objetivo el factor de atribución de garantía que se da en el ámbito contractual en tres supuestos: vicios ocultos, evicción y saneamiento por hecho propio del transferente. Es importante aclarar en este punto que no se trata de que una vez la víctima pruebe el daño no haya posibilidad alguna de que el responsable se exonere. Se trata de que en uno de los elementos de la responsabilidad, que es la imputación subjetiva, ya no es posible exonerarse

probando diligencia y cuidado. El reclamado se tendrá que recurrir al nexo causal para desvirtuar éste, y así poder eliminar su responsabilidad.

2.1.4. Tipos de responsabilidad civil según el factor de atribución

La doctrina utiliza dos criterios para atribuir a una persona el daño sufrido por la víctima: la culpa, a la que se acompaña la negligencia; y, el criterio de la actividad desplegada, esto es el riesgo creado. Se tiene que la culpa o negligencia es el criterio de imputación utilizado de forma genérica y natural en todos los sistemas jurídicos de responsabilidad civil y que en el nuestro se encuentra previsto en el artículo 1969° del Código Civil de 1984 para la responsabilidad extracontractual; así como en el artículo 1321° del mismo cuerpo normativo, en relación a la inejecución de obligaciones o la denominada responsabilidad contractual.

Por otro lado, por medio del criterio objetivo se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada, tal como lo prevé el artículo 1970° del actual Código Civil peruano. En consecuencia, de acuerdo con estas propuestas, existen dos criterios de imputación: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, por el desarrollo de actividades anormalmente peligrosas; es decir, la responsabilidad por riesgo.

A. Responsabilidad Subjetiva

El artículo 1969° del Código Civil establece que *“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...”*, de lo cual se tiene que el

sistema de responsabilidad subjetivo se construye sobre la culpa del autor. Aquí debe tenerse en cuenta que el propio artículo citado establece que “... *el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”, lo que significa que para nuestro sistema civil la culpa del autor se presume. Fernández Cruz⁶ considera que el contenido de la culpa a que se refiere el artículo 1969° del Código Civil debe ser realizado en términos de análisis de las capacidades de prevención de los sujetos; esto es, en términos económicos contrastados con la necesidad de incentivar el desarrollo de la tecnología en actividades que así lo requieran. Por esto, un problema de responsabilidad civil, debe ser afrontado con dos pasos sucesivos de análisis que decidirán el criterio de imputación a aplicarse: a) Primero: se identifican las capacidades de prevención de los sujetos. Si se presenta un supuesto de prevención bilateral, deberá aplicarse el artículo 1969° del Código Civil. Si se identifica un supuesto de prevención unilateral, deberá pasarse al siguiente paso de análisis. b) Segundo: identificado un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse el estado de la tecnología al que pertenece la actividad involucrada. Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969° del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por culpa. En cambio, si se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970° del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por riesgo.

B. Responsabilidad objetiva

El artículo 1970° del Código Civil peruano precisa que “*Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa,*

⁶ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo?; en http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/1

causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Aquí el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, frente a lo cual, siguiendo a Taboada (2003), conviene precisar que el sistema objetivo de responsabilidad no entiende ni pretende que en los casos de daños causados a través de bienes o actividades riesgosas, no exista culpa del autor, pues ello sería absurdo e irreal. Lo único que se pretende es hacer total abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor, de modo tal que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse además de la relación causal, la calidad de bien o actividad como riesgosa (pp. 100-101) Tal es el significado de la noción de riesgo creado consagrado legalmente como factor de atribución objetivo en el artículo 1970° del Código Civil.

En este extremo debemos precisar lo siguiente:

- a. La doctrina reconoce que existen determinadas cosas que poseen en sí mismas cierta potencialidad dañosa y que pueden considerarse peligrosas de acuerdo a un juicio de estimación de su peligrosidad, basado en criterios estadísticos y cuantitativos; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la pura y simple derivación del daño de la cosa es irrelevante, lo que en realidad cuenta, para efectos de la responsabilidad, es que un comportamiento humano haya alimentado el peligro del daño, y haya influido de tal forma en el origen del daño mismo; es decir, en el peligro y por este mismo medio, en el proceso dañoso que deriva de la cosa; pues, –siguiendo a Gastón Fernández y Leysser León-, el término actividad peligrosa implica la idea de una cierta concentración del riesgo

en el tiempo y en el espacio, y viene referido normalmente solo a una actividad en la cual el riesgo es particularmente evidente.

- b. De igual manera, la doctrina peruana ha indicado que a la hora de probar, no hay que prestar atención a una específica acción u omisión del que ejerce la actividad, sino que basta que el nexo causal exista, en términos de probabilidad, respecto del daño producido. Lo que implica que al Juez le corresponde considerar si el evento lesivo se ha presentado como una consecuencia probable de la actividad peligrosa, pues no hay que olvidar que se trata de una responsabilidad por riesgo típico de la actividad emprendida.

Por lo tanto, considerando que si la generación de peligro deriva de actividades humanas, interesará siempre analizar los supuestos de falta de prevención, por lo que un comportamiento negligente puede estar presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo; pues, se ha entendido como “peligrosidad” a la carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados.

El Tribunal Constitucional, en el Exp. 0001-2005-PI/TC, ha señalado que: “...*Si algo de constitucional se encuentra en el artículo 1970° del Código Civil es, precisamente, la reparación del daño, en la medida que con dicha protección se otorga dispensa a los derechos a la vida e integridad y a la salud, reconocidos por los artículos 2.1 y 7, respectivamente, de la Norma Fundamental. De esta forma, sin duda, es posible cumplir con el objetivo primordial de la responsabilidad civil, cual es, auxiliar o beneficiar a la víctima a través de la*

reparación del daño que hubiere sufrido” (f.j. 26). Por su parte Diez Picazo (1999) señala que la doctrina francesa esboza este sistema a raíz del tratamiento de los accidentes de trabajo. Dice este autor que la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa (p. 204).

En definitiva, se ha indicado que, en la responsabilidad objetiva se responde por el resultado producido por la práctica de una actividad intrínsecamente peligrosa, pero aceptada socialmente, hasta el punto que no puede excluirse sin grave peligro de la economía general. En estos casos, la ley permite la actividad, pero imputa a quien está habilitado para ello el resultado dañoso producido por la misma, razón por la cual obliga al aseguramiento. Es decir, que se está imputando la responsabilidad por el riesgo de la actividad empresarial y se utiliza un argumento que pretende mantener un equilibrio entre la conservación de la culpa como criterio de imputación, cambiando el propio concepto de culpa.

Al respecto algunos autores consideran que la función compensatoria tiene su razón de ser en un sistema de responsabilidad por culpa, individualista, en el que el individuo debe responder por no haber actuado a la altura del nivel de diligencia exigido. En cambio la función distributiva tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o

peligrosas y lesivas sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa, para tener el derecho a una indemnización, o por ejemplo cuando establece la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente, conforme lo prevé el artículo 1981° del Código Civil peruano. Por ello siempre que existe responsabilidad objetiva se desarrolla paralelamente un mercado de seguros, las más de las veces obligatorio, que permite distribuir los infortunios entre muchas personas, como la referencia efectuada en el artículo 1987° del Código Civil de 1984° o el SOAT⁷, regulado a través de la Ley General de Transporte y Tránsito y su Reglamento. Por lo tanto, se sostiene con acierto que ambas funciones, la compensatoria y la distributiva tienen su fundamentación en superiores principios de justicia, correctiva o conmutativa y distributiva respectivamente.

2.2. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

A. Contenido

Según Chamorro (1996) la importancia procesal de la Tutela Jurisdiccional Efectiva viene dada, de una parte, por la consideración de la misma como el objetivo final de todo el proceso; y, de otra, por su complejo y trascendente contenido (p. 11). Asimismo, se ha considerado que es la facultad que tiene toda persona de recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para que éstos resuelvan un conflicto de interés o declaren un derecho insuficientemente indeterminado. Este derecho implica, no solamente el avocamiento por parte de dichos órganos en la causa puesta a su conocimiento, sino la protección procesal necesaria que un justiciable requiere para el mejor esclarecimiento

⁷ El artículo 29° de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito señala que “*La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados*”.

de su derecho (Ortecho, 1997, p. 138); lo que significa que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta motivada a las pretensiones planteadas, y no manifiestamente arbitraria ni irrazonable, por cuanto considera que la tutela jurisdiccional efectiva no es solo un principio sino un derecho importante, porque es fundamento, junto con otros, del orden político y de la paz social, según el cual toda persona puede y debe ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la justicia, para que esas demandas le sean satisfechas. Esto no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonadamente con arreglo a Ley y en un plazo de tiempo también razonable, durante un proceso en que las personas titulares de derechos e intereses afectados por esas pretensiones tengan derecho a la defensa de sus respectivas posiciones (Obando 2000, p. 21).

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente N° 00763-2005-AA/TC. ha señalado que la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.

En concreto, se ha entendido al derecho de tutela jurisdiccional como el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda alguna prestación de otra persona esa pretensión sea atendida, protegida, por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías mínimas que todo justiciable espera (Carrión 2001, p. 42).

B. Manifestaciones del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

Según la doctrina española (Chamorro Bernal, 1996, 11), los derechos y garantías procesales derivados de la tutela jurisdiccional, sólo se infringirán si: a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los jueces o tribunales; b) se produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en Derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva.

Por otra parte se ha precisado que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Esto implica: acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia (González 2001, 27). De igual criterio es el autor peruano Eguiguren (2001), quien considera que *“el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, (...) comprende tres aspectos: a) un derecho de los justiciables de acción, consistente en el acceso libre, real, amplio e irrestricto a la prestación jurisdiccional del órgano competente del Estado; b) el derecho a que se observe un debido proceso, de conformidad con las normas y prácticas vigentes, acorde para hacer posible la eficacia del derecho; y c) que se dicte una resolución final en el proceso, arreglada a Derecho y dotada de un contenido mínimo de*

justicia, sentencia susceptible de ser ejecutada con efectividad, si es preciso, coercitivamente” (p. 210).

A continuación desarrollaremos cada una de las manifestaciones de este derecho complejo.

a. Derecho de acceso a la Jurisdicción

La primera manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, según la doctrina española, se refiere obviamente a la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que éstos se pronuncien sobre la pretensión que formule el titular del derecho (Montero 1999, p. 147). Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que, cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, *prima facie*, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad (Expediente N° 00763-2005-AA/TC. F. j. 8).

Se estima que el ordenamiento jurídico debe reconocer a toda persona la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia, si considera que su derecho o interés legítimo no le es reconocido o respetado de manera directa (extra proceso), para que mediante el ejercicio de su acción pueda obtener un pronunciamiento, sea favorable o desfavorable; por cuanto se debe tener claro que el derecho a la obtención de una respuesta sobre el fondo de la pretensión, se satisface también con una respuesta de

inadmisión fundada en una causa legal, que haya sido apreciada razonadamente por el órgano jurisdiccional.

Por otro lado, se debe indicar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no puede ser comprometido y obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones de las normas que regulan las exigencias formales del proceso claramente desviadas del sentido propio de tales exigencias o requisitos, interpretados conforme al sentido de la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, debe precisarse que este derecho no es absolutamente susceptible de ser ejercitado en todo caso y al margen del proceso legalmente establecido, sino que ha de ser ejercitado dentro de éste y con el cumplimiento de sus requisitos, interpretados de manera razonable; de ahí que la tutela jurisdiccional resulta otorgada con plena eficacia cuando la decisión consiste en negar, de forma no arbitraria o irrazonable, la concurrencia de un presupuesto procesal o condición de la acción u otro requisito necesario para conocer del fondo del proceso. En definitiva, debemos considerar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone es el acceso al órgano jurisdiccional a través del ejercicio del derecho de acción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial basada en Derecho.

b. Derecho a una resolución fundada en Derecho

Se ha precisado que la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus decisiones va entrañablemente unida a su condición de órganos de aplicación del derecho vigente, no solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni

porque se contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura, sino porque la mencionada exigencia ha sido prescrita por la ley (Ledesma 1998, p. A-76).

Ahora, fundamentar una resolución no es específicamente lo mismo que motivarla. La primera se refiere a la correcta invocación de la norma aplicable y la segunda a los verdaderos motivos o razones que tiene el juzgador para decidir, es decir, al razonamiento derivado de las circunstancias de hecho probadas que lo llevan lógicamente a la aplicación de una u otra norma. Es por ello que la Corte Suprema de la República (Cas. 3871-2007-TACNA. El peruano 23-07-08.) ha señalado que *“La palabra motivo o motivar viene del vocablo motivum que significa ‘lo que mueve o algo que mueve’; el motivo es la razón del acto, el conjunto de consideraciones racionales que lo justifica; es sinónimo también de causa, pero el acto (en este caso, la decisión) se obtiene luego de una debate interno de una deliberación. Es también principio y derecho de la función jurisdiccional, tal como lo preceptúa el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado”*.

De ahí que señale que el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, dependiendo si concurren o no todos los requisitos procesales para ello (Obando 2001,71); por tal razón, el efecto más importante y característico del reconocimiento de la tutela jurisdiccional efectiva, hacia la cual convergen todas las demás facultades procesales de las partes, es que les asegura, que una vez iniciado el proceso van a obtener un pronunciamiento jurisdiccional, una resolución judicial que ponga fin al proceso y que se pronuncie sobre todas las cuestiones que le hayan sido sometidas a los juzgadores (Carocca 1997, p. A-98).

c. El Debido Proceso

Ha quedado establecido que la tutela jurisdiccional efectiva implica no solo que las personas puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando la protección de su derecho, sino que, además, asegura la expedición de sentencias en justicia y no arbitrarias. Por lo tanto, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se ha convertido en el pilar fundamental del proceso, mereciendo que además de recogerse en el Código Procesal Civil (artículo I del Título Preliminar), sea reconocido como garantía constitucional.

Se ha llegado a afirmar que el debido proceso legal es una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que comprendería, el derecho de acceso a la justicia (derecho de acción), el debido proceso legal en tanto observancia de las reglas procesales, la emisión de resoluciones fundadas en Derecho y la plena efectividad de dichas resoluciones. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que *“hay que precisar que el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal, en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la Ley Procesal”* (Cas. N° 2717-2000-LA LIBERTAD. El Peruano. 31-10-2002).

Esto implica, siguiendo al doctrinario español González Pérez (2001) que la tutela jurisdiccional efectiva no quedará prestada con la recepción de la pretensión por un

órgano jurisdiccional y la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad o disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico. La tutela sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar la sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes (p. 1639).

Ahora bien, el hecho de que el artículo 139°, inciso 3) de nuestra Constitución haya enunciado al debido proceso legal y la tutela judicial efectiva y no solamente ésta, en el sentido que en ella se subsume el primero, puede llevar a concluir que se trata de principios distintos, pero debe tenerse en cuenta que tal precisión sí aparece en el artículo I del Código Procesal Civil, cual señala que “*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*”.

Como vemos, el Código reconoce explícitamente este derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, y dentro de éste al derecho al debido proceso; hecho que conlleva a afirmar que una vez que el proceso se inicia lo que ocurra en él o posteriormente incumbe al debido proceso legal, como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva que es un derecho más amplio y complejo; pues, la enunciación en el segundo párrafo del artículo 139, inciso 3) de la Constitución de 1993 de postulados como el juez natural y el procedimiento previamente establecido, propios del debido proceso legal, nos debe llevar a pensar que la precisión contenida en el Código Procesal Civil es lo que se quiso plasmar en la Constitución de 1993, es decir, el debido proceso como expresión concreta de la tutela judicial efectiva, sólo así encontraríamos concordancia entre la norma constitucional y la legislación infraconstitucional (Sáenz, 1999, p. 490).

d. Efectividad de la resolución que pone fin al Proceso

La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare que está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido; de ahí que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es ciertamente la que se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia requerida por el Ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos como a que se respete su firmeza y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, situación que incluso está prevista en el artículo 4° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, razón por la cual nuestro Tribunal Constitucional (Expediente 00246-2012-PA/TC. F.j. 02) ha indicado que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis expansiva* que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

Siguiendo las ideas del autor español Chamorro Bernal (1996), la efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela jurisdiccional puesto que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. De nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no se llevaran a la práctica. De allí que se

considere que la ejecución de las sentencias es el componente más importante de la efectividad (p. 276).

Ahora bien, es preciso señalar que el calificativo de “efectiva” que se da a la tutela jurisdiccional en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución peruana, le añade una connotación de realidad, ya que en definitiva eso significa ser efectiva, ser real y verdadera, dentro, claro está, del carácter predominantemente formal que tienen los derechos y garantías constitucionalizados en dicho artículo. De ahí que se señale que la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial (Obando 2001, p. 98-99). Por lo tanto, queda establecido que una de las características más importantes de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva es que se extiende también a la posibilidad de solicitar y obtener el cumplimiento material y en sus propios términos de lo resuelto en la sentencia, ya que lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento que ellas comportan a favor de algunas de las partes, en meras declaraciones de intenciones o buenos propósitos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha dejado claro que el derecho a la Tutela Jurisdiccional no sólo implica el derecho de acceso a la Justicia y el derecho al debido proceso, sino también a la efectividad de las resoluciones judiciales, básica garantía que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones (Exp. N° 0015-2001-AI/TC. f.j. 17).

CAPÍTULO III

**LA PRUEBA Y SU FUNCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

3.1. El Derecho a la prueba

A. La prueba como derecho constitucional implícito

El Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente N° 01557-2012-PAH/TC. (F.j. 02) precisa que el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva. Indica dicho Colegiado que la doctrina ha señalado que los derechos fundamentales tienen dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva. Desde la objetiva los derechos fundamentales muestran su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. En este sentido, los derechos fundamentales asumen, en el conjunto normativo, el carácter de principios, como punto referencial del Ordenamiento. Por su parte, la vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de los individuos de ejercitar y exigir la protección de los derechos, a la vez que son el elemento esencial del conjunto normativo, asumen el carácter de posiciones jurídicas exigibles por sus titulares.

De otro lado, se ha manifestado que el contenido esencial de este derecho pone el acento en uno de sus aspectos más característicos y es la conexión entre la actividad procesal y el derecho material. Conexión que no es otra que la verdad sobre los presupuestos fácticos del derecho material. En tal sentido, la prueba constituiría el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, razón por la cual se refiere que las instituciones procesales y sus garantías son los condicionamientos de legitimidad constitucional de la determinación que hace el Juez sobre la verdad jurídica y fáctica. Por lo tanto, las diversas garantías procesales y probatorias son instrumentos de validez constitucional de la decisión del juez sobre la verdad jurídica y la verdad fáctica.

Desde otra perspectiva, se ha indicado que el derecho a la prueba es un derecho negativo que implica la obligación correlativa del Estado frente al titular de ese derecho consistente en un no hacer, abstenerse de vulnerar el derecho de la parte al aseguramiento, la proposición, admisión y valoración racional de la prueba. Simultáneamente, implica una obligación positiva por parte del Estado de contribuir a la efectividad de este derecho y de los valores que representa, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o un valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa (Prieto, 1990, p. 413).

B. Componentes del derecho a probar

En este extremo, seguiremos los lineamientos esbozados por Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia emitida en el Expediente N° 1014-2007-PHC/TC, en donde ha señalado que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del

derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución. Señala el máximo intérprete de la Constitución que una de las garantías que asisten a las partes del Proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales – límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos–.

Se ha dicho, entonces, que el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, dice el Tribunal Constitucional, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un Proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Agrega el Tribunal que, atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del Juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Por ello, dice el Tribunal, la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o

probable en la conciencia del Juez debe reunir las siguientes características: i) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; ii) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; iii) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; y, iv) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.

Concluye el Tribunal Constitucional señalando que se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido está determinado por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que

tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al Proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso.

3.2. La carga de la prueba

Siguiendo a uno de los procesalistas más destacados del país, se tiene que son dos los sistemas que regulan la prueba judicial: el sistema Dispositivo y el Inquisitivo. El primero supone, en esencia, que la actividad probatoria corresponde únicamente a las partes, mientras que en el segundo dicha actividad probatoria no es exclusiva de las partes, sino que el Juez tiene un rol trascendente, pudiendo incluso ordenar la actuación de medios probatorios de oficio a fin de verificar lo afirmado por las partes dentro del Proceso. Cada uno de estos sistemas se inserta a su vez en dos concepciones del proceso o sistemas procesales claramente definidos y diferenciables. Así, el Sistema Dispositivo es parte del Sistema Procesal Privatístico, mientras que el Sistema Inquisitivo se instaura dentro de una concepción del proceso conocida como Sistema Procesal Publicístico. Agrega el autor citado que el Sistema Procesal Privatístico parte por considerar que si en el proceso civil se discuten derecho civiles que son privados, entonces éste es también una actividad privada,

constituyéndose en el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver sus conflictos de intereses; por su parte, el Sistema Procesal Publicístico considera que lo más importante no es que los particulares resuelvan sus conflictos sino que, a través de él, el derecho objetivo se torna eficaz y respetado, siendo además que a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se logrará la paz social en justicia, de lo que sigue que el proceso es un fenómeno público, sujeto a normas de derecho público; sin embargo, aclara el referido autor, pese a la notoria diferencia entre ambos sistemas, no existe país en el que alguno de estos sistemas se presente químicamente puro a nivel normativo, sino lo que se evidencia es, en todo caso, la preponderancia de uno respecto de otro (Monroy, 2010, p. 577).

Devis Echandía (2012) advierte que se debe tener en cuenta que el concepto de carga difiere del de deber y obligación. Aclara que una carga es un poder o una facultad de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables (p. 63). Asimismo, se indica que al hablar de la carga de la prueba, se está haciendo mención a dos aspectos separables en el plano teórico: para poder adoptar una decisión fundada el Juez o Tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de aquella circunstancia, pero para ello es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzarlo. Según Gómez Pomar (2001), las reglas sobre carga de la prueba comprenden, pues, de un lado, la determinación del umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión y, de otro, la determinación de cuál de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace (p. 35).

Se ha indicado, asimismo, que a diferencia de lo que ocurre con los deberes y las obligaciones, el sujeto no está compelido a realizar determinada conducta para evitar una determinada sanción. Por el contrario, se refiere que la noción de carga pone en cabeza del titular una facultad, que puede usar o no, pero cuya consecuencia antes que una sanción es la pérdida de una determinada ventaja que se hubiere podido tener. La carga de la prueba consiste en una regla que le crea a las partes una autorresponsabilidad, para que acrediten los hechos que le sirven de supuesto a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman y que además le indican al juez cómo debe fallar cuando no aparecen probados los hechos (Ramírez, 2009, p. 275). Debe tenerse en cuenta que el rol activo del Juez, para estimular y asistir a los litigantes en dificultad, no puede jamás comprometer el deber de imparcialidad y equidistancia. No puede el juez sustituir a las partes, en la determinación del objeto del proceso, en la precisión del dogma de tutela requerida con la demanda o en los hechos relevantes para la decisión.

Según Belén (2010), se ha hecho mención que, para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba es indispensable distinguir dos aspectos de la noción: 1) por una parte es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba; y, 2) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones (p. 155).

De otro lado, se ha hecho referencia a que la carga de la prueba puede ser entendida en un sentido formal y en sentido material. Así tenemos que, en sentido formal, el proceso civil está regido por el principio de aportación de parte, lo que significa que la situación subjetiva adecuada para provocar que se practique la prueba la tienen las partes. La regla general será que solamente a propuesta de las partes será posible acordar la práctica de la prueba, sin perjuicio de que, como dispone el artículo 194° del Código Procesal Civil, excepcionalmente la Ley autorice acordar pruebas de oficio. En definitiva puede afirmarse que en el proceso civil rige con carácter general el principio de aportación de parte, de modo que a las partes se atribuye la carga formal de la prueba. Ahora, en sentido material, la carga de la prueba se manifiesta en el momento de dictar sentencia. Si tras la eventual actividad de fijación de los elementos fácticos, por admisión expresa o tácita o fruto de la prueba practicada, todavía considera que todos o algunos no pueden considerarse como ciertos, las normas sobre carga de la prueba determinarán el sentido en el que ha de resolver. En efecto, las normas sobre carga de la prueba establecen a qué parte incumbe probar determinados elementos fácticos jurídicamente relevantes para fundar la decisión, en la medida que, en caso contrario, sufrirá las consecuencias negativas derivadas de la falta o insuficiencia probatoria sobre los mismos. Desde el punto de vista de las partes, implica los hechos sobre los que ha de desplegar la actividad probatoria para que, aplicando el derecho sobre los mismos, pueda beneficiarse de sus consecuencias. Desde el punto de vista del Juez, supone la determinación de las consecuencias que traerá aparejadas la eventual carencia probatoria sobre los hechos y, por esa vía, determinará el sentido del fallo. Precisamente las reglas de la carga de la prueba determinan qué parte ha de soportar las consecuencias negativas de la falta de prueba distribuyendo el riesgo de sufrir esas consecuencias entre las partes. Esto es lo que dispone el artículo 200° del Código procesal Civil, precisando que *“Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvención, estos no se tendrán como verdaderos y su*

demanda será declarada infundada". Las consecuencias de la falta de prueba se aplicarán con independencia de quien haya introducido el hecho y de quien haya probado. Ciertamente los hechos serán introducidos y probados normalmente por la parte que va a beneficiarse de que sobre el hecho se aplique la norma en la resolución, tal como lo refiere el artículo 196 del Código Procesal Civil, el mismo que señala que "*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos*".

Ahora bien, es conocido que las partes actúan bajo el principio de libertad en la prueba. Se manifiesta de dos formas: en la libertad que tienen las partes de aportar y solicitar las pruebas que consideren deben ser valoradas por el Juez y en el poder que tiene el juez para decretar de oficio toda prueba que considere necesaria, conforme lo prevé el artículo 194° del Código Procesal Civil. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha justificado la libertad de prueba en consideración a que el Proceso le concede a la justicia material una protección reforzada, en el entendido de hacer prevalecer, en ciertos casos, la materia sobre las formas, sobre todo si se finca en la protección de los derechos humanos. Así la Corte afirmó: "*El proceso es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello se afecte la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes. Por referirse a violaciones a derechos humanos y acoger, en consecuencia, el principio de verdad histórica, el proceso ante este Tribunal internacional tiene un carácter menos formalista que el seguido ante las autoridades internas*" (Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú y caso Tiu Tojín Vs. Guatemala).

3.3. La carga de la prueba del daño y la relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual

En el ámbito de la Responsabilidad Civil Contractual, el artículo 1331° de nuestro Código sustantivo menciona que *“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*; sin embargo, el artículo 1984°, en relación a la Responsabilidad Aquiliana señala que *“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”*, agregando el artículo 1985° que *“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...”*, de lo cual se tiene que, en este último caso, quien pretenda ser indemnizado, debe someterse a la previsión de la disposición normativa del artículo 196° del Código Procesal Civil, dado que en el ámbito extracontractual no existe disposición legal diferente que lo excluya de la carga de probar lo alegado en relación a dicho daño.

Ha quedado establecido que la responsabilidad civil se configura con la concurrencia de una serie de presupuestos para determinar el hecho indemnizatorio; sin embargo, ello implica necesariamente hacer uso de las reglas vinculadas a la carga de la prueba, siendo que en la práctica se acepta la regla general de que la demostración de los hechos constitutivos incumbe a quien afirma la existencia del derecho que se pretende hacer valer; lo cual conlleva a establecer que aparentemente no existe la inversión de la carga de la prueba; sin embargo, en cuanto a la responsabilidad extracontractual sí está determinada la inversión probatoria, lo que no ocurre en una responsabilidad civil de naturaleza contractual.

Ahora bien, según Santos Briz (1981), en materia de responsabilidad civil, para que proceda la indemnización no basta en puridad con la existencia de ese nexo causal, es preciso además la prueba del mismo. La responsabilidad civil se configura con la

conurrencia de una serie de presupuestos para determinar el hecho indemnizatorio; lo cual deriva en el subsecuente deber jurídico de indemnizar el perjuicio causado (p. 213). Para Visintini (1995) el damnificado demandante deberá acreditar la conexión entre la conducta antijurídica del agente y el daño sufrido (p. 308). Ahora bien, Reglero (2006) señala que se puede llegar a definir en consecuencia que en los casos de responsabilidad objetiva o por riesgo, deben aparecer estrechamente vinculados por una relación de causa efecto, el sujeto agraviado con la conducta antijurídica del agente infractor del hecho que motiva la responsabilidad civil. El principio general de la responsabilidad objetiva o por riesgo, es que el nexo causal entre la conducta o actividad del responsable y el suceso dañoso deben ser probados por quien reclama la reparación (p. 337).

En opinión de Vásquez (1998) la prueba de la relación causal, cuando menos en su fase primaria, puramente material, incumbe al pretensor (p. 339). Según De Trazegnies (1999, en principio, cuando no hay discusión en materia de causalidad, la causa parece no ofrecer dificultad jurídica alguna. El que demanda una indemnización por responsabilidad extracontractual tiene que probar que su demandado es el causante de su daño, sin embargo, dicha prueba resulta bastante sencilla porque no va más allá de la comprobación directa. Agrega el autor citado que la dificultad se presenta cuando el demandado se enfrenta a esta imputación de causalidad y sostiene que, aunque participó en el hecho generador del daño, no es el causante del mismo. Es entonces, cuando se quiere escapar de las cadenas de la causa se requiere afinar particularmente el análisis (p. 320). En efecto, dice Roca Trías (2006), procesalmente, la prueba del nexo causal corresponde al demandante, conforme ha señalado reiterativamente la jurisprudencia nacional, por lo que se admite que no se produce una inversión de la carga de la prueba, por ello, independientemente que la responsabilidad se atribuya por culpa o por criterios objetivos, la víctima debe siempre probar la relación de causalidad y si no lo consigue se rechazará

su pretensión por falta de prueba (p. 138); sin embargo, para Chabas (1995) se ha podido constatar que dicha regla lleva tres excepciones y que son: 1) Cuando la ley determina una presunción de culpa, a la par, una presunción de causalidad, en consecuencia, la víctima no tiene que demostrar ni la falta de vigilancia, ni que esa falta de vigilancia sea la causa del daño; 2) En aquellas actividades profesionales o empresariales (responsabilidad médica, daños por productos, etc.), en las que al perjudicado le puede resultar particularmente costoso averiguar la causa del hecho dañoso, lo que puede ocurrir por una pluralidad de circunstancias, sectores en los que el desarrollo científico y tecnológico es particularmente intenso, ignorándose en ciertos casos como se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas, difícil acceso a los medios, materiales o documentos probatorios, etc. 3) La posición extrema asumida por nuestro Código Civil, cuando en su artículo 1969º establece que: “... *El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”, aquí se establece una presunción general de culpa muy favorable a los perjudicados, pero que resulta demasiado severa para los autores simplemente materiales de daños (p. 320).

A. La prueba de la causalidad adecuada

Desde la perspectiva de la causalidad adecuada, para establecer jurídicamente si un suceso es causa de otro, es necesario realizar *ex post facto* un juicio o diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese evento, según el curso ordinario de las cosas. Al respecto, Santos Briz (1981) señala que la prueba *prima facie* o de primera impresión es de relevante importancia en los pleitos sobre actos ilícitos extracontractuales. Significa que una cierta situación de hecho corresponde, según la experiencia, a un curso causal típico y determinado. Entonces, puede considerarse que la causa fijada ha

producido cierto resultado y que la alegación puede tenerse por probada. Corresponde este concepto a la apreciación de la prueba y no significa una inversión de la carga de probar, sino una mera facilitación de prueba.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1985°, no llega a establecer a quien corresponde la carga de la prueba en materia de causalidad adecuada, limitándose sólo a señalar que 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*”. De ello se advierte que nuestro Ordenamiento, conforme a la regla general antes expuesta, le asigna al demandante (víctima) la obligación de probar dicha relación de causalidad adecuada. Lo que implica que el solicitante del resarcimiento debe probar el carácter adecuado de la condición. Por su parte, el supuesto responsable, debe demostrar que aquella condición no fue la causa adecuada del perjuicio, aportando los medios probatorios pertinentes, para acreditar su inocencia, de tal suerte que podrá liberarse de responsabilidad acreditando que el daño obedece a una causa extraña a su obrar o a las cosas bajo su guarda.

B. La prueba dinámica

Es sabido que la decisión judicial requiere de la apreciación y valoración de circunstancias que no se encuentran a disposición del Juez, sino de las partes del Proceso o en poder de terceros ajenos al mismo. Esto determina que los litigantes deban asumir determinadas cargas dentro del proceso acordadas por el ordenamiento ex ante según sus pretensiones, dentro de las cuales –y quizás la más importante- se encuentra la carga de la prueba, también conocida como el *onus probandi*, el cual es

entendido como la necesidad en que se encuentra un litigante o interesado, de probar los hechos o actos que son el fundamento de su pretensión. Esta actividad de las partes no implica un deber de probar –necesidad jurídica- sino más bien una carga, tomando los litigantes sobre sí el riesgo de la prueba y asumiendo las consecuencias adversas propias del interés que conlleva la inactividad probatoria. La parte que no logra la convicción del juzgador sobre un determinado hecho sobre el cual tenía que rendir prueba se expone a una virtual e inminente derrota en la *litis*.

El Tribunal Constitucional, en el literal c) del fundamento jurídico 50) de la Sentencia emitida en el Expediente N° 1176- 2004-AA/TC precisa que, *prima facie*, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del Proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Agrega que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del Proceso. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Concluye el Tribunal que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento; pues, por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia

del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.º 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC).

Peyrano (S/A, p. 19) señala que la prueba dinámica se rige por el principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional a la hora de la producción de la prueba, y que coincide con el espíritu de la doctrina, esto es, apartarse de las normas legales para que el juzgador busque hacer recaer el *onus probandi* sobre aquél que está en mejores condiciones para producir la prueba respectiva y para tal efecto, precisa Peyrano que se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio.

No cabe duda que el connotado procesalista Jorge W. Peyrano ha sido el principal impulsor de dicha corriente, proponiendo la problemática para determinar a cargo de qué sujeto procesal se halla la obligación de probar el hecho litigioso para lo cual llegaríamos a un apartamiento excepcional del derecho positivo; sin embargo, nos encontramos ante un hecho cierto adecuadamente legislado en la norma adjetiva nacional, cuando faculta al juzgador disponer la actuación de medios probatorios en resolución debidamente motivada e inimpugnable, con el fin de crear una mejor convicción en la decisión final; importa así que, si bien no se puede suplir a las partes, sin embargo ante casos extremos resulta aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pero debemos entender que no estamos ante el principio de la inversión de

la carga de la prueba, que nos pone solamente el deber de probar a cada una de las partes, sino que estamos ante una atribución del peso probatorio, desplazando el *onus probandi* en quien está en mejores atributos de producirla. Lo cierto es que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas produce un verdadero salto cualitativo tanto desde el ángulo de la teoría como desde su operatividad en la práctica concreta. Lo sustancialmente trascendente no se encuentra en el hecho de que coloca la carga de la prueba en cabeza de ambas partes, puesto que este avance teórico ya había sido concebido con anterioridad por otros autores, sino -y fundamentalmente- porque la ubica primordialmente sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla y aportarla al Proceso.

Para Jaramillo (2010) es entonces esta insuficiencia material la cual da lugar a la flexibilización de la carga de la prueba para así poder despejar las dudas que el juez tenga respecto de los hechos. Esta consiste en la posibilidad que tiene el Juez en el transcurso del proceso, de determinar quién tiene la carga de probar un determinado hecho. Se trata de una excepción a la regla general ya aquí tratada, y a la reserva legal de la determinación de las cargas procesales. Agrega el autor citado que esta regla se ha creado para lograr la justicia material que toda regla de juicio debiese buscar para el Proceso y no limitarse simplemente a la conclusión procedimental (p. 188). Según Fernández (2006), busca que las reglas rígidas de la carga probatoria no se conviertan en una obstrucción a la obtención de soluciones justas por la imposición de pruebas de difícil recolección, es decir, pruebas que le será imposible de obtener (p. 25).

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA FLEXIBILIDAD PROBATORIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL SUBJETIVO Y EL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO

4.1. La relevancia constitucional de los valores jurídicos afectados en daños extrapatrimoniales subjetivos

4.1.1. Derechos fundamentales vinculados al ámbito extrapatrimonial

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia emitida en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, ha señalado categóricamente que la realización del Estado Constitucional y Democrático de Derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Agrega que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. Precisa que, en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos

derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.

De igual manera, en el Expediente N° 5215-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha agregado que esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos, no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos, y que las personas naturales o jurídicas de derecho privado se encuentren ajenas a su respeto; por lo que siendo así, el Tribunal señala que en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares. Precisa que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Concluye señalando que el *efecto horizontal o inter privatos* que detentan los derechos fundamentales no sólo se deriva del artículo 38° de la Constitución, sino también del principio dignidad (artículos 1° y 3° de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada.

No obstante lo precisado anteriormente, resulta indispensable establecer el marco constitucional en relación a los derechos fundamentales que pueden resultar afectados en caso de un hecho dañoso en el ámbito extrapatrimonial de la víctima directa o por

repercusión, para lo cual partiremos de la propia connotación que respecto de ellos ha realizado el Tribunal Constitucional.

Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución ha precisado que “*el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional*”(Exp. N° 0008-2003-IA/TC. F. j. 5); de ahí que “*...la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento...*” (Exp. N° 0976-2001-AA/TC. F. j. 18).

Por otro lado, citando a Peces-Barba, el Tribunal Constitucional ha precisado que el concepto de derechos fundamentales comprende “*tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana, sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, siendo instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades*” (Exp. N° 03052-2009-PA/TC. F. j. 4). Por lo tanto, en otra de sus resoluciones, el Tribunal ha indicado que “*El carácter de integralidad de los derechos fundamentales impone que la violación de uno de ellos involucre muchas veces también la afectación de otros más (...), amén de la utilización de los criterios interpretativos de unidad de la Constitución y eficacia integradora de ella...*”(Exp. N° 05842-200-PHC/TC. F. j. 49).

Por lo tanto, resulta necesario efectuar el análisis en relación al contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos que consideramos pueden

ser lesionados en el ámbito de la persona que es víctima de un daño directo o indirecto; pues, el Tribunal Constitucional (Expediente N° 002005-2009-PA/TC. F. j. 25) ha precisado que si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucionall.

Por lo tanto, efectuando un análisis razonado de los efectos que pueden provocar un hecho dañoso en el ámbito extrapatrimonial de la persona, consideramos que resultan afectados los siguientes derechos constitucionales; ello en razón de que Pérez Islas⁸ refiere que en virtud de la gran diversidad de actividades humanas que se llevan a cabo diariamente y, más aún, de la implementación de las máquinas en los diversos procesos productivos, asociado esto a los riesgos del desarrollo y operación de las mismas, es que se ha venido realzando la importancia de la persona humana unida a sus derechos y atributos.

A. Derecho a la Vida

⁸ PEREZ ISLAS, Alfonso. A favor de las transmisibilidad de la acción de daño moral; en Revista Derecho y Humanidades, No 16 vol. 2, 2010, pp. 119-132; en <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index>. Consultado el 24 de octubre de 2015.

Este derecho fundamental está previsto en el artículo 1º, numeral 1) de la Constitución, frente al cual el Tribunal Constitucional ha señalado que en un Estado Social Democrático de Derecho, *“la vida, entonces, ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad”* (Exp. N° 1535-2006-PA/TC. F. j. 82)⁹, ello debido a que considera que la persona está consagrada como un valor superior y el Estado está obligado a protegerla, dado que este derecho resulta ser el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos. Haciendo referencia a la STC N° 0318-1996-HC/TC, el Tribunal también ha señalado que la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su Legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales el derecho a la vida resulta ser de primer orden e importancia, y se halla protegido inclusive a través de tratados sobre Derechos Humanos. De otro lado, el Tribunal Constitucional advierte que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable (Exp. N° 00925-2009-PHC/TC. F. j. 07), situación que se pone en riesgo en casos de hechos que generen consecuencias dañosas en la persona. Enrique Álvarez Conde enfatiza que el derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto, el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida

⁹ Igual criterio ha sido desarrollado en la STC N° 2945-2003-AA/TC; STC N.º 01535-2006-PA/TC.

humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que ésta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato¹⁰.

Por último, debe indicarse que el derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I) establece que *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”*; la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º), precisa que *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”*; en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6º) indica que *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4º, inciso 1), que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.

Por lo tanto, es lógico suponer que un hecho que suponga la generación de daños extrapatrimoniales en la persona humana, especialmente en la víctima directa, conlleva una grave afectación a un valor constitucionalmente protegido como es la vida.

¹⁰ Citado por el Tribunal Constitucional en la STC emitida en el Exp. N° 2333-2004-HC/TC.

B. Derecho a la dignidad

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 1º del texto constitucional, lo que significa, en palabras del Tribunal Constitucional, que la persona está consagrada como un valor superior y el Estado está obligado a protegerla y, por tanto, *“el principio–derecho de la dignidad humana fundamenta, por un lado, la configuración de nuestro parámetro constitucional y, por otro, es un principio...”* (Exp. N° 4635-2004-AA/TC. F. j. 12) y *“como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales...”* (Exp. N° 0008-2003-IA/TC. F. j. 14); es decir, que *“la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales”* (Exp. N° 0010-2002-AI/TC. F.j. 217).

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo. Agrega que *“el principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”* (Exp. N° 2945-2003-AA/TC. F. j. 17, 19); por cuanto ha indicado que, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la generación de un daño en bienes extrapatrimoniales de la persona va a conllevar como consecuencia una afectación

al derecho a la dignidad de la persona humana, dado el impacto y la alteración que puede provocar el hecho dañoso, tanto en víctimas directas como por repercusión.

C. Derecho a la integridad física, psíquica y moral

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 5º, numeral 1) que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*. Similar sentido le otorga el artículo 1º, numeral 1) de nuestra Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“el respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho”* (Exp. N° 0010-2002-AI/TC. F. j. 219). Por su parte, la doctrina ha hecho mención de que el derecho a la integridad personal *“implica el derecho que tiene toda persona de mantener y conservar su integridad física (preservación de órganos, partes y tejidos del cuerpo humano), psíquica (preservación de habilidades motrices, emocionales e intelectuales) y moral (preservación de sus convicciones)”*; por lo

tanto, tal derecho es tratado desde su triple manifestación (Novak y Mamihás 2004, p. 165).

Ahora bien, dada la importancia del tema, seguiremos el desarrollo que al respecto ha efectuado el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2333-2004-HC/TC, en donde se indica que la defensa de la integridad forma parte de la dimensión vital de la persona. En igual sentido, se indica que tal derecho tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano. El supremo intérprete de la Constitución señala que el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución direcciona conceptualmente la integridad en tres planos: físico, psíquico y moral, procediendo a desarrollar cada uno de ellos de la siguiente manera:

a. **La integridad física.** La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. Agrega que la afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc., como es el caso de una persona que es víctima de un hecho dañoso producido por terceros.

De igual manera, indica que la indemnidad corporal está sujeta, como regla general, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su

integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea.

b. La integridad moral. Para el Tribunal, el derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social. Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno. En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal de cada uno. Agrega que la integridad moral no implica la idea de algo extraño o superior a la persona para reconocer su existencia y defender su intangibilidad, ya que se funda en el libre albedrío. Empero, es obvio que estos fundamentos, en caso del obrar, no deben colisionar con el orden público. En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prohíbe toda forma de violencia moral contra una persona.

c. La integridad psíquica. El derecho a la integridad psíquica –dice el Tribunal– se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano; por lo tanto, al igual que en el caso de la integridad moral, resulta invocable también el apartado h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.

Por lo tanto, se advierte indudablemente que, frente a una circunstancia generadora de daños en el ámbito extrapatrimonial, la víctima se verá afectada en sus derechos a la integridad física, moral y psíquica, los cuales constituyen valores de protección constitucional.

D. Derecho al libre desarrollo y bienestar

Frente a este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al ‘libre desarrollo y bienestar’ pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido –desarrollo y bienestar”* (Exp. N° 007-2006-PI/TC. F.j. 01). En la misma resolución, el Tribunal agrega que el libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona; por cuanto la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad. Por su parte Sosa Sacio (2010, 139) manifiesta su desacuerdo con la calificación que efectúa el Tribunal Constitucional en relación a considerarlo como derecho implícito; y, por el contrario, señala que a partir de una interpretación

iusfundamental, consideramos que el libre desenvolvimiento de la personalidad es un derecho constitucional expreso y equivale al libre desarrollo y bienestar enunciado en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en otra de sus resoluciones, precisa que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1), de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho a su libre desarrollo, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha consolidado la idea de que *“el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”* (Exp. N° 2668-2004-PA/TC. F. j. 14); es decir, que bajo este criterio, se

impide a los poderes públicos, así como a los privados limitar la autonomía moral de acción y elección de la persona, salvo la existencia de un valor constitucional que fundamente dicho límite; pues, *“La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar”*. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento *“constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”* (Exp. N° 3901-2007-PA/TC. F.j. 9).

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que este derecho constitucional podría limitarse en su ejercicio como consecuencia de un hecho dañoso que incida en el aspecto extrapatrimonial de la víctima, ya sea de manera directa o indirecta; pues, las consecuencias del impacto incidirán en el libre desarrollo de la personal de quien resultó afectado por hechos u omisiones de terceros.

E. Derecho a la salud

El Tribunal Constitucional señala que en un Estado Democrático y Social de Derecho, los derechos sociales se constituyen como una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que ellos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, precisando que *“el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física*

como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida” (Exp. N° 2002-2006-PC/TC. Ff.jj. 6, 7, 11, 16 y 17). Lo que implica – dice el Tribunal – que en dicha protección está la obligación del Estado de realizar acciones concretas orientadas a prevenir los daños a la salud, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona; por ello es que atendiendo a lo indicado por la OMS, la Salud es el completo estado de bienestar físico mental y social de una persona y no solamente la ausencia de enfermedad o invalidez.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que este derecho tiene un reconocimiento y protección internacional. Así tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 25, que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*. De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el inciso 1) del artículo 12, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. De ahí que el Tribunal Constitucional, siguiendo al Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N° 14, indique *“la salud*

es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”(Exp. N° 02034-2009-PA/TC. Ff.jj. 6 y 7).

Ahora bien, en nuestro marco constitucional, tenemos que el derecho a la salud está garantizado por el artículo 7°, el cual establece que: *“(…) Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”*. Según el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho fundamental, pues, *“su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y el principio de dignidad (art. 1° y 3°), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo (...) El derecho a la salud garantiza a la persona el goce de un estado psico-somático pleno. En cuanto derecho de defensa deriva de éste una prohibición general de todo acto o norma, del Estado o de particulares, que lo afecta o menoscabe o que lo ponga en peligro. En tal sentido, ha manifestado este Tribunal que el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera”* (Exp. N° 065340-2006-PA/TC. Ff.jj. 7 y 8).

El Tribunal Constitucional señala que, si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, considera que *“cuando la*

vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental” (Exp. N° 2945-2003-AA/TC. F.j. 6); en tal sentido, *“la salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida”* (Exp. N° 2945-2003-AA/TC. Ff. jj. 28 y 30). Argumenta el Tribunal Constitucional en esta misma sentencia que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; por lo que siendo así, el artículo 7° de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. En consecuencia, *“...el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado armónico. Lo que implica, en consecuencia, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe”* (Exp. N° 00925-2009-PHC/TC. F.j. 5), como sería el caso de un acto que genere daños en la persona.

De igual manera, el artículo 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: *“Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”*. Con relación al artículo citado, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la salud *“reconoce el derecho de la persona de alcanzar y*

preservar un estado de plenitud física y psíquica” (Exp. N° 4635-2004-AA/TC. F.j. 21)¹¹. Por lo tanto, ha dicho el Tribunal, “la salud, por ende, es un derecho fundamental indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos...” (Exp. N° 05842-2006-PHC/TC. Ff.jj. 43 y 44); es decir, que “la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta” (en Exp. N° 00925-2009-PHC/TC. F.j. 6).

Por último, el Tribunal Constitucional ha señalado que “*La conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende tanto su ejercicio como su goce. Por esto, una perturbación en el goce de la misma constituye una lesión a tal derecho fundamental. Cabe precisar que la salud protegida no es únicamente la física, sino también la psicológica y mental de la persona*” (Exp. N° 5003-2009-PHC/TC. Ff.jj. 5 y 6), al igual que ha señalado el Protocolo de San Salvador, el cual prevé en su artículo 10° que toda “*persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*”; por lo que atendiendo a que “*...la salud es no solo un atributo esencial de carácter universal, sino que el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o hagan viable su plena realización*” (Exp. N° 00925-2009-PHC/TC. F.j. 13); de lo cual se advierte que tal derecho sería seriamente afectado en el caso de ocurrir hechos dañosos en el ámbito extrapatrimonial de la persona humana.

¹¹ En igual sentido se ha pronunciado en las N.° 1429-2002-HC/TC; STC N.° 2016-2003-AA/TC y STC N.° 1956-2004-AA/TC

4.2. Principio de la reparación íntegra de la víctima de daño directo o por repercusión.

A. Perjudicado directo

El perjudicado directo por un hecho dañoso será toda persona que sufre las consecuencias del mismo, resultando lesionado o dañado por dicho acontecimiento, en mérito a lo cual ostenta el derecho de poder reclamar la correspondiente indemnización que debe asumir el sujeto imputable. Según la doctrina española, para delimitar los daños resarcibles es preciso encontrar en el Ordenamiento Jurídico un sistema de protección o de valoración, siendo que en este caso lo constituyen los derechos constitucionales de la víctima, atribuibles por su condición de persona humana (Díez-Picazo y Gullón, 1994, p. 297).

En consecuencia, el perjudicado directo es quien está legitimado activamente para el ejercicio de esa acción indemnizatoria, conforme a las exigencias de la concurrencia de las condiciones de la acción en el ámbito procesal.

B. Perjudicados por repercusión

En el supuesto que la víctima del daño haya fallecido como consecuencia del hecho dañoso, es evidente que él ya no podrá formular directamente reclamación judicial de ningún tipo, en cuyo caso podrá ser ejercida por las personas que acrediten parentesco próximo (cónyuge, hijos, padres, entre otros), que en ese caso asumen el carácter de perjudicados por el hecho que causó la muerte de la víctima directa. En tal sentido, Elorriaga De Bonis considera que puede entenderse el daño por repercusión o rebote

como el que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado¹².

No obstante ello, se ha precisado que la legitimación que adquieren los familiares no se basa en la condición de herederos que aquéllos pudieran tener, sino en el carácter de perjudicados por el siniestro; pues, sin duda, la muerte de la víctima implica un daño en el ámbito de las personas vinculadas familiarmente al fallecido, especialmente de carácter moral. Por ello, el régimen de responsabilidad que debe aplicárseles, conforme al Derecho Común, es el de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, bajo las normas de la Sección Sexta del Libro VII del Código Civil de 1984.

Lo cierto es que resulta indudable que en caso de fallecimiento de una persona debido a un hecho provocado por un tercero, se produce un daño indirecto en las personas que estaban más cercanas a él por vínculos de matrimonio, filiación o parentesco. Este daño puede consistir en la pérdida del apoyo económico que proporcionaba la víctima directa y en el dolor o sufrimiento que produce la pérdida de un ser querido. En estos casos, los afectados por repercusión proceden *iure proprio*, es decir, alegan y deben probar que ellos han sufrido el daño en su patrimonio o persona y el monto de la indemnización se fijará tomando en cuenta, no el daño experimentado por la víctima directa, sino el sufrido por sus familiares o cercanos; sin embargo, se ha advertido que deben estimarse titulares de la acción indemnizatoria por daño moral que causa la muerte de otra persona quienes conforman el círculo de vida más cercano del fallecido, por cuanto la indemnización por daño moral en tal caso no se puede acumular indefinidamente hasta compensar todos aquellos que sufren dolor o aflicción en razón de la muerte de la persona, esto es, que resulta razonable concluir que la indemnización por daño moral no

¹² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Del Daño por Repercusión o Rebote; en Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 N° 2. 1999; en Dialnet-DelDanoPorRepercusionORebote-2650153.pdf

puede extenderse más allá del límite de la retribución a que es equitativo someter al deudor en razón de su conducta, criterio que sería infringido si se admitiera que la pretensión se multiplicara sin límite incontrolable.

C. Principio de la reparación integral

Este principio, conocido también en su expresión latina "*restitutio in integrum*", se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar.

Se ha indicado que se trata de un principio que, aunque careciendo de formulación legal expresa en nuestro ordenamiento, ha sido asumido en instancias judiciales como resultado de una elaboración doctrinal y jurisprudencial. Se trata, en otras palabras, de que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido, en la medida en que dicho daño haya resultado imputable a un tercero. Ahora bien, la doctrina ha precisado que, para que ello suceda es preciso que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo; y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado. En definitiva, según De Angel, la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado; lo que implica que la función reparadora de la responsabilidad civil se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que aquél le acarrea (De Angel, 995, p. 55). Al

respecto, el colombiano Henao señala que la explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del Derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima (Henao, 1998, p. 45).

No obstante lo indicado, el problema se presenta con los daños no patrimoniales; pues, cuando de daños patrimoniales se trata es posible realizar, en todo caso, dada su posibilidad de traducción a un equivalente pecuniario, una apreciación concreta y precisa del perjuicio sufrido por el titular del interés afectado, apreciación que permite determinar el resarcimiento necesario, ya sea en forma específica, ya por equivalente, para lograr la justa equivalencia entre éste y el daño y, consecuentemente, para alcanzar la tan deseada reparación integral. Es cierto que, en ocasiones, como ocurre con los daños futuros o con los lucros cesantes, pueden plantearse problemas de prueba que lleven a reparar menos daños que los inicialmente alegados por el perjudicado, limitando la medida de la reparación hasta el límite de los perjuicios efectivamente probados, en coherencia con el requisito de la necesaria certeza y consiguiente prueba de los daños resarcibles. Pero, en cualquier caso y pese a tales dificultades de prueba, el resarcimiento de los distintos daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), siempre podrá, una vez acreditados aquéllos, alcanzar el equilibrio perseguido por el principio de la reparación integral. Por el contrario, cuando nos enfrentamos a la apreciación de los daños no patrimoniales, se evidencia que tales perjuicios recaen sobre intereses de las personas que, por su naturaleza, son insustituibles e insusceptibles de equivalencia pecuniaria, dificultades éstas que impiden alcanzar una equivalencia entre el perjuicio y su reparación. Los daños extrapatrimoniales quedan, así, al margen de la *restitutio in integrum*, puesto que tales daños carecen de un módulo o valor de referencia o

comparación, lo que determina que su valoración quede remitida a la libre discrecionalidad de los Órganos judiciales, tal como lo ha recocado en algunas ocasiones la Corte Suprema de la República.

4.3. Principio de la apreciación subjetiva o concreta de la medida de la reparación

Se ha indicado que a la hora de precisar la medida de la reparación cabe recurrir a dos criterios diferentes: un criterio objetivo, en virtud del cual la medida de la reparación se concretaría en el valor objetivo o de mercado del bien deteriorado o destruido; y un criterio subjetivo, por medio del cual la reparación tendría por objeto o contenido el valor particular que ese bien representase para el concreto perjudicado, esto es, el valor de su específico interés. Dicho de otro modo, habrá que decidir si se resarce el daño común, entendido éste como el que experimentaría cualquier persona a consecuencia del hecho dañoso, o el daño propio, es decir, el que soporta una persona concreta en función de sus particulares circunstancias.

Por otra parte, se ha hecho referencia a que el principio de la apreciación *in concreto*, lejos de ser absoluto, está sometido a ciertos límites. Así, habrá circunstancias personales del sujeto perjudicado que no deban tomarse en consideración a la hora de determinar la medida del resarcimiento. Es lo que ocurre con su situación económica, pues si se atendiera a ésta para apreciar la medida del perjuicio, se podría acabar por concederle, en función de su mayor o menor capacidad económica, una reparación inferior o superior al daño efectivamente causado, con lo que se vulneraría así el principio del resarcimiento integral. Yzquierdo Tolsada (2001) considera que la reparación tendrá como objeto el valor específico que el bien tuviese para el concreto perjudicado, dado que el daño moral es una categoría de suyo subjetiva y la finalidad de la responsabilidad civil es la reparación de la

víctima, con ciertos límites, ha de ser el criterio subjetivo el que ayude a determinar la indemnización (p. 144).

4.4. La Complejidad de la carga probatoria en daños extrapatrimoniales subjetivos

Se ha señalado que el daño extrapatrimonial subjetivo, o también conocido como daño moral puro, es entendido como aquel que se agota en el simple menoscabo o detrimento de un interés legítimo extrapatrimonial, sin tener ramificaciones o consecuencias inmediatas o mediatas en la esfera patrimonial del sujeto que lo sufre. En tanto que el daño moral con consecuencias patrimoniales sería aquel que vulnera los intereses extrapatrimoniales lícitos del sujeto y que produce como consecuencia mediata o inmediata una disminución del patrimonio, como sería el caso de las infracciones a valores como el honor o la reputación que pueden afectar el plano económico del damnificado. En consecuencia, en materia de prueba del daño moral, esta clasificación determinaría exigencias procesales diversas, según se está en presencia de uno u otro daño; pues, podría decirse que el Juez posee cierta laxitud para determinar el *quantum* de la indemnización del daño moral puro por la falta de baremos que permitan un parámetro para fijar la indemnización; en cambio no sucedería lo mismo en el caso en que se produzca consecuencias patrimoniales del daño moral, las cuales deben ser acreditadas por medio de las pruebas que franquea la Ley.

Por lo tanto, para justificar este fundamento que conlleve a la flexibilización de la carga probatoria, apreciaremos – sin adoptarla plenamente – los postulados de la Teoría del Daño Moral Evidente¹³, sobre todo cuando se trate del daño moral puro o extrapatrimonial subjetivo, para cuya postura doctrinal, este tipo de daños no requiere ser acreditado en el Proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, bastando tan sólo la prueba

¹³ Ello en contraposición de la Teoría positiva vinculada a la prueba del daño moral, la cual refiere que todo tipo de daño debe ser probado a efecto de ser indemnizado.

del hecho ilícito fundante de la acción indemnizatoria del cual el Juez pueda presumir su existencia. El sistema del daño moral evidente prescinde de la acreditación de un hecho objetivo que haga exteriorizable su padecimiento, siendo necesario lograr la convicción del juzgador sobre la ocurrencia de ciertos hechos, en los que, según la regla de normalidad fácilmente constatable en la vida común u ordinaria, el perjuicio moral resulta consecuencia normal del hecho ilícito.

Ya la Corte Suprema había precisado que el daño moral, como integrante del daño a la persona, está configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos y estados depresivos que padece una persona, la misma que es de difícil probanza, pero cuya existencia no puede ser negada dependiendo de los alcances del daño y las esferas que afecte, sean de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. Agrega que en la Casación N° 949-1995-Arequipa, ya se había establecido con claridad que el daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual...”¹⁴

Ahora bien, según doctrina autorizada, los argumentos desarrollados para afirmar la existencia del daño moral evidente son de distinta naturaleza, sin embargo consideramos pertinente abordar los de mayor relevancia, siendo éstos los siguientes.

¹⁴ Casación N° 5008-2010-LIMA. Considerando octavo.

A. El daño moral evidente y la prueba *in re ipsa*

Para esta vertiente la misión del Juez será realizar una estimación y valoración de los factores que rodearon las circunstancias del hecho generador y la naturaleza de los intereses legítimos o derechos extrapatrimoniales conculcados, para de esa forma alcanzar el convencimiento acerca de la idoneidad del hecho dañoso para producir daño moral. En otras palabras, el perjuicio moral se demuestra por la sola concurrencia del acto u omisión dañosa, es decir, se trata de una prueba que surge inmediatamente de los hechos. Mosset Iturraspe (1996) señala al respecto que, en principio, el daño moral se prueba *in re ipsa*, vale decir se tiene por acreditado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante, surge inmediatamente de los hechos ocurridos, sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios admitidos (p. 376).

B. El daño moral evidente y los hechos notorios

Otra parte de la doctrina, dentro de esta misma corriente, justifica la presunción del daño moral a través de la notoriedad de los efectos del hecho ilícito, especialmente cuando se está en presencia de daño a la persona, ya sea se produzca la muerte de la víctima o lesiones físicas, psíquicas e incluso estéticas. En todos estos casos, y en otros en los que la alteración del bienestar sea notoria (delitos contra el honor, la honestidad o la libertad, etc.), rige la regla general que excluye la prueba de los hechos notorios, y por ende el daño moral se presume, eximiéndose al actor de la carga de demostrar lo que ha sufrido. Es decir, las consecuencias inmediatas de la acción -daño moral- no necesitan demostración empírica alguna, por cuanto corresponden a hechos notorios, eventos lógicos que procesalmente no requieren de actividad probatoria, por ende, exentos de prueba.

C. El daño moral evidente y los hechos que excluyen su existencia

Se ha indicado que la presunción de daño moral no es absoluta y reconoce situaciones en las cuales el autor del hecho dañoso puede exonerarse de su obligación indemnizatoria. Se trata de la prueba de alguna circunstancia objetiva que permita excluir, en el caso concreto, la existencia del daño moral, logrando la convicción del Juzgador de la existencia de hechos excepcionales que no obedezcan al curso natural y ordinario de las cosas. Al autor del agravio sólo le cabe apelar a la ruptura de la cadena de consecuencias normales que se le imputa para enervar la acción indemnizatoria.

Pizarro (1996) señala que uno de los aspectos que se pueden computar para determinar la ausencia de daño moral son las llamadas circunstancias reveladoras con las cuales se puede establecer la inexistencia de un interés espiritual conculcado, y de la consiguiente falta de detrimento subjetivo (p. 241). Indica el autor citado que estas circunstancias reveladoras no hacen que el hecho en que se funda la presunción de daño moral deje de ser idóneo o apto bajo circunstancias de normalidad, sino que la conducta específica del ofendido posterior a la acción antijurídica demuestra un estado del espíritu contrario a los efectos del daño moral; pues, por ejemplo, quien después de la muerte de un ser querido participa de una fiesta o celebración no puede estar legitimado para demandar daño moral. El hecho objetivo o la circunstancia reveladora como elementos exculpatorios traen importantes consecuencias dentro de lo que se ha denominado la dinámica subjetiva del *onus probandi*. El ofendido -originalmente beneficiado con la presunción de daño moral- será quien asuma la necesidad de probar que dicha circunstancia reveladora u objetiva no obedece a un estado incompatible o contrario a la producción del agravio moral, o bien, asumir la actividad lisa y llana de probar que ha sufrido daño moral.

De otro lado, debemos dejar en claro que la teoría del Daño Moral Evidente, básicamente se sustenta en los siguientes argumentos:

a. Carácter subjetivo y espiritual del padecimiento del daño moral

Para los defensores de esta concepción, el daño moral prescinde de un elemento objetivo que lo haga exteriorizable, quedando en el plano de los afectos o espiritualidad del sujeto, sin ramificaciones en el mundo real; por lo mismo, no es necesaria su demostración empírica, a lo menos en forma directa, escapando esta especie de daño del rigor y estrictez a la que se encuentra sometida la prueba del daño en general.

Esa posición alude a una suerte de imposibilidad probatoria directa, es decir, a la existencia de un obstáculo insalvable para las partes en la producción de una prueba inmediata sobre su real verificación debido a su contenido eminentemente subjetivo y espiritual.

b. Carácter no patrimonial del daño moral

Otro de los argumentos sustentados por la doctrina para consagrar la exención probatoria del daño moral consiste en reconocer –ahora en el estadio probatorio- su naturaleza especial que lo diferencia del daño material. Se sostiene que atendiendo a su diversa naturaleza, el daño moral no puede quedar sometido a las mismas reglas probatorias que gobiernan la prueba de los daños materiales; por lo tanto, resulta lógico no exigir de quien pretende su resarcimiento elemento de convicción alguno.

Esta vertiente argumentativa del daño moral evidente pone énfasis en la naturaleza del derecho subjetivo o interés legítimo conculcado o afectado, el que por tener un contenido eminentemente extrapatrimonial no puede quedar sujeto en su existencia y cuantificación a las normas probatorias del derecho de daños en general.

c. Atentado contra los derechos subjetivos o atributos inherentes a la persona humana

Este argumento doctrinal de considerar al daño moral como el atentado a un derecho subjetivo o atributo inherente a la persona que permita excluir, o al menos suavizar, la aplicación de las normas probatorias, ha sido uno de los más utilizados en el Derecho Comparado, sobre todo en Chile. Aquí, según Caffarena (1984) el perjuicio moral proviene en último término de todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño (p. 130). Asimismo, se ha indicado que el daño moral es la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona. De este concepto se sigue como consecuencia necesaria que la demostración de la trasgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral.

No obstante lo anterior, debe tenerse cuidado en la aplicación de la referida teoría, dado que de lo expuesto se puede fácilmente colegir que bajo el amparo de la tesis del daño moral evidente resulta perfectamente posible la indemnización de un daño moral que no se ha producido, es decir, supuestas víctimas que mantienen incólumes sus intereses legítimos extrapatrimoniales y que no obstante ello, obtienen el pago de una indemnización que se transforma en ese escenario en un lucro o ganancia económica que

repugna con la función que cumple la indemnización de perjuicios y que significa un enriquecimiento injusto e indebido. La doctrina ha señalado que la sola lesión a un derecho extrapatrimonial no puede significar la constatación automática de un daño moral, ya que con ello se desnaturaliza la función reparadora de la responsabilidad civil. González señala que “... si el daño moral puede ser definido como la violación de un derecho extrapatrimonial, la mera prueba de la transgresión del derecho, conllevaría la prueba de la existencia del daño”¹⁵.

Por lo tanto, en este sentido podríamos decir que el principio de la reparación integral del daño causado no sólo reconoce una faz positiva en orden a sostener la reparación de todo el daño sufrido por la víctima; sino que además contiene una prescripción negativa de rechazar la indemnización de daños que no se hayan producido. No resulta justo obligar al victimario a indemnizar más daños que lo que su acción ha producido, principio que se vulnera cada vez que se otorga una reparación por daño moral sin prueba alguna o antecedente referencial sobre su existencia.

4.5. Tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima del daño

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 2488-2002-PHC/TC, ha señalado que no es posible garantizar el derecho a la verdad, ni ningún otro derecho, si no existe tutela judicial efectiva. Agrega el Tribunal Constitucional que los derechos subjetivos precisan de mecanismos encargados de tutelarlos y de asegurar su plena vigencia; por lo que siendo así, a la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial

¹⁵ CONZALEZ VERGARA, Paulina y Hugo CÁRDENAS VILLARREAL. *Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización*; en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.. Vol. 37. N° 106. Enero – junio 2007; en Dialnet-NotasEnTornoALaPruebaDelDanoMoralUnIntentoDeSistem-2367523.pdf

el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por lo tanto, la Tutela Jurisdiccional Efectiva constituye uno de los derechos constitucionales que tiene todo sujeto de derecho al momento de recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el Proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no implica necesariamente el obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o petitiona, sino más bien la atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello; es decir, este derecho supone obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N° 763-2005-PA/TC señaló que, cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, *prima facie*, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis

con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, *a contrario sensu* de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna.

Actualmente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, específicamente lo tenemos regulada en nuestra legislación nacional vigente. Así, en primer lugar, en nuestra Constitución Política en el artículo 139°, inc. 3°, el cual señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional. Asimismo, se encuentra prevista en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el mismo que prescribe que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. De igual manera, el artículo 7° de la Ley Orgánica de Poder Judicial señala que en el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. En la legislación internacional, está regulado en: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14° inciso 1° y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso 1° del artículo 8°, respectivamente.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La presente investigación se ha desarrollado bajo los lineamientos del Diseño No Experimental; por lo que, atendiendo al fin perseguido, ha sido de tipo básica o teórica; y, según el nivel alcanzado, ésta es explicativa, puesto que se ha determinado los fundamentos jurídicos que justificarían la flexibilidad de la prueba en la determinación del *quantum* indemnizatorio en daños extrapatrimoniales subjetivos generados en las víctimas directas o por repercusión

Para la contrastación de la hipótesis planteada se ha recurrido a la técnica del Análisis Documental, así como a la Argumentación, las mismas que han permitido elaborar los referidos fundamentos jurídicos bajo los cuales se ha organizado y construido la teoría que da sustento a nuestra posición asumida preliminarmente, todo ello teniendo como referencia el conceptualismo e institucionalismo del Derecho Positivo, la Doctrina y Jurisprudencia nacional, de tal manera que podemos afirmar que nuestra argumentación ha seguido una lógica racional que justifica la elaboración de un discurso jurídico coherente entre la planificación metodológica y los resultados obtenidos.

Cabe precisar que la investigación fue diseñada en base a la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justificarían la flexibilidad de la carga probatoria en la determinación del *quantum* indemnizatorio en daños extrapatrimoniales subjetivos derivados de responsabilidad civil extracontractual en las víctimas directas y por repercusión?; frente a lo cual se planteó la respectiva hipótesis, con la cual se pretendía dar respuesta a la formulación del

problema, siendo ésta la siguiente: La protección de bienes jurídicos constitucionales de la víctima de daños extrapatrimoniales; la necesidad de íntegra reparación del daño a la víctima; el principio de la apreciación *in concreto* del daño; la dificultad probatoria en la determinación de la magnitud del daño y la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima constituyen los fundamentos jurídicos que justificarían la flexibilidad de la carga probatoria en la determinación del *quantum* indemnizatorio en daños extrapatrimoniales subjetivos derivados de responsabilidad civil extracontractual en las víctimas de daño directo y por repercusión.

El desarrollo de la investigación ha tenido como guía los objetivos específicos planificados, los mismos que han sido concretizados a partir de la comprensión de los datos obtenidos, como consecuencia de la interpretación de la normativa sobre responsabilidad civil, el análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre la carga probatoria en materia de daños extrapatrimoniales, así como la posición nuestra adoptada frente al fenómeno de la exigibilidad rígida de la carga probatoria en casos de daños de dicha naturaleza.

Por lo tanto, consideramos que al momento de emitirse pronunciamiento sobre las pretensiones vinculadas a la indemnización de daños extrapatrimoniales subjetivos de las víctimas directas o por repercusión debe flexibilizarse la carga probatoria, por cuanto:

1. Los bienes jurídicos afectados con el hecho dañoso en la esfera de las víctimas, tanto directas como indirectas, tienen relevancia constitucional; lo cual es de suma importancia, por cuanto, según Peces-Barba (1999), los derechos fundamentales comprenden tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus

potencialidades (p. 37). Por su parte el Tribunal Constitucional, en el Exp. 01417-2005-PA/TC (F. j. 03) ha precisado que, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un Ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Por lo tanto, al evidenciarse que un hecho dañoso puede afectar derechos como la vida, la integridad física y psicológica, el libre desarrollo y bienestar, la salud, entre otros, éstos merecen especial consideración no solo en el ámbito constitucional, sino al momento de establecer la indemnización en un Proceso Ordinario; pues, según el Tribunal Constitucional (Exp. 05637-2006-PA/TC. F. j. 11) existe un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona por parte de los poderes públicos, lo cual implica por parte de éstos, una conducta activa. Y ello es así, por cuanto se ha indicado que los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en cambio, en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el Ordenamiento Jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional (Exp. 00047-2004-AI/TC. F.j. 10).

2. No cabe duda que el principio más importante que guía el resarcimiento de la víctima de un hecho dañoso es el de reparación integral, lo cual implica que la indemnización tendrá que ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar plenamente todos los daños y perjuicios generados en las esferas patrimonial y extrapatrimonial, sin que tal reparación pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado, lo cual conlleva a una necesaria evaluación de los factores de atribución subjetivos y objetivos vinculados a la causación del daño, así como a las circunstancias bajo las cuales se encuentra la víctima directa o indirecta del daño

Frugoll considera que la llamada reparación integral busca humanizar la indemnización y amparar mayormente a los injustamente damnificados¹⁶, para lo cual debe tenerse en cuenta que, de la noción clásica de persona con atributos para el ejercicio de derechos y obligaciones se ha pasado a dar realce al ser humano reconociendo valor a sus sentimientos, intereses, angustias y a su propio cuerpo. Sandoval Garrido¹⁷ considera que no parece tratarse de un simple cambio de concepción, sino de una transformación del derecho hacia una visión ampliada en la cual los intereses del hombre en toda su integridad adquieren relevancia, concentrándose ahora con más ahínco el centro de atención en las víctimas, que poco a poco comienzan a imponer a los jueces un nuevo pensamiento dentro del esquema de la responsabilidad. Agrega el autor citado que la persona ha dejado de ser entonces un simple titular de derechos subjetivos patrimoniales para asumir un papel importante en la defensa de los atributos de su personalidad, como la intimidad, el honor, la integridad personal y la salud. Ahora bien, a la marcada importancia de todo este proceso, en donde los nuevos valores y reconocimientos gravitan en torno al valor de la persona (no entendida como

¹⁶ FRUGOLL, Martín A. Daño: Conceptos, clasificaciones y autonomía. EL punto únicamente coincidente. Resarcimiento; en Revista Derecho y Cambio Social; en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/>

¹⁷ SANDOVAL GARRIDO, Diego A. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas; en Revista de Derecho Privado N.º 25, julio - diciembre de 2013; en <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a10.pdf>

mercancía), se contraponen la gran complejidad que conllevan tanto la valoración de esos otros intereses que emergen como dignos de tutela como la evaluación y reparación que debe entrar a efectuar el Juez. Por lo tanto, siendo el daño la medida de la reparación para la víctima es imperioso el restablecimiento de su situación a través de la declaratoria de responsabilidad en contra del causante del hecho dañoso. Vale decir que el reconocimiento de los hechos alegados debe corresponder con la magnitud de los agravios causados, y que la cuantificación a cargo del Juez debe representar el valor de todos y cada uno de los perjuicios, eso sí, procurando el restablecimiento y no el enriquecimiento de la víctima.

Sandoval Garrido señala que el derecho de la responsabilidad civil está orientado, como objetivo prioritario, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se debe otorgar. Señala que este principio, acogido como dogma en gran parte de los sistemas jurídicos de orientación francesa, implica que la violación del *alterum non laedere* o del incumplimiento contractual conlleva el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño en la tranquilidad de que hasta entonces gozaba la víctima. Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de borrar la sombra de lo acontecido (reparación in natura) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario tomando en cuenta todos los chefs de daño sufrido.

Ahora, debe quedar claro que el principio de reparación integral está sujeto siempre, en su aplicación concreta, al tema de la evaluación del daño; sin embargo, en nuestro Sistema Jurídico esa evaluación queda librada a la competencia exclusiva del Juez y ello mismo determina, en numerosas situaciones, limitaciones a dicho principio, porque los criterios jurisprudenciales son variables y se carece de un sistema que permita una uniformidad en la

reparación. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Juez, en la evaluación del daño puede enfrentarse a dificultades de orden económico para dimensionar el daño. La prueba resulta aquí esencial y las dificultades a que enfrentan las víctimas al respecto por nuestro sistema probatorio conducen, en múltiples oportunidades, a una reparación no satisfactoria frente a la entidad de los daños.

En suma, como principio general de la responsabilidad se tiende a postular que cuando se causa daño a otro, afectando sus bienes, lesionando su integridad corporal o vulnerando su conjunto de derechos fundamentales, el responsable está obligado a reparar las consecuencias de la afectación del interés lícito de la víctima; sin embargo, se ha indicado que no se puede decir lo mismo de los daños extrapatrimoniales; pues, la reparación satisfactoria o meramente compensatoria de los intereses lesionados de la víctima que no tienen un contenido material ha delimitado el terreno actual de discusión de la responsabilidad. En efecto, la defensa teórica del principio de reparación integral se puede realizar (con algunas limitaciones) en el plano de los daños patrimoniales o materiales. Lo contrario sucede con los daños extrapatrimoniales. Cuando se trata de daños a la persona o a bienes de la personalidad la adecuación a un *quantum* determinado en dinero es problemática, debido a que no existe un valor de mercado con el cual se puedan contrastar, es decir, no admiten una valoración pecuniaria capaz de compensar dichos daños, razón por la cual la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha indicado que “... *se debe precisar que la aflicción y el dolor que causa la muerte de un ser querido no es cuantificable...*” (Casación N° 4721-2011-Cajamarca).

Se ha indicado asimismo que, en el caso de los daños no patrimoniales, de manera general, la reparación integral actúa como un principio, pero no por ello deja de ser una base fundamental dentro de la responsabilidad civil. En todo caso, a pesar de no ser una regla es obligatorio para todos los jueces en sus decisiones buscar los mecanismos y medios

adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados de las víctimas, tarea en la cual es imperativo hacer uso de todos los medios a su alcance, se trate de perjuicios materiales o inmateriales. Sandoval Garrido señala que la idea es conceder una reparación a la víctima que no solo aparezca como adecuada y razonable, sino que confiera certeza para casos semejantes para el futuro.

3. En cuanto al principio de reparación *in concreto*, se ha indicado que lo más correcto es que la medida de la reparación, en lugar de concretarse en el valor objetivo de los bienes dañados, corresponda a la concreta utilidad que esos bienes proporcionaban al sujeto perjudicado. Habrá que aplicar, así, un criterio subjetivo o concreto de apreciación del daño que tenga en cuenta el específico interés del sujeto perjudicado; porque solamente de ese modo se podrá alcanzar la íntegra o completa reparación del daño padecido por aquél. En efecto, el principio de la apreciación *in concreto* del daño o perjuicio implica que los jueces, a la hora de determinar la medida del daño y, en consecuencia, la medida de la reparación, no se encuentran vinculados, salvo casos excepcionales, por reglas preestablecidas, tales como pretendidos usos, baremos, etc. En concreto, deben tomarse en consideración las circunstancias personales del perjudicado que inciden sobre el daño, como son los aspectos social, profesional, familiar y psíquico de la persona dañada, su edad y aquellas otras circunstancias que asuman relevancia en la determinación del daño producido.

Barrientos¹⁸ señala que, considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante, se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial y no solo por el dolor o sufrimiento que se padece. Señala que la visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada, como ya lo ha sido en el Derecho comparado. Hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris* que es solo una especie del mismo. Así, si la víctima ha

¹⁸ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Del Daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*; en Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1. 2008; en <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n1/art04.pdf>

sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral. Se resarce el daño no patrimonial incluso de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.

Cabe precisar, entonces, que el objetivo de la reparación integral está directamente relacionado con la apreciación concreta y precisa que se pueda llegar a efectuar de los perjuicios ocasionados al afectado; sin embargo, la valoración de los daños extrapatrimoniales es distinto; pues, es evidente que el equilibrio entre perjuicio y reparación es problemático en los daños que recaen sobre bienes de la personalidad de suyo inestimables que excluyen la aplicación de procedimientos matemáticos para el cálculo del importe a cargo del responsable. Por ello, estando alejados de un patrón de referencia o paralelo, la estimación de su cuantía quedará sujeta a una aproximación judicial subjetiva como paliativo o compensación por los daños sufridos, por cuanto no existen criterios legales de valoración de estos perjuicios que, por su carácter extrapatrimonial, no admiten tampoco una valoración basada en el recurso a criterios objetivos, por lo que la misma queda reservada a la discrecionalidad judicial. No obstante, existe un conjunto de criterios a los que suelen acudir los jueces para valorar este tipo de daños. Entre ellos, cabe destacar la toma en consideración de las circunstancias del caso, de la gravedad del daño causado, de la gravedad de la culpa concurrente en el causante del daño, de las circunstancias personales del perjudicado, tales como sexo, edad, condición social y familiar, etc.

Por su parte el Tribunal Supremo español¹⁹ ha señalado la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales de justicia e imposibilita para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar

¹⁹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo>. Consultado el 17 de noviembre de 2015.

las circunstancias concurrentes en cada caso; pues, la indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece.

Lacruz (1999) considera que, si bien la indemnización pecuniaria del daño moral, por la propia naturaleza de este perjuicio, no puede colocar al perjudicado en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar, pero lo que hace, en cambio, es compensar a la víctima del perjuicio, proporcionándole una cantidad de dinero con la que procurarse, según sus gustos, satisfacciones o placeres que mitiguen, en lo posible, el daño sufrido (p. 484). Al respecto el Tribunal supremo español refiere que, aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto o (*pretium dolori*) pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamentos, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables.

Para Osterling y Castillo (2003) la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitivo, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima. Simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido (p. 424).

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo indicado precedentemente, corresponde evaluar los criterios que han sido utilizados por la Sala Civil de Cajamarca en las sentencias emitidas durante el periodo 2012 a 2014, para determinar la existencia del daño, el *quantum* indemnizatorio en casos de responsabilidad extracontractual, así como la exigencia de prueba plena respecto de los daños extrapatrimoniales indemnizables: Así tenemos que:

EXPEDIENTE	CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL
00265-2011	<p><i>“... en el caso particular sin duda que dicho daño se ha configurado ya que para los padres tener que presenciar la escena en la que su menor hijo se ha encontrado sin vida debajo del volquete que lo atropelló (...) ha significado un cuadro indescriptible que les ha producido sufrimiento, angustia, desesperación, tristeza, depresión en grado superlativo, y les ha causado profundas afectaciones emocionales (...) Consecuentemente, estimamos que el monto adecuado para resarcir el daño moral es de sesenta mil nuevos soles...”</i></p>
<p>En esta Sentencia se advierte que el razonamiento del Colegiado se basa en una deducción lógica del hecho concreto (accidente) para determinar los efectos en el ámbito extrapatrimonial de las víctimas indirectas, esto es los padres del menor fallecido, lo cual conlleva a verificar la flexibilidad en la asunción de la determinación de la existencia de un daño moral puro, para lo cual se procede a establecer un monto determinado como <i>quantum</i> indemnizatorio, bajo apreciación razonable. No obstante ello, no se advierte la descripción de criterios o referentes utilizados para establecer dicho monto.</p> <p>La misma forma de apreciación del daño, así como el establecimiento del <i>quantum</i> indemnizatorio se advierte de la Sentencia emitida en el Expediente N° 2009-1416.</p>	

2009-1392	<p>Se indica que se ha generado el daño moral “... <i>puesto que dichos demandantes han sido víctimas de enfermedades producto de la contaminación por mercurio, teniendo que convivir durante más de siete años con el hecho de acudir constantemente y en reiteradas ocasiones al Centro de Salud (...) para ser tratados por las enfermedades descritas líneas precedentes y que han afectado su estabilidad emocional en formación, sumado a ello el hecho que sus padres han tenido que tener mayor atención y cuidado permanente pues cuando se sufre de algunos males la preocupación es mayor, en tal sentido el daño moral se evidencia y es resarcible...</i>”</p>
<p>Aquí se aprecia que la Sala Civil efectúa una descripción de los efectos que produce el hecho dañoso en el ámbito extrapatrimonial, no solo de las víctimas directas, sino indirectas o por repercusión; sin embargo, no se argumenta bajo qué criterios se establece el monto indemnizatorio, pues únicamente se recurre a la apreciación del efecto del hecho dañoso, deviniendo en innecesaria la exigencia de pruebas vinculadas al propio daño que se está indemnizando; es decir, se usa el criterio flexible de la prueba en tal extremo.</p>	
2010-1268	<p>“... <i>en el presente caso el daño moral y personal se materializa en el sufrimiento del actor al haber dejado de percibir ingresos durante el tiempo que estuvo ausente de su centro de trabajo y a la aflicción sufrida como consecuencia de verse sin trabajo por la conducta antijurídica de la entidad; por lo que este extremo debe confirmarse así como el quantum del daño moral fijado por el A quo, al no haber sido cuestionado por el apelante...</i>”</p>
<p>De lo verificado en la sentencia descrita, se aprecia que el Colegiado superior toma como referencia la conducta ilícita del agente imputable del daño, para concluir que tal acción (ilicitud) genera daños extrapatrimoniales, pero sin hacer referencia a prueba directa alguna</p>	

<p>sobre la magnitud del daño, así como tampoco hace mención a las circunstancias determinantes del <i>quantum</i> indemnizatorio, lo cual demuestra una ausencia de prueba rígida al respecto.</p>		
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="261 472 491 1256"> <p>2006-1552</p> </td> <td data-bbox="491 472 1439 1256"> <p><i>“Respecto al daño moral, es lógico que la enfermedad causada ha menoscabado la salud espiritual, la tranquilidad, los valores propios del demandante que se refleja en la angustia, el dolor y sufrimiento de la víctima después de verse impedido de realizar las labores que cotidianamente realizaba (...) Agrega que “Respecto del daño a la persona y daño moral también se encuentran conforme a derecho, pues el deterioro en la salud del demandante es permanente y de avance constante con el transcurso del tiempo y la aflicción, sufrimiento y menoscabo en sus pensamientos y sentimientos causados a la persona de la víctima, dichos daños han sido valuados de manera correcta por el A-quo, utilizando su criterio de conciencia, ponderación, razonabilidad y prudencia haciendo prevalecer el principio de justicia”.</i></p> </td> </tr> </table>	<p>2006-1552</p>	<p><i>“Respecto al daño moral, es lógico que la enfermedad causada ha menoscabado la salud espiritual, la tranquilidad, los valores propios del demandante que se refleja en la angustia, el dolor y sufrimiento de la víctima después de verse impedido de realizar las labores que cotidianamente realizaba (...) Agrega que “Respecto del daño a la persona y daño moral también se encuentran conforme a derecho, pues el deterioro en la salud del demandante es permanente y de avance constante con el transcurso del tiempo y la aflicción, sufrimiento y menoscabo en sus pensamientos y sentimientos causados a la persona de la víctima, dichos daños han sido valuados de manera correcta por el A-quo, utilizando su criterio de conciencia, ponderación, razonabilidad y prudencia haciendo prevalecer el principio de justicia”.</i></p>
<p>2006-1552</p>	<p><i>“Respecto al daño moral, es lógico que la enfermedad causada ha menoscabado la salud espiritual, la tranquilidad, los valores propios del demandante que se refleja en la angustia, el dolor y sufrimiento de la víctima después de verse impedido de realizar las labores que cotidianamente realizaba (...) Agrega que “Respecto del daño a la persona y daño moral también se encuentran conforme a derecho, pues el deterioro en la salud del demandante es permanente y de avance constante con el transcurso del tiempo y la aflicción, sufrimiento y menoscabo en sus pensamientos y sentimientos causados a la persona de la víctima, dichos daños han sido valuados de manera correcta por el A-quo, utilizando su criterio de conciencia, ponderación, razonabilidad y prudencia haciendo prevalecer el principio de justicia”.</i></p>	
<p>De los argumentos esgrimidos por la Sala Civil para determinar la existencia de daño moral, se aprecia que se llega a la conclusión de su existencia, pero teniendo como referente una contingencia (enfermedad) afrontada por la víctima, sin que se haya exigido prueba directa sobre la presencia del daño en sí mismo. De igual manera, no se describen los criterios utilizados para establecer el <i>quantum</i> indemnizatorio, lo cual permite evidenciar un tratamiento flexible en la verificación del daño extrapatrimonial, debido esencialmente a la dificultad probatoria; no obstante ello, debía efectuarse un análisis de las circunstancias justificativas del monto impuesto.</p>		

2009-1752	<p><i>“En cuanto al daño moral, que no ha sido considerado por la sentencia apelada, debe considerarse que la afectación psicológica de la demandante, se produjo obviamente como consecuencia del evento dañoso, en fechas posteriores a su ocurrencia ...”.</i></p>
<p>Tal como se advierte, el Colegiado llega a la conclusión de la existencia de un daño extrapatrimonial no evidenciado con prueba directa, sino basándose en presunciones de daño moral evidente, como consecuencia del hecho generador del daño, lo demuestra que se otorga un tratamiento flexible a la carga probatoria respecto a dicho extremo. De igual manera, no se hace mención alguna a las circunstancias bajo las cuales se debe establecer el monto indemnizatorio.</p>	
2011-00004	<p><i>“... claro está que la muerte de un familiar directo, como es el de un padre, sin perjuicio de su edad o su expectativa de vida (inclusive si hubiera estado afectado de enfermedad terminal) afecta por las circunstancias suscitadas, la estabilidad emocional de los hijos y familia en su conjunto, sumándose a ello las circunstancias en que el deceso de éste se produjo, hecho que evidentemente genera mayor sufrimiento y aflicción a los demandantes, situación que ha sido adecuadamente ponderada por el Juzgador de Primera Instancia...”</i></p>
<p>En este caso se tiene la declaración de una indemnización por daños a víctimas indirectas, la cual se determina como consecuencia de un hecho concreto, traducido en la muerte de un padre de familia. De ello se advierte que la Sala Civil no requiere la prueba plena del daño extrapatrimonial sufrido por los demandantes, sino que lo deduce atendiendo a la magnitud del hecho dañoso probado en sí mismo (muerte de la víctima directa). Este planteamiento resulta razonable atendiendo a la dificultad de probar la magnitud del daño moral; sin</p>	

embargo, tal generalización debe efectuarse con cuidado, dado que no siempre el fallecimiento de una persona pueda tener el mismo impacto en todos los allegados a la misma. De igual manera, en esta resolución no se advierte la mención a las circunstancias determinantes para establecer el quantum indemnizatorio.

2008-0024	<p><i>“... en cuanto al daño moral, no se ha presentado prueba alguna que acredite la aflicción o congoja, inestabilidad psicológica y desequilibrio y familiar, que el acto antijurídico generador de la responsabilidad extracontractual que nos ocupa, les haya ocasionado a los demandantes...”</i></p>
-----------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

A diferencia de las resoluciones anteriores, en este caso la Sala Civil exige prueba directa sobre la existencia del daño moral invocado por el demandante, dado que el daño extrapatrimonial alegado por la parte actora se habría producido por la afectación de bienes patrimoniales y no vinculados directamente con hechos sobre la persona de la víctima, lo cual resulta razonable porque en dichos supuestos no es pertinentes recurrir a presunciones o deducciones lógicas de la presencia de daños morales indemnizables, derivados de la afectación de otros bienes jurídicos de carácter patrimonial.

2009-1438	<p><i>“... únicamente ha sido acreditado el daño a la salud de los actores (...) enterándose asimismo que tal, dada su magnitud, ha generado daño moral (...) en consecuencia, se considera que el razonamiento del a quo para determinar la indemnización materia de conflicto a favor de aquellos es correcto, puesto que han tenido que ser víctimas de enfermedades producto de la contaminación por mercurio, teniendo que convivir con tal hecho, lo cual ciertamente ha afectado su estabilidad emocional, en tal sentido el daño moral se evidencia y es resarcible...”</i></p>
-----------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

En clara uniformidad, la Sala Civil deduce la existencia de un daño moral a partir de la naturaleza de la afectación del hecho generador del daño. Esto implica que no requiere prueba plena sobre el daño extrapatrimonial para establecer un monto indemnizatorio, sino que lo determina como consecuencia de la verificación de la afectación de otros bienes jurídicos personales, como la salud de la víctima, la cual si está probada. Al igual que en la mayoría de resoluciones anteriores, se tiene que en este caso tampoco se hace precisión sobre los criterios utilizados para regular el quantum que corresponde otorgar a la víctima directa.

2006-00456

“... está acreditado el daño sufrido por el demandante, expresado en daño a su persona que llega al nivel de ser declarado incapaz permanente, por consiguiente incapaz de por vida de ejercer labora que a su vez le provea de ingresos económicos y con ello se trunca su proyecto de vida. En ese contexto, el daño que invoca el actor es un daño de tipo extrapatrimonial... “ Agrega la Sala Civil que “... al tratarse del daño a la persona, nos ubicamos en el daño no patrimonial cuyo quantum no responde a un cálculo matemático, sino a una fijación razonable que procure a la víctima alcanzar algún grado de satisfacción que haga su vida más llevadera, pese a la dificultad que de por sí representa el daño sufrido (...) pode en evidencia que el actor debe continuar con su tratamiento médico y al ser declarado incapaz permanente, supone además que deberá ser atendido clínicamente hasta el final de su vida, por consiguiente la judicatura estima razonable fijar una indemnización ascendente a S/. 600, 000,00 (seiscientos mil nuevos soles)”...”

En esta resolución se efectúa un análisis del daño extrapatrimonial de la víctima directa a partir de la teoría de la *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas) en relación a la

causa del hecho dañoso, en base a la cual se llega a la conclusión que el daño se ha producido debido a la negligencia del sujeto imputable. Por lo tanto, ateniendo a la magnitud del daño a la víctima se estima razonable disponer el pago del monto de seiscientos mil nuevos soles, precisando que dicho monto no resarce a plenitud los bienes afectados, pero ayuda a mitigar la situación que afronta la víctima. Por lo tanto, se advierte que únicamente se debía probar el estado de la víctima para luego señalar que ello ha producido una afectación de bienes extrapatrimoniales que deben ser resarcidos. Lo importante de esta sentencia es que se realiza el análisis de las circunstancias objetivas con las cuales se sustenta la razonabilidad del monto sentenciado, pero sin que se haya probado plenamente el daño cuyo resarcimiento se solicitó, lo cual implica el uso flexible de la prueba cuando se trata de bienes de relevancia constitucional como el derecho a la integridad física, psíquica, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la salud.

En consecuencia, del análisis de las sentencias seleccionadas en las cuales se ha emitido pronunciamiento sobre pretensiones indemnizatorias en daños extrapatrimoniales, se observa que la Sala Civil de Cajamarca, debido a la dificultad probatoria respecto de dichos daños, recurre a la flexibilización de la carga probatoria, dado que no exige prueba plena sobre el daño moral, sino que se sustenta en la deducción lógica (consecuencia) que produce el hecho dañoso, sobre todo cuando está acreditado la incidencia de la ilicitud del sujeto imputable en los bienes jurídicos de la víctima directa, así como la víctima indirecta. Tal posición es coherente con lo señalado por Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N° 4721-2011-Cajamarca, la cual -en caso de daños extrapatrimoniales en la víctima indirecta-, señala que “... se debe precisar que la aflicción y el dolor que causa la muerte de un ser querido no es cuantificable, pero a efectos de poder dar solución a la controversia y toda vez que no existe medio probatorio alguno que permita cuantificar el daño, con

objetividad...”, por lo que debe recurrirse a la razonabilidad al momento de establecer el *quantum* indemnizatorio.

4. De otro lado, debemos señalar que es conocida la dificultad y complejidad en la prueba de los daños extrapatrimoniales subjetivos, tanto a nivel de la víctima directa como en la víctima indirecta. Asimismo, es evidente la dificultad para realizar una valoración adecuada del daño extrapatrimonial que sea acorde a las exigencias de la justicia; pues, como se ha señalado, no es fácil valorar el dolor o la perplejidad de la eventual cercanía del fin de la vida, las posibles fobias futuras surgidas del hecho dañoso o la situación de pasividad que deriva de un internamiento hospitalario, o la repercusión de tales situaciones en el ámbito de relación y afectividad del ser humano. Por lo tanto, sería un despropósito pretender exigir una prueba directa al afectado; pues, según Ochoa (1999), ello implicaría conducir a la imposibilidad de la reparación moral, por ausencia de prueba (p. 87). Muy por el contrario, dice el autor citado, los medios más eficaces para la producción de la prueba del perjuicio extrapatrimonial, serán aquellos de carácter indirecto, particularmente la prueba por presunciones; pero, sin que ello habilite la arbitrariedad del Juzgador al punto de establecer una ficción de daño moral; al contrario éste, para llevar a cabo el razonamiento lógico que importa la presunción como medio probatorio, deberá obtener por parte de la víctima, todos los antecedentes que le permitan deducir – y no suponer – la existencia efectiva del daño en cuestión.

Por lo tanto, ateniendo a lo anteriormente indicado, se tiene que la prueba del daño moral subjetivo sería *in re ipsa*, porque es el propio hecho generador el que hace surgir este tipo de afectación y las pruebas se obtendrían a través de presunciones, las cuales son inferidas de los indicios, ya que el hecho generador ilícito pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc, es fácil inferir el daño. Por ello, aunque el principio rector en materia de responsabilidad civil sea que los

daños deben ser probados por la parte que los pide, el daño moral subjetivo se convierte en una excepción a esta regla, pues no es plausible exigir una demostración fehaciente, indubitable e incontestable de la entidad de la lesión causada, dado que se manifiesta por preocupación, perturbaciones del ánimo, enfado, estrés, angustia, y, en general, cualquier suerte de padecimiento psicológico ocasionado por una conducta antijurídica, de ahí que, al afectar la esfera íntima del sujeto, exigir prueba en este sentido es, en extremo, dificultosa. Por ello, el juez, utilizando indicios que tamiza con las reglas de la experiencia y las presunciones debe ponderar la situación soportada por el damnificado, a fin de determinar si presumiblemente hubo lesión de los valores de la personalidad. Justamente con base en estas características se ha afirmado que el daño moral subjetivo existe *in re ipsa*, pues su prueba es sumamente difícil; por lo que siendo así, tampoco se debería probar su valor, porque no tiene un valor concreto, tal como lo ha referido la Corte Suprema al señalar que “... *toda vez que no existe medio probatorio alguno que permita cuantificar el daño, con objetividad...*” (Casación N° 4721-2011-Cajamarca).

Esta posición también es avalada por Jorge Fermenías²⁰, quien precisa que el mecanismo de la presunción del daño moral es perfectamente factible, en tanto sean las partes las que proporcionen al Juez, los hechos que le permitan a partir de un hecho conocido (el hecho fáctico proporcionado por el actor), arribar a uno desconocido –y pretendido– como lo es, el daño moral que pueda haber sufrido el demandante. Por lo tanto, al utilizarse esta forma flexible de la prueba en el daño extrapatrimonial subjetivo, el Juez debe respetar el silogismo básico que su utilización presupone, en donde la premisa mayor estará constituida por el hecho ilícito, la premisa menor por todos los antecedentes que permiten acreditar que efectivamente se ha padecido un daño moral, y la conclusión que será en definitiva la existencia del daño moral.

²⁰ FERMÍAS SALAZ, Jorge. *Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil*; en Derecho y Humanidades. N° 17. 2011. Ppp. 31-46; en <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php>

Ahora bien, se ha indicado que, a pesar de que resulta innegable que la naturaleza del daño moral hace extremadamente compleja su acreditación, no puede excluirse totalmente la carga de la prueba, pues eliminar la exigencia probatoria equivaldría a desplazar la atención de la reparación del perjuicio a la conducta dañosa, lo que en última instancia exalta la función punitiva que se pretende excluida del sistema de responsabilidad civil²¹; por lo que atendiendo a dicha advertencia, en la presente tesis no asumimos la exclusión absoluta de la prueba de todos los daños extrapatrimoniales, sino la necesidad de su flexibilización en el caso específicos de daños extrapatrimoniales subjetivos, dada la trascendencia constitucional de los bienes jurídicos afectados con el hecho dañoso, así como su necesidad de protección.

5. Por último, atendiendo a que los daños extrapatrimoniales subjetivos tienen como fundamento la propia naturaleza afectiva del ser humano, la determinación de su existencia, así como el establecimiento del *quantum* indemnizatorio estará sujeto a la valoración que efectúe el Juez de las circunstancias de su generación, además del impacto que ha generado el hecho dañoso tanto en la víctima directa o por repercusión, para lo cual el Juez debe recurrir al Principio de Razonabilidad, el cual -según el Tribunal Constitucional- “... *es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad*²² en el uso de facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias” (Exp. 00535-2009-PA/TC. F.j. 16), lo que implica que solo así, se le brindará verdadera tutela jurisdiccional a la víctima del daño.

²¹ CONZALEZ VERGARA, Paulina y Hugo CÁRDENAS VILLARREAL. Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización; en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.. Vol. 37. N° 106. Enero – junio 2007; en Dialnet-NotasEnTornoALaPruebaDelDanoMoralUnIntentoDeSistem-2367523.pdf

²² “*En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión*” (STC. Exp. 0006-2003-AI/TC. F.j. 9).

En consecuencia, si bien el artículo 1984° señala que “*El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*”, en tanto que el artículo 1985 del mismo Código precisa que “*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...*”, no obstante ello, es evidente que quien pretende obtener una indemnización por el daño sufrido en dicha esfera subjetiva, se encontraría sometido a la exigencia del artículo 196° del Código Procesal Civil²³, dado que en el caso de la responsabilidad extracontractual no existe disposición normativa diferente que excluya al demandante de la carga de probar lo alegado en relación a dicho tipo de daño, así como a su cuantía; pues, debemos recordar que el artículo 200° del Código Adjetivo refiere que “*Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvencción, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada*”; por lo que siendo así y considerando la preponderancia constitucional de los bienes jurídicos afectados en la esfera interna de la persona humana que es víctima de daño directo o por repercusión, resulta razonable sostener una teoría de la flexibilidad probatoria que derrote la rigidez de la exigencia del *onus probandi* en daños extrapatrimoniales subjetivos, derivados de responsabilidad civil extracontractual, ello en razón de la dificultad de poder probar a plenitud la existencia concreta del daño, así como la determinación precisa de su cuantificación. Dicha razonabilidad en la adopción de la teoría flexible de la carga probatoria obedece al hecho mismo de considerar a la persona humana como el fin supremo del Estado y de la Sociedad, digna de protección frente a la vulneración de sus derechos subjetivos por acción u omisión que causen daño directo o indirecto, con lo cual se brindará una tutela jurisdiccional efectiva a la víctima.

²³ Artículo 196 del CPC: “*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos*”.

CONCLUSIONES

1. Para efectos de distribución de la carga de la prueba se distingue dos tipos de daños extrapatrimoniales. Por un lado, los daños extrapatrimoniales subjetivos o puros, cuya existencia puede ser capaz de presumirse en mérito a indicios, puesto que la demostración de la transgresión del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño; y, por otro, aquellos cuya existencia debe ser acreditada mediante medios probatorios distintos a las presunciones, dado que son los derivados de la afectación de bienes jurídicos patrimoniales o extrapatrimonial con contenido económico.
2. Los hechos dañosos que tienen implicancia en el ámbito subjetivo de la persona humana afectan valores de relevancia constitucional de la víctima directa o por repercusión, como el derecho a la vida; a la integridad física y psicológica; al libre desarrollo y bienestar; a la salud, entre otros, los cuales por su propia naturaleza merecen ser resarcidos teniendo como referencia la optimización de los principios de íntegra reparación y de apreciación concreta del daño, así como el razonabilidad de las circunstancias que rodean al hecho dañoso y a la víctima.
3. Atendiendo a la dificultad probatoria de evidenciar la magnitud de los daños extrapatrimoniales subjetivos de la víctima, se justifica la necesidad de flexibilización de la carga de la prueba, no solo en la determinación de la existencia del daño, sino en la valoración del mismo, para lo cual se tiene que hacer uso de las presunciones derivadas de los indicios, a efecto de garantizar el otorgamiento de la tutela jurisdiccional a favor de la víctima directa o por repercusión, con lo cual se salvaguarda el principio de dignidad de la persona humana, dado que la reparación del daño moral encuentra su piedra angular en el

reconocimiento de la persona humana como el eje alrededor del cual gira el Estado Constitucional de Derecho.

4. De las sentencias emitidas por la Sala Civil de Cajamarca, durante el periodo comprendido entre el 2012 al 2014, vinculadas a la indemnización de daños extrapatrimoniales derivados de responsabilidad civil extracontractual, se advierte que se ha aplicado el criterio flexible de la carga de la prueba, dado que la existencia del daño extrapatrimonial subjetivo se ha determinado como consecuencia de la verificación del hecho dañoso en sí mismo, presumiéndose básicamente sus consecuencias, dada la naturaleza de los valores afectados, lo cual resulta razonable en aras de la justicia y la equidad, debido a la dificultad que tiene el demandante para acceder a pruebas directas.

SUGERENCIAS

1. Atendiendo a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados en la víctima de daños extrapatrimoniales, así como a la dificultad en la carga probatoria, se sugiere que el Juez cuide que, bajo los principios de íntegra reparación y de la apreciación *in concreto* del daño, se otorgue tutela jurisdiccional a la víctima directa o por repercusión, puesto que la reparación del daño moral encuentra su piedra angular en el reconocimiento de la persona humana como el eje alrededor del cual gira el Derecho, dado que ésta constituye el fin supremo de la Sociedad y del Estado.
2. Se recomienda a los juzgadores que, a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio en daños extrapatrimoniales subjetivos, motiven sus decisiones teniendo como referencia las circunstancias bajo las cuales se ha producido el hecho dañoso, actuando en forma prudente y guiados por el influjo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, a efecto de no otorgar indemnizaciones abusivas o infraindemnizaciones a la víctima directa o por repercusión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS DE LIBROS

AEDO BARRENA, C. (2006). Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile: Librotecnia.

ALBALADEJO, M., (2002). Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, 11a Ed., Librería Bosch S.L., Barcelona.

BERNAL PULIDO, C. (2004). El derecho fundamental del debido proceso. Medellín, Colombia. Señal Editora.

BORDA, Guillermo A. (1994). Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II. Séptima Edición Actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1993). Teoría General de la responsabilidad civil. Octava Edición. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

CAFFARENA DE JILES, E. (1984). Diccionario de Jurisprudencia Chilena, Tomo I, Segunda Edición. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago.

CAROCCA PÉREZ, A. (1997). Las Garantías Constitucionales del debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España. *Normas Legales*. Tomo 257. Año LVI.

CARRIÓN LUGO, J. (2001). Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. 2da. Reimpresión. Lima. Edit. Grijley.

CHAMORRO BERNAL, F. (1996). La Tutela Judicial Efectiva. Barcelona - España. Editorial Boch.

- CHABAS, F. (1995). Comentario de las Disposiciones del Código Civil Peruano Relativas a la Responsabilidad Civil. Comparación con el Derecho Francés. En: Código Civil Peruano. Diez años. Balance y Perspectivas. Tomo II. Primera Edición. WG Editor E.I.R.L. Perú.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1995). Teoría General de la Prueba Judicial. T. I. ed. 5ª. Bogotá: ABC.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON. (1964). La Prescripción en el Código Civil. Barcelona. Editorial Bosch.
- EGUIGUREN PRAELI, F. (2002). Estudios Constitucionales. Lima. ARA Editores.
- GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. Indret Revista para el Análisis del Derecho.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2001). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. 3ª Ed. Madrid. España. Edit. Civitas.
- CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, J. L. (1999). Derecho de Daños. Segunda Edición. Edit. Boch. Barcelona.
- CORRAL TALCIANI, H. (2003). Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993). Tratado de Responsabilidad Civil. Tercera edición Editorial Civitas. Madrid.
- (1995). Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Edit. Civitas, Madrid.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2001). El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, Editores Palestra, Lima.
- DE LORENZO, Miguel F. S/A. El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina.

- DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2005). La Responsabilidad Extracontractual. Vol. IV. Tomo I. PUCP Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima.
- DIEZ PICAZO, L. (1999). Derecho de daños, Ed. Civitas, Madrid.
- (2008). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las Relaciones Obligatorias. Sexta edición. Edito Thomsom – Civitas. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1999). Derecho de Daños, Edit. Civitas, Madrid.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2002). Derecho de la responsabilidad Civil. Edit. Gaceta Jurídica. Lima.
- FERNÁNDEZ LOPEZ, M. (2006). La carga de la prueba en la práctica judicial civil. Madrid. Editorial La Ley.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2004). Derecho de las Personas. Edit. Grijley. Lima.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1994). Hacia una Nueva Sistematización del Daño a la Persona; En: Ponencias del I Congreso Nacional del Derecho Civil y Comercial. Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R. et al. (2008). Metodología de la Investigación. México. 2da. Ed. Mc Graw-Hill Interamericana Editores.
- JARAMILLO, C. I. (2010). La Culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica. Bogotá. Editorial Grupo Editorial Ibáñez.
- LACRUZ BERDEJO, I. (1999). Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones, Vol. Segundo. Edit. Dykinson, Madrid.
- LEÓN HILARIO, L. (2004). La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas. Editora Normas Legales. Trujillo.

- LEPORI WHITE, I. (2010). Cargas Probatorias Dinámicas, en Cargas probatorias dinámicas. Santafé. Rubinzal Calzoni Editores.
- MONROY GÁLVEZ, J. (2010). Los límites éticos de la actividad probatoria; en: La Formación del Proceso Civil Peruano. Lima: Communitas.
- MOSSET ITURRASPE, J. (1997). Responsabilidad Civil. Segunda reimpresión. Edit. Hammurabi. Argentina.
- (1996). La prueba en el proceso de daños, en Derecho de Daños. Tercera Parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires.
- OBANDO BLANCO, V. R. (2001). Contenido y Alcance del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. *Normas Legales*. Tomo 297. Año. LIX.
- _____. (2000). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Lima. Palestra editores.
- ORTECHO VILLENA, V. J. (1997). Jurisdicción y Procesos Constitucionales. Lima. 3ª Ed. Editorial Rodas.
- OSTERLING PARODI, F. (1988). Las Obligaciones. Fondo editorial de la PUCP. Lima.
- OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M. (2003). Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X.
- PECES-BARBA, Gregorio. 1999. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- PEYRANO, J. W, e Inés Léopori White (S/A) Cargas Probatorias Dinámicas, Editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
- PIZARRO RAMÓN, D. (1996). El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires de Argentina.

- QUIROZ SALAZAR, W. (1998). La Investigación Jurídica. Lima.
- RAMÍREZ, D. M. (2009). La prueba de oficio. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (2008). Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Tercera Edición. Edit. Thomson Aranzadi. Pamplona. España.
- ROCA TRÍAS, E. 2011. Derechos de Daños. Tercera Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch
- SANTOS BRIZ, J. (1981). La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal. Tercera edición, Edit. Montecorvo. Madrid.
- SIERRA BRAVO, R. (1996). Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica. 4ª ed. Editorial Paraninfo. España.
- TABOADA CÓRDOVA, L. (2003). Elementos de la Responsabilidad Civil. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima.
- TICONA POSTIGO, V. (1995). Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil. Lima. Tomo I. Editorial Grijley EIRL.
- WITKER, J. y Rogelio Larios. (1997). Metodología Jurídica. Editorial Mc GRAW-HILL.
- VISINTINI, G. La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Código Peruano. Comparación de los Modelos del Civil Law. En: Código Civil Peruano. Diez años. Balance y Perspectivas. Tomo II. Primera edición. WG Editor E.I.R.L. Perú.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). Sistema de responsabilidad Contractual y Extracontractual. Edit. Dykinson. Madrid.
- ZELAYARÁN DURAND, M. (2002). Metodología de la Investigación Jurídica. Lima. 2ª ed. Ediciones Jurídicas. P. 85.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/1

_____. La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/2

_____. Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/5.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. 2010. Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil; en InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. www.indret.com

ROCA TRÍAS, Encarnación. 2009. El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español; en INDRET: Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. www.indret.com

SOLÉ FELIU, Josep. El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español; en InDret: Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Febrero 2009. www.INDRET.COM