Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año III - N° 3, Lima - Perú, diciembre 2025 ISSN 2961-2853

Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades



Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL
REVISTA JURÍDICA
N° 3 - Diciembre 2025 - Lima - Perú.

Revista Profesional - Especializada: Nuestra Revista realiza publicaciones especializadas en la responsabilidad civil, promoviendo la reflexión entre académicos y profesionales dedicados al ejercicio práctico, tanto en la defensa como en el ejercicio como magistrados.

Director
Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

Comité Editorial
Fredy Eloí Del Pino López

Cómite Consultivo
Dr. Leysser León Hilario (Perú) – Dra. Francesca Benatti (Italia) – Dr. Maximiliano Aramburo C. (Colombia) – Dra. Natalia Margarita Rueda Vallejo (Colombia) – Dr. Rafael Peteffi Da Silva (Brasil) – Abog. Lucero Celeste Ramírez Izaguirre (Perú) – Dr. Roger Vidal Ramos (Perú) – Dr. Esteben Pereira Fredes (Chile) – Dr. Alberto Pino-Emhart – Mg. Renzo Esteban Saavedra Velazco – Mg. Jhoel Chipana Catalán

Edición a cargo de:
© Instituto Peruano de Responsabilidad Civil
Av. Calle Los Zungaros 260, Lima - Perú
RUC: 20610875867
Celular: 989039480
E-mail: ipdrcperu@gmail.com
Website: ipdrcperu.com

100 ejemplares

Título Clave: Revista Especializada en Responsabilidad Civil
Depósito Legal Nº 2023-08332
ISSN: 2961-2853
Indexada en LatinREV de FLACSO Argentina
https://latinrev.flacso.org.ar/revistas/revista-especializada-resposabilidad-civil

Diseño y diagramación: Enrique Tello P. | e-mail: etelloediciones@gmail.com

Impreso en Noviembre de 2024 por:
Martel Acabos Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos- Lima.
RUC: 20605426568

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra -incluido el diseño tipográfico y de portada-, sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos procesos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

Diálogo sobre el resarcimiento del daño moral en el derecho peruano (A propósito de la Casación 3977-2023-Cusco)*

Dr. Leysser León Hilario**
Mg. Ever Medina Cabrejos***

Leysser León tiene casi treinta años de dedicación al estudio teórico y jurisprudencial de la responsabilidad civil, especialmente en perspectiva comparativa y con atención a la función de la tutela resarcitoria en la sociedad. Ever Medina, por su parte ha dedicado varios estudios, así como su tesis de Maestría, a la siempre ardua temática de los daños morales. Ambos sostuvieron este breve diálogo, a propósito de la Audiencia Pública convocada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del pasado 24 de septiembre de 2025, para la fijación de doctrina jurisprudencial sobre tan importante institución.

---

* León Hilario, L., & Medina Cabrejos, E. (2025). Diálogo sobre el resarcimiento del daño moral en el derecho peruano. *Revista especializada en Responsabilidad Civil,* (3), 17–38.

** Doctor en Derecho por la Escuela Santa Ana de Pisa (Italia). Profesor Principal de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Corresponsal por el Perú del Instituto para la Unificación Internacional del Derecho Privado - UNIDROIT (Roma, Italia). Miembro de la World Tort Law Society (Viena & Pekín). Socio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado y del Instituto Emilio Betti de Teoría e Historia del Derecho.

*** Magíster en Derecho Civil por la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur. Ex integrante de la Comisión Especializada de Derecho Civil y Procesal Civil del Colegio de Abogados de La Libertad (2023-2025).

Ever Medina (EM): Es un verdadero gusto saludarlo, profesor. No quisiera comenzar este diálogo sin antes agradecerle la oportunidad para intercambiar ideas con usted sobre la temática de la Casación N.º 3977-2023-Cusco, cuya vista de la causa se realizó hace poco, y será resuelta por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, para la cual se convocó a expertos, como Ud., en calidad de *amicus curiae*.

Para abrir los fuegos: ¿qué tan importante resulta para el desarrollo de nuestro derecho de la responsabilidad civil que la Corte Suprema haya decidido enfrentar y abordar, con el objetivo de generar doctrina jurisprudencial, el asunto relativo a los criterios que se deberían tener en cuenta para la determinación del *quantum* del daño moral? ¿Se tenía que comenzar con este tema y no con algún otro? Pienso, por ejemplo, en la constante afirmación de que se puede aplicar, en sede extracontractual, algunas reglas que, conforme a la estructura del Código Civil, están previstas para el juicio de responsabilidad por inejecución de obligaciones o, a la inversa, trasladar el empleo de las reglas de la responsabilidad aquiliana hacia los supuestos de incumplimiento obligacional. Es decir, ¿no habría sido, tal vez, más oportuno precisar si la equidad del artículo 1332 del Código Civil puede utilizarse también en el ámbito extracontractual, o si la responsabilidad *in solidum* del artículo 1983 del Código Civil es susceptible de extenderse a determinadas hipótesis de inejecución de obligaciones?

Leysser León (LL): *El gusto es mío, Ever. Felicitaciones por tu producción bibliográfica, que se va ampliando. Sí, es claro que existen muchos asuntos relacionados con el resarcimiento de daños que merecen la atención de la magistratura, no para crear derecho —debemos ser claros en eso— sino para uniformar criterios de decisión, dentro de la legalidad, mediante una jurisprudencia "constante".*

Y también serían bienvenidas, naturalmente, interpretaciones que esclarezcan el panorama, para nuestra comunidad jurídica, sobre distintas instituciones que se hallan a la espera, hace mucho tiempo, de lecturas forjadas en los tribunales que, sin terciar en debates doctrinales, doten de contenido a normas que, pasadas cuatro décadas de vigencia del Código Civil, no superan, aún, el test de efectividad.

En cuanto al tema que propones, por ejemplo, las lecturas judiciales mencionadas (las "buenas" lecturas judiciales, habría que subrayar) serían de gran utilidad, porque la práctica muestra que las responsabilidades concurrentes pueden presentarse en el incumplimiento contractual, por ejemplo, en el régimen de las cuentas bancarias Escrow,

en las operaciones societarias. En las mergers & acquisitions*, la parte compradora, que realiza un depósito en garantía, destinado a la cobertura de contingencias, en ese tipo de cuentas, puede ser perjudicada por la combinación negligente y perjudicial de los actos de la parte beneficiaria de la garantía y de la propia institución financiera.*

Ambas inconductas, nótese bien, están sometidas al régimen del incumplimiento de obligaciones, uniformadas en relación con la naturaleza de la responsabilidad civil que pueden hacer surgir (contractual). Empero, bajo la lupa de nuestros magistrados, los contornos del fenómeno podrían no ser tan nítidos, porque la norma concerniente a las responsabilidades concurrentes no está en el libro VI del Código Civil, sino en el apartado sobre responsabilidad extracontractual.

Claro, la responsabilidad in solidum *en un asunto complejo en sí mismo, pero no cabe duda de que los alcances de la única norma al respecto, la del artículo 1983 del Código Civil, se extienden más allá del campo de la responsabilidad extracontractual. Siendo así, esto es lo más importante, en casos como el que estamos usando como ejemplo, los juzgadores tendrán la tarea —pocas veces cumplida— de determinar la incidencia causal de las distintas contravenciones, o sea, las cuotas de responsabilidad que corresponden a cada infractor.*

Un problema semejante se presenta en los accidentes de trabajo, cuando el damnificado dirige sus pretensiones resarcitorias contra su empleador y un tercero, normalmente, el autor directo del evento dañoso. Piénsese en la situación del chofer de un autobús, fallecido a causa del choque del vehículo que conducía con otro automotor, guiado por una persona en estado de ebriedad. Los deudos tienen una acción directa, de carácter contractual, contra el empleador de la víctima, pero también otra, ahora extracontractual, contra el conductor que ocasionó el accidente y el propietario del otro vehículo. Estas responsabilidades también son in solidum*, pero los jueces, en casos como estos, se preocupan más por afirmar la unificación de la responsabilidad, para dar a la controversia un tratamiento exclusivamente contractual. Las más de las veces, dada esta tendencia, las luces se concentran en la parte demandada con mejores posibilidades económicas para costear el resarcimiento, en lugar de procederse de acuerdo con lo establecido en el artículo 1983 del Código Civil, que obliga a los jueces a "fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes".*

La cuestión de la aplicación indistinta y confusa de reglas del resarcimiento por incumplimiento y del resarcimiento extracontractual es, entonces, muy importante. Nadie duda de que el criterio de equidad para la cuantificación del resarcimiento,

según el artículo 1332 del Código Civil, es aplicable en el campo extracontractual. La potencialidad de esta norma es inmensa. En Italia, Paolo Gallo ha sostenido que se le debe emplear para la cuantificación de la indemnización por enriquecimiento injustificado, inclusive, aunque, claro, esta afirmación del destacado autor, tiene como base el uso, en el texto del Código Civil italiano (artículo 2041), del verbo indennizzare*, en lugar de* restituire *en las normas sobre* arricchimento senza causa. *En el derecho civil italiano, con arreglo a la ley, la disminución patrimonial se "indemniza", no se "restituye", y eso hace más sencilla la remisión al criterio de equidad para la cuantificación.*

En el derecho peruano el camino que debe seguirse es idéntico, pero no para que los juzgadores se basen en apreciaciones subjetivas, sino porque el criterio de equidad permite tomar en cuenta, para la valorización, todas las técnicas que la doctrina especializada y la jurisprudencia de otras experiencias han propuesto para calcular el enriquecimiento.

Y es el camino que habitualmente se sigue en nuestros tribunales, aunque no se trate de un resarcimiento, sino de una obligación legal de indemnizar, cuando se cuantifica la indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho (artículo 345-A del Código Civil).

Viceversa, es indiscutible que el daño a la persona o a la integridad física, como voz específica del daño moral, aun cuando mencionado en el artículo 1985 del Código Civil, es aplicable en los casos de incumplimiento obligativo: en los accidentes de trabajo, por ejemplo, o en respecto de los daños atribuibles a actos de negligencia médica, o en la responsabilidad de las empresas de transporte de personas por daños sufridos por los pasajeros.

Es innecesario que el artículo 1322 del Código Civil, sobre el daño moral por incumplimiento de obligaciones, sea reformado para enunciar esta interpretación, como se propone, sin ninguna razón convincente, en el Anteproyecto de enmiendas del 2019. Se habla de un supuesto imperativo de uniformar los contenidos de dicha norma y del artículo 1985. Es inaudito que aquello que la historia reconoce como un error (la inserción, entre gallos y medianoche, del daño a la persona en el texto del Código Civil) contamine lo que sí se hizo bien.

Ahora bien, en lo que atañe a la Audiencia en la que participé, no creo, a pesar de todo, que la calificación de los daños, en el caso concreto, sea la temática principalmente

abordada. Lo que interesa, en realidad, es identificar el criterio —o los criterios— para asignar un valor económico a los daños morales por muerte.

Es evidente, en otras palabras, que la preocupación, más que justificada, de la magistratura, es, en esta ocasión, acabar, y ver con qué argumentos acabar, con el problema, social inclusive, de la subvaluación económica del daño moral en un supuesto tan complicado como el de la muerte de un familiar a causa de un hecho ilícito con connotaciones penales. Aunque en la Audiencia se haya evidenciado que este cometido no fue entendido por todos los amicus curiae, *lo que se busca es hallar herramientas conceptuales para aumentar (o "para no subvaluar") un resarcimiento que, a ojos de todos, ha sido tan reducido que hasta se le podría considerar lesivo de la dignidad de los deudos del menor asesinado.*

E.M.: Entonces, a la vista de lo último que mencionó en la respuesta que me acaba de brindar, ¿usted considera que la importancia subrayada se intensificaría aún más en un caso tan lamentable como el de la controversia, relativo a la trágica pérdida de la vida de un menor de edad a manos de sus compañeros de estudios, también menores, mediante actos de crueldad y tortura?

L.L.: *Es importante analizar bien el caso, para no desorientarnos y para no contribuir a que se torne grisáceo el panorama.*

En síntesis, en noviembre de 2012, dos menores, de dieciséis y catorce años, le quitan la vida, cruentamente, a otro, de quince años. Todos ellos eran estudiantes del colegio San Antonio de Abad, de Cusco.

En el proceso penal-familiar seguido contra los homicidas, se condenó a estos, en marzo de 2013, a la máxima pena posible: 6 años de rehabilitación en un centro especializado. Asimismo, al pago de una reparación civil de 60 mil soles en favor de los deudos.

El proceso estuvo a cargo de un magistrado de labor incuestionable, como el juez Edwin Béjar, quien no pudo tener en cuenta, por circunstancias de coincidencia temporal, toda la evolución que comenzaba a experimentar la tutela resarcitoria en los daños morales por muerte, gracias a la jurisprudencia penal, a partir de la sentencia del "caso Dutra", de septiembre de 2012, donde, por primera vez, se concedió una reparación civil por 1 millón de soles, a los deudos de un joven fotógrafo, que perdió

la vida, atropellado por una coaster afiliada a la ruta que gestionaba la tristemente célebre empresa "Orión".

Los deudos de la víctima, sus progenitores, que no se constituyeron como parte civil en el proceso anterior, demandaron un resarcimiento de 10 millones de soles, en vía civil, contra los homicidas, sus padres, y el Arzobispado de Cusco, como gestor del colegio. Empero, la suma que se les ha concedido, pasada más de una década de litigio, no supera los 40 mil soles.

Podrá sostenerse que un dictamen como este es similar a una infinitud de pronunciamientos en causas semejantes. Sin embargo, la controversia suscitada es grande, no solamente por el tiempo transcurrido en el proceso, sino porque —como recordó Juan Espinoza Espinoza en su intervención en la Audiencia— la administración de justicia ha concedido recientemente, en el caso de la pérdida de una mascota (un can), la suma inédita de 50 mil soles.

Es claro que el problema no es que se valore en 50 mil soles la vida —y la compañía— de una mascota, menos ahora que se postula, muy seriamente, por notables investigadores de nuestro tiempo, como el finlandés Visa Kurki, la personalidad jurídica de los semovientes y la posibilidad de considerarlos parte de una familia, sino la circunstancia de que el dolor por la pérdida de la vida de un ser humano se estime en una cifra menor.

E.M.: A propósito de lo que usted menciona, y quizá apartándome momentáneamente del eje central de nuestro diálogo, quisiera plantearle la siguiente inquietud: ¿considera usted que este tipo de escenarios, es decir, casos en los que bienes jurídicos de la más alta relevancia dentro de nuestro ordenamiento, como la vida humana (incluso con expreso reconocimiento constitucional) son resarcidos con montos inferiores a los otorgados por la afectación de otros intereses que, si bien pueden calificarse como valiosos, presentan una menor trascendencia jurídica objetiva, se debería a una falta de conocimiento y de adecuado empleo de la jurisprudencia y de los precedentes existentes en materia de cuantificación o estimación del daño moral por parte de propia magistratura?

L.L.: *Sí, tu observación es exacta. Si existiera realmente una jurisprudencia nacional apta para ser considerada como fuente del derecho, debería ser conocida y aplicada*

de manera general y sistemática por los magistrados ¿no es verdad? No se entendería cómo un juez, que debe estimar, hoy, el dolor de una persona por la pérdida de su animal de compañía, puede desconocer que sus colegas, ayer, han hecho lo propio, pero por cierto monto, y bajo determinados criterios, en el caso, por ejemplo, de una familia donde uno de los progenitores o hijos ha fallecido.

Ese conocimiento, que en un espacio de jurisprudencia-fuente del derecho, debería constituir una obligación de todo juez, de cuyo incumplimiento surgiría una responsabilidad, por lo tanto, sería fundamental para lograr dos objetivos: percatarse, por un lado, si se está de acuerdo —como yo lo estoy—, de la evolución de los conceptos de personalidad jurídica y familia, y distinguir, por otro, el pretium doloris *en dos supuestos destinados a permanecer distintos aun cuando los animales alcancen el reconocimiento de personas ("personas para el derecho", entiéndase bien) no-humanas.*

Por eso, no obstante la exaltación de la argumentación jurídica ("argumentología", en muchas ocasiones), que lleva más de dos décadas de implantada como moda, y presentada casi como una aptitud imprescindible en la que deben capacitarse nuestros jueces, pero sin haber logrado su declarado objetivo (y justificación, en su momento) de mejorar los pronunciamientos judiciales, no se ha llegado a reparar en la importancia del conocimiento de la jurisprudencia, y la urgencia de su sistematización, por canales oficiales, de conocimiento público, para poder pensar, recién, de cara a un futuro que parece estar muy lejos, en una jurisprudencia forjada sobre los cimientos dispuestos por los propios jueces.

Para el caso tratado en la Audiencia, hay importantes, aunque escasas, sentencias pasadas, en las cuales la administración de justicia ha reaccionado frente a las contravenciones y entuertos con un enfoque sancionador de la tutela resarcitoria, viabilizado por los daños morales. Que esos "precedentes", que lo son de verdad, por la justicia que los inspira, y que tienen mayor fuerza vinculante que cualquier otro, no se conozcan o no se tomen en cuenta, sería inexcusable. A la magistratura nacional se le puede dispensar, cómo no, de no conocer las últimas sentencias de los tribunales de Alemania, Francia, Italia o Estados Unidos, pero no de prestar atención a los dictámenes domésticos. Esta es la razón por la que, más que en argumentación o razonamiento probatorio, otra de las modas recientes, se debería trabajar en sistematizar los fallos pasados al interior de los pronunciamientos actuales, y en generar capacidades para que las decisiones se elaboren "para ser sistematizadas". ¿Qué es más valioso? ¿Un fallo con raptos académicos sobre las corrientes de argumentación o sobre razonamiento probatorio (recordemos el desastre del X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema

de la República, con sus 423 notas a pie de página), o uno que rinda cuenta y se sustente en la evolución de nuestra propia jurisprudencia?

E.M.: Profesor, volviendo al tema que nos convoca, recuerdo que, durante su participación, usted comenzó mencionando que, atendiendo a la convocatoria realizada por la Sala Civil Transitoria, el centro del debate se ubicaba en el denominado "daño moral"; sin embargo, en nuestro medio no existe una precisión uniforme, ni en jurisprudencia ni en doctrina, sobre la noción que le asiste a este tipo de perjuicio. En ese sentido, quisiera saber: ¿cuál es el alcance conceptual que usted podría ofrecer al daño moral?, y, además, ¿cuáles serían las razones que validarían tal definición?

LL: El daño moral es, en los términos más simples, el que afecta un interés "moral", o sea, inmaterial —en francés, lo "moral" es lo contrario a lo "material"—, que, por la misma razón, por sus connotaciones, no es susceptible de una valorización económica directa, a diferencia de lo que ocurre con las voces del daño material: el daño emergente y el lucro cesante.

Fue y sigue siendo una voz de daño concebida para ampliar las fronteras del resarcimiento hasta espacios ajenos a las pérdidas económicas y réditos frustrados; un fruto de la apreciación de que los eventos dañosos aparejan también consecuencias espirituales, psicológicas, imposibles de medir con parámetros contables, ni con el lenguaje de los activos, pasivos, flujos de capital.

Esta definición, de incuestionable raíz francesa, y con toda su simplicidad, otorga al concepto una notable amplitud, a un punto tal que lo hace capaz de abarcar un universo de perjuicios, que comparten la referida característica de la imposibilidad de ser cuantificados con métodos de cálculo exactos (o casi exactos) y objetivos: del dolor o padecimiento anímico que es provocado por un evento dañoso, incluso si lesivo de intereses materiales, que es el daño moral en sentido estricto ("subjetivo", como lo llaman en la experiencia italiana), a los atentados contra derechos de la personalidad. ¿Hay una escala para tasar el daño a la reputación de una persona, a su identidad, que es el derecho a la verdad histórica o a ser uno mismo, como escribiera en una de sus últimas obras, el recordado profesor Guido Alpa, o al libre desarrollo? No.

Así lo entendió siempre y pacíficamente nuestra doctrina, hasta la promulgación del Código Civil vigente. Basta leer la exposición de motivos del libro de Obligaciones, a cargo de Felipe Osterling Parodi, para constatarlo, o el comentario de Fernando de

Trazegnies Granda sobre las normas de responsabilidad extracontractual. En cuanto a la jurisprudencia, por casi cien años, todos los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil por accidentes de tránsito o de trabajo, aun cuando limitadamente difundidos, en revistas muy prestigiosas —pero que, injustamente, no se consultan más—, se ciñeron a ese entendimiento. Cada vez que un magistrado o colegiado, formado en los años universitarios con materiales de enseñanza impresos, recupera esa visión, por la flexibilidad que la identifica, y la altísima calidad de la bibliografía que la sostiene, es imposible no apreciar una suerte de "reminiscencia": una noción que continúa flotando en el ambiente.

Se supone —solo se supone— que la doctrina debería contribuir a volver menos enrarecido el panorama sobre las categorías, para estudiantes, docentes, abogados, jueces. En nuestro medio, da la impresión de que hubiese ocurrido lo contrario. En lugar de sistematizar el desarrollo alcanzado, un segmento de autores que han escrito con respecto a la nueva codificación civil, uniformado por su subvaluación (o ignorancia) de la experiencia previa, ha planteado nuevas sistematizaciones, cada cual más alambicada que la otra, de los daños resarcibles.

Una víctima de esos esfuerzos privados de sentido y de consideraciones pragmáticas, ha sido el daño moral, al que se pretende degradar, encapsulándolo como subespecie de cierto "daño a la persona", otra categoría de contornos inciertos, importada nada más que como etiqueta, privada de su valor original, del derecho italiano, y a la que se hizo sitio, en una inolvidable muestra de precariedad de la labor legislativa, en el artículo 1985 del Código Civil.

Aclaro, con todo, que no me parece que el daño moral tenga necesidad de defensores ni de reivindicaciones en la actualidad, ni entre nosotros ni en ninguna parte. Eso lo distingue, con nitidez, de otras voces de daño, que no tienen su recorrido histórico, como el daño al proyecto de vida, pero que han engendrado pintorescos fanatismos ("hooliganismo" y "trollismo", en varios casos), impropios en el ambiente académico.

Ningún ordenamiento, dentro de la familia internacional del Civil Law, *ha prescindido del daño moral. Solo en nuestro escenario latinoamericano, en 1994, cuando se celebraban, en un gran congreso internacional organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, al cual acudí como estudiante, por cierto, por los diez años del Código Civil peruano, el civilista argentino Jorge Mosset Iturraspe, postuló que el daño moral debía desaparecer de los códigos civiles y ser reemplazado por el daño a la persona. Ese despropósito fue seguido, casi de inmediato,*

por Carlos Fernández Sessarego y hoy, por increíble que resulte, se le puede encontrar en páginas de autores contemporáneos que perdieron la brújula.

Lo sorprendente es que, con posterioridad a esa audaz afirmación, Mosset Iturraspe, a quien encontramos, junto a Rómulo Morales Hervias, muchos años después, en un congreso celebrado en Huancayo, y con quien departimos sobre varios temas de común interés, dedicó nuevos estudios y obras sistemáticas al denostado daño moral, y no discrepó de su consagración en el actual Código Civil y Comercial, vigente desde el año 2015, donde se acoge la clasificación de los daños en materiales y morales (por ejemplo, en el artículo 744, donde se excluye del campo de la responsabilidad patrimonial del deudor, los resarcimientos que correspondan a este último "por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad física"). Hoy, en la jurisprudencia del vecino país, cuando los jueces conceden resarcimientos por daños lesivos de algún proyecto de vida, lo hacen en el ámbito de los daños morales.

En Argentina, la también desaparecida Matilde Zavala de González escribió, con ironía, que no conocía daños, en el mundo de la responsabilidad civil, que no fueran "a la persona". Esas son las lecciones que, por el llamado a la reflexión que las alienta y que comunican, deberían ser conocidas entre nosotros.

E.M.: Es innegable la importancia de atender a los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinarios, tanto nacionales como provenientes de aquellos ordenamientos extranjeros que han influido en el nuestro, a fin de comprender con mayor rigor el alcance real de las categorías jurídicas empleadas en sede judicial para la resolución de controversias. Sin embargo, como usted acaba de señalar, en el Perú persiste una corriente de opinión que concibe el daño moral en un sentido estrictamente restringido, circunscribiéndolo al dolor o sufrimiento subjetivo. En ese contexto, ¿considera usted que esta divergencia conceptual constituye una discusión puramente teórica y carente de relevancia práctica en el ámbito de la tutela resarcitoria, o que, por el contrario, posee una incidencia sustantiva en la protección efectiva de los derechos subjetivos de naturaleza inmaterial? En particular, ¿estima que dicha controversia carece o goza de un impacto real en los casos concretos de responsabilidad civil, como aquel que motivó la audiencia de vista de la causa celebrada el pasado 24 de septiembre?

L.L.: *Por supuesto. En el último dictamen, previo a la llegada de la causa a la Corte Suprema, el resarcimiento concedido a los deudos del menor fue —como hace un*

momento recordábamos— una extraña combinación, en la misma proporción económica, de daño moral en sentido estricto, pretium doloris*, con daño a la persona entendido como daño al proyecto de vida. En la Audiencia, Ronald Cárdenas Crenz subrayó ese error, atendiendo a la línea jurisprudencial, correcta, que descarta el daño al proyecto de vida en los casos de muerte (del titular del "proyecto"). Incluso los más destacados defensores de esa categoría, como Carlos Calderón Puertas, comparten esta perspectiva.*

¿Cuál es el problema de fondo? Como los magistrados perciben que, ante la muerte, como fuente de daño moral para los deudos, el resarcimiento no debe ser escaso ni simbólico, el camino que siguen para cuantificarlo sin subvalorarlo (o al menos con ese propósito) es el de echar mano a varias categorías de daño. En otras palabras, para que el resarcimiento no se vea inconsistente, los jueces del caso en cuestión toman en cuenta, como tú bien sabes, un "lucro cesante" por la muerte, si se trata de la pérdida del progenitor que sostenía económicamente a la familia (eso es lo que yo llamo "daño por desamparo", no es lucro cesante, porque el sustento de un progenitor, cónyuge o hijo, no admite ser comparado con una utilidad o rédito), un "daño moral" por el dolor producido por el fallecimiento, y, en la sentencia de mérito que comentamos, un "daño a la persona" por el proyecto de vida frustrado del estudiante asesinado.

Esa vía no es exacta ni aconsejable. Por el contrario: alienta la proliferación de voces de daño resarcible, un vicio al que se debe, ni más ni menos, el nacimiento del "daño a la persona" en versión peruana, y luego, del "daño al proyecto de vida". La tutela resarcitoria no depende, de ninguna forma, de la ampliación del catálogo de daños resarcibles.

En cambio, si solo nos concentramos en el daño moral, y se hace un esfuerzo por entender bien su noción y funciones, resulta que nos encontramos ante la única categoría de daño resarcible (sin discusión, dado su reconocimiento legal) capaz de ser depositaria de la función sancionadora o punitiva de la responsabilidad civil. ¿Has escuchado alguna vez que el resarcimiento por daño emergente o lucro cesante se pueda incrementar por el repudio de la conducta del responsable? Estoy seguro de que no. Pero si te pregunto: ¿Conoces casos en los cuales los magistrados, de forma confesa o no, han otorgado al daño moral un significado de sanción? La respuesta es en sentido contrario: sí hay, y en nuestro medio también, muchos casos en los que esa interpretación ha prevalecido. Los casos "Dutra" y "Oyarce", y los de violencia de género, que mencioné en mi intervención, y a los que podríamos sumar muchos otros, así lo acreditan. Es reconfortante que no sea necesario recurrir, en cuanto a este

punto, a ejemplos de experiencias foráneas, porque la evolución se ha presentado en nuestra propia jurisprudencia.

E.M: Precisamente sobre ese tópico, algo que llamó particularmente mi atención durante su intervención fue el énfasis que usted puso en la importancia de no pasar por alto la función que podría cumplir el resarcimiento del daño moral, esto es, la de carácter sancionatorio o punitivo en específicos supuestos. En ese contexto, quisiera formularle dos preguntas, una de alcance general y otra de corte más específico: (i) ¿por qué resulta relevante, en el marco de la labor de cuantificación, contar con claridad acerca de la función que habrá de desplegar el resarcimiento en el escenario dañoso concreto?; y (ii) ¿cuál es el impacto de asumir una función sancionatoria o punitiva del resarcimiento por daño moral en la determinación de su cuantía o estimación económica?

L.L.: *Bueno, es una función "que puede cumplir" el resarcimiento del daño moral. Tú sabes que es muy importante ser precisos en los términos, por la tendencia a la generalización que existe entre nuestros autores. Son los hechos concretos de cada caso, como fluye de tu pregunta, los que condicionan el recurso a perspectivas sancionadoras en este ámbito.*

Un sistema en el cual el resarcimiento de los daños morales cumpliera solamente una función sancionadora debería excluir esta tutela, para garantizar su coherencia, en las controversias que se someten a reglas de responsabilidad que no se fundan en la culpabilidad. Por ejemplo, si una persona es obligada a resarcir a otra por aplicación de los criterios de imputación del riesgo o la exposición al peligro (artículo 1970 del Código Civil), al no tener ninguna incidencia para ello su grado de culpabilidad, ¿cuál sería la razón para sancionar al responsable? Si en aquellos casos se habla, hasta hoy, de "responsabilidad sin culpa" (y, en más ocasiones, con inexactitud, de "responsabilidad objetiva"), ¿cuál sería la base conceptual para integrar al contenido del resarcimiento alguna suma por daños morales en esas hipótesis?

Empero, y esto ha sido consecuencia de otra evolución que no podemos abordar ahora —salvo que así lo plantees—, nadie niega hoy que también en los casos de responsabilidad por riesgo o exposición al peligro, o ligados con otros criterios de imputación distintos de la culpabilidad, el daño moral, si estuviere presente y fuese constatado, debe ser resarcido, aunque con límites, porque sin culpabilidad de por medio, las posibilidades de incrementarlo, son menores, y quedan condicionadas, por

ejemplo, al reproche social de ciertas conductas: la explotación de recursos a costa de la depredación del medio ambiente, por ejemplo. Nuestra legislación no hace ninguna distinción al respecto, y donde la ley no distingue, como se sabe, el intérprete tiene atadas las manos, como garantía de la certeza del derecho.

Trazegnies Granda fue el primero en advertir que, como en Francia, el resarcimiento del daño moral podía cobrar la faz de una pena privada ("multa", la llamó él). Todas las veces en que nuestros jueces han concedido resarcimientos por daños morales, por ejemplo, en atención a las causas de un divorcio, lo hacen considerando el reproche a la conducta del responsable por la disolución del vínculo matrimonial (quien cometió adulterio, o actos de violencia física o moral, quien desamparó, etcétera).

Lo mismo ocurre en el campo de los accidentes de trabajo. En casi dos décadas de observador de la marcha de la jurisprudencia laboral, esto es inobjetable: que los resarcimientos por concepto de daños morales (incluido el daño a la persona, naturalmente, y el inaplicable, pero omnipresente daño al proyecto de vida) son graduados, en su estimación, por el grado de culpabilidad apreciado en las infracciones del empleador contra sus deberes de protección de fuente legal (obligaciones de seguridad), o en la injusticia de los despidos. Esto ha llevado, como a todos nos consta, a que la jurisprudencia laboral, desde la más alta instancia, y utilizando mal el sistema de las opiniones plenarias, haya pretendido desprenderse, en las controversias sobre resarcimiento, de los criterios de imputación propios del incumplimiento de obligaciones, para crear —judicialmente, y, por lo tanto, sin valor vinculante— una responsabilidad "objetiva" del empleador, que se suma al desproporcionado sistema de responsabilidad civil en las relaciones de trabajo al que ya se había privado, en otro plenario, de la relación de causalidad, para crear —también judicialmente— una "garantía" (no una responsabilidad, porque si es garantía deja de ser responsabilidad) del empleador frente al trabajador por todo daño que sufra en el centro de labores o con ocasión de su trabajo.

¿Y en la responsabilidad civil de los establecimientos de salud y médicos? La situación es igual. La cuantía del resarcimiento de los daños morales depende, sea del grado de reproche contra el comportamiento profesional (por ejemplo, en los casos más sonados de daños ocasionados por cirujanos plásticos), o por la edad o sexo del paciente, o por el órgano lesionado. El impacto emotivo preciso (o sea, el daño en concreto, que es el único y exclusivo punto de referencia en los procesos por responsabilidad civil) se deja totalmente de lado y los daños morales por lesión de la integridad física no son diferenciados de los daños materiales (gastos) por el mismo evento, que deberían ser los más

importantes. Con el peligro, además, de que la magistratura se arrogue competencias —que no tiene, a menos que disponga de los debidos respaldos especializados— para juzgar, en sentido negativo, la actuación de los profesionales de la medicina.

Lo que falta, entonces, es encaminar esa función sancionadora que revelan los fundamentos de las sentencias de responsabilidad civil donde aparezcan los daños morales. Lo que no es dado es negar o rechazar de plano esa función, que, reitero, no puede ser cumplida por ninguna otra voz del resarcimiento.

Respecto de tu segunda interrogante, tengo la impresión de que el problema se presenta más en experiencias extranjeras que en la peruana. Reforzar la función sancionadora del daño moral, en el derecho de nuestro país, no significa promover la introducción de nada que se parezca a los punitive damages*. El hecho de que nuestra experiencia se haya visto engalanada, solo por algún tiempo, menos mal, por una tentativa tan famosa como fallida al respecto, imputable a un sector de los jueces supremos de la especialidad laboral, con consecuencias económicas graves para los empleadores —por las cuales ninguna autoridad ha asumido, hasta hoy, las responsabilidades correspondientes— demuestra que dicha figura, a diferencia del daño moral, necesita un acto de recepción en nuestro ordenamiento. Por remota que sea la posibilidad de que ello vuelva a pasar, tendrá que ser por intervención del legislador, con un detallado complemento de directrices para su debida aplicación, y no por otro rapto de malhadado "creacionismo" judicial.*

E.M.: Manteniéndonos en la idea de que el daño moral puede cumplir funciones punitivas, recuerdo que algunos autores de la doctrina italiana (como A. Di Majo, C. Scognamiglio, A. M. Benedetti, M. Grondona, entre otros), con quienes desde hace ya varios años se mantienen sólidos puentes de diálogo en torno a la responsabilidad civil, han sostenido que negar el componente sancionatorio del resarcimiento por el daño no patrimonial (en su terminología) puede mermar la efectividad que se espera de esta forma particular de tutela, especialmente cuando los bienes jurídicos comprometidos son derechos inherentes a la persona humana. En esa línea, y considerando las graves y particulares circunstancias del caso materia de la Casación N.º 3977-2023-Cusco, ¿considera usted que solo a través del reconocimiento de la función punitiva podría alcanzarse un resarcimiento verdaderamente justo y efectivo?

L.L.: *Es una apreciación exacta, y me parece muy oportuno que lo recuerdes, y que subrayes la italianidad de la terminología "daño no patrimonial". Mientras más lejos nos ubiquemos de esa expresión, la claridad será mayor. En la jurisprudencia italiana se le ha reconocido "dimensión omnicomprensiva", a dicha categoría, lo cual ha dado lugar a incontables quebraderos de cabeza para los especialistas, especialmente a los industriosos en trazar nuevas especies de daño.*

Es lo que pasó con el daño existencial, que para ser considerado resarcible ha tenido que ser incorporado, por la virtud de la "omnicomprensividad", dentro de los daños no patrimoniales, en una experiencia donde, alguna vez, con enorme lucidez y visión sistemática, como ha escrito hace poco Mario Barcellona, Renato Scognamiglio explicaba, casi siete décadas atrás, que esos daños (del artículo 2059 del Código Civil italiano) no eran otros que los daños morales y los ocasionados a los bienes de la personalidad.

Ahora bien, para un panorama completo sobre el fondo de tu pregunta, quizás sea conveniente partir de la otra posición, que ha manifestado reparos frente a la importación de la "cultura" de los punitive damages. *Un antiguo y amplio conocimiento de los malos usos de dicha categoría, sobre todo en la experiencia estadounidense, gracias a las contribuciones de Giulio Ponzanelli, desde siempre preocupado en conciliar las perspectivas científicas con el marco normativo, el derecho "viviente" de los tribunales y las exigencias de la realidad, en Italia, ha servido de advertencia y de muralla, en concreto, frente al arribo de esas compensaciones sancionadoras.*

Las diferencias con el resarcimiento del daño moral saltan a la vista. Además de la ausencia de reconocimiento legal, los punitive damages *conforman una categoría autónoma en la liquidación del resarcimiento, y pierden todo contacto con el daño en concreto. Tienen un tratamiento legal especial, además, en el no poco relevante aspecto de la tributación.*

Otro problema, en Italia y otros países europeos, era la necesidad de definir cómo debían actuar los tribunales domésticos frente a pedidos de ejecución de sentencias estadounidenses donde se concedían sumas (las más de las veces, exorbitantes) por punitive damages. *Algunos pensaban que reconocerlas y ejecutarlas era contrario al orden público nacional.*

Cuando nuestros jueces supremos laborales hicieron su experimento de introducción de "daños punitivos" —como, equivocadamente, los llamaron—, no pretendieron, en modo alguno, derogar el resarcimiento de los daños morales. Las sentencias emitidas

durante la breve vida de esa "innovación" —llamémosla así— siguieron conteniendo resarcimientos por daños morales a trabajadores accidentados, sea como pretium doloris*, sea como compensaciones por daños a la integridad física (resarcidas como daños emergentes), y resarcimientos por daño al proyecto de vida, considerado como homónimo del daño a la persona. Todas estas figuras convivieron, sin confundirse entre ellas. Para su deslinde, fue de mucha utilidad, el criterio adoptado para efectos de la cuantificación de los "daños punitivos": al depender ese cálculo de índices, no solamente se "nacionalizó" (o "folclorizó") la categoría, sino que se le diferenció, para siempre de los* punitive damages *propiamente dichos, que no conocen esos métodos de valorización*.

Volvamos a la experiencia italiana. Otra cuestión que hizo dudar de la admisibilidad de la función punitiva, pero también de la desincentivadora, del resarcimiento, fue la imperiosidad de tener en cuenta el funcionamiento de los seguros. ¿Cuando se contrata una póliza de seguro para cubrir los daños que puede ocasionar cierta actividad (construcción, transporte de mercaderías, ejercicio de actividades riesgosas en general, etcétera), está incluida esa parte del resarcimiento, concedido por los tribunales, que no busca reparar tales daños, sino desincentivarlos para el futuro o sancionar al responsable? No es un asunto baladí en un ordenamiento que, a diferencia, del nuestro tiene un sistema de seguros con vasta incidencia —y consideración por parte de la doctrina especializada— en la interacción entre sujetos privados.

Claudio Scognamiglio, justamente, es un autor de un estudio que tuve presente para intervenir en la Audiencia. Es un texto que tiene quince años pero que goza de plena vigencia. Él, luego de explicar las posibles consecuencias de una exaltación de las funciones de sanción y prevención del resarcimiento, y de descartarlas en los casos de responsabilidad "sin culpa" u "objetiva", las reafirma para el caso de las contravenciones dolosas, intencionales. Y el supuesto, claro está, de las lesiones o atentados contra los derechos de la personalidad, es identificado claramente como uno de los urgidos de enriquecimiento con este enfoque.

No se trata, naturalmente, de fundamentar una perspectiva peruana, antigua en mi caso, con una solución lúcida, como la propuesta (para una realidad diferente) por el eminente civilista, a quien acabo de comentar, en persona, esta singular pertinencia de su opinión para ayudar en el análisis de un caso peruano. Lejos de consolidar una dependencia cultural, estas referencias son útiles, como siempre lo han sido, para aproximar nuestras experiencias, en la evaluación de problemas comunes, aun

cuando el sistema codificado italiano, constituido por "daños patrimoniales" y "no patrimoniales", no sea coincidente con el nuestro.

Tornemos, entonces, al caso que nos ocupa. ¿No estamos acaso ante un evento dañoso imputable a un proceder doloso? Por supuesto que sí: fue un homicidio cruel, premeditado, con violencia pocas veces vista. ¿No es ese tipo de conductas las que justifican, como piensa Scognamiglio, una apertura frente a la función sancionadora y preventiva de la tutela resarcitoria (mediante los daños morales, en el derecho peruano)?

Y ¿para qué ligar los daños morales con la función sancionadora en casos como estos? Porque es en casos como estos, justamente, que la responsabilidad civil recobra su tarea de modeladora de la conducta humana. Si el problema, aunque no se le haya identificado en voz alta en esta ocasión, como habría sido conveniente, es el de encontrar salidas para que el resarcimiento de los daños por la muerte de un ser querido sea cuantificado por nuestra magistratura en cifras que no ofendan la conciencia social, que concuerden con el grado de culpabilidad y la gravedad del evento, y que no subvalúen, finalmente, valores fundamentales como la vida o la integridad física de las personas, la respuesta se encuentra, como ha acontecido ya en las demás ocasiones recordadas, en la función sancionadora de la responsabilidad civil, mediante los daños morales, en los casos de contravenciones teñidas del criterio de imputación dolo.

E.M.: Llegados entonces a este punto, profesor, y habiendo reflexionado ya sobre la función del resarcimiento por daño moral, quisiera preguntarle: ¿cuáles estima usted que deberían ser los criterios que la judicatura debería considerar al momento de imponer un resarcimiento que no solo sea razonable y equitativo, sino que, además, esté alineada con la escala de valores que caracterizan nuestra colectividad? Me gustaría, si fuera posible, que pudiera referirse tanto a criterios generales como a aquellos que serían especialmente relevantes en el caso concreto materia de la Casación N.º 3977-2023-Cusco.

L.L.: *Tú mismo lo señalas: "razonable y equitativo", pero, a la vez, correspondiente a la "escala de valores" de la colectividad. Menuda tarea para nuestros jueces, pero también para los autores interesados en el tema, porque ese es el tipo de compromisos que la academia no puede renunciar a cumplir.*

Imitando al Código Civil italiano, el peruano adopta el criterio de equidad como método de cuantificación del resarcimiento aplicable en todos los supuestos en que la cuantía del daño no pueda ser probada. No hay discusión sobre el hecho de que

el resarcimiento de los daños morales es siempre un caso que se encuadra en esta solución, porque al tratarse del resarcimiento de daños a intereses "inmateriales", la valorización objetiva, en cifras precisas, es imposible.

Y hablar de "criterio de equidad" supone tomar en cuenta, para fijar el quantum *resarcitorio, de aspectos como los, antes mencionados, del grado de culpabilidad del responsable y la gravedad de la contravención. Es justificado que quien comete un daño de forma intencional pague un resarcimiento incrementado por su proceder doloso, a diferencia de lo que ocurriría en el caso del que lo comete por negligencia.*

Hay que estar atentos, sin embargo, porque esto no quiere decir que el dolo pese más que la culpa. En el régimen de la responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano, el dolo se equipara a la culpa y la culpa no conoce grados (artículo 1969). El criterio de equidad lleva, en realidad, a "incrementar", "aumentar", el resarcimiento por dolo, a agregar algo más a la cifra, justificadamente (o sea, lo que buscan los jueces en convocatorias como las de esta ocasión) pero los niveles básicos de resarcimiento se mantienen iguales entre los casos de dolo y culpa, cuando se trata de responsabilidad civil extracontractual.

En lo que atañe a la gravedad de la contravención, hay que remitirse a los orígenes del daño moral, y tenerlos presentes siempre, para preservar su vinculación con la represión de conductas intolerables para la sociedad. Si en algún momento, el resarcimiento superó su función reparadora de los daños, para extenderse al campo de la "organización social", en atinadas palabras de Pier Giuseppe Monateri, fue porque existía —y existe— un cúmulo de comportamientos que la ciudadanía no está dispuesta a soportar: de la seducción con promesa de matrimonio, a la lesión del honor y reputación, del desprecio por la vida humana, a la trata de personas (más, todavía, si se trata de menores de edad), del comercio de derechos de la personalidad (incluidos los derechos morales de los autores) a la violación de las normas de tutela de las personas frente a la manipulación de su información, del chantaje sexual a la violencia de género, de los actos de discriminación por motivos de raza, religión, tendencia sexual, a los ataques de trolls *o* haters, *como los que abundan, lamentable (pero casi siempre graciosamente), en el mundo universitario local.*

Otros aspectos para considerar son la reincidencia de la inconducta, naturalmente, y la posición económica de la víctima. Por un error de comprensión, superable pero que sigue arraigado en nuestra práctica, los magistrados entienden este último aspecto a la inversa: los guía, al señalar la cuantía del resarcimiento, la posición económica

del dañador. En la Audiencia, Wilder Tuesta Silva señaló, oportunamente, el punto. Por ese camino, podríamos terminar en un contexto en el cual los inescrupulosos, que nunca faltan, apunten a hacerse pasar por damnificados, o a sufrir daños, inclusive, cuando tengan como contraparte a un imputado con recursos que, idealmente, podrían cubrir pretensiones resarcitorias exorbitantes. En el tristemente recordado caso del menor autista, atropellado en las líneas del ferrocarril, el resarcimiento del daño moral por la muerte del ser querido fue concedido a su progenitora, no solo desconociéndose la ausencia de la relación de causalidad adecuada (impuesta por el artículo 1985 del Código Civil), y el hecho del propio damnificado, como factor eximente o atenuador de la responsabilidad, sino aplicando una doctrina de deep pocket*, injusta y sin sustento en nuestro derecho.*

Finalmente, y esto fue objeto de una pregunta de la vocal Carmen Julia Cabello, en casos como el tratado en la Audiencia, existe otro aspecto a tomar en cuenta, que es el característico de los atentados contra las relaciones parentales. Cuando los padres pierden un hijo, o fallece uno de los cónyuges, o los hijos pierden a uno de sus progenitores, la familia, como valor, es agredida. En nuestra Constitución, la familia en sí misma es tutelada. La ruptura abrupta de la relación familiar debe ser considerada, por lo tanto, como criterio de cuantificación de los daños morales cuando la contravención analizada sea una de fallecimiento de un integrante del grupo familiar.

Viceversa, cuando ese vínculo familiar no exista, porque el progenitor nunca se haya ocupado de sostener económica y espiritualmente a sus hijos, o haya abandonado a su esposa, o si los hijos nunca atendieron las necesidades de su progenitor enfermo o adulto mayor, el resarcimiento de los daños morales deberá reducirse, o excluirse, inclusive, si los hechos del caso lo justifican. De esta manera, por cierto, es que nuestros magistrados analizan las causas de responsabilidad civil por muerte de un familiar, con acertada (pero, según parece, inconsciente) intuición.

E.M.: No quisiera culminar esta rueda de preguntas sin consultarle un aspecto que también fue abordado por varios de los *amicus curiae* durante la audiencia: me refiero al tema de la resarcibilidad del daño *iure hereditatis*. Y es que, frente al fallecimiento de una persona, parece haber consenso en torno a la configuración de los llamados daños reflejos o por rebote, lo que se traduce en el derecho de los deudos a reclamar la compensación por el daño moral subjetivo que ellos mismos padecen, es decir, mediante una acción *iure proprio*. Sin embargo, ese

consenso no parece extenderse con igual claridad al supuesto en que se pretende el resarcimiento de los distintos perjuicios sufridos por la víctima directa antes de su muerte, indemnización que es solicitada por sus sucesores a través de una acción *iure hereditatis*. En atención a ello, y considerando que en el caso materia de evaluación no se encuentra en discusión que el menor fue sometido a actos de tortura por parte de sus agresores antes de fallecer, ¿estima usted que, de ser el caso y dadas las condiciones procesales, los progenitores tendrían derecho legítimo a obtener un resarcimiento por concepto de daño moral *iure hereditatis*?

L.L.: *Bien. Con esta interrogante podemos disipar el temor, comprensible, frente a las llamadas "duplicaciones" (en el Perú, quizás "triplicaciones") resarcitorias, relacionadas con los daños morales.*

El resarcimiento de daños por lesiones de derechos de la personalidad corresponde, desde luego, a sus propios titulares: la persona cuya integridad física, intimidad, identidad, ha sido vulnerada. Pero cuando una persona fallece como consecuencia de un evento originador de responsabilidad civil (el fait générateur*, "hecho generador", del que habla la doctrina francesa, para facilitar la comprensión de su típica referencia al "hecho de las cosas" y al "hecho humano", que aparece, por ejemplo, en una famosa monografía de Marc Puech, publicada a comienzos de los años 70 del siglo pasado) se aniquila un bien de la personalidad: la vida humana. Y surge la pregunta: ¿quién es el titular para obtener el resarcimiento por ese daño?*

*Los deudos no son los titulares. A ellos les corresponde, como tú indicas, un daño reflejo (*par ricochet*, siempre según el lenguaje francés). El perjuicio les alcanza indirectamente: ellos sufren por la pérdida de su ser querido. El dolor, padecimiento anímico, desasosiego, es una secuela del evento "muerte". Es un daño moral en sentido estricto, que habrá de disiparse con el paso del tiempo (como la psicología ha demostrado, no dura por siempre).*

Para lograr este resarcimiento, los familiares deben demostrar el vínculo. Es incorrecto que los jueces peruanos exijan, como prueba, la declaratoria de herederos, porque el Código Civil indica (artículo 1984) que los titulares de la acción son los miembros de la familia, y éste es un concepto mucho más amplio que el de "sucesores". Los abuelos forman parte de la familia, por ejemplo, pero podrían no tener la calidad de herederos del fallecido. ¿No conforman una familia, además, las parejas del mismo sexo? Por supuesto, y ello, con total independencia de la circunstancia de si se regula o no el

matrimonio igualitario. Y luego de acreditado el vínculo, la magistratura, a tenor del mismo marco normativo, puede graduar el resarcimiento según la "magnitud" del daño y el "menoscabo" producido. No hay palabras más precisas para darnos la idea de la amplitud de criterio que se permite a la magistratura para cuantificar estos daños.

Es por esta licencia concedida a la magistratura que veo difícil la implantación de un sistema tabular para el cálculo del resarcimiento de los daños morales en sentido estricto. Si la cuantía de este resarcimiento dependiera de una tabla, ¿cómo podrían los jueces cumplir con la ley, que los compromete a tomar en cuenta la magnitud del daño y el menoscabo producido a la familia de la víctima? En la Audiencia, Jorge Beltrán Pacheco se refirió a las tablas, pero estas se usan para la cuantificación de los daños a la integridad física, según distintos criterios (tipo de lesión, edad de la víctima, grado de discapacidad producido, etcétera), y no al pretium doloris. *Solo que, para no dejar cabos sueltos, se predica, en la experiencia italiana, por ejemplo, que el daño moral se calcule como un porcentaje de lo que se conceda por daños a la integridad física (o sea, por* danno alla persona*), bajo la idea de que nunca el* pretium doloris *puede ser superior a la suma que se otorgue por la lesión misma a la salud, como bien de la personalidad.*

En un reciente debate internacional con colegas de Argentina, por invitación de la Asociación Civil Thémis, los profesores Lidia Garrido y Pascual Alferillo coincidían conmigo en advertir los peligros del sistema de tablas. El peor de todos, que en el Perú ocasionaría resultados negativos desde cualquier punto de vista, es que los magistrados dejarían de enfocar el daño en concreto, el daño efectivo, el daño real, para pasar a concentrarse en lo que diga la tabla. Creo que eso, como se ha denunciado en otras experiencias, como la española (aunque sin fortuna), hace que el sistema pueda ser catalogado de inconstitucional. Una de las conclusiones de la obra reciente de Bruno Tapia, quien ha investigado los aspectos probatorios del daño moral, es que un sistema de "baremos", como los llaman en España, nos alejaría tanto de la discrecionalidad como de la prudencia de la estimación judicial.

Quizás lo único favorable de las tablas es que se terminaría la discusión sobre el resarcimiento del daño al proyecto de vida, que se vería exiliado definitivamente de nuestro derecho, porque si hay algo indiscutible, es que esta pretendida especie del daño a la persona (o sinónimo del daño a la persona, ya no se sabe), no admite ser encajada en ningún cálculo predeterminado.

Hasta allí llega el análisis, pero hay un apéndice relacionado con tu pregunta. Tú has mencionado la transmisión iure hereditatis *del daño moral. Bueno, en los ordenamientos donde se ha criticado la cuantificación puramente simbólica de los daños morales por muerte, en un intento técnico de incrementar los montos, se postuló que la lesión de la vida, considerada en sí misma, al no poder ser reclamada por el titular del derecho —el difunto— podía ser objeto de reclamo por parte de sus herederos. En este razonamiento está la razón de la confusión (de la mala lectura, realmente) de nuestros jueces al solicitar la declaratoria de herederos, porque ese no es el sistema seguido en nuestra legislación.*

Este es el daño que, en algún momento, en la experiencia italiana, recibió el nombre de "daño tanatológico", donde la pérdida de la vida era considerada como un componente autónomo del resarcimiento. Sin embargo, el ejercicio fue objeto de fuertes críticas, por el incremento irregular de los resarcimientos que se promovía con la nueva categoría.

*Lo que sí se ha admitido —y me referí al punto en mi participación en la Audiencia—, es que el resarcimiento de los daños morales puede y debe ser incrementado en los casos de muerte no inmediata de la víctima como consecuencia del evento. Si la muerte es el punto final de una tortura, o de una patología provocada por el evento, de manera que el fallecimiento se produce como punto final de una agonía, los jueces están legitimados para conceder a los deudos, como parte del resarcimiento de los daños morales, un incremento basado en la comprobación de que se ha producido un "daño catastrófico" (*danno catastrofale *o* danno da lucida agonia*, dicen los italianos), que se estima y puede ser reclamado por los demandantes. En este supuesto sí hay una transmisión a los deudos del derecho que tenía la víctima, por su sufrimiento antes de expirar, al resarcimiento por aquel tipo de daño.*

E.M.: Profesor, le reitero mi más sincero agradecimiento por la generosidad de su tiempo y por la claridad con la que ha compartido sus valiosas reflexiones a lo largo de esta entrevista. No tengo duda de que sus aportes contribuirán de manera significativa al debate respecto de uno de los tópicos más complejos de la responsabilidad civil, como lo es la cuantificación de los daños morales, más aún en el marco de un caso tan trágico y doloroso que se aguarda la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema pueda resolver con la justicia que amerita ¿Le gustaría compartir algunas palabras finales para concluir?

L.L.: *Nada más. Soy yo quien te está agradecido.*