

La equidad en la cuantificación del daño de imposible (o muy difícil) probanza

Roxana Jiménez Vargas-Machuca¹

“Saber lo que es equitativo y no hacerlo, he ahí la cobardía”
Confucio

Sumario:

Introducción

1. Funciones de la responsabilidad civil.
2. Valorización equitativa.
3. El criterio de equidad no supone licencia para la arbitrariedad.
4. La equidad es un método supletorio de creación jurídica y el Juzgador debe dar a conocer los elementos o parámetros que ha elegido.
5. Tipos de daño en los que mayormente se emplea el criterio de equidad: daño moral y pérdida de chance.
 - 5.1 Pérdida de chance.
 - 5.2. Cuantificación del daño moral o inmaterial.

Introducción.

La importancia de la responsabilidad civil gravita más en la indemnización de la víctima que en la determinación de la responsabilidad. Evidentemente, la primera no existirá si no se establece la segunda, pero sin la debida reparación o resarcimiento de los daños sufridos, deja de tener sentido siquiera plantear el problema. Aquí la efectividad juega un rol estelar.

Es así que el establecimiento de la cuantía adecuada de la indemnización es un aspecto fundamental en el sistema de responsabilidad civil. No en vano se coincide en que la función básica de la responsabilidad civil es resarcitoria, centrándose en el afectado o víctima, y procurando (aunque esto pueda constituir una ficción) que mediante la indemnización se le coloque en igual o similar situación que la que tendría si el daño no se hubiese producido.²

¹ Abogada por la PUCP, maestría culminada en derecho civil por la PUCP y estudios de doctorado en la UNMSM. Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima (2da Sala Comercial). Profesora de derecho civil.

² Así, como concluye Larroumet: “Sin daño no hay responsabilidad. En efecto, el objeto de la responsabilidad es el resarcimiento de los daños. Se puede resarcir todos los daños, los puramente económicos, así como los daños a los bienes y las ganancias perdidas, como los daños a la persona incluso los daños morales.” (Cfr. LARROUMET, Christian. El resarcimiento del daño contractual en el Derecho Francés. En: Incumplimiento Contractual.

Pero ¿qué ocurre cuando en la etapa de cuantificación del daño (a pesar de haberse probado que se ha producido un daño indemnizable) no se cuenta con las pruebas que conduzcan a su establecimiento (entendiéndose que el afectado o víctima ha realizado esfuerzos probatorios considerables para acreditar la cuantía)? ¿quedará el daño en el dañado en rígida aplicación del *affirmatio non neganti, incubit probatio*?

Siendo que la cuantía de la indemnización constituye la materialización de los principios ontológicos de la responsabilidad civil³, se ha provisto de una herramienta a fin de que el juzgador (estatal o privado) pueda liquidar el daño del modo más justo posible: la valoración equitativa⁴.

1. Funciones de la responsabilidad civil.

Entre las funciones atribuidas al sistema de responsabilidad civil se encuentran las siguientes:

- Nivel macroeconómico: la responsabilidad civil cumple una función de incentivación o desincentivación de actividades⁵, así como una función de prevención, que puede materializarse a través de aquéllas⁶, cuando se trata de actividades del potencial causante del daño (p.e. un productor, quien podrá invertir en incrementar la tecnología), o cuando

Acciones del Acreedor contra el Deudor. Coordinador Carlos Soto Coaguila, Buenos Aires, La Ley y Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2010, p. 327.).

Como indica Lorenzetti: “El daño se constituye en el centro alrededor del cual gravita la responsabilidad, y es el factor que la expande al ampliarse su concepto” (LORENZETTI, Ricardo. La Responsabilidad Civil. En: Revista latinoamericana de Responsabilidad Civil. N° 01, 2011, Lima, Bogotá, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibáñez, p. 159.

Por su parte, Tamayo señala: “En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. (...) este comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito o la violación del deber general de prudencia.” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad Civil. T.I., Bogotá México DF Buenos Aires Caracas Lima Santiago Miami, Legis, segunda edición, 2007, p. 8).

³ OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ Alfonso. La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza, a propósito del artículo 1332 del Código Civil Peruano. En: Incumplimiento Contractual. Acciones del Acreedor contra el Deudor. Coordinador Carlos Soto Coaguila, Buenos Aires, La Ley y Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2010, p. 329.

⁴ No debe confundirse la **valoración equitativa** objeto de este trabajo, con la **indemnización equitativa** del artículo 1977 CC (caso de los incapaces de discernimiento), pues se trata de supuestos diferentes.

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil*. En: “Estudios sobre la Responsabilidad Civil.” Lima, ARA Editores, 2001, p. 278.

⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 40.

se trata de la conducta de la potencial víctima (peatón muy cuidadoso al cruzar la calle, obrero atento al manipular una maquinaria, etc.)⁷.

- Nivel microsistemático⁸: destaca la perspectiva diádica de Fernández Cruz⁹, que se sitúa en el análisis de un hecho concreto y particular que relacione a dos unidades individuales, a saber, el responsable y la víctima, para luego sostener que la responsabilidad civil cumple tres funciones:

- Satisfactoria: que garantiza la consecución de los intereses tutelados por el orden jurídico, lo que **incluye** “la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés.” Así, esta función, para el mismo profesor, tiene diversas manifestaciones, como la aflictivo-consolatoria para el caso de los daños irreparables (extrapatrimoniales), cumpliendo una función de mitigación del mismo.¹⁰

- De equivalencia: “que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde “alguien” deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o, si por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto.”¹¹

- Distributiva: se distribuye los costos del daño entre determinados sujetos, de acuerdo a los lineamientos macro-económicos perseguidos. Esta función, de acuerdo a Espinoza, es común respecto a las anteriores.¹²

⁷ Aquí se deben tomar en cuenta las posibilidades de prevención, es decir, si resulta factible que la potencial víctima pueda *actuar* preventivamente (nada puede hacer el pasajero para evitar que el avión se caiga), por lo que se estaría ante la prevención unilateral, que va de la mano con la responsabilidad objetiva, en tanto que la prevención bilateral es acorde a la responsabilidad subjetiva (en caso la víctima puede hacer algo para reducir la frecuencia o gravedad de los accidentes).

Como bien señala Monateri, no todo es blanco y negro, pues ciertamente existen casos dudosos, cuyas particularidades deben ser analizadas detenidamente, ya que en algunos será mejor que prevalezca el criterio de la culpa sobre la responsabilidad objetiva (promueve en la víctima la asunción de prevenciones, reduciéndose de esa manera la frecuencia y gravedad de accidentes); por otro lado, cuanto más difícil en términos procesales sea probar la culpa, es mejor optar por la responsabilidad objetiva. (Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. *Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo*. En: “Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima”, ARA Editores, 2001, p. 128).

⁸ Ver FRANZONI, Máximo. *La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones*. En: “Estudios sobre la Responsabilidad Civil”. Lima, ARA Editores, 2001, p. 196.

⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Ob. Cit.*, p. 278.

¹⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Ob. Cit.*, pp. 270, 278.

¹¹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Ob. Cit.*, p. 278.

¹² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. Cit.*, p. 40.

En cuanto a los daños patrimoniales, se ha dicho que el resarcimiento a la víctima debe dirigirse a la compensación de una pérdida económica, por lo que deben establecerse criterios de redistribución de los costos económicos entre los miembros de la sociedad, dependiendo del acontecimiento dañoso de que se trate¹³. En tanto, en relación a los daños inmateriales, la tutela resarcitoria se configura como un “remedio con finalidad de tipo esencialmente satisfactorio de la víctima (...)”¹⁴

Un aspecto a considerar es que cuando una víctima sufre un daño moral, objetivamente la consecuencia es un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual. Ahora bien, si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto culposo o doloso del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, lo que incrementa su padecimiento, es decir, *actúa como agravante del daño*, precisándose que lo agrava por cuanto incrementa el sufrimiento de la víctima.

Este equilibrio debe restablecerse, necesariamente, a través de formas adecuadas de resarcimiento y, en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que *compense o atenúe* lo sufrido, por medio del dinero (que es una representación de valor), pues de lo contrario la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, la ocurrencia de un daño injusto intencional o negligente, lo que puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada). La línea divisoria entre este planteamiento y la función sancionadora que algunos consideran corresponde a la responsabilidad es tenue, pero no por ello debe ser superpuesta ni confundirse.

En lo personal, como he dicho en trabajos anteriores, no creo que la responsabilidad civil deba incluir una función sancionadora, como tampoco considero que dicha función se pueda identificar con la función preventiva -la que se obtiene con un sistema eficiente y no castigador-, sino que debe centrarse en un planteamiento basado en el resarcimiento a la víctima.

Por ello, el daño extrapatrimonial debe ser resarcido, en tanto daño efectivamente sufrido, y la distinción entre haber sido causado con culpa -o dolo- y sin culpa -por atribución objetiva de responsabilidad- debe graduar el monto en función exclusivamente del daño moral que dicha intencionalidad o negligencia *en sí misma* cause a la víctima, agravándolo¹⁵.

¹³ Aquí se incluye lo relativo a la actividad desarrollada (empresarial), pudiendo redistribuirse entre otros (consumidores), así como los seguros.

¹⁴ SALVI, Cesare. *El Daño*. En: “Estudios sobre la Responsabilidad Civil”. Lima, ARA Editores, 1ra.ed., 2001, pp. 297-298.

¹⁵ Se me dijo alguna vez que era muy distinto perder un miembro (por ejemplo, un dedo) por causa de un accidente en el que puede existir un responsable sin culpa, que perderlo como consecuencia de una amputación realizada con dolo, como en un secuestro en el que el secuestrador corta el dedo del secuestrado y se lo envía a sus familiares. Ciertamente, en este tipo de casos puede existir una enorme proclividad a castigar al

Bajo ningún punto de vista, en mi opinión, debe consistir en una suerte de *indemnización punitiva*, por cuanto ésta solo puede enriquecer indebidamente a la víctima, pues va más allá de la reparación. Asimismo, no es aceptable considerar resarcitorio el alivio al ánimo de venganza, pues en modo alguno puede emplearse para ello al derecho, ni servir éste de canal para una finalidad semejante. Lo relativo a la punición, si bien puede en algunos casos ser válida, es ajena a la responsabilidad civil y corresponde a otras áreas, como la administrativa o la penal.

Es por todo esto que el panorama se plantea en forma compleja al juez o árbitro, quien debe evaluar el caso concreto que se le presenta, con nociones claras de *lo que se va a reparar* –en cuanto al daño inmaterial-, *por qué debe repararse* y *cómo debe hacerse*. Ello por cuanto no es que este tipo de daño no sea reparable, sino que no se sabe **cómo** repararlo; el cuestionamiento apunta a la idoneidad del dinero para ello, por considerarse algo demasiado “material” para aplacar algo tan “inmaterial”.¹⁶

Por lo demás, con la distancia que distingue un tipo de daño con el otro, debe advertirse que al resarcir los daños patrimoniales con dinero tampoco se lleva a la persona a idéntica situación a la que tenía antes de la ocurrencia del daño, por lo que esto constituye también una ficción, aunque menos aparente.¹⁷

secuestrador por medio del monto indemnizatorio, pero tal castigo ha de dejarse al ámbito penal. No obstante, el monto a ser indemnizado será distinto en ambos casos (accidente o delito), y ello no en razón de castigar al causante del daño, sino del incremento de aflicción infligida a la víctima (el horror sufrido, que sin duda le acarrearán consecuencias psicológicas y menoscabará su calidad de vida) que la violencia y saña con que se le efectuó tal amputación le ocasionaron.

¹⁶ Y zanjar de esa manera el calificativo de “materialista” que mutuamente se confirieron tanto quienes se encontraban a favor de la reparación de los daños extrapatrimoniales contra quienes se encontraban en contra de ello, como viceversa; los primeros por considerar que los segundos preferían resarcir lo material, dándole a este aspecto mayor preponderancia que a lo más relevante del ser humano, que es su lado espiritual, su proyección humana, su aflicción personal; los segundos por cuanto consideran que dar dinero o un resarcimiento material a las pérdidas intrínsecas a la espiritualidad o a la esencia del ser humano es denigrarlas, volver lo inmaterial en material.

¹⁷ Sobre el particular, los Mazeaud admiten que los daños inmateriales, estrictamente, no son reparables en términos pecuniarios, pero como en realidad la reparación no significa borrar el perjuicio, la plantean en términos de satisfacción: “Borrar un perjuicio material suele ser tan imposible como borrar un perjuicio moral: ¿se devolverá a un ciego su capacidad de trabajo?; ¿Se reconstituirá un cuadro que se ha quemado? Reparar es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente. Ahora bien, esa noción de equivalente debe entenderse con amplitud. El dinero permite procurar algunas satisfacciones de toda naturaleza, tanto materiales como intelectuales, e incluso morales. A la víctima que recibe una suma de dinero le incumbe hacer de ella el empleo que le convenga. Es suficiente con que pueda obtener de aquélla, las satisfacciones de orden moral, para admitir que existe, en el sentido exacto de la palabra, una reparación del perjuicio moral.” (MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ed. EJEA. Buenos Aires, Argentina., 1960. Vol. II, p. 69).

Considero así un error atribuir, por un lado, función resarcitoria a los daños patrimoniales y, por otro, función sancionadora o punitiva a los daños morales o extrapatrimoniales (relacionando indisolublemente la culpa con este tipo de daño), pues no encuentro razón que justifique semejante dicotomía¹⁸. Es por esto que la función aflictivo-consolatoria no debe convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y esto a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valorización seria del daño extrapatrimonial, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones, acreditando el daño (la víctima) y fundamentando la decisión final (el juez).

Si este resarcimiento se acercase, de esa manera, a la “perfección” - extendiendo a la totalidad de los daños inmateriales la conclusión de Monateri respecto de los accidentes- a través de la jurisprudencia, se evitarían o reducirían comportamientos ineficientes futuros tanto de dañadores (si la prevención es tanto bilateral como unilateral) como de víctimas potenciales (en caso pueda darse la prevención bilateral).

La evolución del concepto y rol de la culpa van de la mano con la evolución de la función de la responsabilidad civil, lo que debe necesariamente incluir el espinoso tema del daño inmaterial, que no por complejo debe ser dejado de lado, puesto que si bien contiene elementos altamente subjetivos, el hecho de su ocurrencia y padecimiento es objetivo.

Así lo precisó Sergio García Ramírez, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicando que existen dos principios que no deben dejar de observarse en materia de indemnización: que se trata de reparar las consecuencias de la medida o situación violatorias y de proveer una “justa indemnización” a la parte lesionada, y que la indemnización tiene naturaleza compensatoria –dirigida a la víctima que ha sufrido la lesión- no carácter punitivo, por lo que los llamados *punitive damages* están excluidos (dado que corresponderían más a una multa que a una reparación).¹⁹

2. Valorización equitativa.

Si la función básica de la responsabilidad civil radica en el resarcimiento, resulta crucial cuantificar adecuadamente los daños.

¹⁸ Para castigar existe el Derecho Penal –que impone penas- o los reglamentos administrativos -que imponen multas u otras sanciones como suspensión de licencias, cierre de establecimientos, etc.- y nada de ello corresponde a la responsabilidad civil. Cualquier indemnización civil que tenga como finalidad irrumpir en la esfera sancionatoria va a resultar un nuevo desequilibrio, pues se creará una nueva víctima -el causante original del daño- al otorgar un lucro indebido al demandante.

¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Biblioteca Jurídica Virtual., p. 144. (En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/9.pdf>).

Obviamente, este aspecto solo entra a tallar en la etapa final (esto es, una vez determinada la responsabilidad y establecida la existencia del daño). Es la recta final del proceso indemnizatorio.

Siendo tan importante esta etapa (de cuantificación de los daños), surge un escollo cuando no se tienen al alcance las pruebas que conduzcan a su establecimiento, a pesar de todos los esfuerzos de la parte afectada (víctima) por acreditar la cuantía del daño que alega ha sufrido²⁰, aunque sea evidente – se ha probado- que se ha producido un daño indemnizable.

Frente a esto, el artículo 1332 CC peruano aporta al Juez una herramienta a fin de que pueda liquidar el daño del modo más justo posible: la valoración equitativa²¹.

“Prueba de daños y perjuicios

Artículo 1331.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

“Valorización equitativa del resarcimiento

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

El artículo 1332 CC tiene su antecedente en el artículo 1226 del CC italiano de 1942: “si el daño no puede ser probado en su monto preciso, el juez lo liquida mediante una valorización equitativa”.

Comentando esta norma (italiana), se ha dicho que “la apreciación equitativa, en cambio, es un procedimiento supletorio que parte (...) de la hipótesis de no

²⁰ Ciertamente, corresponde a la parte afectada la aportación de medios probatorios y sustento para formar la convicción del Juzgador, es decir, el agraviado o víctima debe actuar con la diligencia necesaria para convencer al Juez que se llegó al límite de la imposibilidad probatoria (medida también en base a un estándar razonable), y que ya solo queda el criterio de equidad del Juez o Árbitro.

²¹ “La **equidad** (del latín "aequitas", de "aequus", igual; del griego "επιεικεία", virtud de la justicia del caso en concreto), según la definición de la RAE:

- En donde el género (sea hombre o mujer) no tiene mucho que ver, ya que tanto el hombre y la mujer son capaces de hacer las mismas tareas ya que los dos tienen el mismo nivel de inteligencia y en una sociedad de equidad no hay nada plasmado que diga que la mujer está destinada a hacer ciertas tareas o que el hombre tiene la capacidad de hacer también ciertas tareas, en la sociedad con equidad no importa sexo, raza o religión para llevar a cabo algún deseo.
- Bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.
- Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva.
- Moderación en el precio de las cosas, o en las condiciones de los contratos.
- Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. Este ideal está íntimamente enlazado con el precepto exclusivamente jurídico de Ulpiano en sus "*Tria Praecepta Iuris*" (tres principios del derecho), el *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).”

haber sido posible comprobar, ni siquiera en vía indirecta, los elementos determinantes de la cuantía del daño.”²²

No en vano se señala que la equidad no es tanto la justicia del caso singular, como lo “singular del acto de justicia”.²³

3. El criterio de equidad no supone licencia para la arbitrariedad.

En el campo axiológico, los conceptos de equidad y justicia se confunden hasta identificarse: lo equitativo es justo y lo justo es equitativo, y nada de ello puede llevar ni siquiera remotamente a lo arbitrario.

Aristóteles (Ética a Nicómaco, Libro V, Cap. X) dijo:

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal.

La causa de esta diferencia es, que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas.

Por consiguiente cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata.

Por lo tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor al parecer que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido. Lo que hace también que no pueda ejecutarse todo en el Estado por medio sólo de la ley, es que para ciertas cosas es absolutamente imposible dictar una ley; y por consiguiente que es preciso recurrir a un decreto especial.

Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la

²² MELICH ORSINI, José. La responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos. 2da. Edición, Serie Estudios, Caracas, 2001, p. 195.

²³ Citando a Cossío: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 128.

pedra que mide y no queda rígida; pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan.”

También se considera que la equidad tiene dos acepciones en la jurisprudencia, por cuanto “ora significa la moderación en el rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del juez que a falta de ley escrita o consuetudinaria consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea de la ley natural. Así es que unos llaman a la equidad legis supplementum.”²⁴

Al respecto, se ha incidido en la **forma** de (el cómo) emplear el criterio de equidad²⁵:

“... el magistrado de instancia puede recurrir al criterio de liquidar equitativamente el daño cuando no considere atendibles o exactos los datos facilitados por la parte acreedora y no tenga otros medios a su disposición para concretar con exactitud la verdad y cuantía precisa del daño sufrido por la víctima del hecho ilícito de un tercero. (...) no puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos sobre los cuales fundó su apreciación.”

De ese modo, es crítico entender que la equidad como criterio valorativo no supone licencia para la arbitrariedad; todo lo contrario, la equidad no puede estar reñida con la justicia, y la justicia no debe ser tapada ni escondida, sino que debe ser colocada a la luz a fin de exhibir, precisamente, su correspondencia con los valores que conlleva. La equidad es un concepto que ha sido empleado, precisamente, como un medio para aplicar el derecho con justicia, cuando se ha requerido llenar lagunas (tanto del ordenamiento como fácticas).

Así, se ha dicho que:

“...la equidad se encuentra ínsita en el orden jurídico, contribuyendo de manera decisiva al proceso de interpretación y aplicación de la ley al caso concreto, en vista a obtener la justicia del caso (que puede ser independiente, según se ha señalado, de la justicia abstracta de la ley). Ello no significa, empero, que la equidad se encuentre entronizada en un plano superior al de la ley, convirtiéndose en un derecho suprallegal; o lo que sería más peligroso todavía, que otorgue al juez la facultad arbitraria de invalidar lo que dispone el ordenamiento jurídico en virtud de su particular sentido de la justicia.

La equidad no se sitúa por arriba de la ley sino en su mismo nivel, en cuanto ayuda a su aplicación, y por ende, integra el sistema de derecho positivo, al constituir un elemento necesario para la consecución del fin propuesto por la

²⁴ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Temis, 1991, p. 467.

²⁵ Comentando una casación italiana, Bonasi Benucci (Citado por BELTRÁN PACHECO, Jorge. Comentario al artículo 1332 del Código Civil. En: Código Civil Comentado. T. V, Las Obligaciones, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 997).

norma. Y ello es así, porque la equidad, en el plano axiológico, según se ha visto, equivale a la justicia, y el Derecho es un conjunto de normas generales coactivas que tienen por finalidad esencial la consecución de aquélla, en el seno de las comunidades humanas. Puede decirse entonces que esa meta final del Derecho que es la justicia, penetra e impregna toda su estructura, e impone a la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso particular; sin la cual, las normas positivas constituirían sólo meras aspiraciones y no, concreciones del valor justicia en el plexo del mundo del ser.”²⁶

4. La equidad es un método supletorio de creación jurídica y el Juzgador debe dar a conocer los elementos o parámetros que ha elegido.

Abordando el modo cómo debe el juzgador utilizar el criterio de equidad en el caso concreto, la doctrina ha proporcionado diversos métodos, todos ellos siempre bajo la premisa de que el método que se elija (por el Juez o el Árbitro) debe ser explicitado en el texto de la decisión.

Así, se ha señalado que la equidad puede ser identificada como un método supletorio de creación jurídica que obra o se realiza a través de los jueces, y que las referencias pertinentes respecto de las fuentes de la solución equitativa pueden ser las siguientes²⁷:

“a) La solución de equidad es siempre una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien, a través de su propia deliberación, forja una idea acerca de lo justo en relación con el caso de que se trate. Por tanto, el propio juzgador es la fuente de la decisión equitativa.

b) Para dar la correspondiente solución de equidad, el juzgador cuenta, ante todo, aunque no únicamente, con dos elementos: por una parte, su propia conciencia valorativa que (...) le permite considerar sopesándolas en su mayor o menor corrección, las alternativas de decisión que el caso permita; y por otra parte, el propio caso o asunto que el juzgador deba resolver, cuyos hechos y circunstancias constitutivas delimitan un marco objetivo al que se circunscribe la atención y actividad de dicha conciencia valorativa.

c) Lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador; cosa distinta, dicha solución vendrá determinada, en mayor o menor medida según los casos, por distintos antecedentes, elementos o factores, que combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, coadyuvan a formar el criterio de éste.”

Continúa Squella indicando los elementos o factores que, a su criterio, debe emplear el juzgador cuando haya de valorar con criterio de equidad: el conjunto de normas y principios que conforman el “derecho natural”; los principios

²⁶ BREBBIA, Roberto. La equidad en el derecho de daños. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Dr. Atilio Aníbal Alterini. Ed. Lexis Nexis, 1997.

²⁷ SQUELLA, Agustín. Derecho natural y equidad. En: Anuario de Filosofía Jurídica y Social. T. II. Editorial Lexis Nexis, 1983.

generales del derecho (que son directrices que informan un determinado derecho positivo con realidad histórica), que el Juez puede conocer usando el método sistemático; los precedentes de su sistema en materia de equidad; el razonamiento por analogía; valoraciones socialmente dominantes, etc.

Realizar un juicio de equidad en la cuantificación del daño de imposible probanza, va a implicar, como base mínima, lo siguiente:

- que lo que se evalúe sea la cuantificación de los daños y no la responsabilidad;
- que específicamente se trate del *quantum* y no de la ocurrencia del daño en sí; y
- que la parte interesada (afectada o agraviada) haya actuado con la diligencia requerida en la alegación, fundamentación y acreditación de esos daños y su cuantía, y no haya logrado probarla a pesar de todo el esfuerzo desplegado²⁸.

Al llegar a este punto, el juez recién se encuentra habilitado para hacer uso de la facultad que confiere el artículo 1332 CC. Y al hacerlo, el juzgador, como no tiene medios probatorios concretos que le lleven a establecer del modo habitual el quantum indemnizatorio, deberá establecer sus propias pautas, sus propios referentes, que le conduzcan, de manera lógica, al resultado.

Es evidente que los parámetros y datos que utilice han de ser explicados en la sentencia o laudo arbitral, a fin de que ambas partes aprecien, justamente, la equidad.

Así las cosas, es claro que el juicio de equidad no solo no es sinónimo de ausencia de razonamiento, sino que es su antónimo; justamente requerirá de un análisis más razonado que la ciega aplicación de los factores existentes: va a requerir hacer comparaciones, analizar mercados, realizar estadísticas, fundarse en bases, entre otros. Y todo ello deberá ser explicado, sustentado, a fin de no caer en el juego de la arbitrariedad. La parte que paga deberá saber qué paga; la víctima deberá saber qué es lo que se le repara.

Es impensable que se decida sobre intereses ajenos sin explicar las razones de tal decisión; y el que el extremo a decidir se refiera al *quantum* indemnizatorio no altera este principio en absoluto.

El utilizar la valoración equitativa no puede importar exigir a las partes un sometimiento de fe hacia el juzgador; por el contrario, el empleo de este criterio, como última ratio, importa otorgar al juzgador la oportunidad de

²⁸ Es importante insistir en la relevancia de la diligencia como parámetro de referencia fundamental de la imposibilidad de probanza de la magnitud de los daños; esta diligencia debe sujetarse a un estándar que, teniendo elementos objetivos, también debe contemplar las características personales y el esfuerzo desplegado por el sujeto obligado (demandado). Doctrina calificada ha señalado sobre esto que *la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad*. (Bianca)

elaborar un edificio sólido de argumentos que conduzcan a un resultado justo. Justo para demandante y justo para demandado.

No debe perderse de vista que la equidad es un concepto que está por encima de las individualidades; es para ambas partes en el proceso, busca una verdad lógica y racional para aplicar justicia. Una decisión no puede ser equitativa para una de las partes e inequitativa para la otra: es equitativa o no lo es, al igual que la justicia (o es justa la decisión en sí misma o es injusta). Nada hay más imparcial que lo equitativo, por lo que debe ser expuesto, a fin de demostrar la base en la que se sostiene.

Sobre la equidad (al analizar los arbitrajes de conciencia), De Trazegnies señala:

“Sin embargo, no todo son virtudes atractivas en el arbitraje de conciencia. También hay siempre el temor de que este tipo de arbitraje sea arbitrario, caprichoso o, cuando menos, demasiado subjetivo.

En Derecho como en asuntos conyugales, es plenamente aplicable la vieja máxima romana que dice que a la mujer del César no le basta ser honesta sino que también tiene que parecerlo: los arbitrajes no sólo deben ser objetivos - incluso los de conciencia- sino que también tienen que parecer objetivos. Las partes deben sentir que no se han puesto en las manos de la emoción irracional de un buen señor sino que han entregado su controversia a alguien que ha utilizado criterios objetivos para pesar los argumentos y las pruebas de cada parte y que finalmente ha llegado a una conclusión razonada.

Pero, ¿cuáles son los criterios que el árbitro de conciencia utiliza? La ley peruana -y también un buen número de tratadistas- responden con esa frase antigua que ya se ha vuelto un lugar común: el leal saber y entender. Sin embargo, esta fórmula claramente no es satisfactoria porque si decimos que el árbitro no puede ser arbitrario ni irracional sino que tiene que basarse en ciertos criterios objetivos o con pretensiones de objetividad, el leal saber y entender no da cuenta de estos criterios sino que, por el contrario, parece dejar todo en manos de la subjetividad del juzgador.

Por ello, la doctrina avanza un paso más y nos explica que ese leal saber y entender se encuentra orientado por la idea de equidad. De ahí que este tipo de arbitraje haya sido llamado usualmente "arbitraje de equidad". Sin embargo, cuando queremos comprender mejor esta aparente explicación y saber en concreto lo que puede y no puede hacer este tipo de árbitro, nos encontramos dentro de un verdadero problema.

Generalmente, la doctrina incurre en un círculo vicioso: el arbitraje de conciencia, se dice, funciona conforme al leal saber y entender del árbitro; a su vez, el leal saber y entender es guiado por la equidad; pero cuando preguntamos sobre lo que es la equidad, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que según el leal saber y entender de los árbitros, éstos consideran equitativo. Como puede verse, caemos en esta forma en un perfecto razonamiento circular: una suerte de calesita conceptual donde, a

pesar de todas las vueltas que le demos, cada cierto tiempo pasan los mismos caballos de cartón.”²⁹

En este punto, muchos (jueces y árbitros) optan por considerar que conceptos como equidad se mantienen en una nebulosa, por lo que la herramienta que se concede para resolver aspectos de difícil o imposible probanza se convierte en realidad en una licencia absoluta para decidir lo que sea, sin expresión de causa (lo que puede incluir lo irracional, lo inequitativo, lo injusto).

De Trazegnies enfrenta el problema a fin de traducir de modo operativo el concepto de equidad y alcanzar de esa forma consecuencias justas y razonables en los procesos.

“Esto nos lleva necesariamente a realizar una indagación mayor en la naturaleza de la equidad para salir de ese *impasse* desorientador en el que nos ha sumido la implicancia recíproca entre equidad y leal saber y entender. Tal indagación debe asumir dos caminos principales: de un lado, es preciso aclarar el concepto de equidad; de otro lado, hay que traducirlo operativamente, analizando sus consecuencias tanto en los aspectos de fondo del litigio como en los aspectos procesales.

(...)

En principio, es cierto que la equidad no es sino una forma de realizar la justicia; y el Derecho tiene como objetivo la realización de la justicia. Por consiguiente, justicia y equidad e incluso Derecho y equidad no son términos opuestos sino que el la justicia involucra a la equidad dentro de ciertas circunstancias: la equidad es un momento en la dialéctica de búsqueda de la justicia.

(...)

Pero quedan todavía algunos otros aspectos procesales que la doctrina discute. Entre ellos, se plantea la pregunta: ¿debe un laudo de consciencia ser fundamentado? ¿o es que, precisamente por basarse en la consciencia y no en un razonamiento jurídico, puede -y quizá debe- ser emitido sin motivación explícita?

Ya he indicado que un laudo de consciencia no es una decisión basada en la emoción, en la intuición o en criterios difusos y desorganizados. Como toda sentencia que pone fin a una controversia, el laudo de consciencia tiene que estar basado en la razón y, por consiguiente, el razonamiento del árbitro debe ser riguroso. La facultad para obrar a su leal saber y entender no significa un poder de obrar arbitrariamente. La equidad no es un sentimiento sino una razón; y esa razón no se opone sino que complementa a la razón jurídica. La única diferencia con el laudo de derecho es que la racionalidad del arbitraje de consciencia excede, desborda, los canales estrictos de la ley positiva.”³⁰

Concluye el autor que el razonamiento de equidad (en los arbitrajes de consciencia) no solo debe ser riguroso, sino más que el de derecho, y que

²⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia. En: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm>

³⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia. Ob. Cit

debe ser exteriorizado a fin de que las partes en la controversia los puedan conocer:

“Por tanto, el laudo de conciencia está sujeto a una disciplina intelectual y a un razonamiento tan severos como el laudo de derecho. Y precisamente, como se trata de una expresión del leal saber y entender del árbitro, es importante que se explicita la forma como se llegó a la conclusión: el razonamiento debe ser mostrado y demostrado a las partes de la controversia.

En consecuencia, el arbitraje de conciencia no sólo exige fundamentación sino que me atrevería a decir que tiene que ser más fundamentado que el de derecho.

En el arbitraje de derecho, el árbitro debe fundamentar dos cosas: su interpretación personal de la norma legal y la manera como entiende que los hechos del caso corresponden a la situación prevista por la norma. Pero no tiene que fundamentar ni defender la bondad o justicia de la norma positiva: basta citarla. La norma está ahí, nos guste o no nos guste.

En el arbitraje de conciencia, dado que el árbitro hace intervenir además criterios que no están necesariamente contenidos en una ley positiva, es preciso fundamentar también la bondad o la justicia de esos criterios; lo que nos lleva a que sea esencial en el arbitraje de equidad que el laudo contenga incluso una suerte de metajustificación que no es necesaria en el arbitraje de derecho.”³¹

En ocasiones he podido apreciar que algunos árbitros consideran que no tienen el deber de motivar, y que ello corresponde solo a los jueces. Ello no es así; el deber de motivar las decisiones es igual para todo juzgador (estatal o privado), salvo convenio expreso de las partes en contra (en caso de arbitrajes privados). Al respecto, debe tenerse presente la STC (precedente vinculante) de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente 00142-2011-PA/TC respecto al debido proceso en sede arbitral:

“(…) de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, *“la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”* (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la

³¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit.

investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

(...)

Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional.”³²

La motivación de las resoluciones (arbitrales o judiciales) es el único camino para verificar si se actuó de modo equitativo/justo. Por ello no hay exención de este deber en ningún caso, alcanza a jueces y árbitros, sobre todo cuando se trata del empleo del criterio o juicio de equidad.

Debe recordarse que la Constitución Política del Estado establece, en su artículo 139, que la motivación de las resoluciones es un principio y derecho de la función jurisdiccional:

“5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

El Tribunal Constitucional ha señalado de modo reiterado que el derecho a la motivación de resoluciones judiciales es un componente esencial del derecho al debido proceso, precisando que:

“es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139º de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”. (STC. 1313-2005-HC/TC. FF.JJ. 10,11).

Existen numerosas formas de vulnerar este derecho (o incumplir con la obligación de motivar), siendo las más comunes la no motivación (inexistencia de motivación) y la llamada motivación aparente (que puede considerarse una

³² Fundamentos 12, 13 y 18.

forma de no motivación, puesto que se la cubre bajo un manto de palabras y frases inconducentes).

Así, se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando hay solo una apariencia de motivación, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, o que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, y/o porque –y ésta es la forma más generalizada de aparentar motivación- solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico, es decir, hay motivación pero no sirve, pues se ha basado en hechos inexistentes y/o pruebas no actuadas o únicamente se relatan los hechos o describen el proceso (p.e. cuando el Juez o el Árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos).

En suma, motivar equivale a justificar razonablemente. La motivación otorga legitimidad a la decisión; reviste la mayor importancia porque evita el ejercicio arbitrario de un poder³³, lo que es propio de un sistema racional.

Como señaló Nicanor León, Presidente de la Corte de Lima, en la célebre Circular que dirigió a los jueces de primera instancia en el año 1899:

“Fallar sin justificar el fallo, es una obra del más abominable de los despotismos, del despotismo judicial, que compromete el decoro del magistrado y el prestigio de la magistratura.

³³ El TC ha señalado en la sentencia recaída en el exp. 00728-2008-PHC/TC, que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.(...)”

Considerada desde otro punto de vista, la motivación ofrece la ventaja de permitir apreciar toda la rectitud de espíritu y toda la inteligencia del juez. (...)"

5. Tipos de daño en los que mayormente se emplea el criterio de equidad: daño moral y pérdida de chance.

5.1 Pérdida de chance.

La pérdida de la chance o de la oportunidad es aquel daño que consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una oportunidad, de una expectativa, de una probabilidad (los sueños y las esperanzas, como ha señalado De Trazegnies).

En estos casos coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre, entre los que ha de moverse la apreciación del Juzgador para determinar el grado de probabilidad fáctica a favor del afectado o víctima para obtener beneficios o evitar pérdidas de no ocurrir el incumplimiento contractual o el hecho ilícito³⁴. De ese modo, el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad.³⁵

El elemento de **certeza** se basa en que, de no haber ocurrido el evento dañoso, el afectado o víctima habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. En tanto, el elemento **incertidumbre** se refiere a que, de haberse mantenido la chance u oportunidad (de no haberse producido el evento dañoso), no hay –ni nunca hubo- certeza de que la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado. Ciertamente, es menester acreditar la existencia de la oportunidad.³⁶

Respecto de la pérdida de chance y los casos de necesidad de uso del criterio equitativo para su cuantificación, se ha dicho que:

³⁴ De las características particulares de cada caso concreto va a depender la entidad y suficiencia de la probabilidad.

³⁵ Ver BUSTAMANETE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 176.

³⁶ "La oportunidad perdida debe ser cierta por causa del hecho de un tercero. Para ello es necesario acreditar que existía tal oportunidad acompañando, además, todos los antecedentes para su consideración porque no basta sostener en forma abstracta esa circunstancia. En cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad en particular, se plantea con claridad la pérdida de "chance". La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de "chance", daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente." (TANZI, Silvia Y. La reparabilidad de la pérdida de la chance. Lexis N° 1009/003218 López Cabana, Roberto M. (dir.) Alterini, Atilio A. (dir.), LexisNexis Abeledo Perrot, En: LA RESPONSABILIDAD (HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR ISIDORO H. GOLDENBERG), 1995.)

“Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que la complejidad de la evaluación de la pérdida de una chance radica en su carácter variable, susceptible de aumentar o de disminuir a partir del momento en que se ha afectado a la víctima, habida cuenta que las probabilidades de obtener beneficios o evitar pérdidas pueden ser más cercanas o lejanas atendiendo al punto de vista desde el cual son analizadas y a las circunstancias existentes al momento de su valuación. No obstante, es posible adoptar como criterio general que la reparación de una pérdida de chance deberá ser cuantificada de acuerdo al valor de la oportunidad que ha sido frustrada, no pudiendo ser igualada a la ventaja que habría procurado la chance perdida si ésta se hubiese verificado.

(...)

La aplicación del principio de cálculo de probabilidades resulta bastante útil en este sentido. Bajo este razonamiento, la cuantía de la indemnización estará dada por la comparación entre las probabilidades de aprovechar una chance y las probabilidades de la misma de no presentarse.

En algunos casos, un análisis matemático de cálculo de probabilidades podría ayudar a determinar el coeficiente que debe aplicarse a la eventual ganancia a fin de establecer el monto de la indemnización: el valor de la chance perdida podría estar dado por el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de conseguir esa ganancia.

(...)

Sin embargo, la cuantificación de una chance no solamente se basa en elementos de tipo cuantitativo, determinables mediante cálculo matemático como en este último ejemplo, sino en elementos de tipo cualitativo (agilidad del caballo, sus condiciones físicas el día de la carrera, condiciones de los demás competidores, etc.), en cuyo caso las matemáticas pueden ayudar a ordenar los elementos a tomar en consideración, pero no bastan por sí solas. Otro elemento a tener en cuenta para la cuantificación del daño es el carácter aleatorio de la chance.

(...)

Ahora bien, se ha dejado sentado que en materia de chance lo que se busca resarcir no son las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso, pues se trata de un concepto incierto y por demás aleatorio. Tampoco se pretende indemnizar la probabilidad de obtener dichas ganancias, como hubiera sucedido si verdaderamente existiese un lucro cesante que reclamar; por el contrario, lo que se busca reparar es la pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañoso de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios.

En este sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional.

La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado.”³⁷

³⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ Alfonso. La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza, a propósito del artículo 1332 del Código Civil Peruano. *Ob. Cit.*, pp. 335 a 338.

Debe recordarse que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, deberá tenerse en cuenta el factor de atribución, dado que de acuerdo al grado del mismo se determinará si el causante del daño debe responder por las oportunidades frustradas previsibles al tiempo de contraer la obligación.

Una decisión que condene al pago de una suma indemnizatoria por concepto de pérdida de chance no puede guardar sus razones en el fuero interno de los juzgadores, pues como ya se ha dicho anteriormente, debe provenir de un serio y acucioso examen de una serie de factores -según el caso concreto-, estableciéndose parámetros mínimamente razonables y un desarrollo lógico y coherente por el que se arribe a la conclusión de la existencia de daño por pérdida de chance y el monto. De lo contrario más se asemejará a una decisión librada al azar, convirtiendo el arbitrio en arbitrariedad.

Ya se ha dicho que el privilegio de emplear reglas propias al caso específico para alcanzar justicia, mediante el juicio de equidad, solo supone elevar la valla de la justificación y no al revés. En efecto, no es válido pretender interpretar un artículo (art. 1332 CC) en el sentido que configura una apertura a la posibilidad de no explicar ninguna razón y bajo tal premisa condenar a una parte a pagar a la otra un monto indemnizatorio sin fundamento alguno. No hay zonas de exención de respeto a los derechos fundamentales.

5.2. Cuantificación del daño moral o inmaterial.

Para Díez-Picazo, el daño moral no debe ser “simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba. Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas.”³⁸

El juez italiano Gnani ha apreciado que la noción de daño moral o inmaterial no debe ser vista de modo restringido, tanto en términos conceptuales como en su consecuente cuantificación:

“En la práctica, gran parte de los tribunales liquida el daño moral en una fracción (ejemplo, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$) del daño biológico resarcido al sujeto. (...) la doctrina ha demostrado cómo el sufrimiento interior, la aflicción del ánimo pueden ser también mayores que el daño biológico: «un gran temor puede coexistir con un mínimo daño biológico, como en el caso de una pequeña quemadura sufrida huyendo de la caída de las torres gemelas». Observación

³⁸ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid, Civitas, 1999, p. 329.

que confirma la incorrección de una liquidación del daño moral en porcentaje del biológico: el daño moral no depende de la entidad de las consecuencias liquidables como un daño biológico.”³⁹

Cabe también recordar la postura apasionada y decidida de los hermanos Henri y León Mazeaud y de André Tunc a favor de la satisfacción del daño moral:

“es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”⁴⁰.

En principio, si fuese posible resarcir los daños inmateriales de modo distinto al dinerario, debería serlo por esa ruta, como por ejemplo el daño al honor y a la reputación: por vía de una retractación pública. Aquí un problema procesal que encuentra el Juez es que la pretensión de la demanda contenga un petitório dinerario, pues en la sentencia no puede ir más allá del mismo. Por ello, en materia de reparación del daño inmaterial deberían primar las formas de reparación de naturaleza extrapatrimonial y, en su defecto (o de modo complementario), sustituirla por un equivalente monetario.

En el ámbito de la reparación del daño inmaterial respecto de las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado el siguiente criterio como pauta para las siguientes Sentencias de Reparaciones de la Corte, en la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2001 (caso de los “Niños de la Calle”):

84. “...la Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios (...). Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral en que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar,

³⁹ GNANI, Alessandro. La Cuantificación del Daño No Patrimonial por parte del Juez Italiano. En: Responsabilidad Civil: Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral. T. II, a cura de JUAN ESPINOZA ESPINOZA. Traducción de Eugenia ARIANO DEHO y Jaliya RETAMOZO ESCOBAR. Lima, Editorial Rodhas, 2006, pp. 246. La cita a que hace referencia el autor es de NAVARRETA, *I danni non patrimoniali. Liniamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano. 2004, pp. 54-55.

⁴⁰ MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. T. I, Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de la quinta edición, p. 441.

mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.”

Por otra parte, considero que si bien en el daño inmaterial caben las presunciones (es de absoluta naturaleza que la madre ame a su hijo y sufra inconmensurablemente si lo pierde), ello no implica que este tipo de daño no deba nunca ser probado. En ese sentido, las presunciones juegan un rol importante, pero en sentido restringido y muchas veces en conjunción con ciertos indicios, a fin de acercarse a una convicción razonable, para no generar una nueva víctima (el demandado).

Sobre el particular, resulta de sumo interés lo analizado y resuelto por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-212/12, Bogotá, 15 de marzo de 2012):

“7.2.1.9. En síntesis, los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que los mismos se encuentren debidamente probados. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue *intensa*. Así, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. Tampoco es suficiente demostrar situaciones contextuales que evidencien los problemas vividos, pero sin contar con prueba alguna de los perjuicios morales en sí mismos considerados.

La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) “*la gravedad objetiva de la lesión*”. En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales deben tener en cuenta los principios de *equidad, razonabilidad y reparación integral*.(...)”

Al analizar en concreto el fallo del Juzgado de Primera Instancia, la Corte Constitucional Colombiana señaló lo siguiente:

“El Juzgado Tercero Administrativo de Popayán cae en la confusión de creer que recurrir al arbitrio judicial es recurrir al pálpito del funcionario judicial, a la intuición que tenga sobre el caso. Pero como se dijo, ello no es así.

Cuando se apela a la razonabilidad de la persona que ejerce el oficio judicial, no se apela a una especial capacidad psíquica que le permite ‘sentir’, ‘intuir’ o simplemente ‘saber’ cuál es la respuesta correcta. Se apela a sus criterios y a sus razones jurídicas. Se pretende que a partir de parámetros jurídicos se llegue a una conclusión. Cuando en un sistema jurídico se le da un mayor grado de libertad en la adopción de una decisión judicial, es con el propósito de que el funcionario no se vea constreñido por preconceptos, reglas y principios

generales que, sin tener en cuenta las particularidades y especificidades del caso, puedan llevar a una solución absurda o irrazonable.

Pero el que el sistema jurídico confíe en el criterio del juez, lejos de facilitar su labor argumentativa la hace más exigente. En efecto, un mero argumento de subsunción puede ser suficiente para fundar una decisión judicial, cuando las reglas y parámetros aplicables están claramente definidos en la ley y el orden jurídico aplicable.

Pero cuando la solución de un caso se confía a los criterios del juez, difícilmente un mero argumento de subsunción o de consecuencia lógica servirá para justificar la decisión. Liberar al juez de criterios y parámetros fijos legales preestablecidos, sin duda le confieren un mayor campo de acción; pero a la vez, tal libertad impone al juez una mayor carga argumentativa. Deberá, por lo menos, indicar (i) cuáles son los criterios y parámetros que se tendrán en cuenta; (ii) por qué se justifica optar por éstos y (iii) por qué al aplicarlos conducen a la solución propuesta.

(...)

Dar la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basadas en emociones o palpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión.

Una de las consecuencias graves de que una persona que se desempeña como juez de la República establezca por intuiciones privadas la existencia de daños morales, así como el monto de los mismos, es que anula el derecho de defensa de las otras partes del proceso. ¿Cómo es posible controvertir las razones por las cuales se ha adoptado una decisión judicial cuando las mismas se mantienen en secreto y no se hacen públicas?”

Al analizar el fallo en revisión del Tribunal Administrativo (sentencia de segunda instancia), la Corte Constitucional Colombiana indicó:

“La sentencia del Tribunal sugiere que para determinar el monto de la reparación se atendió a criterios de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas. Afirma además, que con base en tales criterios se llegó a adoptar la decisión de confirmar la decisión en segunda instancia. No obstante la pregunta es forzosa ¿cuáles fueron los criterios concretos y específicos de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas que se tuvieron en cuenta? ¿Los criterios en cuestión cómo fueron aplicados? ¿por qué se llega a las consecuencias derivadas en la sentencia y no otras? Todo ello se mantiene en secreto. ¿Por qué si no existieron pruebas de los perjuicios morales y, por tanto, ni siquiera se sabe la real magnitud del daño material, es posible establecer con la precariedad de elementos con que se cuenta en el proceso que el monto del daño, razonable y equitativamente es el fijado y no otro? La respuesta a esta pregunta es competencia del juez ordinario; por supuesto. Pero está obligado a darla, no puede mantenerse oculta y ajena al texto de la decisión judicial que está fundando.”

La citada resolución (de reciente data) ilustra lo pernicioso que resulta emplear criterios como el de equidad para soslayar o eludir el deber de motivar, con claro perjuicio a las partes y al sistema de justicia.

Ciertamente, si la intención del artículo 1332 CC hubiese sido de dejar que el Juez decida lo que se le ocurra sin explicación alguna (respecto a la cuantificación del daño), debió exonerarlo de modo expreso de la obligación de fundamentar las razones de su decisión (pues la Constitución exige que las decisiones sean motivadas, y una interpretación en contra de este deber/derecho fundamental no tiene cabida). Y, claro está, aún así el artículo (si contuviera semejante exoneración) sería inconstitucional.

Volviendo a la prueba del daño moral, no se trata de colocar la carga de la prueba puramente en cabeza de la víctima, sino de distribuirla con racionalidad (daños más allá de lo que normalmente se presume, en la víctima y, menos de ello, en el agente causante). El afecto, la indiferencia o el desafecto, aunque sea mínimamente, pueden probarse a través de diversas formas, es cuestión de análisis del caso concreto.⁴¹

Por ejemplo, para probar el afecto que se sentía por alguien que falleció a consecuencia de un atropello, puede presentarse correspondencia, probar convivencia, el hecho de haber solventado los gastos de su educación, vestido y diversión de acuerdo a sus posibilidades (si se trata de los padres puede realizarse una evaluación comparativa entre lo que gastaba en el hijo fallecido y lo que gasta en otro), el haber o no acudido al lugar del accidente y/o al hospital o clínica donde se le atendió inicialmente, una evaluación psicológica, etc.⁴²

En 1999, un grupo de autorizados juristas europeos se conformó a fin de analizar las problemáticas conexas al resarcimiento del daño a la persona (partiendo de la necesidad de armonizar reglas aplicables a los daños no económicos derivados de una lesión a la persona en los Estados miembros de la Unión Europea), en coordinación a cargo del profesor Busnelli, concluyendo

⁴¹ Debe tenerse siempre presente que la primera función de un juez es trabajar los hechos; de ellos se desprende la verdad. Y solo a partir de ella podrá aplicarse el Derecho.

⁴² Esto es, por cierto, materia a analizarse con cuidado. En una oportunidad, se presentó ante el juzgado a mi cargo una persona que demandaba indemnización –pretendiendo una suma bastante elevada- por daño moral contra quienes atropellaron a su madre, la que falleció como consecuencia del accidente automovilístico. Más allá de las circunstancias del accidente, y únicamente en cuanto al análisis del daño sufrido, en la audiencia salió a la luz que el demandante había tenido a su muy anciana madre en estado de total abandono -tanto personal como económico- y desinterés a lo largo de muchos años, que no había asistido al velorio ni al entierro -estando en la ciudad y sin impedimento-, y que fue otro pariente, conjuntamente con los demandados, quienes se ocuparon de las gestiones funerarias. Asimismo, la demanda se presentó en el límite de la prescripción: casi dos años después del deceso. Inclusive en la audiencia la codemandada -propietaria del vehículo- llegó a exclamar: “*justed quiere lucrar con la muerte de su madre!*”.

que debía siempre partirse de tres grandes principios constitucionales: dignidad, salud e igualdad⁴³.

Sobre el principio de tutela de la salud, el referido Grupo de trabajo consideró que ésta constituye un derecho esencial del individuo y, al mismo tiempo, un interés social; respecto al principio de igualdad, se partió de que el mismo obliga a que se practique una evaluación objetiva y se alcance un resarcimiento uniforme, pues es una aspiración de las propias víctimas el ser tratadas igualitariamente.

En cuanto a la dignidad de la persona, es de interés citar el planteamiento del Grupo europeo:

“La dignidad de la persona humana es el principio fundamental que debe inspirar la dimensión constitucional de un modelo europeo de resarcimiento de los daños no económicos. (...)”

El art. 1 de la Constitución alemana permitió al *Bundesgerichtshof* fundar la “revolucionaria” sentencia del 13 de febrero de 1992 (confirmada posteriormente por otras en idéntico sentido) en virtud de la cual: «la pérdida permanente de conciencia derivada de una lesión cerebral grave se debe considerar, por su naturaleza, como daño no económico», que ha de ser resarcido en virtud del § 847 del BGB. El cambio de orientación fue radical. El *Bundesgerichtshof*, que hasta entonces negaba sistemáticamente el resarcimiento del daño no económico a las personas reducidas a un estado de vida vegetal (por no estar en condiciones de probar dolor), abandona drásticamente la orientación precedente. El *Schmerzensgeld* cumple ahora una doble función; ya no solo aquella satisfactivo-punitiva (según la idea original del legislador alemán), sino también una función compensatoria que se transforma en prioritaria.

El mismo problema se ha planteado en todas las otras experiencias europeas, con soluciones similares. En los sistemas del *Common law* el principio consolidado –en el Reino Unido y también en los Estados Unidos-, según el cual la unconsciousness de la persona lesionada excluye el resarcimiento del pain and suffering, impulsó a los Tribunales a introducir una nueva categoría de perjuicio –loss of amenities of life- a fin de resarcir los daños no económicos derivados de la lesión a la integridad física y/o psíquica en sí.

En conclusión, el principio fundamental de la dignidad de la persona humana exige que una categoría de daño no económico deba ser resarcida siempre a todos los seres humanos que sufren una lesión a su integridad física y/o psíquica: se trate de individuos ya nacidos o solo concebidos, niños o ancianos, capaces o incapaces de entender y de querer, ricos o pobres. Es inconcebible así en la actualidad una decisión como aquella emanada del Tribunal de Florencia en 1967, según la cual: «pueden existir personas sin ningún valor. Tal

⁴³ BUSNELLI, Francesco Donato. Propuestas Europeas de Racionalización del Resarcimiento del daño no Económico. En: Responsabilidad Civil: Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral. T. II, a cura de JUAN ESPINOZA ESPINOZA. Lima, Editorial Rodhas, 2006, p. 227.

es el caso límite de aquellos que, por vejez o enfermedad o por otra causa, son absolutamente ineptos para cualquier ocupación remunerada». ⁴⁴

El criterio de equidad siempre ha de emplearse al momento de cuantificar el daño moral. Para cuantificar este tipo de daño, debe tomarse en cuenta no solo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función aflictivo-consolatoria y convertirla, como tantas veces se ha dicho, en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto generalmente es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente ⁴⁵) y, por tanto, acrecienta el daño moral.

Es decir, la culpa o dolo deben evaluarse como un factor de **cuantificación del propio daño moral solo si efectivamente lo ha incrementado**, y no para castigar al causante del mismo. Esto significa que debe resarcirse el daño inmaterial tanto en casos de daños causados con culpa o sin ella, extendiéndose por tanto a los casos de responsabilidad objetiva, por cuanto se trata de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, de acuerdo a la función primordial de la responsabilidad civil.

Por su parte, el anteriormente citado Grupo de trabajo europeo a cargo del profesor Busnelli, que abordó la necesidad de armonizar reglas aplicables a los daños no económicos derivados de una lesión a la persona en los Estados miembros de la Unión Europea, luego de desarrollar los principios base, pasó a configurar las reglas que consideraron capaces de caracterizar un modelo europeo de racionalización del resarcimiento de estos daños ⁴⁶.

Tales reglas, de acuerdo a su planteamiento, se resumen en 5: reglas de exclusión ⁴⁷, reglas de inclusión ⁴⁸, reglas sobre evaluación ⁴⁹, reglas sobre la apreciación según la equidad ⁵⁰ y reglas sobre la experimentación ⁵¹.

⁴⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. Ibid., pp. 227 a 229.

⁴⁵ También recuerdo el caso de una viuda de aproximadamente 70 años de edad que demandó a su vecina -30 años más joven- del edificio en que vivía para que la indemnice por la permanente hostilización que había sufrido por más de 5 años, por haber dicha vecina mantenido una actitud agresiva y prepotente hacia ella, con agresiones físicas y daño a la propiedad, ante lo cual durante ese tiempo la había denunciado ante el Ministerio Público y seguido procesos ante el Juzgado de Paz, ante su Municipio, ante la Comisaría de su Distrito, formulando solicitudes de garantías, logrando en algunos casos detener las agresiones, pero solo temporalmente. El desgaste ante tanta perturbación la había llevado a un estado crónico de crisis nerviosa y profunda amargura.

⁴⁶ BUSNELLI, Francesco Donato. Propuestas Europeas de Racionalización del Resarcimiento del daño no Económico. Ob. Cit., pp. 223 a 238. Ver nota 46.

⁴⁷ Se excluyen los daños económicos, así como los daños que no sean susceptibles de evaluación o constatación médica (sobre estos últimos, se excluyeron a fin de preservar la facultad del juez de evaluar situaciones de orden subjetivo: "Haber sobrepasado dicho límite nos habría obligado inexorablemente a tener que afrontar el complejo e insidioso

Similar orientación propone Espinoza Espinoza:

“Sostengo que no se deben crear topes máximos al criterio equitativo del juez, porque una cosa es proponer criterios que hagan que nuestro Poder Judicial sea predecible; pero otra bien distinta es aferrarnos a una certeza a todo costo. Sacrificando la singularidad de los casos especiales. No sería razonable pasar de la *anarquía* a la *tiranía* en materia de cuantificación de daños. En efecto, creo conveniente que se elaboren tablas o baremos y sobre los mismos, que se fije el criterio equitativo del juez, pero, si se establecen límites, éste dejará de ser tal.”⁵²

Ciertamente, la decisión final no llegará a ser “perfecta” ni “exacta”, como tampoco se logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los elementos del caso concreto, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una reparación que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como “dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad, se estima en la suma de ...”), lo que no significa que deba dejarse de lado el criterio de equidad, las presunciones, las reglas de la sana crítica (o sana lógica), de la experiencia, sino emplearlos conjuntamente con los demás criterios que se han señalado.⁵³

problema de atribuir *ex lege* una valorización objetiva a daños que tienen un carácter (personal y por ende) subjetivo, con el consiguiente riesgo de proponer soluciones arbitrarias y/o de expropiar a los jueces su poder de decidir caso a caso según los criterios de equidad”).

⁴⁸ Según las cuales los daños no económicos comprenden, a título principal, el daño derivado de la lesión a la integridad física y/o psíquica en sí (provenga de una lesión evaluable y cuantificable en un porcentaje debiendo ser valorizado en una suma de dinero deducible de una tabla resarcitoria) y, a título secundario, algunos perjuicios particulares (aspectos médicamente constatables o explicables, clasificables en función a una escala de gravedad-

⁴⁹ Que se traducirían en la reglamentación del baremo médico-legal propuesto por el Grupo, y de la tabla resarcitoria “neutra”, que consideran posible y asegurable.

⁵⁰ Tales reglas servirían para “delimitar los poderes del juez a fin de evitar que la exigencia de personalización del daño, que es el fundamento de dicha apreciación, pueda eliminar o comprometer la exigencia de uniformidad”.

⁵¹ Por las que debería seguirse la evolución en la práctica, proponiendo el Grupo la conformación de un Observatorio abocado a tareas de estudio y consulta, obligado a rendir cuenta a la Comisión Europea.

⁵² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Hacia una Predictibilidad del Resarcimiento del Daño a la Persona en el Sistema Judicial Peruano. En: Responsabilidad Civil: Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral. T. II, a cura de JUAN ESPINOZA ESPINOZA. Lima, Editorial Rodhas, 2006, pp. 280.

⁵³ En este punto resulta pertinente citar la sentencia de fecha 10 de setiembre de 1993 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Aloeboetoe y otros), en lo concerniente a las reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos):

“74. La Comisión reclama también una indemnización por el daño moral sufrido por personas que, sin ser sucesores de las víctimas, eran dependientes de ellas.

75. La Corte estima que, al igual que en el caso de la reparación por perjuicios materiales alegados por los dependientes, el daño moral, en general, debe ser probado. En el

Con ello, la decisión final se acercará mucho más a cumplir la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil lo que, de ser así, se aproximará a lograr la finalidad preventiva, pues un sistema eficiente incentiva conductas socialmente deseables, que son fundamentalmente las de prevención.

presente litigio, a criterio de la Corte, no existen pruebas suficientes para demostrar el daño en los dependientes.

76. Entre los llamados dependientes de las víctimas figuran los padres de éstas. Los padres de Mikuwendje Aloeboetoe y de Asipee Adame ya han sido declarados sucesores (supra, párr. 66) y obtendrán una indemnización por daño moral. Pero esa no es la situación de los padres de las otras cinco víctimas. No obstante, en este caso particular, se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo.

77. Por estas razones, la Corte considera procedente que los padres de las víctimas que no han sido declarados sucesores, participen en la distribución por daño moral.

(...)

86. En cuanto a la determinación del monto de la indemnización por daño moral, la Corte expresó en sus sentencias de 21 de julio de 1989 que “su liquidación debe ajustarse a los principios de equidad” (ibid. párr. 27; ibid. párr. 25).

87. En el presente caso, la Corte ha seguido los precedentes mencionados. Para la indemnización del lucro cesante ha efectuado “una apreciación prudente de los daños” y para la del daño moral ha recurrido a “los principios de equidad”.

Las expresiones “apreciación prudente de los daños” y “principios de equidad” no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad al haber verificado in situ, a través de su Secretaria adjunta, las cifras que sirvieron de base a sus cálculos.”