

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**¿LOS PLENOS JURISDICCIONALES SON LA VÍA
IDÓNEA PARA CREAR DAÑOS RESARCIBLES? LOS
PUNITIVE DAMAGES EN EL V Y VI PLENO
JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y
PREVISIONAL**

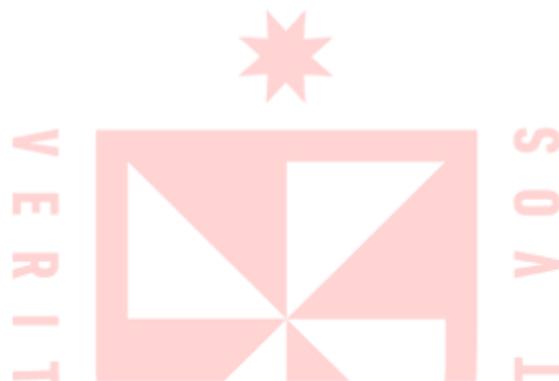


**PRESENTADA POR
VANESSA ELIZABETH DORYLUZ WALDE ORTE**

**ASESOR
OMAR TOLEDO TORIBIO**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
PROCESAL**

**LIMA – PERÚ
2021**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POST GRADO**

**“¿LOS PLENOS JURISDICCIONALES SON LA VÍA IDÓNEA PARA CREAR
DAÑOS RESARCIBLES? LOS PUNITIVE DAMAGES EN EL V Y VI PLENO
JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO
PROCESAL**

PRESENTADA POR:

VANESSA ELIZABETH DORYLUZ WALDE ORTEGA

ASESOR:

DR. OMAR TOLEDO TORIBIO

LIMA, PERÚ

2021

DEDICATORIA

Esta tesis la dedico en especial a mi madre Carmen Luz Ortega Paredes, quien ha sido mi guía durante todo el arduo camino de ir adentrándome en el mundo del derecho y hacerlo parte de mi vida, asimismo debo agradecer a mi padre el Doctor Vicente Rodolfo Walde Jáuregui por inculcarme con su ejemplo el deber de vivir una vida de rectitud y valores, donde siempre prevalece el impartir justicia en el país como un principio fundamental de ser juez y tal como mis padres me enseñaron el mayor lema que define a mi familia es “Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida un consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado”

Por lo antes mencionado, quiero recalcar que en mi familia me formaron con la ferviente convicción que es un honor ser abogado y aportar a tu país, asimismo, que uno debe ir en búsqueda de conocimientos constantemente y en cada lugar donde nos desempeñamos profesionalmente aportar y poner un grano de arena para hacer grande nuestro país.

AGRADECIMIENTOS

Agradecerle a Dios por permitirme seguir mi formación profesional, en la que yo considero la mejor casa de estudios en la que pude estudiar Universidad San Martín de Porres

Agradecerle a mi familia por apoyarme en todas mis metas

Agradecerles a mis profesores por darme ánimos para seguir en la búsqueda del conocimiento y no rendirme en el camino

Agradecerles a mis jefes durante mi formación profesional por ayudarme a desarrollar mis capacidades de análisis y haber perfilado mis intereses por el mundo de los procesalistas o litigantes.

ÍNDICE

RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN	VII
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO	
1.1 Antecedentes de la investigación	1
1.2 Bases teóricas	2
1.3 Definiciones de términos básicos	19
CAPÍTULO II METODOLOGÍA	
2.1 Diseño Metodológico	22
2.2 Aspectos éticos	23
CAPÍTULO III RESULTADOS	
3.1 El rol de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico peruano	24
3.2 Daños resarcibles y <i>punitive damages</i>	30
3.3 La trascendencia del análisis subjetivo de las responsabilidad civil y el problema de la asimilación a la <i>strict liability</i>	49
CAPÍTULO IV DISCUSIÓN	
4.1 ¿Los Plenos Supremos tienen fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico?	55
4.2 El rol punitivo y preventivo que satisface el resarcimiento del daño moral	63
Conclusiones	69
Referencias	71

RESUMEN

Los *punitive damages* no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico peruano como daño. No obstante, a través de precedentes judiciales se ha introducido dicha categoría jurídica al sistema jurídico. En efecto, a través del V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional se ha declarado que los *punitive damages* tienen la categoría de daño en el Perú.

En tal sentido, la investigación del tema contribuye desde un enfoque procesal, dogmático y comparado al estudio de la idoneidad de los plenos para introducir nuevas categorías jurídicas y a su vez exponer los alcances de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico.

El análisis de los precedentes judiciales citados anteriormente ha introducido una férrea discusión en el fuero académico sobre la utilidad de los *punitive damages* y la idoneidad de los precedentes judiciales para reformar el sistema de responsabilidad civil.

Por tal motivo, en el presente trabajo se desarrolla una postura crítica respecto de la introducción al ordenamiento nacional de los *punitive damages* a través de un precedente judicial.

Esto se debe, principalmente, al hecho de que el resarcimiento del daño moral cumple el mismo objetivo que los *punitive damages* y se encuentra regulado en el Código Civil, razón por la cual, no era necesaria su importación.

PALABRAS CLAVE: Plenos jurisdiccionales, jurisprudencia, daños punitivos, resarcimiento y función sancionatoria.

ABSTRACT

Punitive damages are not regulated in the Peruvian legal system as damages. However, through judicial precedents this legal category has been introduced to the legal system. In effect, through the V and VI Supreme Jurisdictional Plenary in Labor and Social Security matters, it has been declared that punitive damages have the category of damages in Peru.

In this sense, the research on the subject contributes from a procedural, dogmatic and comparative approach to the study of the suitability of jurisdictional precedents to introduce new legal categories and, in turn, to expose the scope of civil liability in our legal system.

The analysis of the judicial precedents cited above has introduced a strong discussion in the academic community about the usefulness of punitive damages and the suitability of judicial precedents to reform the civil liability system.

For this reason, the present paper develops a critical position regarding the introduction of punitive damages into the Peruvian legal system through a judicial precedent.

This is mainly due to the fact that compensation for moral damages fulfills the same objective as punitive damages and is regulated by the Civil Code, which is why its import was not necessary.

KEYWORDS: Jurisdictional plenary sessions, jurisprudence, punitive damages, compensation and sanctioning function

2DA "¿LOS PLENOS JURISDICCIONALES SON LA VÍA IDÓNEA PARA CREAR DAÑOS RESARCIBLES? LOS PUNITIVE DAMAGES EN EL V Y VI PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

INFORME DE ORIGINALIDAD

0%

INDICE DE SIMILITUD

0%

FUENTES DE INTERNET

0%

PUBLICACIONES

0%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Activo



Fernando Varela Bohórquez
Coordinador Académico de las Maestrías en Derecho
Posgrado USMP

INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial no es el poder legislativo. Los magistrados no legislan, sino que, resuelven los problemas sometidos a su competencia por los sujetos de derecho.

Es la primera o una de las primeras veces en la historia del derecho peruano que la jurisprudencia se ha irrogado las facultades del legislador para tentar la posibilidad de introducir una figura jurídica al sistema jurídico. Nos referimos a la institución jurídica proveniente del *common law* denominada *punitive damages*, la cual, por obra y gracia de los magistrados ha pretendido ser trasplantada a nuestro debate jurídico a través del V y VI Pleno Casatorio Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional.

La intromisión de los *punitive damages* en el sistema jurídico peruano ha traído consigo una serie de problemas de orden técnico y práctico, no solo por la desnaturalización en la que se ha incurrido respecto a la finalidad que cumple en el ordenamiento jurídico del cual fue importado, sino porque, además, esta categoría no se encuentra regulada como daño resarcible en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal sentido, lo que se ha buscado es evaluar los fundamentos de los *punitive damages* en los ordenamientos jurídicos de origen, así como el estudio de su funcionalidad a partir de la forma en la cual han sido concebidos en los referidos sistemas. Así las cosas, la idea medular del presente trabajo de investigación ha sido demostrar que los *punitive damages* no son una categoría de daño resarcible en nuestro ordenamiento jurídico, pese a lo declarado en el V y VI pleno jurisdiccional Supremo en materia laboral.

Para poder conseguir tamaño objetivo, también ha sido necesario que analicemos la fuerza vinculante de la jurisprudencia en nuestro país, puesto que, uno de los aspectos claves para abordar esta problemática es determinar si un pleno emitido por la Corte Suprema tiene algún atisbo de fuerza normativa como para introducir nuevas categorías jurídicas.

De igual manera, se ha creído conveniente evaluar si la función sancionatoria que cumplen los *punitive damages* en el ordenamiento de origen puede ser satisfecha por alguna figura jurídica dentro del sistema peruano. Al respecto, nosotros hemos desarrollado las razones por las cuales consideramos que el resarcimiento del daño moral puede cumplir el mismo rol, sin necesidad de acudir al trasplante jurídico.

Conforme a lo expuesto anteriormente, en los siguientes cuatro capítulos que conforman la presente investigación abordaremos los aspectos teóricos básicos del daño, así como las razones por las cuales los *punitive damages* no son requeridos en nuestro ordenamiento jurídico para emplear la función punitiva.

Luego de haber dejado en claro las bases teóricas sobre las cuales se ha desarrollado el trabajo, abordaremos el tema del resarcimiento del daño moral en el ámbito extracontractual a partir de lo resuelto en los plenos casatorios; y, en el último capítulo expondremos los resultados de contrastar el V y VI pleno casatorio supremo en materia laboral y previsional, respecto de los casos cotidianos, a fin de verificar cómo los magistrados nacionales han suplido la figura de los *punitive damages* a través del resarcimiento del daño moral, sin necesidad de acoger la figura de los *punitive damages*.

CAPÍTULO I.- MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

Al respecto la investigadora ha identificado los siguientes antecedentes a la investigación propuesta:

- Benatti, F. (2018). *Punitive Damages y class action*: apuntes de derecho comparado. En: Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación. Obra dirigida por Campos, Héctor y Gabriel, José. Lima, Perú: Themis, pp. 223-252.

La sentencia de las *Sezioni Unite*, por su análisis motivado y oportunas conclusiones, constituye un momento fundamental en la evolución de la responsabilidad civil. La opción de limitar el reconocimiento de las indemnizaciones punitivas y no introducirlas por la vía jurisprudencial es compartida. La reflexión debe centrarse hoy en la oportunidad de adoptar esta institución y bajo qué modalidades. (p. 232).

- Flores, J. y otros (2018). La aplicación de los daños punitivos establecidos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional: su legalidad y sus consecuencias para los empleadores. Trabajo de investigación para optar el grado académico de maestro en derecho de la empresa. Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Recuperado de: https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/623907/flores_ej.pdf?sequence=11&isAllowed=y

Con la emisión del V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante voto en mayoría acuerdan imponer a los empleadores que hayan realizado un despido incausado o

fraudulento, además del pago de una indemnización por daños y perjuicios, el pago de daños punitivos, consistente en los montos dejados de aportar por el trabajador al sistema previsional (p. 4).

- Campos, H. (2019). “Apuntes a la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: la retórica de los punitive damages y la desnaturalización del lucro cesante”. Themis N° 75, Lima, 203-2018.

La Corte Suprema peruana ha considerado en el V Pleno Jurisdiccional Laboral que las remuneraciones dejadas de percibir en los casos de despido incausado o fraudulento tienen naturaleza indemnizatoria, lo cual ha ocasionado que se recurra de forma retórica a la noción del “daño punitivo” y que se fijen reglas diferenciadas sin justificación alguna con relación al despido nulo (p. 203).

1.2 Bases teóricas

En el Perú, se ha introducido la categoría de los *punitive damages* como posibles daños resarcibles a partir de lo expuesto por el formante jurisprudencial al expedir el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 4 de agosto de 2017¹, así como el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional de fecha 21 de diciembre de 2017².

En el primero de los referidos pronunciamientos jurisprudenciales los magistrados supremos en materia laboral establecieron, entre otros aspectos, lo siguiente:

¹ Ver el siguiente enlace: <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/v-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-laboral-y-previsio-separata-especial-v-pleno-jurisdiccional-supremo-laboral-y-previsional-1550981-1/>

² Ver el siguiente enlace: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/arrow/VIPlenoJurisdiccionalSupremoLaboralyPrevisional.pdf>

3.6. Acuerdo Plenario en Mayoría

(...)

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

En el segundo, los magistrados reafirmaron la intromisión de la categoría de los *punitive damages* en los siguientes términos:

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE TRABAJO, EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53 DE LA LEY N° 29783, LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

(...)

En caso se reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma de dinero por daños punitivos, cuyo monto máximo será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso concreto.

No se conoce precedente judicial alguno antes del V Pleno Jurisdiccional en el que se haya tratado el tema. La jurisprudencia ha introducido en el debate académico y práctico la institución jurídica de los *punitive damages* proveniente del *common law*.

Esta institución foránea ha generado una severa problemática en lo teórico y lo práctico, no solo por la desnaturalización en la que se ha incurrido respecto a la finalidad que cumple en el ordenamiento jurídico del cual fue importado, sino porque, además, esta categoría no se encuentra regulada como daño resarcible en nuestro ordenamiento jurídico.

El tema de investigación se ha delimitado a la discusión acerca de la introducción de los *punitive damages* como daño resarcible a partir de lo dispuesto en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 4 de agosto de 2017, así como el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 21 de diciembre de 2017, desde la perspectiva del derecho civil y procesal civil. Esto significa que los alcances y repercusiones en materia laboral de los referidos plenos estarán fuera del objeto de estudio de la investigación.

En tal sentido, se ha buscado evaluar los fundamentos de los *punitive damages* en los ordenamientos jurídicos de origen, así como el estudio de su funcionalidad a partir de la forma en la cual han sido concebidos en los referidos pronunciamientos. Se han analizado las principales teorías esbozadas en torno a su justificación dogmática para finalmente llegar al análisis de la jurisprudencia que recoge esta postura directamente o de manera indirecta a través de la aplicación de la función punitiva de la responsabilidad civil.

Como veremos más adelante, nuestro antecedente histórico es la normativa francesa clásica, por lo que mal haríamos en pretender asimilar una noción proveniente de otra tradición jurídica, sin antes haber analizado e interpretado los daños resarcibles que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico peruano; y, descartar la posibilidad de emplear alguno de ellos para cumplir la finalidad que vienen cumpliendo los *punitive damages* en los ordenamientos de donde fueron trasplantados.

La institución de los *punitive damages* ha sido introducida al ordenamiento jurídico peruano a través de plenos jurisdiccionales, sin embargo, estos no encuentran amparo normativo como daño resarcible. Por tanto, resulta relevante conocer si a través de este mecanismo los órganos jurisdiccionales se encuentran legitimados a crear figuras jurídicas e introducirlas al sistema sin que exista una norma que las respalde.

En tal sentido, la investigación del tema es de suma importancia pues contribuye desde el enfoque jurídico, social y económico al estudio de la responsabilidad en clave funcional a partir de lo expresado en los pronunciamientos jurisprudenciales.

Comprender los alcances de los plenos jurisdiccionales, así como de los *punitive damages* resulta imprescindible para analizar si en nuestro país resulta pertinente su intromisión; o, si por el contrario esta es una figura que no encuentra sustento normativo y por ende no pudo haber sido introducida al sistema a través de la jurisprudencia. De ser cierto este último supuesto, corresponderá analizar si era necesario que la jurisprudencia sienta un precedente como el V o VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral o Previsional a través del cual se legitime la intromisión de figuras jurídicas extranjeras que no están reguladas en las normas vigentes.

La categoría jurídica de los *punitive damages* ha sido trasplantada (si cabe el término) al ordenamiento jurídico gracias a la jurisprudencia. En tal sentido, el principal objetivo de la investigación será determinar si los plenos jurisdiccionales son los mecanismos idóneos para introducir figuras jurídicas o crear daños resarcibles como lo hicieron los magistrados supremos al expedir el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 4 de agosto de 20173, así como el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional de fecha 21 de diciembre de 20174.

³ Ver: <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/v-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-laboral-y-previsio-separata-especial-v-pleno-jurisdiccional-supremo-laboral-y-previsional-1550981-1/>

⁴ Ver:

<http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/VIPlenoJurisdiccionalSupremoLaboralyPrevisional.pdf>

En el primero de los referidos pronunciamientos jurisprudenciales los magistrados supremos en materia laboral establecieron, entre otros aspectos, que en caso se reconociese al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos. Asimismo, se determinó que el monto máximo por este concepto se calcula en función al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado o Nacional de Pensiones.

En el segundo caso, los magistrados reafirmaron la intromisión de la categoría de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano indicando que en caso se reconociese al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio deberá ordenar el pago de una suma por daños punitivos. En este segundo caso, el monto máximo se fijará bajo un criterio discrecional del juez, sin que este pueda superar el total del monto indemnizatorio ordenado a pagar al empleador por daño emergente, lucro cesante o daño moral; teniendo en cuenta su conducta frente al caso concreto.

Consideramos que, más allá de las controversias que se han generado a partir de estas sentencias en el debate académico, el mérito de estos pronunciamientos es haber puesto sobre la palestra la posibilidad de discutir acerca de la función punitiva de la responsabilidad civil a partir de la intromisión de los *punitive damages* en el lenguaje jurídico nacional.

Si bien somos del parecer que la función punitiva de la responsabilidad civil no depende de la intromisión al sistema nacional de la figura de los *punitive damages* porque esta función podría ser satisfecha a través de otros remedios jurídicos como el resarcimiento del daño moral (volveremos sobre este punto más adelante), lo cierto es que este tipo de pronunciamientos le abre la puerta a los magistrados de menor jerarquía en el estamento judicial para amparar demandas que contemplen como daño resarcible a esta figura provocando una ruptura del equilibrio del sistema.

En efecto, en el sistema de origen (tomando como modelo a los Estados Unidos), hay dos características esenciales que definen el concepto *punitive damage*: i) Carácter extracompensatorios, puesto que, se otorga una suma superior con relación a los daños compensatorios; y, ii) Privilegio de la función punitiva y preventiva por encima de la compensatoria.

Cabe resaltar que, según las concepciones de cada sistema jurídico, podríamos decir que existe una brecha aparentemente irreconciliable entre el civil y *common law* en cuanto a la forma en la que se concibe la responsabilidad civil. Mientras que, en Estados Unidos de América, se concibe el *tort law* de una manera dualista porque permite la compensación y la sanción del agente cuando este ha actuado "intencionalmente", "maliciosamente", "conscientemente", "imprudentemente" u "opresivamente", en países como el Perú que se adscribe a la tradición jurídica del *civil law* la sanción no ha sido desarrollada a cabalidad y se limitan a buscar la compensación.

Debemos tener en cuenta que en el sistema de origen (tomando como referencia los Estados Unidos) el ámbito de aplicación de los *punitive damages* abarca un buen número de Cortes que han estandarizado su otorgamiento frente a supuestos tales como: (i) la existencia de un daño bastante grave pero lo que efectivamente se afectó patrimonialmente no justifica iniciar un proceso para recuperarlo; (ii) cuando existe un daño causado por una conducta altamente reprochable que no encaja dentro de algún tipo penal; (iii) cuando de por medio se encuentran daños inmateriales; y (iv) cuando los causantes del daño son un grupo poderoso que no se verían disuadidos para frenar su conducta dañosa a no ser que se les imponga un resarcimiento lo suficientemente alto como para verse intimidados.

Asimismo, debemos tener en cuenta que los *punitive damages* son entendidos por las Cortes Estadounidenses-esencialmente- bajo la lógica de "multas privadas", que tienen por finalidad castigar al agente dañante (el

responsable del daño) y disuadir al resto de la sociedad acerca de la reprochable conducta que se ha cometido. Sin embargo, más allá de la aparente razón de ser de esta figura (castigar al imputado desde un enfoque civil), existe una arista que resulta clave para que esta figura funcione: el jurado.

En efecto, el jurado es una institución clave dentro de la estructura del *tort law* norteamericano, especialmente, cuando se trata de la aplicación de *punitive damages*. Esto se debe a que estos se caracterizan por ser sumas exorbitantes de dinero que sobrepasan los límites propios de la compensación de la víctima porque en su concesión se encierra una lógica de vendetta jurídica que, a luz del derecho no parecería ser razonable, no obstante, a los ojos de personas no conocedoras de las normas podría resultar justificado.

En efecto, en el derecho norteamericano los jueces no suelen instruir al jurado acerca del monto que se debe establecer para cumplir con la función de los *punitive damages*, por ese motivo, un jurado que es particularmente sensible frente a un determinado caso podría imponer una condena impensada en el *civil law* por la desproporción existente entre los daños compensatorios y los *punitive damages*.

Así, uno de los grandes factores para la supervivencia de la institución de los *punitive damages* y sus cuantías exorbitantes es la institución de los jurados, toda vez que, en el sistema legal estadounidense un jurado no es una persona formada en leyes. Esta característica permite a una persona efectuar un análisis desprendida de las barreras legales, con lo cual, el análisis termina siendo más pasional que legal.

En los Estados Unidos está establecido en la Séptima Enmienda a la constitución federal que en los procesos civiles debe participar un jurado. Esta lógica ha sido recogida por casi todos los estados de ese país y resulta

bastante particular advertir cómo funciona el proceso en este sistema jurídica a la luz de lo que sucede en nuestra tradición jurídica.

Esta situación permite que los hechos de un caso de *tort law* en los que se plantea una pretensión de pago de *punitive damages* se encuentre sometido al arbitrio de un conjunto de personas que deciden en función de sus valores y principios como sociedad, mas no -precisamente- por lo que dispone la ley. Cuando el jurado se enfrenta a un caso donde la injusticia, el abuso y el descaro se hacen presentes, la indignación de la sociedad reflejada en ellos sobrepasa las barreras de lo razonable y se imponen sanciones pecuniarias que son noticia a nivel mundial.

Por tal motivo, los *punitive damages* han ocupado las primeras planas de muchos diarios cada vez que han sido concedidos en un determinado proceso. La magnitud de las cuantías deja absortos a los ciudadanos y, a primera vista, parecerían sumas impagables que no se ajustan a la proporción del daño causado. Precisamente, la indignación reflejada en estas sumas exorbitantes demuestra cómo es que los jurados juegan un papel esencial para la dinámica de esta figura en los Estados Unidos como realizadores de justicia y cómo es que los jueces asumen el rol de reguladores para dotar de legalidad las sumas impuestas. A continuación, veamos una serie de casos en los que se han concedido sumas exorbitantes por concepto de *punitive damages* en los Estados Unidos:

En *In Re New Orleans Tank Car Leakage Fire Litigation* (1997) se condenó a \$ 2 millones por daños compensatorios y # 3365 millones por *punitive damages*, un monto 1682,4 veces mayor a los daños compensatorios. En *Carlisle vs Whirpool Financial National bank* (1999) se condenó a \$ 0,98 millones por daños compensatorios y \$ 580 millones por *punitive damages* un monto 594,9 veces mayor a los daños compensatorios. En *Engle vs R.J. Reynolds Tobacco Co.* se condenó a \$ 12.7 millones en daños compensatorios y \$ 145,000

millones en punitive damages, un monto 11,417,3 veces mayor a los daños compensatorios (2019, p. 204).

Justamente, estas desproporciones son las que han generado que en el derecho estadounidense se analice si es constitucional o no la exponencial diferencia entre los daños compensatorios y punitivos. En efecto, en muchos de los casos expuestos anteriormente los jueces han tenido que intervenir para frenar las cuantías impuestas por los jurados y analizar si, constitucionalmente, las cuantías exorbitantes que se imponen se ajustan al debido proceso.

Otro aspecto muy importante para el funcionamiento de los *punitive damages* en el *common law* es el hecho de que en un proceso de este tipo la parte ganadora se hace cargo de sus propias costas. A diferencia de lo que sucede en el *civil law*, en un proceso civil estadounidense la parte demandante debe invertir gran cantidad de dinero y soportar sus propios costos hasta obtener un pronunciamiento final. Esto significa que, si la cuantía que se demanda no es lo suficientemente alta, no tendría sentido soportar la carga de un proceso porque lo que se obtenga como resarcimiento no cubriría lo que se ha demandado.

Se debe tener en cuenta que en los Estados Unidos los magistrados y académicos han investigados profundamente cómo establecer un límite razonable a estas desproporciones tan grandes. Un primer mecanismo para limitar las sumas concedidas por concepto de *punitive damages* en el derecho estadounidense fue la *Excessive Fines Clauss* (Cláusula de Multas Excesivas), regulada en la octava enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos que tiene por objeto rechazar las sumas que son groseramente excesivas. Si bien académicos como Beth Colgan o Andrew M. Kenefick han postulado que esta cláusula sería aplicable para los casos en donde se impongan sumas excesivas por concepto de *punitive damages*, también es cierto que este concepto ha sido rechazado por la Corte Suprema en el caso *Browning-Ferris Industries of Vermont vs Kelko Disposal Inc.*

(1989) generando un precedente contra el uso de esta cláusula para temas civiles, sin embargo, la consideramos en esta sección como un mecanismo que podría limitar la imposición de *punitive damages* porque los litigantes podrían acudir a ella y tentar la posibilidad de que la Corte Suprema varíe su criterio.

En efecto, la octava enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohíbe multas y fianzas excesivas, así como castigos crueles e inusuales. La Corte Suprema ha interpretado la octava enmienda en general como un mecanismo de control del sistema de justicia penal, la cual tiene la responsabilidad principal de imponer castigos por parte del estado. Sin embargo, el sistema penal no es el único medio a través del cual la ley castiga la mala conducta, puesto que, el sistema civil también utiliza sanciones civiles. Los tribunales civiles y los jurados pueden castigar la mala conducta del acusado otorgando al demandante *punitive damages* o *exemplary damages*. Tales resarcimientos pueden llegar a millones e incluso miles de millones de dólares. Debido al propósito punitivo de estos pronunciamientos, se asemejan a multas impuestas por mala conducta criminal. Este parecido plantea la cuestión de si la *excessive fines clause* limita los montos que se conceden a título de *punitive damages* en el sistema civil.

Un segundo criterio empleado por la jurisprudencia norteamericana para limitar los montos que se otorgan a título de *punitive damage* es la *Due Process Clause* (Cláusula de debido proceso), regulada en la quinta y décimo cuarta enmienda a la Constitución Política Norteamericana que dispone a la letra lo siguiente: “5th enmienda: “Ninguna persona debe (...) ser privada de la vida, liberas o su propiedad, sin un debido proceso legal”. 14th enmienda: “ni ningún Estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso de ley”.

En efecto, en virtud de esta cláusula la Corte Suprema Norteamericana ha declarado que la condena por *punitive damages* solo puede ser impuesta

cuando no se desconozcan las garantías procesales básicas que se aplican en los casos penales. Así, por ejemplo, a partir de lo desarrollado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Gisela Pérez señala lo siguiente respecto de los elementos que permitirán determinar una proporción razonable entre la prevención y el castigo:

1) Si existe una relación razonable entre el pago de daños punitivos y el daño que pueda derivarse de la conducta del demandado, considerando que el daño se ha producido en realidad. 2) El grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, considerando su duración y la existencia de conductas similares. 3) La rentabilidad que la conducta ilícita produce al demandado. 4) La situación financiera de la parte demandada. 5) Las costas del proceso. 6) La imposición de sanciones penales a la parte demandada por su conducta para que se valoren como atenuantes. 7) La existencia de otras condenas civiles. (2019, p. 230).

En otro caso emblemático de la jurisprudencia norteamericana, *BMW of North America vs Gore* del año 1996, inicialmente, el Sr. Gore logró que se le otorgara un resarcimiento por una suma ascendente a US\$ 4,000.00 por concepto de daños compensatorios y US\$ 4'000,000.00 por concepto de *punitive damages*. Posteriormente, la Corte Suprema de Alabama consideró pertinente reducir el monto de los *punitive damages* a US\$ 2'000,000.00 millones, indicando que una ratio de 500:1 no satisfacía el debido proceso por ser excesivamente elevado. No obstante, llama poderosamente la atención el hecho de que en el caso *TXO Production Corp. Vs Alliance Resources Corp* del año 1993, la Corte Suprema haya establecido que la ratio de 526:1 sí superaba la cláusula de debido proceso, mientras que por una ratio similar en el caso *BMW* se indicó que se había vulnerado este mismo derecho.

Otro de los casos emblemáticos en la jurisprudencia norteamericana que nos interesa tomar en cuenta en nuestro análisis es el de *State Farm Mutual*

Automobile Ins. Co. Vs Campbell del año 2003. En este caso la Corte Suprema analizó un escenario en el que se había impuesto una cuantía ascendente a US\$ 1'000,000.00 por concepto de daños compensatorios y US\$ 145'000,000.00 por *punitive damages*. Como se puede ver, en este caso la proporción era de 145:1. ¿Se vulneró el debido proceso? En el referido caso se dijo que sí porque se vulneraba el debido proceso.

Cabe resaltar que en el referido caso la Corte desarrolló un importantísimo precedente, puesto que, fijó como criterio para la evaluación del debido proceso que debía haber una proporción entre *punitive damages* y daños compensatorios de solo un dígito entre ambos. En efecto, la Corte Suprema impuso la llamada "single-digit ratio" que contemplaba la obligatoriedad de que entre ambos daños solo haya una proporción máxima de 9:1 a favor de los *punitive damages*.

Como podemos advertir de lo expuesto anteriormente, en los Estados Unidos existe un sistema de responsabilidad civil que supera la sola compensación de la víctima y busca que, a través de estas sentencias se ejerza un control social. Si bien es cierto la Corte Suprema Norteamericana ha intentado establecer límites constitucionales a la imposición de *punitive damages*, también es cierto que, por el propio sistema norteamericano, no existe uniformidad de criterios respecto al grado de proporción que debería existir entre daños compensatorios y *punitive damages*, razón por la cual, la cuantía se establece dependiendo del contexto de cada caso.

De lo que hemos podido advertir hasta este punto de la doctrina y jurisprudencia norteamericana es que para efectos de la imposición de los *punitive damages* resulta de suma importancia la intencionalidad del agente dañoso. Esto se debe a que, por una cuestión lógica, una conducta dolosa que causa daños no puede recibir el mismo trato que una conducta culpable. Bajo esa misma lógica, diremos que la compensación de un daño podría servir para disuadir conductas de índole culposas, sin embargo, no alcanzan

para provocar el mismo efecto cuando se trata de un daño generado por dolo.

De igual manera, en cuanto a la magnitud del daño y al monto que se paga por tal concepto, debemos rescatar que en esta tradición jurídica el debido proceso se cumplirá si en el análisis efectuado por los magistrados se concluye que la conducta realizada por el imputado es lo suficientemente grave como para recibir unos *punitive damages* no proporcionales a los daños compensatorios. En tal sentido, este tipo de daño solo podrá ser aplicado por el magistrado si el daño generado en la víctima es considerable a partir de un análisis de reprochabilidad de la conducta.

Ahora bien, trasladando estas ideas al medio local, se ha podido advertir que los operadores jurídicos suelen asumir que la idea de *punitive damages* está asociada-necesariamente- a una idea exclusiva de castigo al victimario o al derecho público; no obstante, no advierten que, en el sistema de origen, este concepto satisface -además- las funciones preventiva y compensatoria (de manera excepcional). Tampoco se tiene en cuenta que en nuestro medio la responsabilidad civil es una herramienta muy útil al momento de crear consciencia social y de esa manera modelar conductas a través del desincentivo generado por la imposición de resarcimientos cuantiosos como respuesta ante el alto grado de reprochabilidad con la que se ha actuado.

Sobre el particular, debemos tener en cuenta que, cuando se intenta analizar la figura de los *punitive damages* desde la perspectiva estadounidense, se suelen desarrollar posturas en función a la finalidad que le atribuyen. Esta idea es explicada por Azar, J. cuando sostiene que:

Por un lado, se encuentra la tesis que sostiene que los daños punitivos son montos superiores a los perjuicios efectivamente causados, mandados a pagar como un castigo al demandado por su actitud particularmente reprochable. Esta posición es la que recoge la mayoría de los fallos norteamericanos, se encuentra en el seno de las

explicaciones y sistematizaciones que han hecho diferentes autores y es el sustento de gran parte de las críticas a las que se ha visto expuesta la institución de los daños punitivos (...) Por otro lado, una segunda manera de definir los daños punitivos es de acuerdo a los conceptos desarrollados por el análisis económico del derecho, como un mecanismo necesario para que en ciertos casos se confirme el rol preventivo de un sistema inicialmente compensatorio. (2009, p. 27).

A partir de lo expuesto por el referido autor, podemos señalar que, a partir de un enfoque comparado, concebimos dos maneras de esquematizar la idea de los *punitive damages*. Por una lado, hay quienes sostienen que esta institución solo busca conceder una suma de dinero como sanción frente a una conducta deleznable del que cometió el daño y por el otro, se encuentra otro sector que sostiene que los *punitive damages* tienen por objeto satisfacer un rol preventivo por encima de lo propiamente sancionatorio.

En cuanto a la primera postura, hemos identificado autores como Cass Sunstein, Daniel Kahneman y David Schkade, quienes sostienen que los *punitive damages* satisfacen una doble función: penal y retributiva. Asimismo, indican que a través de esta figura jurídica la sociedad se encuentra preparada para identificar aquellas conductas indignas y reprochables, las cuales, no deberían ser toleradas. Evidentemente, estos autores desarrollan sus postulados partiendo de la premisa que nos encontramos ante un sistema de jurados que permitirán hacer este tipo de valoraciones.

En efecto, el sistema de jurados, al contar con la opinión de gente “de a pie”, permite calificar una conducta dañosa desde una perspectiva moral. No obstante, si lo que se busca es contar con un sistema de represión eficiente, lo que se debe buscar es un sistema concentrado penal.

Por otro lado, autores como Polinsky o Shavell, explican que -desde la perspectiva del análisis económico- se abandona la idea de castigo para

privilegiar la prevención en un contexto socialmente eficiente. Se resalta que los *punitive damages* son un mecanismo ideal para generar un nivel eficiente de prevención. Esto se debe a que la imposición de esta figura en un proceso civil suele corregir los defectos que pueda presentar un sistema que solo se limita a compensar los daños, descuidando la posibilidad de generar desincentivo sobre las conductas que la sociedad pretende evitar.

Evidentemente, en esta segunda corriente doctrinaria prevalece la idea de prevención sobre la de sanción porque los *punitive damages* desempeñan un rol correctivo frente a un sistema meramente compensatorio en el que no se logra disuadir las conductas negativas. En efecto, si se sigue esta corriente de pensamiento, resulta lógico asumir que, las personas que cometen daños evalúan cuál es el costo y la probabilidad de que sean sancionados por lo que hacen. Si la magnitud del daño no se equipara con el valor de lo que se tendrá que asumir por ello, el agente será más propenso a dañar que a evitarlo.

En cuanto a este segundo planteamiento sobre los *punitive damages*, nos resulta importante mencionar que para su determinación resulta clave el análisis del grado de reprochabilidad de la conducta del agente. Por tal motivo, hacemos nuestros los apuntes de Robert Cooter sobre esta institución:

(...) destaca tres amplias características de una visión económica de los *punitive damages*: (1) los *punitive damages* deben limitarse a los daños producidos intencionalmente; (2) estos daños generalmente violan el estándar legal de cuidado por un amplio margen; (3) las cuantías por *punitive damages* deben ser ostentosas. Estas características son esenciales para la institución de los *punitive damages* y pueden aclarar sus propósitos. Estos propósitos para imponer los *punitive damages* pueden abarcar castigos a los delincuentes, disuadir a los causantes, recompensar a los

demandantes que de otra manera no demandarían, y compensar completamente a las víctimas. (1982, pp.89-90).

Consideramos importante tener en cuenta que desde nuestra perspectiva las funciones que debe desempeñar la responsabilidad civil en un sistema jurídico son 3: compensar, prevenir y sancionar. Estas funciones no siempre concurren en un mismo caso, puesto que, dependerá de la evaluación del juez la forma en la que recurre a ellos, dependiendo de los intereses que se pretenden tutelar. Esta idea ha sido expuesta por Ponzanelli, citado por Fernández, en los siguientes términos:

Función preventiva (deterrence), destinada a inducir a los potenciales causantes de daños a adoptar los medios de seguridad necesarios para evitar la posible renovación de conductas dañosas.

Una función compensatoria (compensation), destinada a garantizar un adecuado resarcimiento a favor del sujeto damnificado; y,

Una función punitiva (punishment), destinada a penalizar al causante del daño con sanciones civilísticas cuando la conducta del agente ha infringido en modo considerable las reglas de la conciencia social.
(2001, p. 259)

Se debe tener en cuenta que en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *civil law* la función compensatoria no ha sido materia de mayor debate. No obstante, no ocurre lo mismo con las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil, puesto que, se suele argumentar que estas funciones no le competen al derecho privado y serían contrarias a la idea de compensación de la víctima. Más adelante veremos que esta idea es un mito y que actualmente la jurisprudencia viene recurriendo a estas funciones sin necesidad de declarar expresamente que lo están haciendo. Por lo pronto, bastará remitirnos a la contundente afirmación del profesor Merino (2010):

En efecto, se la vincula con las primeras manifestaciones del Derecho Romano en donde la responsabilidad civil se confundía con la

responsabilidad penal, y posteriormente, solo tenía razón de ser en el hecho de estar imbuida de cuestiones morales o, más arcaicamente, mágico-religiosas. Por ello, la fuerte reacción contra toda idea de punición se encuentra bastante arraigada en el Derecho Continental. Sin embargo, estas ideas no pueden ser compartidas. Desde que incluso en el plano dogmático se ha realizado un esfuerzo en sistematizar las penas privadas, rasgarse las vestiduras por la existencia de punición en la responsabilidad civil a priori no parece ser la mejor opción. (p. 223).

De la lectura de los apuntes doctrinales expuestos anteriormente, podemos resaltar que un aspecto clave para la aplicación de la función punitiva de la responsabilidad civil es la evaluación de la intencionalidad del agente dañoso. Esto se debe a que el tratamiento del dolo y la culpa no puede ser el mismo porque la reprochabilidad sobre un acto doloso no es la misma que el de un acto culposo.

En ese orden de ideas, debemos señalar que la compensación dentro de un sistema de responsabilidad civil resulta suficiente cuando se trata de daños cometidos con culpa o insignificantes respecto de la valoración social, sin embargo, si lo que se busca es disuadir las conductas dolosas o aquellas que se han cometido con un alto grado de culpabilidad (dolo eventual) la compensación no alcanza y se deberá recurrir a una solución distinta.

En ese sentido, existen casos en los que los *punitive damages* son necesarios para obtener un efecto preventivo en la sociedad por la reprochabilidad de la conducta. Ahora, ¿si esta figura no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico?, ¿eso significa que no podemos recurrir a la función punitiva y preventiva? La respuesta es negativa porque no hace falta el trasplante jurídico para que a través de nuestras propias normas la jurisprudencia puede recurrir a estas funciones.

Ahora bien, otro aspecto relevante que se desprende de la idea de *punitive damages* en el sistema nacional es la instrumentalización de la función punitiva de la responsabilidad civil a través de su otorgamiento. Como veremos al desarrollar esta idea, la punición no es exclusiva del derecho penal, razón por la cual, no debe tomarse como algo irracional el hecho de que desde la tribuna del derecho civil se cuente con una herramienta que permita generar un efecto preventivo a través de la sanción de conductas reprochables.

Consideramos que, una primera reflexión acerca de lo postulado sobre los *punitive damages* tendría que ver con el hecho de que estos deben ser otorgados cuando el Juzgador advierte que la conducta de la persona que cometió el daño reviste un grado de reprochabilidad severo. Asimismo, se deberá evaluar el vínculo que presentan los costos generados por el daño y la cuantía de lo que se otorgará como resarcimiento, a fin de que los *punitive damages* no traspasen las fronteras de la constitucionalidad por el exceso de la cuantía. En ese orden de ideas, ambos supuestos deben ser analizados en términos de razonabilidad y eficiencia, ya que, a través de ellos, la sociedad-en pleno ejercicio del *ius imperium* delegado al juez- no solo rechazará determinadas conductas, sino también disuadirá al mismo agente y a toda la comunidad de no cometer un acto similar.

1.3 Definiciones de términos básicos

Daño resarcible

Siguiendo la definición que esboza De Cupis, A.:

Dos elementos contribuyen ahora a integrar su estructura:

Uno. -El elemento material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico (hecho considerado tanto en su creación, en su actuación -aspecto dinámico- como en su

subsistencia-aspecto estático-). Dos. – El elemento formal, que proviene de la norma jurídica. (1975, p. 82).

Daño moral

Conforme a lo indicado por el profesor León, L. al referirse al daño moral:

Es aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas. Con apego a su historia en el mundo de la responsabilidad civil, el daño moral puede ser considerado como una categoría capaz de comprender, con vistas a la fijación de un resarcimiento, los siguientes conceptos: a) El daño moral puro o en sentido estricto (en Italia se le denomina daño moral “subjetivo”) que consiste en el padecimiento anímico y temporal subsiguiente al evento dañoso. b) El daño moral en sentido amplio que consiste en la violación de derechos de la personalidad. El más destacado de estos daños “morales” es, actualmente, el daño a la integridad física o “daño a la persona” (personal injury, danno alla persona), pero en perspectiva evolutiva, el protagonismo inicial lo tuvo el daño al honor (o sea, a la consideración que cada quien tiene de sí mismo) y a la reputación (o sea, a la consideración que los demás tienen de alguien) en los casos de ofensas públicas, calumnias, difamaciones. (2016, pp. 63-64).

Punitive Damages

El profesor De Trazegnies, F. se pronuncia sobre este concepto de la siguiente manera:

Esta indemnización (la punitiva) es conocida en el derecho anglosajón con el nombre de *exemplary damages* y aunque no se encuentra contemplada expresamente en nuestro Código, juega en la práctica un papel importante en las decisiones judiciales. Además, el nuevo Código de 1984 sugiere de alguna manera su existencia a través de otra norma. En principio, la indemnización punitiva consiste en la suma que se ordena pagar al demandado a favor de la víctima, que no se funda en la idea de reparar un daño sino en la de castigar a un causante o agente, independientemente del daño producido. (2005, p. 50).

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1 Diseño metodológico

La investigadora ha desarrollado una investigación cualitativa, ya que de manera deductiva se ha descrito la problemática de la aplicación de los punitive damages como daño resarcible en el Perú a partir de lo resuelto por los magistrados supremos en los plenos jurisdiccionales en materia laboral.

Se ha empleado el método dogmático, dado que se requiere conceptualizar el tema en cuestión, a partir de la clasificación del daño en el ordenamiento jurídico peruano, así como los criterios esbozados por la doctrina para entender su operatividad en un determinado sistema jurídico. En ese sentido, la relevancia de este método radica en conocer a profundidad las implicancias de esta institución, a fin de determinar la conveniencia o no de su intromisión en el ordenamiento jurídico peruano a partir de los plenos materia de estudio.

Bajo ese enfoque, también se ha empleado el método funcional, puesto que para la acreditación de la satisfacción de la función punitiva y preventiva de la responsabilidad civil-sin necesidad de recurrir a los *punitive damages*-, se requiere el estudio del derecho vivo, a fin de demostrar que estas funciones vienen siendo satisfechas a través del resarcimiento del daño moral. De este modo, en la presente investigación se ha aplicado un método deductivo, apoyándose recurrentemente en la casuística no solo nacional sino también comparada.

Asimismo, se ha recurrido al método exegético, buscando reconstruir la voluntad del legislador en cuanto a los daños inmateriales, es decir, dotar de contenido tales normas, a fin de adecuarlas a la realidad que nos toca afrontar para poder darle sustento normativo a la idea de que los *punitive damages* no son necesarios como categoría de daño resarcible porque la

misma función la viene cumpliendo la figura del resarcimiento del daño moral.

2.2 Aspectos éticos

La investigadora declara que en la realización del presente trabajo ha respetado los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para su conclusión en un plazo razonable.

CAPÍTULO III RESULTADOS

3.1 El rol de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico peruano

Iniciaremos esta sección recordando la sentencia emitida en el Primer Pleno Casatorio Civil. Si asumimos que esta sentencia es fuente de derecho y es de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales que deban analizar casos similares, nos encontraremos en un grave problema, puesto que, se trata de un pronunciamiento que fue materia de fuertes críticas en el ámbito académico.

En efecto, recordemos que en este tristemente célebre caso “Yanacocha”, la minera del mismo nombre se valió de su posición económica y manejo de información técnica para hacer valer sendos contratos de transacción extrajudicial vía excepción. Lamentablemente, en este caso se desconoció el hecho de que las transacciones son contratos y son susceptibles de presentar vicios estructurales o funcionales. Sobre esta sentencia, comenta León, L. lo siguiente:

(...) no solo fue un episodio controvertido en la historia del poder judicial, sino un desliz cuyo eco continuará retumbando por mucho tiempo, gracias a la persistencia con la que sus artífices clamaron, en repetidos parágrafos considerativos del fallo, por el reconocimiento de su dictamen como un “precedente vinculante” o, según un lacrado al que nos estamos acostumbrando, “de observancia obligatoria” (2017, p. 33).

Hemos expuesto este primer pleno casatorio civil, puesto que, es la muestra más evidente de que, en un sistema en donde impera la ley, la creación de precedentes vinculantes puede resultar un arma muy peligrosa para el justiciable, puesto que, a través de una interpretación errónea de la norma se podrían cometer tremendas injusticias como lo sucedido en el referido pleno con los pobladores de Choropampa.

Bajo nuestra concepción, el problema de la creación de “precedentes”, “plenos”, “doctrina jurisprudencial” y demás términos empleados para tratar de uniformizar posturas sobre un determinado tema jurídica radica en lo regulado en el artículo 22 y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone lo siguiente:

Art. 22.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial. Las Salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial «El Peruano» de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, está obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacerse conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial «El Peruano», en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

Como se puede advertir de lo señalado anteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial legitima a las Salas Especializadas de la Corte Suprema para ordenar y publicar jurisprudencia de “observancia obligatoria” en el Diario Oficial El Peruano, la cual debería ser de obligatorio cumplimiento por los demás órganos jurisdiccionales de menor jerarquía y la propia Corte Suprema al expedir sus fallos. Sin embargo, como se puede advertir de la propia norma, cualquier órgano jurisdiccional puede apartarse del

precedente con una debida motivación y dejando constancia del precedente del cual se está apartando.

Por otro lado, el artículo 116° de la LOPJ señala que: “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”.

Como se puede apreciar en esta segunda disposición se legitima a los jueces superiores a reunirse con la finalidad de “concordar jurisprudencia” de su especialidad. Esta ha sido la razón por la cual somos testigos de una serie de reuniones de jueces superiores en las que, más que concordar jurisprudencia, lo que se hace es decidir cuál es la interpretación que se le debe dar a una determinada norma. En este segundo caso no se establecen principios jurisprudencial o precedentes de observancia obligatoria como en el caso de los pronunciamientos de los jueces Supremos, sino que, los magistrados superiores se ponen de acuerdo sobre la interpretación que debe prevalecer sobre una determinada materia.

En la práctica, lo que hacen los jueces superiores es elegir la mejor interpretación sobre una disposición normativa a partir de dos posturas que han sido expuestas de manera previa por los ponentes de cada una de ellas.

En ese orden de ideas, si nos ceñimos a lo estrictamente regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, los plenos jurisdiccionales, sean expedidos por los Jueces Supremos o Superiores no tendrían el carácter de precedente de observancia obligatoria y por tanto no serían vinculantes para los demás órganos jurisdiccionales y no tendrían, ni siquiera, que motivar el apartamiento de un criterio interpretativo expuesto en el pleno jurisdiccional.

Entonces, cuál es la razón por la cual se encuentra tan arraigado en nuestro medio el hecho de que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales sean considerados como fuente de derecho, si, en cualquiera de los dos

casos expuestos anteriormente, los magistrados pueden apartarse del criterio.

En las aulas de derecho del país se les sigue diciendo a los estudiantes que la jurisprudencia es una fuente del derecho. Si entendemos este enunciado de una manera práctica, lo que le estaríamos diciendo a nuestros estudiantes es que en nuestro sistema jurídico “Civil Law”, tanto la jurisprudencia, como la ley, la doctrina y los principios generales ostentan el mismo rango porque todas son capaces de crear derecho. Consideramos que este hecho es un error.

Si asumimos que el sistema de precedentes jurisprudenciales, plenos jurisdiccionales o doctrina jurisprudencial fungen de fuente de derecho en el Perú, tendríamos que aceptar que los órganos jurisdiccionales no podrían apartarse de estas, ni siquiera con una debida motivación, puesto que, estarían incurriendo en prevaricato. No obstante, nuestras normas penales no sancionan el apartamiento de un precedente, por más vinculante que fuese. En ese orden de ideas, el profesor León, L., a partir de lo expuesto en doctrina italiana menciona que:

- 1) La jurisprudencia no se menciona entre las fuentes del derecho porque el poder judicial se distingue tradicionalmente del poder legislativo, y dicha diferencia se ha plasmado en la Constitución. La exigencia proclamada por la Revolución francesa, y preservada en los posteriores ordenamientos liberales, consistía en separar netamente el poder judicial de los demás poderes, con el fin de garantizar, tanto la independencia de la magistratura, cuanto el peligro de una abusiva interferencia de esta en la potestad legislativa, reservada a los parlamentarios.
- 2) La exclusión de una potestad normativa de la magistratura guarda concordancia con el principio de los límites subjetivos del pronunciamiento, es decir, el principio de que la sentencia solo

tiene eficacia entre las partes del proceso (o sus sucesores, de ser el caso), y jamás para terceros.

- 3) En el ordenamiento italiano –como en el peruano– se ignora el principio del carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis*), de modo que el juez no está obligado a actuar uniformemente con otras sentencias, emitidas por él mismo o por otros jueces. (2017, p. 776).

En ese orden de ideas, aunque el juez no esté obligado a mantener uniformidad de criterios con lo que se ha decidido en otros fallos, ocurre que en la práctica cotidiana las sentencias tienden a propiciar direccionamientos en un determinado sentido. No porque sea de obligatorio cumplimiento, sino porque se va generando una corriente jurisprudencial respecto a determinados tipos de casos, los cuales asumen la figura de reglas jurídicas efectivamente operantes en el contexto social.

No cabe la menor duda de que la jurisprudencia contribuye con la formación del derecho, puesto que, a partir de estos pronunciamientos se genera una determinada tendencia al momento de resolver una controversia. No se trata pues de una fuente formal del derecho, sino de un conjunto de orientaciones que, de ser aceptadas por el resto de los órganos jurisdiccionales, genera una corriente o una tendencia para resolver en un determinado sentido.

Conforme a lo expuesto anteriormente, nosotros vamos a asumir la postura que defiende la idea de que la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho peruano. En efecto, consideramos que la jurisprudencia, por más vinculante que esta fuese solo crea tendencia jurisprudencial. Desde luego que los pronunciamientos de los magistrados deben ser estudiados y analizados porque eso le permitirá al litigante conocer cómo es que suele fallar un juez respecto de una determinada controversia, sin embargo, esto no significa que la jurisprudencia sea creadora de normas jurídicas. Como bien ha expuesto el profesor Cavani, R. al referirse al artículo III del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil Peruano:

- ii) Al igual que se dijo respecto de la doctrina, es plenamente inconstitucional interpretar el texto del artículo III, 2, en el sentido de que la jurisprudencia sea una fuente de derecho (Procesal Civil). No obstante, es posible emplear la técnica de la interpretación conforme a la Constitución (no sin devolver una interpretación creativa) a fin de que el deber al cual alude el texto sea no precisamente respecto de la “jurisprudencia”, sino apenas de aquellas decisiones que, por mandato del propio legislador, expresan normas vinculantes para los jueces en materia civil, o sea, los “precedentes” mencionados en los artículos 400 del CPC, y VI y VII del CPConst. Así el juez tiene el deber de “recurrir” solo a esa porción de decisiones; pero, como ya advertimos, ello no será en caso de “vacío o defecto de la ley”, sino como condición de la propia interpretación y aplicación de la ley. (2016, p. 52).

Bajo esa línea de pensamiento, consideramos que, aun cuando formalmente los plenos jurisdiccionales no son fuente del derecho, debemos tener en cuenta que, la jurisprudencia puede crear criterios interpretativos y corrientes de pensamiento sobre una determinada materia, los cuales deberían acatarse sin posibilidad de apartamiento en caso se considerase una fuente formal de derecho.

La jurisprudencia no tiene por objeto interpretar o crear normas jurídicas, su labor es resolver controversias. Por tal motivo, concluimos que la importación de figuras jurídicas a través de un pleno jurisdiccional (como ocurrió con los plenos jurisdiccionales supremos en lo laboral) no constituyen mandato imperativo para el resto de justiciables, ni resulta exigible de aplicación a los demás órganos jurisdiccionales.

3.2 Daños resarcibles y *punitive damages*

Sostenemos que carece de sentido introducir a nuestro sistema jurídico la figura de los *punitive damages*, no solo porque la jurisprudencia no es el mecanismo adecuado para crear figuras jurídicas, sino porque, además, el rol que cumplen los *punitive damages* en los ordenamientos jurídicos de donde provienen puede ser satisfecho por una figura que sí reviste el carácter de daño resarcible en el ordenamiento jurídico peruano, nos referimos al daño moral.

Para comprender esta idea, el primer ejercicio que se debe realizar es conocer a cabalidad qué se debe entender por daño y cómo se clasifica según nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, en las siguientes líneas nos abocaremos a esta tarea.

Conforme hemos expuesto en la sección correspondiente a la definición de los términos básicos para la presente investigación, concebimos al daño como todo menoscabo de un interés legítimamente tutelado. Si reflexionamos sobre esta idea, todo aquel menoscabo de un derecho podría dar paso a un resarcimiento, sin embargo, no toda alteración negativa de un interés puede ser susceptible de reconocimiento jurídico. Esta es la base sobre la cual se erige la idea de daño resarcible, puesto que, solo aquellos daños considerados por el ordenamiento jurídico como merecedores de tutela son susceptibles de resarcimiento. En ese orden de ideas, lo que se tiene que analizar en un sistema de responsabilidad civil no es la producción de un mero daño, sino, la producción de un daño resarcible.

El daño puede abarcar cualquier lesión de un interés material o inmaterial sufrido por una persona. Sin embargo, no toda lesión sufrida por un sujeto de derecho es resarcible. Por tal motivo, la idea de daño resarcible es el presupuesto de cualquier reclamo de responsabilidad civil donde el demandante deberá utilizar cuanto medio de prueba tenga a la mano para

acreditar su existencia, en tanto que, el juez o árbitro deberá decidir si este se produjo o no. En nuestro medio, el profesor Espinoza, J. precisa que:

El daño no puede ser entendido sólo como lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido (...). Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral). (2011, p. 246).

Sobre la idea de daño, el profesor italiano Alpa G. reflexiona lo siguiente respecto de la evolución de los criterios que debe abarcar la responsabilidad civil: “En la actualidad, la noción ontológica del daño tiende a desmaterializarlo y a despatrimonializarlo. (...) hoy en día el daño no, es más, en la conciencia social, en la praxis jurisprudencial y en las propias intervenciones legislativas, la simple disminución del patrimonio de la víctima del ilícito; daño es la lesión de un interés protegido”. (2016, p. 780).

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, el daño resarcible se caracteriza por ser ilícito y susceptible de ser probado, sea a través de pruebas directas o indirectas. Asimismo, para que un determinado sujeto de derecho se encuentre obligado a resarcir el daño debe encontrarse vinculado causalmente con el comportamiento del agente o con la actividad del responsable. En tal sentido, no puede existir daño sin causalidad.

Luego de habernos referido respecto de las nociones de daño resarcible, corresponde analizar la clasificación del daño en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, de manera preliminar debemos indicar que, en la doctrina comparada se han desarrollado dos regímenes para referirse a este tema: el alemán que clasifica el daño en función de la patrimonialidad y el

francés que distingue el daño por su carácter material o inmaterial (moral). Nosotros, al igual que el profesor León L. (2016), defenderemos la postura francesa por una noción de tradición e historia jurídica en cuanto a la codificación de nuestras normas.

Debemos resaltar que hemos tomado esta postura doctrinal porque es la que ha adoptado nuestro ordenamiento jurídico vigente y responde a una explicación en clave histórica y normativa. En efecto, si asumiésemos que la clasificación que ha adoptado el ordenamiento peruano es el alemán, hablaríamos de una clasificación centrada en el patrimonio. No obstante, los franceses clasificaron el daño a partir del carácter tangible o intangible de lo afectado por el agente dañante. La aproximación hacia lo patrimonial o no patrimonial consta en los parágrafos 253, 847, 1er párrafo y 1300 del BGB. En síntesis, en la normativa alemana lo que se establece es una reserva de ley para aquellos casos no patrimoniales. Se indica que solo por ley se puede resarcir algo que no es estrictamente valorizable en dinero. Lo mismo ocurrió en el caso italiano en donde se adoptó la misma postura normativa.

A diferencia de los casos alemán e italiano, en Francia se partió de una lógica distinta. En el caso francés, siguiendo un espíritu libertario y simplista, como la idea de Napoleón Bonaparte al propulsar el código civil francés de 1804, se generó una regulación *numerus apertus* respecto a los daños resarcibles, ya que era suficiente la producción de un daño en la esfera jurídica de otro sujeto de derecho para que surja la obligación de resarcirlo.

En ese sentido, debemos tener en cuenta que nuestro antecedente histórico en temas de responsabilidad civil extracontractual es la normativa francesa clásica, razón por la cual, no podemos tomar postura por una idea que no ha sido materia de regulación en nuestro medio.

Debemos resaltar que esta distinción es importante para los efectos de esta investigación porque el meollo del presente trabajo radica en descartar la intromisión de los *punitive damages* como daño resarcible en nuestro

ordenamiento jurídico y sustentar cómo es que el resarcimiento del daño moral viene cumpliendo una función punitiva y preventiva en los pronunciamientos de la magistratura nacional.

Ahora bien, una vez que hemos determinado cuál es el sistema de daño resarcible que se ha adoptado en el Perú, nos corresponde verificar cuáles son estos daños contemplados en nuestra normativa. Como bien expone el profesor León:

De acuerdo con esta perspectiva, son daños “materiales” aquellos que, por afectar la propiedad, los ingresos o las proyecciones económicas verosímiles o probables del damnificado, son cuantificables de manera directa. Son daños materiales resarcibles, por lo tanto: a) El daño emergente, entendido como la pérdida monetaria o financiera o como el deterioro de bienes que pertenecen al damnificado, que muchas veces es contablemente determinable, inclusive. b) El lucro cesante, entendido como la frustración de una ganancia, utilidad o rédito futuro y cierto.

(...)

Con apego a su historia en el mundo de la responsabilidad civil, el daño moral puede ser considerado como una categoría capaz de comprender, con vistas a la fijación de un resarcimiento, los siguientes conceptos: a) El daño moral puro o en sentido estricto (en Italia se le denomina daño moral “subjetivo”) que consiste en el padecimiento anímico y temporal subsiguiente al evento dañoso. b) El daño moral en sentido amplio que consiste en la violación de derechos de la personalidad. (2016, p. 59, pp. 63-64).

Conforme a lo expuesto anteriormente por esta importante doctrina, vamos a proseguir nuestro análisis tomando partida por esta clasificación del daño resarcible, aquella que considera al daño material y moral (inmaterial). El primero de ellos que, a su vez, se divide en daño emergente y lucro cesante; y el moral que contempla la categoría de daño moral en sentido amplio, el

cual comprende la vulneración de los derechos de la personalidad; y en sentido estricto, el cual comprende las afectaciones de índole anímico.

En ese orden de ideas, nos corresponde desarrollar algunas ideas adicionales acerca del daño moral como daño resarcible para comprender por qué afirmamos que a través de su resarcimiento se puede alcanzar la misma función que satisfacen los *punitive damages* en el ordenamiento de origen.

El daño moral no es una mera aflicción o angustia, sino que abarca algo más que eso. Desde su aparición incipiente en el derecho romano, este tipo de daño resarcible no solo incluye la afectación de los sentimientos, sino también aspectos denominados como derechos de la personalidad. El daño moral es resarcible en nuestro sistema jurídico porque su afectación se refleja en el desempeño físico y psicológico de una persona que lo ha sufrido.

El daño moral no se configura como un atributo de la personalidad, sino como, la consecuencia de la afectación de la persona. En la valoración jurídico-social el daño moral solo salta a la palestra si es que esta afectación se ve reflejada en el estado de bienestar de la persona a nivel físico, psicológico o emocional. A este tipo de daño se le considera relevante jurídicamente, no porque las consecuencia del daño tengan un valor en el mercado, sino porque, por razones de equidad, este no merece quedar impune.

En nuestro medio, existe cierto sector de la doctrina que se opone a esta visión de los daños resarcibles porque alegan que el daño moral es una subcategoría del daño a la persona, basando su argumento en lo regulado en el artículo 1985 del Código Civil. Desde el punto de vista académico, no podemos seguir esta línea de pensamiento porque el daño a la persona, en realidad es lo que hemos denominado anteriormente daños a los derechos de la personalidad como una subcategoría del daño inmaterial. Evidentemente, en este caso el legislador peruano cometió un error al

insertar una categoría jurídica que nada tenía que ver con el sistema francés adoptado al desarrollar el libro de responsabilidad civil extracontractual del código civil de 1984.

En efecto, el daño a la persona no es una categoría que incluye al daño moral, no solo porque calificar de esa manera un daño es un pleonasma, sino porque, además, nuestro sistema sigue el modelo clásico francés. Lo que sucede con el daño a la persona, es un problema de importación jurídica que-al igual que en el caso que es objeto de esta tesis- nunca debió ocurrir. Al respecto, Fernández C, sostenía lo siguiente:

En nuestra opinión, el “daño a la persona” incorpora o engloba dos definidas categorías de daños. (...) La primera es la referida al daño psicosomático, mientras que la segunda se contrae al “daño al proyecto de vida” o libertad fenoménica. No hay, en nuestro criterio, otro aspecto de la persona susceptible de ser dañado si se considera que ella es una unidad inescindible. (p. 783).

Esta postura que ha calado en algún sector de la doctrina nacional refiere que el proyecto está vinculado a una cuestión espiritual del hombre, sin advertir que bajo esa lógica asumiríamos que todos los proyectos son idénticos entre sí porque el espíritu del ser humano es el mismo. Sin embargo, pese a la buena intención del autor, la realidad es que esta idea solo ha servido para legitimar la discriminación en la responsabilidad civil porque para los jueces los proyectos de los seres humanos se valorizan en función a la posición social y económica de quien padece el daño.

En ese orden de ideas, no concordamos con la corriente doctrinal que sugiere crear un múltiple universo de daños como el daño al proyecto de vida laboral o familiar, daño hedonístico, existencial y otros más, menos aún con aquel sector de la doctrina que pretende introducir por la puerta falsa a la filosofía en el ámbito del derecho privado para legitimar la intromisión de categorías doctrinales como el daño a la persona o al proyecto de vida. En

efecto, si nos percatamos de lo que ha sucedido en este ámbito podremos verificar que a partir de una interpretación sistemática, histórica y teleológica de nuestra normativa lograremos concluir que la noción de daño moral es idónea para proteger los intereses jurídicos que aparentemente tutelan esas figuras.

Como corolario de esta crítica a la proliferación de la categoría de daños resarcibles, nos remitimos a los comentarios del profesor De Trazegnies F.:

Ninguno de los textos legales vigentes en el Perú había hablado hasta la fecha de un daño a la persona. Sin embargo, el artículo 1985 se refiere expresamente a este daño e incluso lo coloca antes del daño moral. Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto, para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral, como veremos a continuación. En consecuencia, bastaba la mención de daño moral en la regla comentada (...). (2005, p. 110-111).

Como ya se ha indicado anteriormente, el denominado daño a la persona como categoría general de los daños resarcibles en el ordenamiento jurídico peruano implica trastocar la sistemática que se pretendió implantar, máxime si se tiene en cuenta que directa o indirectamente todo daño afecta a la persona, sea esta natural o jurídica. En tal sentido, no hace falta esta luminaria conceptual porque la idea clásica de daño inmaterial es suficiente para referirnos al menoscabo de algún interés legítimamente tutelable vinculado a la psique o el soma del ser humano; o, a su estado emocional.

Ahora bien, una vez que hemos determinado cuáles son los daños resarcibles a la luz del ordenamiento jurídico peruano, corresponde que nos enfoquemos en las particularidades del daño moral en los términos que hemos expuesto, toda vez que, esto nos permitirá sostener más adelante cómo es posible descartar los *punitive damages* como daño resarcible y

mantener la función punitiva y preventiva en el ordenamiento peruano, pese a que, esta figura no se encuentra regulada.

Cuando un juzgador se enfrenta a los denominados daños morales, el caso siempre adopta un nivel de complejidad mayor debido a que por su naturaleza, este tipo de daño no es susceptible de cuantificación por no tener un valor en el mercado. ¿Cuánto vale la reputación de una persona?, ¿el dolor que le produce la pérdida de una extremidad? ¿de qué función de la responsabilidad civil estamos hablando cuando se trata de reponer al estado anterior la pérdida de una vida si no puede ser compensada?

En todos los supuestos mencionados anteriormente, no cabe la menor duda de que no existe un método que nos permita determinar cuál es el precio del bien jurídico que se ha vulnerado. Sin embargo, esto no significa que se tenga que dejar de resarcir. Consideramos que cuando se resarce el daño moral, si bien la función compensatoria se encuentra limitada por la naturaleza del daño al que nos enfrentamos, cabe la posibilidad de apelar a las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil para darle sentido a la institución.

En ese orden de ideas, siempre que exista una conducta reprochable o reiterada que sea susceptible de sanción como parte de un programa preventivo, desincentivador de conductas contrarias a los valores de la sociedad, el resarcimiento del daño moral encontrará su sentido. Asimismo, debemos resaltar que el resarcimiento del daño moral responde a una idea -legítima- de venganza desde la perspectiva civil. Si bien pareciera ilógico hablar de venganza en el derecho, lo cierto es que la idea de responsabilidad aquiliana como la conocemos hoy nació de la vieja tradición romana de hacer justicia “compensando” el valor del bien perdido por otro de mismo valor. Por ese motivo no le falta razón a De Trazegnies cuando comenta: “El pago de una suma de dinero por daño moral no es sino una reminiscencia de la vieja idea de la venganza: aun cuando este tipo de daño por su naturaleza misma no es reparable económicamente, hay quienes creen que no es posible que

quien ha causado un sufrimiento moral a otro no reciba algún castigo, que no sea cuando menos obligado a pagar algo por ello”. (2005, pp. 93-94)

El resarcimiento del daño moral es un tema pantanoso en nuestra jurisprudencia y doctrina porque los operadores jurídicos asumen que basta su alegación para que un juez o árbitro lo conceda. Sin embargo, no tienen en cuenta que la tarea de probar la existencia del daño y estimar su valor son conceptos totalmente diversos. En efecto, lo que no se advierte en el análisis de este punto es que todo daño debe ser probado por quien alega haberlo sufrido, sea un daño material o inmaterial. Consecuentemente, incluso si el daño moral se considera como una categoría *in re ipsa*, no basta con su alegación, sino que, debe sustentarse y generar la convicción necesaria en el juzgador a través de indicios para que se pueda ordenar el pago del respectivo resarcimiento.

La denominación *in re ipsa* significa que el daño moral se produce con el solo acaecimiento del hecho generador, sin embargo, para que sea susceptible de resarcimiento tiene que demostrarse a través de indicios que se ha padecido un daño de este tipo.

En esa línea de pensamiento, no debe confundirse el daño con el resarcimiento. En efecto, el daño inmaterial siempre debe ser acreditado, en tanto que su resarcimiento debe ser estimado por razones de equidad. Esto no significa que la estimación se produzca al libre albedrío del juzgador, sino que, se debe hacer un cálculo en función a determinados criterios tales como la reprochabilidad de la conducta, la reiteración del acto dañoso por parte del mismo agente o la capacidad económica de quien provoca o del que padece el daño. El damnificado no puede con la simple afirmación de que se le ha generado un daño moral, este deba ser reparado. Sobre el resarcimiento del daño moral y la forma de probarlo, Espinoza J. señala lo siguiente:

Por ello, no se puede estar de acuerdo con quien sostiene que cuando el titular de la pretensión es la misma víctima, la prueba del daño moral

termina por ser *in re ipsa*, vale decir, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor. Se afirma que, cuando los pretendientes al resarcimiento del daño no patrimonial sean los sobrevivientes de la víctima, la prueba del dolor puede ser dada sólo indirectamente y a través de indicios. En efecto, si no hay certeza en los daños invocados, el juez no debería fijar indemnización alguna. (2015, p. 199-200).

Como hemos mencionado, la prueba del daño moral no puede producirse a través de medios de prueba directos, sino que, se requiere la generación de una presunción judicial a través de indicios. Si el daño moral solo se probase de forma convencional, esto es, con prueba documental, nos encontraríamos en un escenario en el que este tipo de daño no sería resarcible por ausencia de prueba.

En tal sentido, lo idóneo en estos casos es que el afectado con una conducta que le haya provocado un perjuicio moral pruebe este daño a través de pruebas indirectas. Es decir, la sola alegación no será suficiente, sino que, el afectado deberá proveer al juez o árbitro de todos los antecedentes y prueba documental necesaria que le permita generar convicción acerca de la generación del daño como consecuencia de una determinada conducta.

Los operadores jurídicos no pueden limitarse a alegar que se ha generado un daño *in re ipsa* en la esfera jurídica de un determinado sujeto de derecho para pretender un resarcimiento por este tipo de daño. Consideramos que el daño inmaterial debe ser probado a través de indicios. En efecto, los indicios son los que le permitirán al juez crearse una presunción judicial que ostente valor probatorio.

En ese orden de ideas, si el demandante se esmera en generar presunción judicial a través de indicios, el juzgador debe elevar el estándar de motivación para rechazarlo o concederlo. Lo señalado anteriormente

significa que, la cadena víctima, abogados y jueces, solo encuentra su engranaje si es que estos últimos emiten pronunciamientos lógicos, razonados y debidamente motivados para exponer ante la sociedad las razones por las cuales un determinado daño amerita que se otorgue un resarcimiento cuantioso, que tenga una connotación ejemplar que disuada conducta similares en futuras ocasiones.

En el Perú hemos sido testigos de cómo la jurisprudencia se ha vestido de legislador y a través de dos pronunciamientos polémicos desde el punto de vista técnico ha pretendido introducir la categoría de los *punitives damages* al ordenamiento jurídico. Si bien es cierto no compartimos este trasplante jurídico a partir de la jurisprudencia porque según lo expuesto en la sección anterior no es una función del Poder Judicial crear figuras o normas jurídicas, también es cierto que estos plenos supremos han abierto el debate sobre la posibilidad de aplicar la función sancionatoria en el marco de un proceso de responsabilidad civil.

Precisamente, este es el valor para resaltar de estas jurisprudencias, no tanto por la intromisión abrupta de los daños punitivos en el ordenamiento peruano o porque se conviertan en fuente de derecho e impongan a los demás órganos jurisdiccionales que la apliquen al pie de la letra, sino por abrirle paso de manera expresa a la aplicación de la función punitiva.

En efecto, el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional fue expedido el 4 de agosto de 2017 y en dicho pronunciamiento se indicó que -de oficio- el juez debería asignarle una suma al trabajador que había sufrido daños y perjuicios derivados de los despidos incausados o fraudulentos en los que hubiese incurrido. En este tipo de casos, el monto máximo por concepto de daños punitivos alcanzaría el monto equivalente al monto que le hubiese correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado o Nacional de Pensiones.

Como ya hemos advertido en apartados precedentes, es la primera vez o una de las primeras veces en la historia del derecho peruano que una sentencia declara de manera expresa que en cuestiones de responsabilidad civil se debe otorgar *punitive damages* como si esta categoría formase parte de los daños resarcibles que contempla el ordenamiento jurídico peruano.

En principio, la noción que se ha trasplantado del *common law* trae consigo una serie de problemas de orden técnico y práctico si se quisiese aplicar como daño resarcible. En efecto, advertimos que, en los términos propuestos en este pleno, calcular la suma máxima que se deberá otorgar por concepto de daño punitivo se realizará en función al monto que le hubiese correspondido aportar al trabajador al sistema de pensiones. Esta idea no ha hecho otra cosa más que parametrar la suma que se debe otorgar por este concepto, sin tener en cuenta que en los ordenamientos de origen esto sería un despropósito porque lo que se busca-precisamente- con esta figura es sancionar y desincentivar conductas, lo cual no se conseguirá calculando la cuantía a partir de los aportes del trabajador al sistema de pensiones porque estos, en su gran mayoría, son irrisorios.

En ese orden de ideas, si la lógica de introducir la categoría de daños punitivos al sistema peruano era desincentivar conductas gravosas en la sociedad (en este caso de los empleadores) y castigar a quien lo comete, con el sistema tarifado que se propone, simplemente no se cumplirá la finalidad. Por esta razón, los daños punitivos no pueden estar parametrados porque de esta manera no se logra aplicar la función punitiva y preventiva de la responsabilidad civil.

Si bien es cierto hemos podido advertir que existen pronunciamientos jurisprudenciales en el *common law* estadounidense en los que se ha intentado vincular la cuantía de los *punitive damages* al del resarcimiento, también es cierto que esto no es razón suficiente para sostener que en el Perú se puede tarifar esta figura jurídica, menos aún, con un punto de referencia ínfimo como lo es el sistema de pensiones. Lamentablemente, si

se mantiene una referencia de este tipo, lo que en realidad se está haciendo es otorgar un “daño punitivo” que no satisface su principal finalidad, la cual es, prevenir la comisión de similares conductas.

Consideramos que las instituciones jurídicas no pueden ser empleadas sin conocer cómo operan en los ordenamientos de origen ni el rol que desempeñan en una determinada sociedad. No obstante, el hecho de que se haya hecho esta declaración llama poderosamente la atención porque nos permite analizar cuál es la postura de los magistrados en el fondo del asunto. En ese orden de ideas, debemos resaltar que lo realizado por la magistratura ha sido una forma de clamar por una figura jurídica que permita legitimar un pronunciamiento en donde el ánimo no sea solo compensar a la víctima, sino también, decirle al victimario que la sociedad no tolerará más ese tipo de conductas.

Otro aspecto clave para tener en cuenta a partir de este pronunciamiento es el hecho de que, para los magistrados supremos laborales, los daños punitivos deben ser impuestos de oficio si se ha determinado la responsabilidad del causante del daño. Evidentemente, esto es un error porque la aplicación de los *punitive damages* no puede ser automática.

Como se ha mencionado en el punto precedente de este capítulo, la carga de la prueba del daño recae en quien lo alega, incluso si se tratan de daños inmateriales. En tal sentido, el deber de fundamentar por qué se deberían imponer daños punitivos recae en la víctima. El juez no puede recurrir a esta figura como si se tratase del resultado de una operación algebraica, toda vez que, la parte quien lo reclama debe demostrar cuáles son las razones que motivan la aplicación de la función punitiva y preventiva de la responsabilidad civil.

En la jurisprudencia comparada, hemos identificado el caso BMW vs Gore (1996) en el cual los magistrados norteamericanos sentaron las bases sobre

las cuales se podía imponer *punitive damages*. Comentaremos el caso por ser de relevancia para nuestro análisis:

En 1990 Ira Gore compró un vehículo BMW. Transcurrieron unos años y el propietario del vehículo advirtió que el vehículo había sido repintado por BMW. Según la marca alemana, frente a un eventual daño en la fabricación o traslado del auto que no represente una suma superior al 3% del vehículo, no se justificaba un cambio, sino simplemente una reparación. Evidentemente, la reparación -cuando era realizada- no era advertida a los clientes, puesto que, asumían que era algo insignificante. Como es de suponer, a Gore no le pareció este hecho algo intrascendente sino un fraude que debía ser denunciado. Interpuso una demanda en la cual requería un determinado monto por daños compensatorios y otro por daños punitivos.

Cuando el caso fue judicializado, el jurado de la Corte Estatal de Alabama falló a favor de Gore por un monto ascendente a US\$ 4,000.00 como daño compensatorio y US\$ 4'000,000.00 como *punitive damages*. Si bien es cierto en la siguiente instancia del proceso la Corte Suprema de Alabama redujo el monto hasta US\$ 2'000,000.00, lo relevante de este caso es que los jueces supremos establecieron como regla de derecho que: “para emplear los *punitive damages*, se debía evaluar la presencia en el caso de alguno de los siguientes criterios: a. El grado de reprochabilidad de la conducta, b. la relación entre *punitive damage* frente al daño causado a la víctima, c. las sanciones que se han impuesto por conductas dañosas similares.

Como se puede advertir, en el ordenamiento de origen los *punitive damages* no son aplicados de manera automática. Deben probarse por parte de quien los demanda y atienden a una necesidad pública de sancionar y prevenir eventuales conductas semejantes que perjudiquen a la sociedad, sin necesidad de acudir al derecho penal.

La aplicación de la función punitiva no puede ser automática porque tiene que responder a la satisfacción de una determinada necesidad. El juez no lo

puede imponer de oficio, sino que debe verificar la existencia de algún criterio que amerite la imposición de un resarcimiento que sobrepase la frontera de la compensación. Al respecto, nos remitimos a los criterios expuestos por el profesor Paolo Gallo, citado por Gastón Fernández:

(ii) Las situaciones en donde el agente obtiene un lucro (un plus de riqueza) superior respecto a los daños efectivamente inferidos (...). (iii) Las situaciones en donde la posibilidad de ser condenado en concreto a resarcir los daños es inferior respecto a la posibilidad de causarlos efectivamente (...). (iv) Las situaciones de lesiones menores (bagatelas) (...). (v) La llamada responsabilidad por dolo: en donde se dice los jueces deben agregar una cuantificación mayor a la de la simple obligación resarcitoria, a título de pena, destinada exclusivamente a desincentivar y sancionar la conducta del agente por su violación intencional. (2017, p. 31).

Dicho esto, se podrá advertir que la aplicación de oficio de los *punitive damages* no se encuentra acorde con la idea intrínseca de esta institución jurídica porque no todos los casos en los que se determine responsabilidad se deben recurrir a estas funciones.

Ahora bien, luego de haber desarrollado algunas ideas sobre el V Pleno, nos corresponde referirnos al VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional de fecha 21 de diciembre de 2017 en el que se recalcó la posibilidad de otorgar daños punitivos en los casos de daños derivados de accidentes de trabajo.

En dicho pleno se ha declarado -nuevamente- que de oficio el juez ordenará pagar una suma de dinero al trabajador que haya sufrido accidentes de trabajo en el ejercicio de sus funciones. Para esto, en el Pleno se ha indicado -a diferencia del Pleno precedente- que ahora el juez puede emplear un criterio discrecional no deberá exceder el total del monto indemnizatorio ordenado a pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral.

Asimismo, y consideramos que es lo más relevante de este Pleno, se ha indicado que el resarcimiento se impone tomando en cuenta la conducta del empleador frente al caso concreto.

Como hemos indicado para el caso anterior, si bien se valora que a través de la jurisprudencia se haya introducido el debate acerca de la función punitiva y preventiva de la responsabilidad civil, no podemos dejar de mencionar los severos errores técnicos en los que se ha incurrido con este tipo de pronunciamientos.

En principio se debe tener en cuenta que un análisis de responsabilidad civil en cualquier supuesto amerita verificar la ocurrencia de dos momentos sin las cuales no se configura o legitima el pago de un resarcimiento. En palabras del profesor Fernández, G.:

En principio, se requiere de un análisis material en donde se evalúe el daño como consecuencia para determinar si éste es resarcible a la luz del ordenamiento jurídico, consiguientemente debe identificarse el hecho generador que provocó el daño y finalmente determinar si existe una relación de causalidad entre ambos eventos. Una vez realizado este análisis, se habrá determinado quién es el causante del daño. Luego de haber individualizado al causante del daño, el juez o árbitro deberá realizar un segundo análisis en un segundo momento para determinar si quien causó el daño es responsable del mismo. Este análisis es conocido como análisis de imputabilidad ya que el juzgador debe decidir acerca del criterio de imputación sobre el cual se determinará la responsabilidad del imputado. Es en este momento donde el juzgador efectúa el “juicio de responsabilidad civil”, determinando al sujeto que deberá asumir el costo del daño, es decir, al responsable. (2017, p. 33).

Consideramos que las distinciones conceptuales en las ciencias jurídicas no son caprichos de los estudiosos de turno. Esto se debe a que el tecnicismo

es fundamental para preservar las categorías jurídicas y no se altere el sistema con contradicciones en su propia concepción.

En tal sentido, lamentamos profundamente el hecho de que en nuestro país las sentencias no presentan la rigurosidad técnica suficiente como para legitimar un estudio concienzudo de ellas. La jurisprudencia pretende atribuirse funciones que debe realizar la doctrina, precisar conceptos, desarrollar ideas, postular teorías, etc. La jurisprudencia se debe limitar a resolver conflictos de intereses a través de la expedición de sentencias oportunas debidamente motivadas en función a la ley vigente.

En efecto, lo que ha sucedido en la práctica es que los jueces laborales tendrían que desaparecer de su análisis el juicio de responsabilidad en el ámbito de accidentes de trabajo. Esto resulta evidente si se revisan los términos bajo los cuales ha sido expedido el pleno que venimos cuestionando, debido a que, la jurisprudencia habría declarado -no una ley- que ahora en el Perú el empleador dejó de ser quien contrata y paga una remuneración a sus empleados, sino, un garante de su salud.

Siguiendo la lógica de esta jurisprudencia, lo que podemos advertir es que en el análisis no resulta relevante si hubo causalidad, tampoco si se presentó un criterio de imputación. Bajo el espíritu del pleno laboral, no importa cuán negligente haya sido el propio trabajador para causarse daño por su propio hecho, sino que solo hace falta que el daño se haya producido dentro del centro de trabajo.

Lo más grave de esta posición jurisprudencial es que, el empleador siempre tendrá que ser el responsable de cualquier daño ocurrido en el centro de labores porque ha asumido una figura protectora de tutela de sus trabajadores, cual padre de familia asume responsabilidad de sus hijos.

Ahora bien, más allá de este severo error técnico que termina por asimilar la responsabilidad civil del empleador hacia una denominada *strict liability* o

responsabilidad objetiva absoluta, para efectos de nuestra investigación resulta relevante mencionar que en este pronunciamiento se ha hecho referencia nuevamente a los daños punitivos.

Lo que llama poderosamente la atención es que en este último pronunciamiento los magistrados han desconocido ciertos aspectos que ya habían sido declarados en el V Pleno. En efecto, de manera contraria a su anterior pronunciamiento, la Corte Suprema afirma a través de este pleno que ya no se otorgarán daños punitivos tarifados, sino que la cuantía de lo que se deba entregar se calculará de acuerdo con el criterio prudencial del juez. No obstante, se pone una traba porque limita el daño punitivo al máximo otorgado por concepto de daño emergente, lucro cesante o daño moral.

Lo señalado anteriormente significa que, los “daños punitivos” son otorgados si es que en el análisis del magistrado se logra determinar que la conducta del empleador lo amerita. Si bien es cierto parece contradictorio el hecho de que se asuma que el empleador es garante frente a los daños que sufra el empleado y al mismo tiempo se indique que su conducta será determinante para la evaluación de los daños punitivos. Si se evalúa la conducta del agente que causó el daño, entonces se refuerza la idea de que los daños punitivos no son daños resarcibles por el hecho de que el daño moral también puede cumplir esa función.

Ahora bien, por si esta contradicción entre plenos jurisdiccionales supremos no fuese suficiente, el 9 de octubre del 2020 se publicó el II Pleno Jurisdiccional Distrital en material Laboral y procesal laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima en donde los jueces superiores, especializados y de paz letrado de dicha corte concluyeron lo siguiente:

1. La validez constitucional del daño punitivo

No es posible legalmente implementar el reconocimiento de daños punitivos derivados de la indemnización por daños y perjuicios, sujetos a los despidos incausados y fraudulentos,

pues ello implicaría imponer una modalidad de daños que no cuenta con sustento legal, creando así una nueva figura jurídica. La figura de daños punitivos debe ser regulada por una norma expresa que determine sus alcances para que pueda aplicarse.

Como se puede advertir del pleno expuesto anteriormente, se ha negado rotundamente la posibilidad de otorgar daños punitivos -a menos a nivel de la Corte Superior de Justicia de Lima- porque esto sería inconstitucional. Lo anterior significa que un órgano de menor jerarquía ha contradicho rotundamente lo expuesto en el V y VI Pleno Supremo que introdujo la categoría de los *punitives damages*. ¿Si realmente estuviésemos ante pronunciamientos que constituyen fuente de derecho, tendríamos que decir que este pronunciamiento más reciente derogó a los anteriores? En nuestro criterio, no debe ser así, porque ninguno de estos es vinculante respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional, sino que, solo generan una tendencia o una corriente al momento de resolver.

En efecto, los magistrados de mérito, del Distrito de Lima, han cuestionado la constitucionalidad y legalidad de los "*punitive damages*" introducidos por la puerta falsa a través de la jurisprudencia de los plenos supremos en materia laboral. Con este pronunciamiento, consideramos que se pone en orden parcialmente, un tema que bajo nuestra perspectiva no debía fomentar un debate tan frenético como el que suscitaron los plenos cuando fueron publicados.

Lo señalado anteriormente se debe al hecho de que la importación de figuras jurídicas a través de la jurisprudencia no es la vía idónea, no solo porque no están legitimados funcionalmente para introducir nuevos tipos de daños, sino porque esto trastoca el sistema mismo porque no necesariamente una figura que funciona en el sistema de origen funcionará en el sistema de destino.

3.3 La trascendencia del análisis subjetivo de la responsabilidad civil y el problema de la asimilación a la *strict liability*

Como se ha mencionado en la sección anterior, el análisis de la conducta del agente dañante es clave para una correcta aplicación de las funciones de la responsabilidad civil. En tal sentido, en esta parte de la investigación nos corresponde exponer las razones por las cuales consideramos que, pese a haber descartado los puntiive damages como daño resarcible en el ordenamiento jurídico peruano, consideramos que, la aplicación de la función punitiva y preventiva pueden ser aplicadas a través del resarcimiento del daño moral.

En ese orden de ideas, resulta necesario exponer algunas ideas acerca de la trascendencia del análisis subjetivo de la responsabilidad civil, esto es, la culpa y el dolo; y, al mismo tiempo señalar por qué consideramos que es un error introducir nociones de “garantía” (como lo hizo el sexto pleno laboral), si lo que se pretende es sancionar conductas reprochables.

Iniciemos con la determinación de lo que puede entenderse por responsabilidad civil. El profesor León, L. señala lo siguiente sobre el tema:

a) Como institución del derecho privado es un sistema de reglas orientadas hacia el restablecimiento de un statu quo preexistente, alterado en sentido negativo por un evento dañoso. b) Como obligación es el compromiso de resarcimiento de daños que se impone a aquel que resulte considerado “civilmente responsable”, sea por el dictado directo de una norma jurídica, o bien como resultado de un “juicio”, o sea, de una operación intelectual practicada por el juzgador (magistrado o árbitro) a la luz del marco normativo. c) Como área de estudio es una rama del derecho privado en la que se comprende el análisis, conceptual y pragmático, de los preceptos del ordenamiento que apuntan al resarcimiento de los daños por parte del responsable. (2016, pp. 32-33).

La responsabilidad civil actúa en el sistema jurídico como una herramienta puesta al alcance de los operadores jurídicos para intentar restablecer a la víctima al estado inmediatamente precedente a la ocurrencia del daño trasladando -siempre que sea necesario- el costo de este hacia aquel que lo generó.

El presupuesto para que esta traslación de costos se produzca es que se determine la existencia de razones suficientes como para que el daño no sea internalizado por la víctima. Precisamente, esta decisión debería tomarse luego de haber determinado que el causante del daño es el responsable de este. En efecto, la 'regla' en la traslación de los costos derivados del daño es que estas permanecen en la víctima a menos que exista una razón que permita trasladárselos a otro sujeto de derecho. Esta razón tiene que ser socialmente válida y debe justificar la decisión de pasar de una esfera jurídica a otra los costos del daño. Evidentemente, esta "razón" es el criterio de imputación, la cual puede ser en nuestro ordenamiento jurídico: la culpa, el dolo, el riesgo o el peligro.

Conforme a lo expuesto anteriormente, se debe tener en cuenta que la responsabilidad civil no tiene por finalidad averiguar quién fue el autor material del daño, sino verificar la existencia de algún criterio que justifique el traspaso de los costos a algún sujeto distinto a la víctima a quien se le denominará responsable.

Iniciaremos nuestro análisis sobre los criterios de imputación que legitiman el traslado del peso económico de un daño hacia una esfera patrimonial distinta al de la víctima con la culpa.

En el ámbito de la responsabilidad civil se debe entender que la autonomía privada y esta funcionan como dos caras de una misma moneda. La autonomía representa el momento fisiológico, la cual supone que cualquier sujeto de derecho pueda realizar actos de disposición, mientras que, si

existía algún incumplimiento, sea de una norma privada o del deber genérico de no dañar a terceros, el estado patológico, nos encontrábamos en el ámbito de la culpa.

La culpa es un concepto que históricamente ha revestido un carácter ético o psicológico. El sistema de intercambios con cuantías mínimas entre los mercaderes y los primeros ciudadanos de las grandes civilizaciones justificaban que la culpa se concibiera de esta forma. Las transacciones que se realizaban no pasaban más allá de meros trueques, razón por la cual, este tipo de culpa satisfacía la necesidad de los sujetos de derecho en ese espacio histórico.

Más adelante, con el desarrollo de la industria, la tarea de determinar la culpabilidad del agente empezó a complicarse. La evaluación del estado ético o psicológico de una persona en el marco de las grandes operaciones económicas empezó a perder sentido. Por esta razón, en este momento de su evolución, la culpa adoptó una idea, ya no psicológica, sino objetiva a partir de un determinado patrón de referencia.

En efecto, en este punto de la evolución histórica de la noción de culpa, dejamos de lado el aspecto psicológico y ético del sujeto para pasar a una noción social de la culpa, siguiendo modelos estandarizados de conducta, como el del *reasonable man*.

A partir de esta idea de culpa, se deja de lado los criterios de evaluación subjetivos, que tienden a buscar el aspecto interno del sujeto. En este caso, los criterios de prudencia y diligencia son medidos en comparación con un patrón, asumiendo que una persona consciente y de razonamiento lógico habría actuado de una manera determinada. Dejamos de lado la subjetividad de la culpa y ahora pensamos en ella de manera objetiva. Precisamente el análisis de la culpa bajo un patrón objetivo de conducta nos permitirá determinar la gravedad de esta y analizar en qué casos amerita recurrir a la función punitiva de la responsabilidad civil.

Se debe tener en cuenta que, además de la culpa, la llamada responsabilidad subjetiva contempla como criterio de imputación al dolo. El Código Civil de 1984 regula el dolo en dos sentidos: la idea de conducta positiva (acción) o negativa (omisión) ejecutada con intención, es decir, consciencia y voluntad para causar el daño.

En ese orden de ideas, advertimos que el dolo asume un doble significado. Por un lado, describe el comportamiento voluntario directo, mientras que, del otro, describe la modalidad de una cierta conducta en la que se afecta un interés legítimamente tutelable a través de la mentiras, la farsa, el engaño con la finalidad de ocultar información intencionalmente.

Los otros dos criterios de imputación son el riesgo o el peligro. El riesgo postula la idea de que el beneficiario de una determinada actividad debe asumir directamente las consecuencias que pueda generar esto debido a que es él mismo quien se beneficia con su explotación. Se asume una visión parcialmente objetiva sobre este criterio porque se toma al empresario como aquel sujeto que se encuentra en mejores condiciones para asumir el riesgo que él mismo ha creado con su actividad.

La exposición al peligro no se limita al aspecto económica del que crea el contexto para la producción del daño, sino que, trasciende esa lógica. La exposición al peligro como criterio de imputación responde a la idea de que cualquier persona que crea una situación de peligro desmedido en la sociedad se encuentra obligado a resarcir los daños que haya generado, independientemente de su culpa. Ahora, esto no significa que cualquier situación de la vida cotidiana pueda acarrear un resarcimiento, sino que, el derecho tutela las situaciones en las que este peligro es desmedida y la experiencia, la ciencia o la propia sociedad califican como un acto que puede generar daños.

Ahora bien, un detalle a tener en cuenta sobre estos criterios de imputación es que el vínculo entre responsabilidad por riesgo y peligro radica en el

hecho de que aquel que desarrolla actividades peligrosas que le generan un provecho debe asumir los costos de esa actividad, incluido los eventuales daños. En cuanto a la generación de situaciones de peligro, el campo de acción se extiende porque no importa si se generó provecho o no, en este caso lo relevante es que se haya incrementado el riesgo normal de cualquier actividad a un punto en donde existe una alta probabilidad de que se afecte el derecho de un tercero.

Sin embargo, el riesgo o el peligro regulados en el artículo 1970 del Código Civil no supone la creación de una responsabilidad objetiva, sino una situación de objetividad relativa, debido a que, en cualquier escenario, el sujeto podrá liberarse de responsabilidad a través de la alegación de los hechos regulados en el artículo 1972° del Código Civil: “En los casos del artículo 1970°, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”. En efecto, como bien apunta el profesor Leysser León: “yo soy de la idea de que los únicos casos de responsabilidad objetiva son aquellos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone” (2007, p. 77).

Conforme a lo expuesto anteriormente, cuando se imputa la responsabilidad a título de riesgo o peligro, el agente dañante siempre tiene la posibilidad de liberarse a través de la prueba del caso fortuito, fuerza mayor, hecho de la propia víctima o por el hecho de un tercero. Por esa razón no nos encontramos propiamente ante una responsabilidad por la mera causalidad.

Ahora bien, esto no significa que nuestro sistema no recoja un supuesto de responsabilidad objetiva absoluta o por la mera causalidad. En efecto, este tipo de responsabilidad no se encuentra recogido en el artículo 1970, sino, en norma especiales que contemplan la responsabilidad por la mera causalidad, sin posibilidad de que el agente dañante se libere con la prueba de alguna causa no imputable.

Siguiendo esta línea de pensamiento diremos que en el sistema de responsabilidad extracontractual o aquiliano nacional se observa lo siguiente: a) Normas basadas en criterios de imputación subjetivo: artículos 1969, 1973 (reducción de indemnización por concurrencia de imprudencia), 1978 (Responsabilidad del que incita o ayuda a la producción de un daño), 1982 (responsabilidad por denuncia calumniosa; b) normas basadas en criterios de imputación semi-objetivo, contenido en los artículos 1970 (responsabilidad por bienes y actividades riesgosas o peligrosas), 1979 (responsabilidad del dueño de un animal por los daños causados por éste); y, c) normas basadas en criterios de imputación objetivas absolutas: 1975 (Responsabilidad solidaria del representante legal y de persona incapaz con discernimiento), 1976 (responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento), 1980 (responsabilidad del dueño de un edificio por la caída de éste), 1981 (responsabilidad por los actos del subordinado).

Del mismo modo en los últimos años se ha venido haciendo referencia a supuestos de responsabilidad civil aquiliano no contenidos en la sección sexta del libro VII del Código Civil como el caso de la responsabilidad por los daños ocasionados por accidentes de tránsito, la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, entre otros.

Precisamente por este motivo es que nos apartamos de la idea expuesta en el Sexto Pleno Supremo en materia Laboral y Previsional, puesto que en este pronunciamiento los magistrados han adoptado la idea de que el empleador es un garante de la seguridad del trabajador, con lo cual se reducen los incentivos de este último para internalizar los costos de prevención. Si se opta por incorporar el daño punitivo en el ordenamiento peruano, se debe tener en cuenta que este solo funciona si es que se permite un análisis de culpabilidad en función del grado de reprochabilidad de la conducta del agente.

CAPÍTULO IV DISCUSIÓN

4.1 ¿Los plenos supremos tienen fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico?

Los plenos jurisdiccionales, tanto los supremos como los de menor orden jerárquico, se configuran como foros o espacios de discusión, debate e intercambio de posiciones respecto de un determinado problema jurídico que ha sido materia de constante jurisprudencia contradictoria en la práctica diaria.

Generalmente, en este tipo de debates el Poder Judicial convoca a los principales especialistas en la materia a discutir a fin de que sustenten una determinado postura sobre el caso o la controversia. La idea es que, como resultado de este debate, se genere predictibilidad y mayor transparencia sobre lo que los jueces piensan o concuerdan y de esa manera los operadores jurídicos sepan de antemano cómo podría resultar un caso en el que ya existe una postura publicada por el propio órgano jurisdiccional. Sobre la predictibilidad y seguridad jurídica resulta importante mencionar lo declarado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 28 de marzo de 2014 en el expediente N° 03950-2012-PA/TC:

7. El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales. Si bien el principio constitucional de seguridad jurídica no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, ello no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un principio constitucional implícito que se deriva

del Estado constitucional de derecho (artículos 3° y 4.3 de la Constitución). Ahora bien, no cabe duda de que esta exigencia constitucional de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales se ve concretizada con la denominada doctrina jurisprudencial constitucional, la que sólo se tendrá por cumplida si se respetan tales decisiones.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, la lógica de la creación de precedentes vinculantes es dotar de seguridad jurídica al sistema y fomentar la predictibilidad en la forma de resolver las controversias por parte de los jueces. Este criterio que sirve de base para los pronunciamientos que adquieren un carácter de obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos es que fundamenta también la generación de plenos jurisdiccionales.

El sustento normativo de los plenos jurisdiccionales se encuentra en el artículo 116 del D.S. 017-93-JUS Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial bajo el siguiente detalle: “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”. Sobre el particular, el Centro de Investigaciones del Poder Judicial en su portal web (https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/) ensaya la siguiente definición:

Son foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial.

Ahora bien, una vez que nos hemos aproximado a lo que se debe entender por un pleno jurisdiccional, nos surge la interrogante sobre su obligatoriedad respecto de los órganos jurisdiccionales de mérito o de menor jerarquía.

De manera previa a analizar la obligatoriedad de los plenos, consideramos oportuno el momento para deslindar este concepto de la idea de jurisprudencia. En palabras del profesor Marcial Rubio, se entiende por jurisprudencia:

(...) las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar los conflictos a ellos sometidos, que se suscitan entre los individuos o entre estos y la sociedad. En el lenguaje jurídico puede hablarse de “una jurisprudencia”, es decir, de una resolución de los tribunales sobre un caso determinado o de “la jurisprudencia” que sería el conjunto de resoluciones de los tribunales.

Hemos dicho anteriormente que para nosotros la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho en el Perú, puesto que, no está contemplada de esta manera en nuestro ordenamiento constitucional ni procesal.

Es más, los pronunciamientos de los magistrados que constituyen nuestra jurisprudencia tienen por finalidad resolver un determinado conflicto de intereses a partir del análisis de dos posturas (demandante y demandado), mas no la de crear normas jurídicas a partir de la evaluación de un caso particular. Esta lógica se admite, incluso para aquellos pronunciamientos que el propio órgano jurisdiccional declara como de observancia obligatoria, puesto que, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial admite que, con una debida motivación, cualquier magistrado puede apartarse del criterio vinculante:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

(...) En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

De acuerdo con lo regulado en la norma orgánica, esta habilita a los juzgados y salas de menor jerarquía que la Corte a Suprema a apartarse de los criterios jurisprudenciales de observancia obligatoria que esta última ha dictado a través de una debida motivación. Lo mismo sucede en el caso de los propios fallos de la Corte Suprema en los que este órgano puede apartarse de lo que ya ha señalado anteriormente. Nos queda claro entonces que el carácter vinculante no hace que una jurisprudencia se convierta en una norma jurídica de la cual el magistrado no puede apartarse bajo ningún supuesto, bajo riesgo de cometer el delito de prevaricato:

Artículo 418.- Prevaricato

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debemos resaltar que, el hecho de que la jurisprudencia no sea una fuente formal del derecho en el Perú, esto no significa que esta no sea relevante dentro de un sistema jurídico. En efecto, la jurisprudencia debe ser estudiada y contrastada porque de esa manera los operadores jurídicos conocerán el derecho vivo, los hechos, la motivación, la solución que se propone para un determinado caso y de esa manera instaurar el debate en el ámbito académico acerca de cómo se podría haber resuelto un determinado conflicto de intereses. Es tarea de la doctrina analizar instituciones y proponer alternativas de solución en perspectiva teórico, en tanto que los magistrados deben evaluar los argumentos y decidir quién tiene la razón aplicando la norma jurídica. Por tal motivo, no concordamos con lo señalado en la Guía Metodológica del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial cuando señala que los plenos son doctrina judicial, puesto que, como hemos indicado, la labor de la judicatura no es realizar doctrina a través de sus sentencias, sino resolver conflicto de intereses:

Por tanto, el acuerdo de un pleno jurisdiccional podría entenderse como una doctrina judicial o jurisdiccional, que tiene como propósito concordar jurisprudencia, lo que le otorga determinada fuerza vinculatoria, sin que pueda ser obviada injustificadamente cada vez que sea aplicada en la resolución de los procesos judiciales.

Si bien es cierto somos del parecer de que los plenos coadyuvan en la generación de predictibilidad dentro de un ordenamiento jurídico, eso no significa de que estemos de acuerdo con la idea de que los magistrados asuman un rol académico a través del desarrollo de conceptos e importación de figuras jurídicas que no han pasado por un tamiz de debate doctrina, menos aún legislativo, como lo sucedido en el caso de los daños punitivos.

Ahora bien, este planteamiento respecto a la jurisprudencia como generadora de tendencia jurídica, mas no de fuente de normar jurídicas no

puede ser replicada para el caso de los plenos, puesto que, estos no son propiamente una forma de jurisprudencia porque no se emiten para resolver un determinado caso.

Los Plenos Jurisdiccionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituye una normativa que habilita a los magistrados para reunirse y equiparar posturas respecto a un determinado tema. Estas reuniones pueden darse a nivel distrital o a nivel nacional. En cualquier caso, la finalidad es la misma: buscar seguridad jurídica y predictibilidad en los fallos.

Ahora bien, si revisamos detenidamente el referido artículo 116° advertiremos que esta normativa no declara los plenos como si fuesen de observancia obligatoria, sino únicamente indica que su finalidad es concordar jurisprudencia de su especialidad. En tal sentido, los plenos jurisdiccionales supremos o superiores no tienen fuerza vinculante, sino que cumplen una función legal clara y específica respecto de la forma en la que se debe tutelar los derechos fundamentales a partir de la generación de predictibilidad en favor del debido proceso, tal y como lo señala la Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales Superiores:

Es verdad que para la comunidad jurídica el acuerdo del pleno puede ser visto como un producto académico, pero dado lo dispuesto en el artículo 116. citado, debe comprenderse que tiene una función legal en el quehacer jurisdiccional, que consiste en procurar mayor predictibilidad en las decisiones judiciales y el consecuente fortalecimiento de la igualdad en la aplicación de la ley. (2020).

Bajo ese argumento podemos sostener que, si bien la norma pertinente no lo ha declarado como de observancia obligatoria, tampoco podría simplemente ser pasado por alto si es que alguna de las partes lo alega en el proceso porque esto atentaría contra el principio de igualdad y debida motivación que le asiste a todo justiciable. Así las cosas, los plenos

supremos o jurisdiccionales no son vinculantes para las partes, sin embargo, si son alegados debe explicarse la razón para no ser tomado en cuenta. De cualquier otra manera no tendría ningún sentido que el Poder Judicial invierta recursos en la creación de este tipo de foros.

Los plenos solo se encargan de trazar la ruta para que los operadores jurídicos tomen la decisión sobre la manera en la que deben seguir un determinado conflicto de intereses y los jueces cómo deberían resolver un determinado problema en el transcurso del proceso. Si bien los plenos no vinculan ni a los litigantes, ni a los jueces a valerse de estos para plantear o resolver la controversia, lo cierto es que su utilidad práctica amerita tomarlos en cuenta para dotar de predictibilidad al sistema.

Ahora bien, entrando al particular caso del V y VI Pleno Supremo en materia laboral y previsional, debemos tener en cuenta de forma preliminar que el artículo IV del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) prevé lo siguiente:

Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral

Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Por su parte, el artículo 40 de la propia NLPT regula la forma en la que se debe generar un precedente vinculante en esta materia: “

Artículo 40.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema

de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

De la interpretación conjunta de ambas normas advertimos que la referencia sobre la vinculatoriedad tiene que ver con los plenos casatorios, mas no con los plenos jurisdiccionales, sean supremos o de menor jerarquía. Esto se debe a que la norma señala que los precedentes vinculantes se forman a partir de la resolución de un determinado caso, a diferencia de los plenos jurisdiccionales en los que los jueces reunidos debaten sobre un punto en controversia dentro del proceso para concordar criterios, sin que ello signifique que ostenta la categoría de “precedente vinculante”.

En efecto, el pleno casatorio requiere la existencia de un recurso de casación cuestionando la decisión de una sala superior, que a su vez a resuelto sobre una decisión de mérito. En el caso particular de los temas laborales, el fondo del asunto debe ser resuelto, si se trata de una pleno casatorio, por una sala constitucional y social de la Corte Suprema, la cual se encuentra legitimada para convocar al pleno a los jueces supremos de otras salas de la especialidad, con la finalidad de que expidan un determinado precedente o varíen alguno que ya ha sido emitido.

Como bien sabemos, uno de los problemas más graves de nuestra país es la justicia impredecible y lenta. El formalismo, la burocracia y la corrupción son algunos de los factores que azota inclementemente nuestro sistema de justicia y por esta razón resulta razonable la creación de plenos casatorias que generen una determinada corriente jurisprudencial. No obstante, desde

la expedición de la NLPT la Corte Suprema no ha optado por generar precedentes vinculantes que permitan enfrentar la falta de predictibilidad en la especialidad laboral.

En lugar de ello, lo que han realizado nuestros magistrados supremos en materia laboral es celebrar “plenos jurisdiccionales supremos” en esta materia, olvidando que estos pronunciamientos no son vinculantes para los operadores jurídicos y por ello su efectividad se encuentra reducida a su mínima expresión. En efecto, debido a que los plenos jurisdiccionales no se encuentran dentro del ámbito de una sentencia casatoria producto de un proceso laboral, estos no se encuentran dentro del supuesto de hecho contenido en el artículo 40 de la NLPT.

Así las cosas, debemos tener en cuenta que el V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional no revisten el carácter vinculante de un pleno casatorio y por ende, no solo su impacto es menor a este, sino que, no resulta el mecanismo idóneo para trasplantar figuras jurídicas que ni siquiera están contempladas en el ordenamiento jurídico.

En efecto, como hemos visto anteriormente los plenos jurisdiccionales se emiten con la finalidad de crear cierta predictibilidad sobre un determinado tema, sin embargo, el propio artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha limitado su funcionalidad a un aspecto referencial, razón por la cual, no existe justificación jurídica que permita aceptar la importación de figuras a través de un pleno de este tipo.

4.2 El rol punitivo y preventivo que satisface el resarcimiento del daño moral.

Luego de haber verificado que los plenos jurisdiccionales no son una herramienta idónea para trasplantar una figura jurídica ajena a nuestro ordenamiento jurídico, no solo por no tener carácter vinculante, sino porque además la finalidad que ha previsto la norma pertinente (artículo 166° del

Texto Único Ordenado del Poder Judicial) para este tipo de pronunciamientos no es otro que generar predictibilidad y seguridad jurídica a través de reuniones en las que los magistrados debaten posturas y optan por alguna de ellas sobre un determinado tema.

No obstante, consideramos oportuno mencionar, que más allá de que la figura de los daños punitivos no haya sido introducida a nuestro sistema de una manera idónea, ello no es óbice para reconocer que efectivamente los despidos arbitrarios revisten una conducta reprochable por parte del empleador y ameritan un sistema que no solo se limite a la compensación del trabajador. Por tal motivo, la idea de prevención y punición deben estar presentes, sin embargo, debe suceder a través del resarcimiento del daño moral.

La vigencia de la responsabilidad civil está condicionada a la velocidad con la cual esta institución pueda adaptarse a nuevas circunstancias. El desarrollo frenético de la tecnología y la preocupante pérdida de valores de la sociedad, motivan a repensar el clásico rol compensatorio que -de manera exclusiva- parecería prevalecer en nuestra jurisprudencia.

Cuestiones como el principio de reparación integral del daño deben superarse y dar paso a figuras como las de *punitive damages* o alguna institución dentro de nuestro sistema que cumpla ese rol, puesto que, el contexto actual reclama por una figura con la cual se puede sancionar y prevenir desde el campo de acción privado (incluida la materia laboral).

La reparación integral es una noción que se encuentra poderosamente arraigada en nuestro medio. En efecto, cierto sector de la doctrina postula que solo podría hablarse de un remedio resarcitorio si es que este ha logrado reparar íntegramente el daño, puesto que, de lo contrario, este subsistiría y no se habría logrado volver a la víctima al estado anterior de la producción del daño (Fernández, G. 2017, pp. 43-44).

Se habla de una reparación integral porque esta debería calzar de manera exacta con el valor del daño efectivamente causado. Bajo esta lógica, ni el exceso, ni el defecto supone un resarcimiento porque generar situaciones en las que no se alcanza a cubrir el daño o se excede el valor de este produciendo el enriquecimiento injustificado de la víctima.

Lo señalado anteriormente se debe a que este principio defiende la idea de que la víctima debe ser compensada con lo justo y necesario para que el daño desaparezca. No menos que el valor del daño, pero tampoco más. No obstante, la práctica jurisprudencial nos dice que esto es una utopía cuando hablamos del resarcimiento del daño moral, toda vez que, no hay un parámetro sobre el cual determinar si se está resarciendo de forma precisa respecto del daño sufrido.

En nuestro medio se suele hacer referencia al artículo 1321 del Código Civil para legitimar la reparación integral como principio⁵. La jurisprudencia y doctrina es mayoritaria al sostener que se debe procurar la reparación integral de los daños, sin analizar la culpa del demandado como factor para graduar el resarcimiento, puesto que, lo relevante en este ámbito del derecho es procurar que la víctima vuelva al estado anterior a la producción del daño.

En esa línea de pensamiento, quienes se adhieren a la reparación integral como principio sostienen que el resarcimiento depende única y exclusivamente del daño causado, sin tomar en cuenta la reprochabilidad de la conducta del agente. Por tal motivo, el resarcimiento del daño debe asignar un valor exacto. Lamentablemente, si esta corriente doctrinal se hiciera realidad en la práctica judicial o arbitral, tendríamos como resultado innumerable demandas por enriquecimiento injustificado de la víctima,

⁵ Artículo 1321º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

puesto que, en el particular caso del daño moral, no es posible cuantificar su valor, sino simplemente estimarlo.

Nosotros nos alejamos de esta corriente doctrinal y nos adherimos a la postura que sostiene que la reparación integral ha sufrido una mutación porque en estos tiempos en donde el daño afecta valores intangibles como la reputación o la salud, la reparación integral resulta siendo anecdótica.

En efecto, el principio de reparación integral ha sido objeto de varias críticas debido a que en la práctica no compensa totalmente al que sufrió el daño. Por tal motivo, Parker expone que en el derecho comparado las sentencias camuflan la función punitiva en las sanciones que imponen en procesos de índole civil:

(...) algunos juristas franceses han postulado que los tribunales- influenciados por prácticas realizadas en muchas jurisdicciones de common law como por ejemplo Estados Unidos-, han fallado camuflando daños basados no solo en perjuicio efectivamente sufrido por las víctimas, sino también tomando en consideración el comportamiento de los agresores que deliberadamente violan los intereses de sus víctimas. (2013, pp. 398-399).

Debemos resaltar que el derecho francés no reconoce la figura de los daños punitivos como parte de sus daños resarcibles, sin embargo, la doctrina ha identificado que la jurisprudencia no siempre se limita al valor del daño, sino que trasciende sus fronteras para conceder un monto superior a este y de esa manera valerse de las funciones punitiva y preventiva de la responsabilidad civil.

En ese orden de ideas, consideramos que la idea de la prevención y punición en la tradición del *civil law* no debe ser descartada de plano porque estos no son incompatibles con la función compensatoria y el restablecimiento de la víctima al estado anterior al de la producción del daño. Esta idea ha sido

recogida también en Italia, donde la Corte di Cassazione Italiana ha declarado lo siguiente en la sentencia del 5 de julio de 2017 No. 16601:

8) (...): En el vigente ordenamiento jurídico, a la responsabilidad civil no sólo se le ha asignado la tarea de restaurar la esfera patrimonial del que ha sufrido la lesión, ya que las funciones de prevención y punición son inherentes a ella. Los *punitive damages* de origen estadounidense no son, por lo tanto, incompatibles ontológicamente con el ordenamiento jurídico italiano.

En la referida sentencia, la Corte di Cassazione ha declarado que las funciones preventiva y punitiva no son incompatibles con su ordenamiento jurídico y por tal motivo no podían dejar de reconocer la ejecutoriedad de un laudo arbitral en el que se había impuesto *punitive damages*. La única atingencia que advirtió dicho órgano jurisdiccional fue que estos hayan sido impuestos como consecuencia de la tipicidad de la norma en el ordenamiento del cual proviene el laudo arbitral.

Conforme a lo expuesto anteriormente, advertimos que el castigo y la disuasión no son incompatibles con el principio de reparación integral, puesto que, estos pueden coexistir dentro de un ordenamiento jurídico, tal y como sucede en el ordenamiento estadounidense. Pertenecer a la tradición del *civil law* no nos impide valernos de estas funciones tan relevantes socialmente como lo son el castigo y la disuasión desde la esfera civil.

La reparación integral supone un límite en el análisis del juicio de responsabilidad civil porque impide la graduación del resarcimiento en función del grado de reprochabilidad de la conducta del agente. Un análisis basado en la mera compensación le entrega un mensaje cruel e injusto a la sociedad porque le dice que aquel que mató a una niña para robar una joya debe recibir la misma sanción económica que aquel que ocasionó un accidente de tránsito y provocó la muerte de una persona. En el primer caso hubo dolo, en el segundo culpa, sin embargo, en ambos casos el daño es la

vida de un ser humano. Si nos limitásemos a la compensación, ambos casos deberían recibir un mismo resarcimiento, si aplicamos la función punitiva y preventiva de la responsabilidad civil, el primero deberá pagar un alto resarcimiento, mientras que el segundo podría-incluso- limitarse a un ánimo de compensación.

Entonces, si la función punitiva y preventiva son relevantes para desincentivar conductas reprochables en la sociedad, y en el particular caso de los plenos jurisdiccionales supremos en materia laboral y previsional que venimos comentando, la finalidad es desincentivar el despido arbitrario; no resultaba necesaria la importación de una categoría jurídica como la de los *punitive damages* porque bastaba con la graduación del resarcimiento en función de la culpa o el dolo al momento de analizar el daño moral o inmaterial.

CONCLUSIONES

1. En el Perú un pleno jurisdiccional no es la vía idónea para insertar un daño como si fuese resarcible. Esta función se encuentra reservada al Poder Legislativo.
2. El trasplante jurídico a través de un pleno jurisdiccional, sea a nivel de los magistrados supremos o superiores, resulta de sumo cuidado para los justiciables porque se alteran innecesariamente las reglas de juego. En el caso de los *punitive damages* introducidos por los V y VI plenos Supremos Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional, los accionantes que soliciten tutela alegando el resarcimiento de un daño punitivo no encontrarán sustento normativo que le permite al juez de la causa resolver este tipo de pretensión. Consideramos que, en estos casos, si bien la intención fue correcta porque se busca generar justicia y consciencia social sobre el despido incausado, la forma en la que se ha realizado es incorrecta porque no se puede reformar el sistema jurídico en el Perú por medio de la jurisprudencia.
3. Los plenos jurisdiccionales solo apuntan a generar tendencia jurisprudencial respecto de un determinado criterio interpretativo, sin embargo, no constituyen fuente de derecho, ni son exigibles respecto de los demás órganos jurisdiccionales, de acuerdo con lo regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En tal sentido, cualquier órgano jurisdiccional está legitimado a apartarse de este criterio a través de una debida motivación en caso sea invocado por las partes porque el apartamiento de un pleno no constituye prevaricato.
4. Más allá de que la declaración de los daños punitivos en el V y VI Plenos Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional no se ajuste a la metodología normativa peruana, lo relevante de este pronunciamiento es que permite evaluar el criterio de los magistrados respecto a la desincentivación de los despidos arbitrarios.

5. Para ser consecuentes con nuestro ordenamiento jurídico, los operadores jurídicos debemos tener en cuenta que la desincentivación del despido arbitrario se puede lograr a través de la aplicación de la función punitiva y preventiva de la responsabilidad civil al resarcir el daño moral a partir de una evaluación subjetiva sobre la reprochabilidad de la conducta del agente que resulte responsable por el daño cometido.
6. La aplicación de la función punitiva y preventiva no son incompatibles con la función compensatoria y estas se pueden complementar para generar un mejor sistema de desincentivos en la sociedad.
7. El desincentivo que se pretende alcanzar con los daños punitivos en los procesos laborales sobre despido arbitrario puede conseguirse si es que los operadores jurídicos plantean sus pretensiones enfocando cuantías considerables dependiendo de la afectación moral que se ha producido en el trabajador. A su vez, una pretensión de este tipo conlleva la tarea del juzgador de evaluar y motivar con un elevado estándar fáctico y jurídico sobre su procedencia o rechazo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte General*. Tomo I y II. Lima, Perú: Ediciones legales.
- Brun, P. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Cavani, R. (2016). Comentario al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. *Código Procesal Civil Comentado. Por los mejores especialistas. Tomo I*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- De Cupis, A. (1975). *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Segunda edición. Barcelona, España: Bosch.
- De Trazegnies, Fernando (2005). *La responsabilidad extracontractual. Volumen IV. Tomo II. Séptima edición*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díez-Picazo, L. (2000). *Derecho de daños*. Madrid, España: Civitas.
- Dominguez, R. (2018). *Hacia una visión integral de las funciones de la responsabilidad civil extracontractual en el resarcimiento del daño moral* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Espinoza, J. (2005). Responsabilidad civil: Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después. *Palestra*, Lima, Perú.
- Fernández, G. (2017). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs tutela resarcitoria*. Lima, Perú: Ara.
- García, S. (2019). *La función punitiva en el derecho privado*. Lima: Instituto Pacífico.
- León, L. (2017). *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- León L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material Autoinstructivo*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- Posner, R. (2000). *El análisis económico del derecho*. México D.F., México: Fondo editorial de cultura Mexicana.
- Somma, A. (2015). Introducción al derecho comparado. Traducción de Esteban Conde Naranjo. Universidad Carlos III de Madrid: Madrid, España.

Viney, G. (2007). Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad civil. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS:

- Benatti, F. (2018). *Punitive Damages y class action: apuntes de derecho comparado*. Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación. Obra dirigida por Campos, Héctor y Gabriel, José. Lima, Perú: Themis, pp. 223-252.
- Buendía, E. (2014). De la responsabilidad a la cuantificación de los daños. Mecanismos de medición del daño moral en las relaciones de trabajo y la equidad como criterio para cuantificar los daños. *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Gaceta Jurídica. Lima, Perú. Pp. 167-179.
- Campos, H. (2019). Apuntes a la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: la retórica de los punitive damages y la desnaturalización del lucro cesante. *Themis* N° 75, Lima, 203-2018.
- Campos, H. (2016). “Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos”. *Ius Et Veritas* 52. Lima, Perú.
- Dominguez, R (2018). Breves apuntes sobre la posibilidad de emplear la función punitiva de la responsabilidad civil extracontractual al resarcir el daño moral. *Actualidad Civil* (48). pp. 165-190.
- Espinoza, J. (2015). El contenido y la prueba del daño subjetivo o no patrimonial: ¿in re ipsa? *Actualidad Civil* N° 7. Lima, Perú: Instituto Pacífico, pp. 192-206.
- Espinoza, J. (2011). *Derecho de la responsabilidad civil*. Sexta edición. Lima, Perú: Rhodas.
- Fernández, G. (2015). Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. *Ius et Veritas* 386. Lima, Perú, pp. 385-404.
- Fernández, G. (2005). De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? *Themis – Revista de Derecho*. Themis, Lima, pp. 237-272.
- Fernández, G. (2001). *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law*. León, L. (compilador). Estudios sobre la responsabilidad civil. Lima, Perú: Ara. Pp. 233-277.
- León, L. (2013). El efímero encanto de “nuestro” *law and economics*. *Ius et Veritas* 47, pp. 132-151.

Ortiz, R. (1991). "Derecho comparado, más allá de la teoría o del método: una alternativa". *Themis* N° 18. Lima, pp. 29-32.

Pérez, G. (2019). Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 221-253.

Quispe, C. (2020). Los plenos jurisdiccionales supremos laborales en materia de responsabilidad civil: ¿vinculantes y necesarios? *Revista de derecho Universidad de Piura*. Vol. 21, pp. 127-155.

Saavedra, R. (2012). *El método y el rol de la comparación jurídica: Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica*. *Advocatus* 25. Lima, Perú: Advocatus. pp. 193-244.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

Azar, J. (2009). *Los daños punitivos y sus posibilidades en el derecho chileno. Memoria para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Chile. Recuperado de: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-azar_j/pdfAmont/de-azar_j.pdf

Buendía, E. (2016). Un Alegato a favor del daño in re ipsa: A propósito de los daños a los derechos de la personalidad de la persona jurídica en el sistema jurídico peruano. *Ius 360*. Revista virtual. Consulta el 11 de julio de 2018. Recuperado de: <http://ius360.com/columnas/un-alegato-favor-del-dano-re-ipsa-proposito-de-los-danos-los-derechos-de-la-personalidad-de-la-persona-juridica-en-el-sistema-juridico-peruano/>

Campos, H. (2015). Anotaciones sobre la responsabilidad civil por actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano. *Recuperado de:* <https://works.bepress.com/hector-campos/20/>

Fernández, G. y León, L. (2005). *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*. Lima, Perú. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15094>

Flores, J. y otros (2018). *La aplicación de los daños punitivos establecidos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional: su legalidad y sus consecuencias para los empleadores*. Trabajo de investigación para optar el grado académico de maestro en derecho de la empresa. Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Recuperado de: https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/623907/flores_ej.pdf?sequence=11&isAllowed=y

León, L. (2004). Weak legal culture & legal transplants unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa. *Derecho & Sociedad* N° 24. Lima, pp. 348-357. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16992/17291>

Merino, R. (2013). El pleno casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados. Recuperado de: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc25042013-182803.pdf

Merino, R. (2010). Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del desarrollo de la industria. *Gaceta Civil y Registral*. Tomo 107, pp. 215-242. Lima.

Monroy, R. (2015). *La resurrección de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. resarcido de daños a la institución de la responsabilidad civil a través de la diferenciación de remedios. Tesis para optar el título profesional de abogado*. Lima: Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho.

Lima. Recuperado de:

http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1438/1/monroy_prs.pdf

Morgan, F. y Boedecker, K. (1997). "Punitive Damages after BMW v. Gore (1996)". En: *Journal of Public Policy & Marketing*. 1997, Vol. 16, No. 1, pp. 163-172.

Recuperado de:

<http://www.jstor.org/stable/30000434>

Parker, M. (2013). Changing tides: the introduction of punitive damages into the french legal system. *Georgia Journal of International and Comparative law*, pp. 390-342.

<https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1041&context=gjicl>

Poder Judicial (2020). Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales Superiores. Recuperado

de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd407e8040a418ac8dbcdbd6976768c74/Gu%C3%ADa+Metodol%C3%B3gica+de+Plenos+Jurisdiccionales+Superiores.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd407e8040a418ac8dbcdbd6976768c74>

Saavedra, R. (2014). *Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual. Estrategia de precios v. estrategia de sanciones: Primera parte*. Themis Revista de Derecho N° 66. Pp. 263-283. Perú. Recuperado de:

revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/12699/13252

Saavedra, R. (2014). ¿Dónde existe un remedio existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo "ubi remedium, ibi ius". *Forseti* N° 2. Pp. 111-131. Recuperado de:

http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/12_SAAVEDRA.pdf