

Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano¹

Leysser L. León(*)

CAS. N° 949-95

El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario o en su defecto a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador.

CAS. N° 1070-95

Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que éste es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

CAS. N° 1125-95

La impugnada emite una errada apreciación conceptual del daño moral al señalar que éste no teniendo contenido patrimonial, no puede ser expresado en términos económicos, toda vez que el daño material no ha sido probado; por lo que, de esta manera, se desconoce la autonomía del daño moral como auténtico instrumento reparador del perjuicio ocasionado en la víctima cuando dicho daño efectivamente se ha irrogado.

¹ El artículo ha sido publicado originalmente en Revista Peruana de Jurisprudencia 2003 N° 23.

* Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italiana por la Università per Stranieri de Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil de la Scuola Superiore “Sant’Anna” di Studi e di Perfezionamento (Pisa, Italia). <http://www.geocities.com/leysser>.

CAS. N° 31-96

Si bien es cierto que en doctrina se discute la reparación económica del daño extrapatrimonial, aparece del texto de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil vigente que el legislador optó por dicha solución, decisión a la que debe atenerse el Juzgador conforme a los artículos Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Séptimo del Título preliminar del Código Civil.

CAS. N° 231-98

El daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta a los derechos de la persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia. Para interponer demanda sobre indemnización de daño moral, la norma procesal no exige vía previa.

CAS. 399-99

Todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo padece, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente a sueldo y medio por un año de servicio, con un tope máximo de remuneraciones. Este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional, como aquella que cubre la totalidad de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que se consiga directamente o indirectamente por la resolución del contrato.

Otro sector de la doctrina opina que la indemnización tarifaria sólo involucra el aspecto laboral, mas no el civil.

Las legislaciones modernas acogen restringidamente el daño moral por las dificultades que ella presenta como el de determinar el quantum de la reparación.

Comentario

Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano

SUMARIO: 1. PROPÓSITO Y JUSTIFICACIÓN.- 2. PREMISA SOBRE LA REDACCIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS EN EL PERÚ.- 3. DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA: PRIMER DESLINDE.- 4. EL SISTEMA FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN LA NORMATIVA PERUANA: DAÑO MATERIAL E INMATERIAL (MORAL).- 5. AUTONOMÍA DEL SISTEMA ALEMÁN: DAÑO PATRIMONIAL Y NO PATRIMONIAL.- 6. LA EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA ITALIANO: HISTORIA OFICIAL DEL DAÑO A LA PERSONA.- 7. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: LA INFORMALIDAD LEGISLATIVA Y SUS CONSECUENCIAS.- 8. ALTERNATIVAS DE INTERPRETACIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN VIGENTE.- 9. CÓMO NO HACER LAS LEYES CIVILES: EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE LA COMISIÓN ALTERINI.- 10. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

1. PROPÓSITO Y JUSTIFICACIÓN.

En dos de mis últimos trabajos⁽²⁾ he dedicado amplios espacios al estudio del tema de la distinción entre el daño moral y el daño a la persona, de inevitable evaluación en todo estudio general sobre la responsabilidad civil que tenga como base la normativa de nuestro Código Civil.

Desde cierto punto de vista, mis investigaciones anteriores han servido de anuncio a la tesis que trataré de sustentar exhaustivamente en las páginas que siguen: la absoluta inutilidad del “daño a la persona” en el Código civil peruano.

Confieso que estaba lejos de vislumbrar semejante conclusión.

En primer lugar, mis investigaciones anteriores fueron efectuadas en Italia, con las naturales limitaciones bibliográficas que impedían un pronunciamiento informado sobre el estado de la cuestión en el Perú.

En segundo lugar –y recordando algo a lo que me he referido precedentemente⁽³⁾, que me servirá de apoyo para la defensa de mi tesis–, gran parte de la abundante y valiosa literatura jurídica italiana sobre el daño moral y el daño a la

² L. L. LEÓN, *Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento*, en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, año 4, núm. 18, Trujillo, 2002, pp. 1 y ss.; ID., *Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (mobbing)*, en “Proceso & Justicia”, núm. 3, Lima, 2002, p. 1 y ss.

³ L. L. LEÓN, *Consideraciones sobre los daños por homicidio*, pp. xxx y ss.; ID., *Cómo leer una sentencia*, cit., p. 182.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

persona podría carecer de todo provecho en el análisis de dos figuras demasiado ligadas al espacio y al tiempo en que se originaron, a los cuales el ordenamiento jurídico peruano –y hay que tener honestidad intelectual para reconocer que es así– es ajeno.

Pero ahora escribo con los materiales necesarios a mi disposición, y con el estímulo de las máximas jurisprudenciales citadas: un conjunto de *obiter dicta* contenidos en sentencias de la Corte Suprema que sirven de legítimo punto de partida para las reflexiones que expondré seguidamente⁽⁴⁾.

Como se aprecia, sólo en una de ellas se menciona el daño a la persona, en clara sinonimia con la expresión “daño extrapatrimonial” (Cas. 399-99).

Hasta hace muy poco, era raro encontrar textos de resoluciones judiciales citados en estudios de derecho civil peruano. La consulta de sentencias completas jamás ha sido fácil (porque solían ser inaccesibles), y cuando se dispone de ellas, están tan pobremente redactadas que se marginan a sí mismas de la reflexión emprendida por los juristas. Este es uno de los clásicos defectos de nuestra doctrina. No hay muchas páginas –en algunos casos, ni una sola– de los tratados y comentarios de Angel Gustavo CORNEJO, Eleodoro ROMERO ROMAÑA, Jorge Eugenio CASTAÑEDA y José LEÓN BARANDIARÁN en las que se rinda cuenta de fallos referidos a las instituciones analizadas.

Es más, en la actualidad circula un original libro en el que no sólo se prescinde de las sentencias, sino también, casi en la integridad de sus páginas, de las elementales referencias bibliográficas.

Francesco CARNELUTTI escribió que la consulta de textos jurídicos extranjeros podía ser útil, sobre todo, porque permitía a los lectores de un determinado sistema conocer la forma de trabajar de otros juristas, y ello, de suyo, encerraba un valioso magisterio⁽⁵⁾.

⁴ Estas máximas judiciales han sido tomadas de ASOCIACIÓN “NO HAY DERECHO”, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Lima, Ediciones Legales, 2002, pp. 594-595.

Se pueden sumar dos sentencias de primera instancia, exhaustivamente analizadas por J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, en materia de daño moral por despido injustificado (16°. Juzgado especializado en lo civil de Lima, sentencia del 17.12.1997) y de responsabilidad del fabricante de productos farmacéuticos (16°. Juzgado especializado en lo civil de Lima, sentencia del 20.7.1998). En la primera, aun cuando desvirtuada en la instancia superior, se lee: “corresponde indemnizar a la accionante porque ha sufrido un daño moral al habersele despedido injustificadamente y que su reposición declarada judicialmente se determinó luego de seis años; habiéndole este hecho producido un daño afectivo y sentimental”; y en la segunda: “limitándose el daño moral ocasionado al sufrimiento de la persona en el padecimiento de los efectos que produjeron la ingesta mencionada”.

⁵ F. CARNELUTTI, *Dell'utilità delle opere giuridiche italiane per i lettori stranieri*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, año XXI, serie II, fasc. VI, 1941, p. 307.

Creo que esta autorizada línea de pensamiento respalda la afirmación de que, por muchos años, el único libro peruano a destacar en materia de hechos ilícitos, en atención a la plenitud de su diseño, fue *La responsabilidad extracontractual*, de Fernando de TRAZEGNIES GRANDA (1987), en el que se echa de ver, sin problemas, la influencia del método de organización (mas no necesariamente de la metodología de estudio)⁽⁶⁾ de los autores franceses, en especial, de René SAVATIER y Boris STARCK.

Era natural que el profesor DE TRAZEGNIES advirtiera que la integridad de su investigación peligraba si prescindía de las imprescindibles referencias jurisprudenciales. Este diligente y encomiable convencimiento, sumado a una redacción impecable, ha hecho que la obra haya ganado la estima de uno de los más prestigiosos civilistas españoles, y ejemplo de magistrados, don Jaime SANTOS BRIZ, quien la cita en el segundo de los volúmenes de su tratado de derecho de daños⁽⁷⁾.

En la introducción a su reciente libro *Derecho de la responsabilidad civil*, Juan ESPINOZA ESPINOZA señala que opta por la alternativa de “analizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (en tanto ello sea posible) a partir de la propia experiencia nacional”⁽⁸⁾. La obra destaca por la permanente cita de jurisprudencia civil y administrativa –que es el recurso que más echan de menos los autores que han tenido la oportunidad de realizar estudios en el extranjero– y es justo considerarla como una importante contribución al progreso de los estudios de derecho civil en nuestro medio.

Por mi parte, y como premisa metodológica, me permitiré expresar algunas breves sugerencias sobre cómo escribir sobre el derecho entre nosotros.

2. PREMISA SOBRE LA REDACCIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS EN EL PERÚ.

Pensemos en la jornada habitual de un estudioso peruano del derecho –catedrático, investigador, estudiante, sin distinción–, que decide escribir sobre cierta institución, participar en alguna polémica, anotar una sentencia o redactar un comentario sobre un nuevo libro.

Aun si nos circunscribiéramos al campo del derecho civil, es sencillo advertir la muy antigua la costumbre de citar el pensamiento de juristas foráneos para reforzar (cuando no para importar) una opinión. Ello no debe generar extrañeza; así

⁶ Por metodología de estudio me refiero al modo de ver y entender el derecho, que es más bien plural en todas las obras del profesor DE TRAZEGNIES.

⁷ J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7ª. ed., vol. 2, Madrid, Ed. Montecorvo, 1993, pp. 9 nota (1), 20 nota (16), por ejemplo.

⁸ J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., p. 13.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

escribían, entre nosotros, Manuel Lorenzo de VIDAURRE, Toribio PACHECO, José de la RIVA-AGÜERO y Manuel Augusto OLAECHEA.

A mí me ha tocado comprobar la distinta forma de proceder de los investigadores europeos.

Los juristas franceses, por ejemplo, se caracterizan por la autosuficiencia absoluta; no existen traducciones al francés de obras de derecho escritas en otros idiomas (creo que una rara excepción, para nada reciente, fue la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen), y en los textos mismos, destacan por su ausencia las fuentes foráneas. Recuerdo, de todas formas, que a inicios del siglo XX existieron dos excepciones: Raymond SALEILLES y René DEMOGUE; pero el primero era un comparatista, uno de los más grandes de la historia, y el segundo una *rara avis*, que prácticamente dialogaba en sus escritos con los colegas italianos y alemanes, sin inconvenientes.

La redacción “a la francesa”, es decir, con autosuficiencia, identifica desde hace mucho tiempo a los autores argentinos, y en los últimos años a los colombianos. En el primer caso, la patología no nos interesa, siempre que ella no pierda su carácter local y nos contamine, porque hay que tener en cuenta que ha tenido la costumbre de venir de la mano con la tergiversación de las obras extranjeras que circulaban, con envidiable facilidad, en las universidades argentinas. En el segundo caso, hasta se puede postular la existencia en Colombia de un sector francófilo (pienso en casi todos los estudios dedicados a la responsabilidad civil y al derecho de las obligaciones) y otro italianista (en materia de fundamentos del derecho civil y de derecho contractual).

Los juristas alemanes fueron autosuficientes. No es exagerado sostener que se les debe la refundación del derecho romano, para pesar, y envidia, de sus colegas italianos. Hoy, sin embargo, los caracteriza una parcial e inaudita dependencia: nada de bibliografía francesa, italiana ni española, sino una alarmante apertura frente a la doctrina (¡y filosofía!) estadounidense. Werner FLUME, en su obra dedicada a la teoría del negocio jurídico puede representar una excepción, pues manifiesta gran consideración por la obra de Emilio BETTI y Renato SCOGNAMIGLIO.

Los italianos leen y citan sin problemas a los alemanes, franceses y, recientemente, a los iusfilósofos españoles y argentinos. Es de resaltar la difusión de los estudios de Gregorio PECES BARBA, Luis ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN y principalmente Carlos NINO, cuya *Introducción al análisis del derecho*, ha sido adoptada como lectura obligatoria en la Facultad de Derecho de Génova, debido a la iniciativa de Paolo COMANDUCCI y Pierluigi CHIASSONI.

Los españoles toman todo lo suministrado por los demás ordenamientos, y son los menos originales; traducen del italiano, del inglés, del francés y del alemán, y escriben sobre todo lo novedoso de otros ambientes.

Los portugueses, en fin, prefieren la doctrina italiana a la española, e ignoran la francesa; pero en Brasil existe una fuerte presencia del pensamiento alemán, además del italiano, que es consultado en su idioma original.

Dependiendo de su mayor o menor fortuna, el estudioso peruano, común y corriente, dispondrá de tales fuentes.

CARNELUTTI denunciaba que muchos consideran el estudio del derecho extranjero como un lujo de la cultura⁽⁹⁾.

Aunque el célebre autor refutaba dicha suposición –y era natural que lo hiciera, si se tiene en cuenta que era, acaso, el más traducido de los autores italianos– yo juzgo que el desmentido dictamen es verdadero.

En mi época de estudiante universitario leía frecuentemente a los civilistas argentinos; sus libros eran accesibles (mucho más que los españoles), admiraba su prosa, y los escuchaba con atención en los congresos limeños donde participaban como ponentes.

Ahora creo que la utilidad de todos esos textos, sin excepción, se limita a la información que nos pueden brindar sobre otros sistemas (especialmente, sobre el sistema francés).

Después llegaron los italianos; al inicio en traducciones al castellano, cuya pauta eran las notas de concordancia o adaptación al derecho civil español, que entorpecían la lectura (por su dimensión, que a veces hacía triplicar la del texto original, y por su absoluta extrañeza al ordenamiento jurídico peruano); posteriormente, en lengua original. A través de estas lecturas pude conocer mejor los sistemas alemán y francés; las traducciones italianas, por otro lado, se identifican por contener notas útiles, aclaradoras de términos de difícil adaptación, y referencias de índole contextual sobre los textos traducidos.

Sin perjuicio de todas estas premisas, creo que no es una desventaja contar únicamente con fuentes sudamericanas, escritas en nuestro propio idioma. Siempre que exista conciencia sobre el limitado aporte de aquéllas, el intérprete autóctono tiene plena libertad para crear y cubrir los eventuales vacíos con su sentido común, con sus propias contribuciones⁽¹⁰⁾.

⁹ F. CARNELUTTI, *Dell'utilità delle opere giuridiche italiane*, cit., p. 305.

¹⁰ Diferenciando las tesis de licenciatura (o “tesis de grado”), Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, *Prólogo* a J. P. CALLE, *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*, Lima, ARA Editores, 2002, p. 23, identifica certeramente un tipo de investigación caracterizado por su especificidad: “Se centraron en un tema, casi en una pregunta a responder. Y suele ser a esta categoría que pertenecen las [tesis] creativas. Si les falta creatividad se convierten casi en un «panfleto». No aspiran a ver ni a hacer una recopilación del íntegro de lo dicho sobre el tema. Buscan reflejar lo que piensa el autor. Tienen citas e información, pero sobre todo tienen ideas propias. Las mejores encontraron un buen tema, y una idea original que desarrollar y una respuesta nueva al tema, uno termina de leerlas y siente un «¿Cómo no se me ocurrió antes?»”.

En oposición, considero que la única manera legítima de escribir sobre el derecho en el Perú cuando se tienen al alcance de la mano, excepcionalmente, fuentes escritas en idiomas extranjeros, o de difícil acceso en nuestro medio, consiste en reproducir los enunciados que sustentan nuestras reflexiones, debidamente traducidos, de ser el caso⁽¹¹⁾.

No cabe duda de que con ello se afea la redacción, que corre el riesgo de concretizarse en una recopilación de porciones de textos, unida por meras conjunciones⁽¹²⁾.

No faltan ejemplos de esta deformidad entre nosotros, pero aquí no viene al caso recordarlos ni deben desalentarnos, con la pésima imagen que brindan del trabajo científico. En todo caso, pueden servirnos de modelos sobre cómo no se debe proceder.

Lo realmente importante es tener el cuidado de reproducir lo que sea provechoso de nuestras lecturas extranjeras, con la satisfacción de poder contribuir al conocimiento de ellas por parte de los lectores.

Con ello también pierden sentido algunos recursos técnicos de la redacción de textos científicos en general. Son clásicas, por ejemplo, las abreviaturas “v.” (véase) y “cfr.” (confróntese). Pues bien, estimo que ambas deberían ser evitadas por el estudioso peruano que dispone de bibliografía privilegiada. Yo no puedo dejar constancia de la opinión de un autor extranjero y sugerir a los lectores de mi país, con egoísmo consciente o inconsciente, que “vean” o “confronten” textos que, las más de las veces, no tienen a su disposición. Esto, como nos previene Alfredo BULLARD⁽¹³⁾, es puro afán de erudición, dirigido en gran parte a empapelar e impresionar sobre la base a la forma y la apariencia, y que puede “convertir al derecho en una suerte esquema de reglas más formales que sustantivas, donde las estrategias priman sobre los fundamentos”.

A continuación tendremos oportunidad de ver cómo uno de los pies de barro de la categoría “daño a la persona” es, precisamente, la carencia de información sobre el contexto en el que se generó; un defecto atribuible, y reprochable, a quienes la importaron de Italia.

¹¹ Un excelente modelo de redacción, si se quiere, es la obra de Julio COTLER, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, 5ª. ed., Lima, IEP, 1988.

¹² En Italia existen colecciones especialmente dirigidas a abogados, en las que se reúnen porciones de textos, muchos de los cuales solamente pueden consultarse, por su antigüedad, en bibliotecas universitarias. *Il diritto privato oggi* y la *Enciclopedia* dirigidas por el profesor de la Universidad de Trieste, Paolo CENDON (para la Cedam, de Padua), son ejemplos al respecto. Lo mismo se puede afirmar, en el terreno de los estudios jurisprudenciales, de la colección *I grandi orientamenti della giurisprudenza*, dirigida por Francesco GALGANO (también para la Cedam). Debido a su propia naturaleza, estos libros no son valorados como “publicaciones” en los concursos de cátedra.

¹³ A. BULLARD GONZÁLEZ, *¿Qué es el análisis económico del derecho?*, en “Scribas-Revista de Derecho”, año II, núm. 3, Arequipa, 1998, p. 172.

3. DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA: PRIMER DESLINDE.

El **daño moral** es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil.

En palabras de Renato SCOGNAMIGLIO, “deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”⁽¹⁴⁾.

En un reciente caso resuelto por el Tribunal de Roma (sentencia del 20 de mayo del 2002), para justificar la consideración del daño por luto al fijar la indemnización, el juez recuerda una famosa sentencia de Miguel de UNAMUNO, según la cual lo que distingue al ser humano de los demás animales es que vela a sus muertos: “el sentimiento de desconsolada postración que surge de la pérdida de un ser querido es en tal medida fisiológico y connatural a la esencia humana que el mito y el arte han forjado ejemplos inolvidables de ello: los mitos de Antígona, de Cástor y Pólux, de Orfeo y Eurídice, de Admeto y Alcestes; el *Lamento* de Jacopone da Todi, la *Pietà* de Miguel Angel, la *Mamma Roma* de Pier Paolo Pasolini”⁽¹⁵⁾.

El **daño a la persona** es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico.

De modo más restringido, el daño a la persona sería “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”⁽¹⁶⁾.

Desde esta última perspectiva, la figura se identificaría con el daño a la salud⁽¹⁷⁾. En definitiva, sin embargo, su ámbito termina dependiendo de la concepción de “persona” y “personalidad” por la que opte el intérprete.

¹⁴ R. SCOGNAMIGLIO, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147.

¹⁵ El texto de la sentencia se reproduce en “Danno e Responsabilità”, Milán, 2002, núms. 8-9, pp. 856 y ss. En este mismo número de la revista “Danno e Responsabilità”, Pier Giuseppe MONATERI, *Il brontosauo alla resa dei conti? “I will survive”*, pp. 862 y ss., ha criticado el estilo del redactor del fallo, y de los jueces italianos en general, en atención a que demuestra una “ambición de comportarse como docentes en las sentencias”.

¹⁶ M. PORTIGLIATTI-BARBOS, voz *Danno alla persona*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 150.

¹⁷ A. VITA DE GIORGI, voz *Danno II) Danno alla persona*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Roma, 1994, p. 1 (de la separata): “Con la expresión «daño a la persona» se hace referencia a las situaciones en las que un sujeto sufre una lesión a su integridad psicofísica”.

En el ejemplo clásico que se propone para explicar esta figura, si alguien destruye un retrato que es considerado de gran valor para su propietario, además de las consecuencias económicas, que podrían ser ínfimas o nulas (porque ¿cuánto, al fin y al cabo, puede valer una pintura o fotografía vieja, que no porte la firma o imagen de algún notable?), se generará una reacción negativa, un sufrimiento, en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado. Éste es el daño moral, en principio inestimable, pero que el juez debe cuantificar, en una operación ponderativa bastante delicada, y a pesar de todo, unánimemente legitimada, con o sin limitaciones, en los diversos sistemas jurídicos del mundo.

El daño a la persona es mucho más sencillo de entender; es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad. Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la ventana de un edificio cerca al cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos: se ha infringido su derecho a la integridad física (art. 2, inc. 1, de la Constitución), o bien a la protección de la salud (art. 7 de la Constitución); un comerciante individual o una empresa es insultado públicamente, y queda legitimado, por ende, a ser indemnizado por la lesión a su reputación (art. 2, inc. 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad.

Este segundo tipo de daño no tendría por qué generar problemas de comprensión. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas⁽¹⁸⁾, es natural que se pueda reclamar una indemnización en caso de lesión a éstas. Más difícil de acreditar es el primero, porque los sentimientos no pueden ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor.

Esta distinción es común en nuestro medio⁽¹⁹⁾, pero urge de precisiones.

¹⁸ L. CORSARO, “*Neminem laedere*” y derecho a la integridad, en “Proceso & Justicia”, núm. 3, Lima, 2002, p. 151; ID., *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 19.

¹⁹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en AA. VV., *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Cultural Cuzco, 1985, pp. 211 y ss.; ID., *El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942*, en AA. VV., *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, p. 252; ID., *Protección jurídica de la persona*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992, pp. 168 y ss.; ID., *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en *Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, 24, 25 y 26 de noviembre de 1993, Lima, Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994, pp. 23 y ss.; ID., *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*, en “Thémis-Revista de Derecho”, 2ª. época, núm. 34, Lima, 1996, pp. 177 y ss.; ID., *Daño al proyecto de vida*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú”, núm. 50, Lima, 1996, pp. 57 y ss.; ID., *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana actual*, en “Thémis-Revista de Derecho”, 2ª. época, núm. 38, Lima, 1998, pp. 179 y ss.; ID., *Daño moral y daño al proyecto de vida*, en “Cathedra”, año V, núm. 8, Lima, 2001, pp. 7 y ss.; ID., *El “proyecto de vida” y los derechos fundamentales en el Anteproyecto constitucional*, en “Revista Jurídica del Perú”, año LII, núm. 35, Trujillo, 2002, pp. 59 y ss.; ID., *Nuevas reflexiones sobre el “daño al proyecto de vida”*, en “Revista Jurídica del Perú”,

Para comenzar, hay que expresar que, históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados: “En **sentido estricto y propio**, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa materia perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. En **sentido lato e impropio**, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es **daño moral** en este sentido, no sólo el que se ha indicado en el estricto, sino el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan”⁽²⁰⁾.

Como se aprecia en tal concepción, el daño moral comprende aquello que hemos identificado como daño a la persona.

Sin embargo, el ilustre autor de las expresiones que se acaban de citar, Carlo Francesco GABBA (1838-1920) anotaba: “Creo admisible que se deben reparaciones pecuniarias por ofensas morales, esto es, no patrimoniales, como muertes, heridas, mutilaciones, enfermedades producidas, ofensas al honor, al decoro, al pudor y otras, que traen consigo daño patrimonial a la víctima o sus herederos, y que estos puedan pedirla, tanto *jure haereditatis* como *jure proprio*, [...]. Pero se deben resarcir **sólo** las consecuencias patrimoniales de aquellos daños, y deben valuarse por sí, no mezcladas con la reparación de la ofensa moral, por sí misma considerada.

año LII, núm. 38, Trujillo, 2002, pp. 159 y ss.; F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *De la responsabilidad no derivada de acto jurídico*, en *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*, t. I, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, pp. 413 y ss.; ID., *La responsabilidad extracontractual* (1988), reimposición, t. II, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 107 y ss.; C. CÁRDENAS QUIRÓS, *Apuntes sobre el denominado daño a la persona*, en ID., *Estudios de derecho privado*, I, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, p.113; L. TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, Lima, Grijley, 2001, pp. 57 y ss.; J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, 3ª. ed., Lima, Huallaga Ed., 2001, pp. 269 y ss.; ID., *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., p. 159; L. L. LEÓN, *Consideraciones*, cit., pp. xxiii-xxiv; ID., *Cómo leer una sentencia*, cit., p. 182.

²⁰ Así se expresaba Carlo Francesco GABBA, *Indemnización de los daños morales*, en ID., *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, vol. II, trad. del italiano por A. G. POSADA, Madrid, La España Moderna, s.a., pp. 241-242.

No admito, en cambio, que se pueda pedir como derecho civil el resarcimiento de los daños morales verdaderos y propios, ya consistan: a) en disminución de prendas personales o físicas, como la belleza, o morales como la virginidad, el pudor, la consideración pública; o b) en padecimientos, sean **físicos**, procurados a la víctima de una lesión corporal, por la enfermedad más o menos larga causada por la lesión; o por la muerte, sean **morales**, perturbación, disgusto, causados por la ofensa física o moral al ofendido o a otras personas, o, finalmente, c) en la privación impuesta al ofendido o a terceras personas, de la posibilidad de conseguir por sí mismas, o por otras, ciertas ventajas morales, como el matrimonio, la educación: todos estos daños, considerados que sean, aparte de los patrimoniales provenientes de la misma causa, creo no puedan estimarse en dinero, ni con dinero resarcirse⁽²¹⁾.

La reacción de GABBA, quien llega a sostener, en otro estudio, que el resarcimiento del daño moral es sencillamente una “imposibilidad jurídica”⁽²²⁾, es entendible. Se trata de un texto de fines del siglo XIX, escrito cuando comenzaba a difundirse en el medio italiano una creación conjunta del derecho común alemán, donde las lesiones al cuerpo y al honor legitimaban a recibir “dinero del dolor” (tal es el significado literal de *Schmerzensgeld, pretium doloris*)⁽²³⁾ y de la corriente jurisprudencial francesa del *dommage moral*. Pero el autor italiano se cuida de exigir la “necesaria distinción entre perjuicios a la persona que son resarcibles, en cuanto daños patrimoniales indirectos (muertes o heridas) y daños morales irresarcibles, porque no son capaces de lesionar el patrimonio, ni tampoco un objeto exterior y visible (disminución de valores personales, físicos o morales; dolores físicos o sufrimientos de ánimo; privación de ventajas morales)”⁽²⁴⁾.

²¹ Ibíd., pp. 263-264. Los resaltos son del autor.

²² C. F. GABBA, *Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti danni morali*, en ID., *Nuove questioni di diritto civile*, 2ª. ed., vol. I, Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca Ed., 1912, p. 241: “La imposibilidad material, por decirlo así, y en consecuencia, la imposibilidad jurídica, de valorizar en dinero estos sufrimientos, la inmoralidad de la concepción de que el dinero enjuga las lágrimas, la ausencia de un criterio preciso en la determinación de las personas que pueden sobrellevar un daño moral causado por **sufrimiento de ánimo** por daño material sufrido por otra, son las principales razones con las que he combatido, y por las cuales considero antijurídica la doctrina del resarcimiento de semejantes **daños morales**” (ambos resaltos son del autor).

²³ La expresión ya figura en el *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten* (“Código general para los Estados prusianos”) de 1791, en vigor desde 1794 con la denominación de *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (“Derecho común del territorio para los Estados prusianos”, o simplemente ALR), § 113 “*Der Betrag dieses Schmerzensgeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte, und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Kurkosten, richterlich zu bestimmen*” [“El monto del *pretium doloris* depende del grado del dolor sufrido; sin embargo, no puede ser menor a la mitad ni superior al doble del monto del costo del tratamiento judicialmente determinado”].

²⁴ La observación es de E. NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: Dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, en “Danno e Responsabilità”, Milán, 2002, núms. 8-9, 2002, p. 865.

Coincidentemente, Wenceslao ROCES (1897-1992) alegaba que la función inseparable y característica de la “indemnización” era la función de “equivalencia”, porque ella “tiende necesariamente a sustituir los valores destruidos o quebrantados por el evento dañoso con otros nuevos, que los reponen y nivelan la «diferencia» en que [...] consiste el daño. Y esta operación jurídica requiere por fuerza valores e intereses cifrables en dinero, por representar éste el valor común mediante el cual se establece la equivalencia. Sólo los bienes y derechos patrimoniales son «tasables en dinero» [...] No es que se estime inmoral o degradante cifrar en dinero los demás bienes legítimos de la persona: es que estos escapan, por esencia, a aquella posibilidad niveladora y equivalencial. [...]. En segundo término, toda demanda de indemnización por quebrantos morales, choca forzosamente contra el principio [...] de la efectividad y fijeza del daño. Precisamente por tratarse, según el consabido tópico, de perjuicios «irreparables», la alegación del daño moral no logra nunca sobreponerse a una vaguedad de contornos y a una arbitrariedad en la liquidación, que son consustanciales de su naturaleza”⁽²⁵⁾.

Una consideración similar a la de los dos autores citados ha llevado a DE TRAZEGNIES a considerar que el derecho “debe reflejar las convicciones de la comunidad en la que será aplicado. Y parecería que, en nuestro medio, el hecho de que, tratándose de situaciones particularmente dramáticas, no se abone una indemnización por daño moral sería más chocante que la idea de que, a través del daño moral, la indemnización quede convertida en un castigo”⁽²⁶⁾, y que “el mal llamado daño moral, es en realidad un daño patrimonial, económico; pero cubre todos esos aspectos en los que el menoscabo es difícil probar cuantificadamente; razón por la cual se le otorga al Juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a la que se denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al Juez la fijación de una indemnización a su criterio y facilitarle a su vez al demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama”⁽²⁷⁾.

²⁵ W. ROCES, en sus *Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el derecho español*, que figuran como apéndice a su traducción de H. A. FISCHER, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich* (Jena, 1903), publicada con el título *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1928, cit., pp. 296-297.

²⁶ F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *De la responsabilidad civil no derivada de acto jurídico*, cit., p. 414.

²⁷ F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil*, en AA.VV., *Para leer el Código Civil*, I (1984), reimpresión, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 210.

Ya José LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. IV, *Teoría general del contrato* (la obra es de 1952), Lima, WG Editor, 1992, p. 420 advertía: “Hay dificultad —claro está— en precisar en términos pecuniarios un sentimiento, un afecto, un dolor. [...]. Pero más grave que todo, más injusto, es dejar impune, en base a tales consideraciones objetantes, un daño, un mal, que se ha padecido en lo más delicado y sagrado del existir humano: el sentimiento. Esta consideración fun-

Estoy de acuerdo sólo con la primera parte de esta opinión. Basta consultar un diccionario de lengua francesa para apreciar que la primera acepción del vocablo *moral* es de valor adjetivo: “relativo al espíritu, al pensamiento (opuesto a material)”⁽²⁸⁾. En cambio, en castellano, la primera acepción del vocablo es “pertene-ciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”; en nuestro idioma, sólo la quinta acepción es “con-junto de facultades del espíritu, por contraposición a físico”⁽²⁹⁾. Por ello, no está equivocado aquel autor que insiste, elocuentemente, en que este daño no es mor-al (entendido como “ético”), sino jurídico⁽³⁰⁾. Si la “moral” es considerada como sinónimo de “estado de ánimo”, lo correcto sería hablar de daño “a la moral”.

¿Cuándo se comienza a hablar de “daño moral” en nuestro idioma?

Si nos ceñimos a la jurisprudencia española, contamos con una fecha preci-sa de reconocimiento de la figura, la cual se enuncia, por primera vez, en la sen-tencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1912, relativa a un caso de ofensa contra el honor de una dama, perpetrada por un periódico de gran circula-ción –“El Liberal”–, donde la susodicha fue acusada “de haber fugado con un fraile capuchino del que había tenido escandalosa sucesión”⁽³¹⁾. En el histórico fallo se lee: “[...] el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas ele-mentales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «pre-existentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pe-cuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas gra-ves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los *daños morales* direc-

damental aniquila la fuerza de sus contrarias, una de mero predicamento fáctico (la dificultad en la determinación del *quantum* de la reparación), otra de simple valor efectista (que los sentimien-tos no deban ser objeto de tráfico pecuniario), y la tercera, que apunta únicamente a una posibili-dad circunstancial (la especulación, el que se explote, se haga chantaje o se engendren «codicias agresivas»”.

²⁸ *Micro-Robert. Dictionnaire de la langue française*, París, Dictionnaires Le Robert, 1998, p. 854: “*Relatif à l'esprit, à la pensée (opposé à matériel)*”. Para la “ciencia del bien y del mal” se emplea el vocablo *mora-le*.

²⁹ Así consta en la 22^a. ed. (2001) del *Diccionario de la lengua española* de la RAE.

³⁰ J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Ed., 1999, pp. 39 y ss. Lo curioso es que, a pesar de las críticas, el título del volumen si-gue evocando la equívoca denominación, “a la espera de una reforma *de lege ferenda*. De un reco-nocimiento pleno de los «daños a la persona». Con o sin la presencia del dolor”, como el mismo autor señala (*ibid.*, p. 20).

³¹ La reseña del caso es de L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, Ed. Ci-vitas, 1999, p. 96.

tamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales [...]”⁽³²⁾.

Como quiera que sea, y he aquí mi discrepancia con el profesor DE TRAZEGNIES, el daño moral no es patrimonial, ni cambia de naturaleza como efecto de la cuantificación efectuada por el juez.

En este punto, la situación es similar a la que se verifica cuando toca pronunciarse con respecto a la patrimonialidad de la relación obligatoria: como se sabe, en el caso de una relación intersubjetiva, la patrimonialidad de la conducta de uno de los sujetos no conduce necesariamente (por reflejo) a que la del otro se haga patrimonial; no es seguro, entonces, que una relación de estas características merezca el amparo del derecho, ni tampoco que ambas conductas sean consideradas obligatorias. El cumplimiento de deberes derivados del matrimonio (la asistencia recíproca o la fidelidad conyugal, por ejemplo) o de la paternidad (la educación de los hijos, por ejemplo), no podría ser objeto de una contraprestación en dinero; y aunque ocurriera lo contrario, el pacto de una retribución económica no volvería patrimonial, sin más, el contenido de la relación, lo que equivale a decir que ésta no tendría relevancia jurídica como obligación⁽³³⁾.

De igual forma, y desde una perspectiva funcional, se ha logrado evidenciar una peculiar función de la responsabilidad civil en el caso del daño moral. Es pacíficamente admitido que la responsabilidad civil cumple funciones de **reparación** (o reintegración), porque aspira a “reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)”⁽³⁴⁾; de **prevención**, “en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la produc-

³² *Ibid.*, p. 97. También Wenceslao ROCES, en sus *Breves acotaciones*, cit., dedica algunas líneas al análisis de esta sentencia, y concluye (p. 298): “[...] sabido es que el «valor de afección» representa un incidente extrapatrimonial de daños materiales irrogados en cosas. Cuando el quebranto causado a éstas o su destrucción o pérdida asuma figura de delito, no se eximirá el causante con la verdadera «indemnización»: resarciendo al lesionado el «interés», o sea, el valor que la cosa represente dentro de su patrimonio, sino que, en castigo y por modo excepcional, deberá reparar también en lo posible el quebranto afectivo que el perjudicado sufra. Mas, aquí estamos ya fuera de la órbita conceptual del «daño civil» y del concepto genuino de «indemnización»”.

³³ Como señala C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 4, *L'obbligazione* (1990), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 82, “el deber jurídico privado de contenido patrimonial no está comprendido en la noción normativa de obligación, pero siempre que tenga un válido título, legal o negocial, es siempre un deber jurídicamente vinculante y su regulación puede deducirse en vía analógica de la regulación dictada para las obligaciones”.

³⁴ L. CORSARO, voz *Responsabilità civile* I) *Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, 1991, p. 2 (de la separata).

ción de eventos dañosos para otros”⁽³⁵⁾; de **punición**, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de **distribución**, porque “la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido”⁽³⁶⁾.

Para el caso del daño moral, se ha sostenido que la función de la responsabilidad civil es más bien **aflictivo-consolatoria**, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de “reparar” éste, en sentido estricto: “La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél”⁽³⁷⁾. Adolfo DI MAJO, conformemente, prefiere hablar de **función compuesta**, porque, “por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un **beneficio económico** –y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin– y, por otro lado, para **sancionar** el comportamiento del responsable de la infracción”⁽³⁸⁾.

Por la misma razón, hay que admitir que es cuestionable hablar de resarcimiento o de indemnización del daño moral⁽³⁹⁾, y que estamos más bien ante una

³⁵ *Ibíd.*, *loc. cit.*

³⁶ *Ibíd.*, p. 3 (de la separata).

³⁷ G. FERNÁNDEZ CRUZ, *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del “civil law”)*, en G. ALPA y otros, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, Lima, ARA Editores, 2001, p. 270. Por función “satisfactoria”, el autor entiende (p. 278) la “garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés”.

Para un análisis de las tres posibles funciones del resarcimiento (punitivo-aflictiva, resarcitoria y consolatorio-satisfactoria), en el caso del daño no patrimonial, se puede consultar M. FRANZONI, *La función del resarcimiento del daño no patrimonial*, trad. del italiano de G. FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser L. LEÓN, en “De Iure”, año 1, núm. 1, Lima, 1999, pp. 21 y ss.

En opinión de Luigi CORSARO, *Concetto e tipi di danno*, en P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Nápoles, ESI, 1997, p. 656, la ley admite la conversión a una suma de dinero del daño no patrimonial, “en virtud de las finalidades compensatorias que persigue el sistema resarcitorio”.

³⁸ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3ª. ed., Milán, Giuffrè, 2001, p. 249.

³⁹ En castellano, “indemnizar” es sinónimo de “resarcir” (siempre según la 22ª. ed. del Diccionario de la RAE). En alemán se distingue entre *Schadensersatz* y *Entschädigung*, y lo mismo, por derivación, en italiano, *indennità* y *risarcimento* (y también existe *indennizzo*). Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos, y a la que dedicaré un

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

mera satisfacción⁽⁴⁰⁾ “que el juez cree oportuno asignar al agraviado para mitigar el quebranto que el mal causado le produce –«los duelos con pan son menos»–”⁽⁴¹⁾.

Para aclarar los términos aquí empleados, así como el planteamiento que me parece apropiado para tratar de toda esta problemática, creo que es conveniente rendir cuenta de la historia del “daño moral” y del “daño a la persona”.

4. EL SISTEMA FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN LA NORMATIVA PERUANA: DAÑO MATERIAL E INMATERIAL (MORAL).

No reviste ninguna dificultad analizar el sistema francés. La distinción tradicional es más bien sencilla: están los daños materiales, que afectan los bienes del individuo, y los daños inmateriales, o morales, que afectan todo lo que no pueda considerarse en el campo anterior⁽⁴²⁾.

Se ha sostenido que los trabajos preparatorios del *Code Napoléon* no permiten deducir con certeza que los legisladores hayan tenido la intención de prohibir una expansión del concepto de *dommage* a los daños morales⁽⁴³⁾. A fin de cuentas, en el art. 1382 de dicho Código se menciona el término *dommage* a secas (“Todo hecho del hombre que causa un daño a otro obliga aquel por cuya culpa se ha producido a repararlo”), y no existe impedimento para una interpretación amplia⁽⁴⁴⁾. No obstante ello, hay quien advierte que con tal proceder los redacto-

futuro trabajo de investigación. Por ahora me limitaré a expresar que *risarcimento* es todo cuanto se debe a título de responsabilidad por daños; *indennità* es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido injustificado, etc.

⁴⁰ La segunda acepción de este vocablo es “Razón, acción o modo con que se sosiega y responde enteramente a una queja, sentimiento o razón contraria”, según la citada 22ª. ed., del *Diccionario* de la RAE.

⁴¹ Así se expresaba W. ROCES, en sus *Breves acotaciones*, cit., pp. 298-299; y entre nosotros, sin citar el original, J. LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. IV, *Teoría general del contrato*, cit., p. 428.

⁴² R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª. ed., t. II, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 92, anota “Entendemos por daño **moral** todo sufrimiento humano que no es resultado de una pérdida **pecuniaria**”. El ilustre civilista francés define la figura en oposición al *dommage pécuniaire* (el daño “pecuniario”).

⁴³ H. y L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. I, París, 1931, p. 262. La cita es de Giovanni Battista FERRI, *Il danno a la salute e l'economia del dolore*, en AA.VV., “*Turis vincula*”. *Studi in onore di Mauro Talamanca*, Nápoles, Jovene, p. 212 (de la separata).

⁴⁴ Es usual la cita del civilista belga F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XX, § 395, p. 525: “El artículo 1382 habla de daño en términos absolutos, sin comportar ninguna distinción; así pues, todo daño debe ser reparado, tanto el daño moral cuanto el daño material. El espíritu de la ley no deja ninguna duda: se quieren salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes; ¿o acaso

res del *Code* “se situaban dentro del más riguroso pensamiento romano, acogiendo como reparable únicamente el daño material y abandonando la idea antigua de «satisfacción» para el daño moral porque su carácter vindicativo de pena la excluía del campo estricto del moderno derecho civil”⁽⁴⁵⁾.

A pesar de todo, luego de la entrada en vigor del *Code*, se desataron “una serie de polémicas y discrepancias en la doctrina, las cuales dividieron a los estudiosos. Algunos negaron la posibilidad de resarcir un daño moral, dado que no parecía concebible dar una valorización en dinero a bienes (el honor, los sentimientos, etc.), que por su naturaleza «inmaterial» no daban la impresión de ser susceptibles de una valorización en términos pecuniarios. Otros, en cambio, afirmaban, sea la plena resarcibilidad de los daños morales, sea (según las llamadas teorías «mixtas») la posibilidad de su resarcimiento limitado a ciertas hipótesis”⁽⁴⁶⁾. Las teorías mixtas –refiere Giovanni Battista FERRI– admitían la reparación del daño moral sólo cuando éste tenía un consecuencia material, pero era evidente que así se terminaba sosteniendo que el perjuicio moral no podía ser reparado, y que únicamente el daño moral concedía derecho a la indemnización⁽⁴⁷⁾.

Al final, y pasadas las referidas incertidumbres, la jurisprudencia francesa reconoce que el daño moral es resarcible. Para estos efectos, la noción de la categoría que los jueces emplean es bastante amplia, conforme a la indicada por GABBA. Desde esta perspectiva, entonces, es dado afirmar que el daño a la persona, según la definición aquí brindada (porque la expresión es desconocida en la doctrina francesa)⁽⁴⁸⁾, queda comprendido en el daño moral. Este es un sistema que ha funcionado sin inconvenientes por más de ciento cincuenta años.

Hay que destacar, asimismo, que los autores franceses no hablan de “patrimonio”: la distinción entre daño material e inmaterial es prácticamente objetiva.

Esta clasificación, que distingue los daños materiales de los inmateriales, cobró gran ascendencia en la doctrina argentina, incluso en el pensamiento del legislador VÉLEZ SARSFIELD. La confusión terminológica en esta área –cuyos efectos parecen haberse reflejado, en no escasa medida, entre nosotros– comienza con la importación de las expresiones “daño patrimonial” y “daño no patrimonial” o

nuestro honor, nuestra consideración, no son los más preciosos de los bienes? El pasaje es reproducido por H. A. FISCHER, *Der Schaden*, ed. cit., p. 242, y nota 9, y E. NAVARRETTA, *Art. 2059 e valori costituzionali*, cit., p. 871, nota 47.

⁴⁵ F. DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, p. 98, y allí, importantes referencias al derecho romano. También C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, cit., p. 189, brinda indicaciones al respecto.

⁴⁶ G. B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, cit., pp. 212-213.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 213.

⁴⁸ A pesar de esta simple constatación, hay quien ve el daño a la persona, y nada más que el daño a la persona, en la doctrina y jurisprudencia francesa: C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, cit., pp. 190-191.

“extrapatrimonial”, tomadas del sistema italiano, que las recoge, a su vez, del derecho alemán. Hay entre los argentinos quienes han llegado a apuntar, tautológicamente y aparatosamente, que “el daño extrapatrimonial o moral [...] se caracteriza por su proyección moral, sea que el hecho generador lesione un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial”, y a renglón seguido (!), que “la persona es un proyecto de vida [...] y todo lo que afecte a ese proyecto configura daño a la persona. Se le denomina también daño no patrimonial, biológico, a la salud, extraeconómico, a la vida de relación, inmaterial, a la integridad sicosomática, no material”⁽⁴⁹⁾.

5. AUTONOMÍA DEL SISTEMA ALEMÁN: DAÑO PATRIMONIAL Y NO PATRIMONIAL.

Conviene empezar recordando, aunque sea reiterativo, la importancia del concepto “patrimonio” (*Vermögen*) en la doctrina civilista alemana, desde la época de los pandectistas. El patrimonio es una de las primeras instituciones estudiadas en los tratados dedicados al *allgemeiner Teil* (a la “parte general”) del BGB, y es así como se habla de atribución patrimonial (*Vermögenszuwendung*), de negocios jurídicos de atribución patrimonial (*Zuwendungsgeschäfte*), de patrimonialidad de la prestación (*Vermögensleistung*) y de patrimonialidad del interés en la prestación (*Vermögensinteresse*), sólo por citar dos ejemplos.

En palabras de Hans A. FISCHER, el patrimonio es “el conjunto de los derechos evaluables en dinero que corresponden a una persona”⁽⁵⁰⁾; para Andreas VON TUHR, constituye “un poder económico, que ofrece los medios materiales para la consecución de los fines de la vida individual”⁽⁵¹⁾.

Teniendo en cuenta el carácter fundamental de esta idea, alrededor de la cual giran muchas otras categorías, la hora de distinguir los daños, la clasificación propuesta diferencia el daño patrimonial (*Vermögensschaden*) del daño no patrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

⁴⁹ A. A. ALTERINI, O. J. AMEAL y R. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 216- 217. Para la enumeración de otros dislates, me permito remitir a mi trabajo *Consideraciones sobre los daños por homicidio*, cit., pp. x-xi, y la nota (5).

⁵⁰ H. A. FISCHER, *Der Schaden*, ed. cit., p. 6.

⁵¹ A. VON TUHR, *Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil* (Berlín, 1923), trad. al castellano (*Derecho civil. Parte general*) de W. ROCES, México, Porrúa, 1945, p. 46. Es así como se habla de derecho civil patrimonial, que es expresión conocida en castellano; recuérdese, si no, el título del famoso manual de Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (la 5ª. ed., para Civitas de Madrid, es de 1996).

Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por G. IUDICA y P. ZATTI, Milán, 1998, p. 40, observa que el paso de la concepción “material” a la concepción “patrimonial” acompaña la formación del moderno derecho de la responsabilidad, en consonancia funcional con la economía de mercado.

Karl LARENZ escribe que “el daño a indemnizar se determina normalmente **según la persona y el patrimonio del que tiene derecho a la indemnización**”⁽⁵²⁾, y se encarga de formular esta distinción como sigue: “Daño «material» es el daño patrimonial que puede originarse directamente en forma de privación, menoscabo o deterioro de un **bien patrimonial**, o indirectamente, p, ej., en forma de pérdida de adquisiciones o de ganancias o de causación de gastos necesarios originados por el daño. Daño «inmaterial» o «ideal» es el daño directo que alguien sufre en un **bien de la vida** (como la salud, el bienestar corporal, la libertad, el honor) **que no puede ser valorado en bienes patrimoniales**”⁽⁵³⁾.

La distinción consta en el BGB, donde originalmente se hacía referencia explícita a los daños no patrimoniales en los §§ 253, 847, 1^{er}. párrafo, y 1300⁵⁴.

“§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse compensación (*Entschädigung*) en dinero, si el daño inferido es no patrimonial”.

“§ 847. En caso de lesión al cuerpo o a la salud, y también en caso de privación de la libertad, el perjudicado puede reclamar una compensación equitativa en dinero, incluso por el daño que no sea daño patrimonial. Este derecho no es transmisible ni pasa a los herederos, a menos que sea reconocido contractualmente o deducido en juicio.

El mismo derecho asiste a la mujer contra quien abuse, con delito o falta de su moralidad o la seduzca, valiéndose de fraudes o amenazas o abusando de la superioridad de que goza sobre ella”.

“§ 1300. Si una mujer sin tacha se entrega a su prometido, concurriendo los requisitos de los §§ 1298 o siguientes, puede exigir que se le compense en dinero, en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido por consecuencia de aquella acción.

Este derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos, a menos que se halle reconocido contractual o deducido en juicio”.

⁵² K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, trad. al castellano (“*Derecho de obligaciones*”) por J. SANTOS BRIZ, t. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, p. 196. El resalto es del autor.

⁵³ *Ibid.*, pp. 194-195. El resalto es del autor, quien aclara, a renglón seguido (p. 195) que “la infracción de uno de los bienes «ideales» indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable en dinero, p. ej., en forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o pérdidas en los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación a la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado”.

⁵⁴ En todos los casos, traduzco *Entschädigung* como “compensación”, para no confundirla con nuestra indemnización o resarcimiento (que sería *Schadensersatz*). Véase cuanto he referido, *supra*, nota 37.

Hace ya tiempo que el § 1300 fue derogado; en cuanto al § 847, su texto ha sido recientemente fusionado con el del § 253, conforme a la *Zweites Gesetz zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (la 2ª. Ley modificatoria de las disposiciones en materia de indemnización), del 19 de julio del 2002, en vigor desde el 1 de agosto del 2002. En consecuencia, la nueva norma reza como sigue:

“§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse una compensación en dinero (*Entschädigung in Geld*), si el daño inferido es no patrimonial.

En caso de que se debiera una indemnización (*Schadensersatz*) a causa de un daño por causa de una lesión al cuerpo, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, se puede reclamar una compensación razonable en dinero (*eine billige Entschädigung in Geld*) aun por el daño no patrimonial”.

Lo importante es señalar que la terminología alemana fue acogida en el derecho italiano; primero por la doctrina, luego por la jurisprudencia, y finalmente por el legislador. En el art. 185 del Código Penal de 1930 se establece que “Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al culpable al resarcimiento y a las personas que, según las leyes civiles, deben responder por el hecho de aquél”; y en el art. 2059 del Código Civil se señala que “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”.

Salvatore PATTI, uno de los más insignes estudiosos italianos del derecho alemán, define el “daño patrimonial” como la pérdida experimentada por un sujeto en su patrimonio a causa de un determinado evento lesivo, aun cuando dicha pérdida fuera debida a un perjuicio contra su persona⁽⁵⁵⁾. Massimo BIANCA hace otro tanto con el “daño no patrimonial”, que concibe como “la lesión de intereses no económicos, es decir, la lesión de intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica”⁽⁵⁶⁾.

El mismo PATTI hace ver que el término “patrimonio” debe ser entendido como “suma de las capacidades de una persona, como *potentia*, es decir, como conjunto de posibilidades atribuibles a un sujeto”⁽⁵⁷⁾; de tal forma se evita incurrir en la errónea idea de que los sujetos que no son titulares de bienes no pueden sufrir daños patrimoniales.

⁵⁵ La definición es de Salvatore PATTI, voz *Danno patrimoniale*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile*, vol. V, Turín, Utet, 1989, p. 91, siempre sobre la base de K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, 13ª. ed., Múnich, 1982, pp. 442 y ss., e ID., *Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*, en *Festschrift für Nipperdey*, t. I, Múnich-Berlín, 1965, pp. 489 y ss.

⁵⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166.

⁵⁷ S. PATTI, voz *Danno patrimoniale*, cit., p. 90.

Es evidente que conforme a la clasificación alemana, el daño no patrimonial comprende tanto el daño moral cuanto el daño a la persona.

Sin embargo, y como producto de la lectura poco atenta de la bibliografía francesa, alemana⁽⁵⁸⁾ e italiana, en Argentina se habla de daño patrimonial y extrapatrimonial (distinción alemana), intercalando elementos de la primigenia, y menos elaborada, clasificación entre daños materiales e inmateriales (francesa)⁽⁵⁹⁾, y de la versión italiana.

Bástenos citar, como ejemplo de esta mala lectura, a Eduardo ZANNONI, quien entiende que el daño patrimonial es “la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir, sobre los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende, **le pertenecen**”, mientras que el daño no patrimonial “en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un **interés no patrimonial**, o sea que guarda relación a un **bien no patrimonial**”⁽⁶⁰⁾.

6. LA EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA ITALIANO: HISTORIA OFICIAL DEL DAÑO A LA PERSONA.

Como he expuesto, también en el sistema italiano el daño se distingue en patrimonial y no patrimonial. Recapitularé, con didácticas expresiones de Luigi CORSARO, que el primero “está constituido por las consecuencias desfavorables de naturaleza económica de una determinada lesión. Es indiferente, desde este punto de vista, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien o del interés lesionado, porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial: piénsese en la pérdida de clientela sufrida a causa de la publicación de una noticia en un periódico, que luego se revela como no verdadera, que provoca descrédito a su actividad profesional. El

⁵⁸ Hay que recordar que el tratado de VON TUHR dedicado a la parte general del BGB, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (1910-1918), fue traducido al castellano por Tito RAVÀ para la editorial Depalma, de Buenos Aires, y se publicó entre los años 1946 y 1948. Allí hay referencias al patrimonio y a los daños patrimoniales y no patrimoniales. Sin embargo, lo más probable es que la confusión terminológica se haya debido a la lectura de textos italianos.

⁵⁹ Aunque en la definición brindada por LARENZ se emplean las expresiones “material” e “inmaterial”, estas tienen un mero valor adjetivo, y no técnico, ni clasificatorio, como sí ocurre en la doctrina y jurisprudencia francesas. Como tengo escrito en otro lugar, *Consideraciones sobre los daños por homicidio*, cit., p. xii, nota (9), en el diccionario jurídico de Carl CREIFELDS, 11ª. ed., München, C. H. Beck, 1992, p. 993, el “daño no patrimonial” es adjetivado con las voces “ideal” o “inmaterial”.

⁶⁰ E. A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 60, 287-288.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

bien quebrantado es no patrimonial: la reputación del profesional, pero su lesión también produce consecuencias de naturaleza patrimonial.

El daño no patrimonial, entendido en una acepción restringida, consiste en el dolor, en el sufrimiento, físico o espiritual, que la persona sufre por efecto del evento lesivo (y a este fenómeno se da, normalmente, el nombre de daño moral, a veces denominado daño moral subjetivo); entendido en una acepción lata, comprende todas las situaciones negativas de naturaleza no económica del evento lesivo (consecuencias que no son susceptibles de una evaluación objetiva y directa en dinero). En esta categoría cobran relevancia las consecuencias no patrimoniales de la lesión de la persona y de los llamados derechos de la personalidad. Estas se concretan en el sufrimiento psicofísico, en la perturbación del ánimo, en el descrédito, en la pérdida de prestigio, etc., que la persona sufre a consecuencia del hecho ilícito de otro. También el Estado y los entes en general están legitimados a accionar judicialmente para el resarcimiento del daño no patrimonial, identificado en la pérdida de prestigio, en el perjuicio moral sufrido por el hecho ilícito-delito de sus propios dependientes”⁽⁶¹⁾.

Pero el daño a la persona no tiene ningún valor especial como categoría en el sistema italiano.

Yo me conformaría con repetir aquí una opinión de Davide MESSINETTI: “si el concepto de persona no puede ser «socialmente» domado a través del concepto de responsabilidad, el daño a la persona no puede ser construido como un «daño especial» (ni como un sistema de «daños especiales»)”⁽⁶²⁾, pero prefiero abundar, aunque sea brevemente, en algunos aspectos históricos.

Es cierto que la expresión cuestionada figura en el Código Civil de 1942, en el art. 2057: “Cuando el daño a las personas tiene carácter permanente la liquida-

⁶¹ L. CORSARO, *Concetto e tipi di danno*, cit., pp. 655-656.

⁶² D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona*, en “Rivista Critica del Diritto Privato”, año X, núm. 2, Nápoles, 1992, p. 189.

Esta línea de pensamiento es compartida por C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 57: “La unificación de los problemas del daño a la salud y de la protección resarcitoria de los derechos de la personalidad no es, empero, convincente, sobre todo por razones funcionales. [...] las funciones de la responsabilidad en los dos casos son diferentes: en la protección de la salud predomina la exigencia de solidaridad a la víctima; en el segundo campo impera una finalidad esencialmente satisfactoria-punitiva. Tampoco el argumento constitucional puede asumir idéntico peso, porque para los derechos de la personalidad, a diferencia de cuanto ocurre con respecto a la salud, el interés típicamente subyacente a la conducta agresiva es de igual relevancia al de la víctima, y se concreta, sustancialmente, en la libertad señalada en el art. 21 Cost. Por otro lado, también la comparación muestra la predominancia de soluciones que diferencian netamente las dos hipótesis, en el sentido de aplicar la normativa ordinaria al daño (no patrimonial) a la salud, y de limitar, en cambio, la resarcibilidad del daño (no patrimonial) por lesión de los llamados derechos de la personalidad a las hipótesis en que subsista un particular grado o cualidad de culpabilidad de la conducta lesiva”.

ción la puede realizar el juez, tienen en cuenta las condiciones de las partes y la naturaleza del daño, bajo la forma de una renta vitalicia. En dicho caso, el juez dispone las medidas necesarias”, pero nada de esta disposición permite considerar que tenga algún valor sistemático; es más, dos de los primeros escritos en los que aparece la expresión, y sin mayores pretensiones, son voces enciclopédicas del decenio 1950-1960, debidas a Mario PORTIGLIATTI-BARBOS⁽⁶³⁾ y Guido GENTILE⁽⁶⁴⁾. A este último autor se debe la opinión de que “la valorización del daño a la persona plantea el más arduo de los problemas del vasto campo de la responsabilidad civil”.

En ambos trabajos, y en los escasos estudios dispersos, el daño a la persona no sirve más que como una locución para identificar el daño a la integridad psicofísica. A ello se debe, tal como hemos dicho, que este daño haya sido asimilado al daño a la salud.

En un intento de aprovechar al máximo el sentido de la expresión, Pier Giuseppe MONATERI⁽⁶⁵⁾ sostiene que el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipos distintos de daño, sin importar si estos son asumidos como resarcibles o no:

- a) Daño a la salud psicofísica con reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna manera, repercusiones negativas en el rédito futuro del sujeto lesionado.
- b) Daños a la salud psicofísica independientes de reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de lesiones psicofísicas individuales, y por lo tanto, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado, en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos negativos en el patrimonio o en el rédito de dicho sujeto.
- c) Daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna manera, tienen una influencia negativa en el rédito monetario del damnificado.
- d) Daños por sufrimientos (del tipo *sub c*) independientes de reflejos pecuniarios: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados

⁶³ M. PORTIGLIATTI-BARBOS, voz *Danno alla persona*, cit. En este estudio puede verse alguna bibliografía previa, exclusivamente compuesta por escritos menores.

⁶⁴ G. GENTILE, voz *Danno alla persona*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milán, Giuffrè, 1962, pp. 634 y ss.

⁶⁵ Aquí y en adelante, P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por R. SACCO, Turín, Utet, 1998, pp. 475-476.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

en cuanto tales, que no se traducen en consecuencias monetarias negativas.

En el derecho italiano –expone, con minuciosidad, el profesor de la Universidad de Turín–, el área de los daños *sub a*) y *sub c*) está comprendida en la categoría de los daños patrimoniales resarcibles en virtud de la cláusula normativa general sobre la responsabilidad por hecho ilícito. “Al área *sub d*) se le ha venido imponiendo la etiqueta afrancesante de daños morales, o bien la etiqueta germanizante de daños no patrimoniales. Estos daños son resarcibles dentro de los límites impuestos por el art. 2059 c.c. Dado su carácter, hay quienes prefieren hablar de indemnización, y otros de pena. El área de los daños *sub b*) fue descuidada por mucho tiempo. La bipartición, aparentemente exhaustiva, entre daños patrimoniales y no patrimoniales impedía considerar de manera autónoma dichos daños. Ellos tenían que entrar, forzosamente, en una u otra clase, y si no existían repercusiones en el rédito, [...] debían ser equiparados a las aflicciones y a los malestares de ánimo, y resarcidos, en consecuencia, dentro de los límites del art. 2059 c.c. [...] Para los tipos de daño señalados *supra*, *sub b*) ahora predomina el nombre de daño biológico o daño a la salud, y estos se consideran resarcibles fuera de los límites del art. 2059 c.c.”⁽⁶⁶⁾.

MONATERI es particularmente crítico con la distinción, y llega a postular su falsedad. Para ello se sirve del análisis histórico, y refiere: “la locución «daño no patrimonial» no es autóctona, sino importada y calcada del alemán *nicht Vermögensschaden*. Sólo que el BGB contiene en su parágrafo 253 la disposición en virtud de la cual «por un daño que no es daño patrimonial se puede pretender el resarcimiento en dinero solamente en los casos determinados por la ley» (norma que fue calcada en el art. 2059 c.c.), pero dispone expresamente en su parágrafo 847: “En caso de lesión del cuerpo o de la salud, y también en el caso de privación de la libertad, el afectado puede pretender un resarcimiento equitativo en dinero también por el daño que no es daño patrimonial” (norma que, para mala suerte, fue olvidada en el trasplante)”⁽⁶⁷⁾. Luego, convencido de su propósito, afirma que para desvirtuar la bipartición es suficiente probar que existe un supuesto que no pertenezca necesariamente a alguna de los dos rubros. Y aquí, ni más ni menos, radicaría el talón de Aquiles de la distinción, porque existen daños a la integridad física que no tienen repercusiones en el rédito (como la lesión permanente que sufriera un pensionista), y que tampoco se traducen en aflicciones

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 476-477. Entre otros autores, Giuseppe BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 7ª. ed. (1992), al cuidado de Guido ALPA, reimpresión, Bologna, Zanichelli, 1996, p. 488, considera que no es propio hablar de resarcimiento del daño moral, sino de **pena pecuniaria**, “es decir, de una sanción con carácter satisfactorio o reparatorio, que se paga a quien es ofendido (damnificado) en sus sentimientos, en su psique, en su espíritu”.

⁶⁷ P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 296, nota 5. Esta interpretación sistemática ha quedado confirmada con la reciente modificación del § 253 BGB, que hemos citado líneas atrás.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

(como la lesión cerebral), aun cuando existan minusvalías para el sujeto lesionado⁽⁶⁸⁾.

Más que dar la razón o desmentir a Pier Giuseppe MONATERI, creo que es más útil explicar el contexto en el que se forja su visión crítica.

Como he anotado líneas arriba, el art. 2059 del Código Civil italiano limita el resarcimiento de los daños no patrimoniales a los casos “determinados por la ley”. Esta frase ha sido interpretada tradicionalmente como una rigurosa limitación de estas posibilidades resarcitorias sólo a los daños derivados de la comisión de un delito, en concordancia con lo prescrito en el citado art. 185 del Código Penal⁽⁶⁹⁾.

“Generalmente –apunta Massimo FRANZONI– los intérpretes convienen en atribuir al art. 2043 c.c. el contenido de una cláusula normativa general, en cuanto a la definición del «daño injusto», y han destacado la necesaria previsión de la patrimonialidad del daño en la parte final de la disposición: «obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño». Es así como el compromiso de una situación protegida, entendida como lesión de un interés merecedor de protección según el ordenamiento jurídico, para permitir el remedio resarcitorio, debe ser causa de una pérdida patrimonial en la esfera de la víctima. Esta pérdida patrimonial para permitir la aplicación de la responsabilidad civil, puesto que el daño no patrimonial es resarcible sólo en los casos previstos por la ley, según el art. 2059 c.c.; y tradicionalmente, estos casos se han identificado con el daño moral subjetivo del art. 185 c.p., salvo alguna rara excepción⁽⁷⁰⁾.”

Estas dificultades, generadas por una imperfecta clasificación, y una legislación restrictiva, han conducido a la creación del “daño biológico”. Así, cuando una persona sufre una lesión corporal a causa del ejercicio de una actividad peligrosa, por ejemplo, se encontrará legitimada a demandar resarcimiento por tres conceptos: daño patrimonial, en virtud de la cláusula general de responsabilidad extracontractual (art. 2043), daño no patrimonial (daño moral, art. 2059) y daño biológico.

Massimo PARADISO define el daño biológico como “la lesión de la integridad psicofísica de la persona que prescinde de las eventuales consecuencias en la capacidad de trabajo de la víctima (que deben resarcirse a parte, como daño patrimonial)”⁽⁷¹⁾.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 476-477.

⁶⁹ He tenido oportunidad de referir ello en mi trabajo *El daño existencial ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?*, en “Ius et Veritas”, año XI, núm. 22, Lima, 2001, p. 42.

⁷⁰ M. FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, en “Responsabilità Civile e Previdenza”, año LXVI, fascs. 4-5, Milán, 2001, p. 779.

⁷¹ M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, vol. I, Turín, Giappichelli, 1996, p. 446.

Esta figura fue elaborada por la Corte Constitucional (sentencia núm. 184 del 14 de julio de 1986), luego de una sucesión de sentencias de tribunales genoveses que culminaron en una cuestión de legitimidad contra el limitativo art. 2059. La Corte resolvió apoyándose en el art. 32 de la Constitución republicana de 1948, que reconoce la protección de la salud en cuanto derecho fundamental del individuo, y fue así como la máxima jurisprudencial consagrada en dicho fallo dijo como sigue:

“Puesto que: a) el art. 2059 c.c. atiende exclusivamente a los daños morales subjetivos y no excluye que otras disposiciones prevean la resarcibilidad del daño biológico, considerado en cuanto tal; b) que el derecho viviente identifica en el art. 2043 c.c., en relación con el art. 32 Cost., la disposición que permite el resarcimiento, en todos los casos, de dicho perjuicio; resulta infundada, entonces, la cuestión de legitimidad constitucional del art. 2059 c.c., en la parte en que prevé la resarcibilidad del daño no patrimonial que deriva de la lesión del derecho a la salud sólo a consecuencia de un delito, en referencia a los arts. 2, 3, 24, 32 Cost.”⁽⁷²⁾.

Paolo ZATTI y Vittorio COLUSSI⁽⁷³⁾ resumen en los siguientes términos el esquema resarcitorio que resulta del citado fallo de la Corte Constitucional:

- a) Al interior del concepto de daño se debe distinguir el **daño-evento** de los **daños-consecuencias**: el daño-evento consiste en la **lesión del interés protegido**, en sí misma considerada; los daños-consecuencias son aquellos perjuicios ulteriores, de orden **patrimonial** o **moral**, que **derivan** de la lesión.
- b) El **daño biológico** es el **daño-evento**, constituido por la **lesión en sí misma considerada**, de la integridad psicofísica (derecho absoluto protegido por el art. 32 de la Constitución), y debe ser distinguido, por lo tanto, sea de las **consecuencias** de orden **patrimonial**, sea de aquellas de orden **moral**.
- c) El art. 2059, aun cuando textualmente referido al daño “no patrimonial” debe ser entendido, según la interpretación comúnmente acogida, en sentido restrictivo: limita, en otras palabras, sólo a los casos previstos por la ley el resarcimiento de las **consecuencias** de carácter **moral** (**daño moral subjetivo** o *pretium doloris*).
- d) El **daño biológico**, como **daño-evento**, no recae, entonces, en el ámbito del art. 2059 c.c., y es resarcible sobre la base de la previsión general del art. 2043 (todo hecho ...obliga a resarcir el **daño**).

⁷² El texto íntegro de la sentencia es reproducido en G. VISINTINI, *Materiali di giurisprudenza in tema di responsabilità extracontrattuale*, al cuidado de Matteo DELLA CASA, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 6 y ss.

⁷³ P. ZATTI y V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 7ª. ed., Padua, Cedam, 1999, pp. 655-656.

“En caso de lesión del derecho a la salud –concluyen los autores citados– el daño resarcible se compone de tres elementos: a) el daño biológico (daño-evento); b) el eventual daño patrimonial y c) el daño moral subjetivo (*pretium doloris*) en los casos determinados por la ley”; pero previenen, de igual forma, contra cierto riesgo de “explosión” de la responsabilidad, porque puede dar lugar a una reproducción para la lesión de diversos intereses no patrimoniales: “Si el daño resarcible es el daño-evento, es decir, la lesión del interés protegido, en sí misma considerada, el ámbito del remedio resarcitorio deviene difícilmente controlable”⁽⁷⁴⁾.

El temor de los catedráticos de la Universidad de Padua es del todo razonable, a juzgar de la proliferación inacabable de nuevas voces de daño: “daño estético”, “daño a la vida de relación”, “daño hedonístico”, y más recientemente, el “daño existencial”, que cuenta hasta con una sentencia de la Corte de Casación favorable al reconocimiento de su naturaleza resarcible⁽⁷⁵⁾.

Pero todos estas cuestiones son ajenas a nosotros.

7. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: LA INFORMALIDAD LEGISLATIVA Y SUS CONSECUENCIAS.

Es inútil intentar precisar cuándo comienza a hablarse de “daño a la persona” en la doctrina peruana. En los Códigos Civiles de 1852 y 1936, como es obvio, y a menos que se incurra en un anacronismo, la expresión era ignorada. En el segundo de ellos (art. 1148), se establecía que “al fijar el Juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”. El sistema en vigor era perfectamente afrancesado, si se quiere; en todo caso, lo importante es señalar que no hay ningún indicio que autorice a sostener que funcionara deficiientemente⁽⁷⁶⁾.

En la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto que devino el Código Civil de 1936, los legisladores dejaron escrito: “No es preciso [...] que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o en menoscabos de ciertos bienes inmateriales. No nos han parecido bastantes las observaciones relativas al carácter pasajero de estas situaciones, ni las dificultades invocadas para relacionar los daños morales y las indemnizaciones. A través de estas y de otras observaciones, la institución se ha instalado en los Códigos modernos y tiene sus desarrollos en la jurisprudencia de los tribunales. La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el

⁷⁴ *Ibid.*, p. 656.

⁷⁵ Aquí remito a lo que tengo escrito en mis trabajos *El daño existencial*, cit., *passim*, y *Cómo leer una sentencia*, cit., p. 177 y ss.

⁷⁶ La jurisprudencia citada por DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pp. 99 y ss., permitiría postular lo contrario.

hecho de haberse atribuido al juez la **facultad** de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o a satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de los bienes no materiales”⁽⁷⁷⁾.

Con respecto al Código Civil peruano vigente, la historia del “daño a la persona” consta en páginas que enaltecen a Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, en cuanto expresivas de un propósito de enmienda ante un error cometido. El excelso jurista sanmarquino relata: “Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max ARIAS SCHREIBER, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo”⁽⁷⁸⁾.

Desde ya, apuntaré que lo repetitivo fue más bien incluir el daño a la persona; y que me parece discutible aquello del “sentido común”.

Los primeros trabajos del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO sobre este tema – al menos los que tengo a la vista– son contemporáneos a la promulgación del Código Civil de 1984. Hay referencias en materia en su exposición de motivos al primer libro del Código, dedicado al derecho de las personas, que se suele reconocer a su invención. Allí la afirmación del daño a la persona como institución autónoma y eje de toda la normativa no es tan palpable, ni tan combativa. De hecho, hay más referencias al daño no patrimonial que al daño a la persona, e incluso a cierto híbrido: “el daño no patrimonial a la persona”. Anota, por ejemplo: “Sea cual fuere la denominación que se adopte, lo importante es verificar que bajo todas y

⁷⁷ Estas expresiones figuran en la *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*, publicada por Gil S.A. Editores, de Lima, fechada el 8 de octubre de 1936.

⁷⁸ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño al proyecto de vida*, cit., pp. 63-64. La triste anécdota, que refleja la informalidad de la redacción de la más importante de nuestras normas civiles, es confirmada por C. CÁRDENAS QUIRÓS, *Apuntes sobre el denominado daño a la persona*, cit., p. 117.

cada una de tales expresiones se aloja un mismo único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial. Es decir, aquel que por lesionar un bien inmaterial, no cuantificable en dinero, no puede ser reparado mediante una suma objetivamente determinable. El daño no patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”⁽⁷⁹⁾.

Parece ser que, posteriormente, el autor citado se preocupa por dar contenido a la doctrina que predica. Se interesa por la historia del daño moral, y analiza comparativamente, entre otros, los sistemas de Francia, Alemania e Italia⁽⁸⁰⁾. Las referencias sobre los dos primeros ordenamientos es más bien escasa; en cambio, demuestra un buen conocimiento de las tesis italianas en boga. En uno de sus primeros estudios, tales referencias son expuestas en un subcapítulo titulado *El creciente desarrollo en Italia de la teoría del daño a la persona y su formulación legislativa*, que es, en realidad, la historia de la evolución del daño no patrimonial, la cual confirma el papel central de la clasificación alemana en el sistema italiano.

Creo, y me bastan estas observaciones, que estamos frente a un caso de importación doctrinaria; sólo que, esta vez, se trata de una categoría que se utiliza con meros fines descriptivos (es decir, sin ningún afán sistemático) en su hábitat, y que al ser importada, ha generado el riesgo de llegar a nosotros con los problemas y cuestiones que han dado pie a todo el debate que ya he descrito en los acápites anteriores.

Repetidamente, se percibe un empleo de la expresión “daño a la persona” todas las veces en que los autores italianos habrían escrito “daño no patrimonial”.

Veamos un ejemplo:

FERNÁNDEZ SESSAREGO escribe: “Consideramos atinada la posición adoptada por la jurisprudencia genovesa ya que, al nivel histórico en que nos hallamos, resulta incomprensible que se justifique jurídicamente una norma que limite la repa-

⁷⁹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, en D. REVOREDO (compiladora), *Código Civil*, vol. IV, *Exposición de motivos y comentarios*, reimpresión, Lima, s.e., 1988, p. 91.

⁸⁰ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984, passim*, especialmente, pp. 189 y ss., y mucho más ampliamente en ID., *Precisiones preliminares en torno del daño a la persona*, cit., pp. 195 y ss.

Esta preferencia es verosíblemente atribuible a la estadía del citado autor en Italia, de la que da cuenta en su *Prólogo* a J. LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. I, *Título preliminar y derecho de las personas*, Lima, WG Editor, 1991, p. xxviii. En *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*, cit., p. 188, anota: “Cabe señalar que Italia es uno de los países donde, probablemente se ha discutido más extensamente el tema del daño a la persona y donde se han efectuado importantes aportes tanto doctrinarios como jurisprudenciales en lo que al tema se refiere. Es por esta razón que nos referiremos, preferentemente a su trabajosa elaboración, a su evolución, a sus hallazgos y aciertos y, lo que es digno de acotar, a la superación de trabas legislativas impuestas por el famoso y discutido artículo 2059 del Código Civil que impedía su debida y amplia reparación”.

ración del daño a la persona de carácter no patrimonial, a sólo los específicos casos previstos por ley”⁽⁸¹⁾.

Como ya he señalado, lo que se limita en la norma italiana es la reparación del daño no patrimonial en general (no “del daño a la persona de carácter no patrimonial”).

O estos, llamémoslos así, espejismos:

“El Código consagra la posibilidad de reparar el daño moral, entendido como sinónimo de daño a la persona, producido como consecuencia de la inexecución de las obligaciones”⁽⁸²⁾.

“No obstante la imposibilidad de precisar en términos económicos las consecuencias del daño a la persona, estimamos que **ningún ser pensante**, que considera a la persona como un valor en sí misma, como un fin supremo a cuyo servicio se encuentran la sociedad y el Estado, puede oponerse a la justa reparación del daño no patrimonial a la persona pretextando la imposibilidad de encontrar su equivalente pecuniario”⁽⁸³⁾.

“Podrán o no incluirse en el futuro otros derechos de la persona en la Constitución o en el Código Civil [peruanos], pero los principios cardinales sintetizados en la tutela integral, preventiva y unitaria de la persona seguirán vigentes, inspirando a los constituyentes y codificadores del mañana. La historia rescatará como nota positiva de tales cuerpos legales, antes que sus bondades técnicas, su vocación personalista, su empeño en proclamar y concretar a través de sus textos, con las limitaciones del caso, la primacía que se le otorga a la persona humana”⁽⁸⁴⁾.

Más allá de tales pinceladas –conscientes, o tal vez no–, predisuestas para promocionar el “daño a la persona”, lo más censurable es la pretensión, que yo juzgo absurda y carente de sustento, de diseñar un fundamento filosófico para la categoría cuestionada.

Leo, por ejemplo, que el desplazamiento del eje del derecho, de los derechos patrimoniales a los de la persona “ocurre recién cuando al influjo del humanismo, se logra comprender por los juristas más lúcidos y no comprometidos con los sistemas de poder dominantes en el mundo, que el hombre no puede ser sólo apreciado unidimensionalmente como un ente capaz de producir renta. La existencia humana es más rica y trascendente, por lo que se resiste a ser aprehendida como totalidad y experiencia de libertad a partir sólo de una visión puramente

81 C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, cit., p. 194.

82 C. FERNÁNDEZ SESSAREGO y C. CÁRDENAS QUIRÓS, *Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942*, en AA.VV., *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, cit., pp. 132-133.

83 C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, cit., p. 196. El resalto es añadido.

84 C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, cit., p. 96.

economicista, no obstante la innegable preponderancia que ella puede tener en ciertas circunstancias del devenir de la vida humana tanto personal como social⁽⁸⁵⁾; o que “es al ser humano, consistente en una unidad psicosomática sustentada en la libertad, al que el derecho protege contra todo tipo de daños que lo afecten en cualesquiera de sus múltiples y ricas facetas. Como se advierte de todo lo que hasta aquí expuesto, hubo que tomar conciencia de lo que significaba el ser humano, comprendiendo su intrínseca dignidad de ser libre, para que se desarrollara, en lenta pero segura evolución, la materia que nos ocupa, es decir, la relativa a su protección preventiva, unitaria e integral frente a los daños que lo acechan en la era tecnológica⁽⁸⁶⁾; o que “en la última década se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado «daño a la persona». Ello delata la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia⁽⁸⁷⁾”.

Como también he explicado, nada, absolutamente nada, de esa presunta evolución filosófica tiene que ver con el daño a la persona. Reitero que los juristas que han utilizado esta categoría en Italia lo han hecho con puros fines descriptivos, de la misma manera que se habla de “daño ecológico” o de “daño ambiental”. Yo podría añadir cualquier término al vocablo “daño”, y no crearía ninguna categoría fundamental en el plano sistemático: daño a los inmuebles, daño automovilístico, daño a los familiares; me estaría limitando a identificar supuestos, tal cual se hace cuando se habla de responsabilidad de los médicos, de la Administración pública, de los jueces, o cuando se habla, ridículamente, de “derecho genético”. Por lo demás, cuando de verdad se presentó la necesidad de hacer referencia a una nueva categoría, en Italia se ha preferido un concepto médico-legal y no jurídico: el “daño biológico⁽⁸⁸⁾”.

Otro de los motivos por los que no es fiable esta tramoya, es porque trata de hacer creer que ha existido un debate, del cual habría salido victoriosa la categoría del daño a la persona. Esa polémica, que habría sido muy útil, jamás se ha producido. El profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO insiste en que el derecho privado ha sido objeto de una despatrimonialización⁽⁸⁹⁾, en pro de una visión personalista, digna de todos los elogios; y ello ya le ha valido un mentís de un autor de la talla de Pietro RESCIGNO, quien en algún congreso académico hubo de afirmar que “los derechos de la personalidad, en la acepción propia del derecho privado, presuponen relaciones interindividuales y nacen de conflictos de intereses en donde pre-

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 182.

⁸⁶ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*, cit., pp. 183-184.

⁸⁷ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño al proyecto de vida*, cit., p. 55.

⁸⁸ La observación es de F. D. BUSNELLI, *Danno biologico e danno a la salute*, en *Tutela della salute e diritto privato*, p. 8. La cita es de P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 477.

⁸⁹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, cit., pp. 41 y ss.

valecen –lo que no es menospreciable ni siquiera en un planteamiento «personalista»– implicancias de carácter patrimonial. El derecho privado se mantiene, en cierta medida, ligado a la dimensión del patrimonio individual, y en la apreciación de las actividades, del peligro que ellas puedan representar y del daño que puedan determinar, no logra prescindir de tal aspecto”⁽⁹⁰⁾. En la mayor parte de su obra no hay referencias a las críticas expuestas por DE TRAZEGNIES⁽⁹¹⁾. Solamente ha prestado atención a una denuncia de José LEÓN BARANDIARÁN, y ha acogido una sugerencia de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. El primero de estos autores tuvo oportunidad de manifestar su perplejidad –para muchos sacrosanta– frente a la inclusión de la voz “daño a la persona” en el art. 1985 de nuestro Código Civil⁽⁹²⁾; el profesor CÁRDENAS QUIRÓS admite explícitamente el apócrifo discurso sobre el trasfondo filosófico de la categoría, la presunta perspectiva humanista, y contribuye a su desarrollo, con la propuesta de la denominación “daño subjetivo”⁽⁹³⁾.

Uno de los autores italianos más citados, y tergiversados, en la artificiosa argumentación filosófica que se critica es Francesco Donato BUSNELLI⁽⁹⁴⁾. Pues bien, el profesor de la Escuela Superior “Santa Ana” de Pisa fija claramente su posición en los siguientes fragmentos:

⁹⁰ P. RESCIGNO, *Intervención* en el panel de comentaristas de las ponencias sobre “El derecho de las personas” en el Código Civil peruano, en AA.VV., *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 243.

⁹¹ Escuetamente, se intenta alguna réplica en *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, pp. 212, 214-215.

⁹² J. LEÓN BARANDIARÁN, *Responsabilidad extracontractual*, en D. REVOREDO (compiladora), *Código Civil*, cit., *Exposición de motivos y comentarios*, vol. VI, p. 807: “El mismo artículo [1985] habla de daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de «el daño a la persona»”.

⁹³ C. CÁRDENAS QUIRÓS, *Apuntes sobre el denominado daño a la persona*, cit., pp. 111-112, 117 y ss. La denominación ha sido acogida por J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., p. 274; ID., *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., p. 160, quien pretende desarrollarla aun más, con la propuesta de la locución “daño objetivo”. Pero a esta última ya había hecho referencia C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, cit., p. 152.

⁹⁴ Véanse, si no, las páginas, nada originales y colmadas de erratas, de Gustavo ORDOQUI CASTILLA, *Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona*, en *Diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, del 12 al 16 de septiembre de 1994. Lima, WG Ed., 1995, t. II, pp. 411 y ss. Este autor uruguayo mezcla las citadas opiniones de BUSNELLI, que asimila íntegramente, con elementos de su propia invención (p. 414): “la persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene, y puede obtener, sino por lo que es, y en la integridad de su proyección debe jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad”. Como si fuera poco, se reproduce un juicio de Guido GENTILE, sin citarlo, (p. 438): “La valorización del daño a la persona constituye sin lugar a dudas el tema más importante y grave dentro del denominado Derecho de Daños”.

“El primado de los daños a la persona, el nuevo eje de tales daños, constituido por los «daños a la persona en sentido estricto», y el lugar central que ocupa esta nueva categoría la figura del daño a la salud, son el resultado de una doble «revolución», que no es peculiar de la experiencia italiana, sino que encuentra elementos de significativa concordancia, con particular referencia a los daños a la salud, en documentos internacionales y en tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales maduradas en ambientes con tradiciones jurídicas muy diversas”⁹⁵). Esta “doble revolución” consistiría, por un lado, en “la superación de la relación entre daño al patrimonio (entendido como «suma de propiedades») y daño a la persona: una relación que por largo tiempo ha estado caracterizada por el seguro primado de la primera figura de daño, en la que había venido modelando el más conocido (y hasta ahora seguido) criterio de valorización del daño, que parte de la decimonónica *differenz theorie*. El paso de la llamada economía estática a la llamada economía dinámica, y sobre todo, la intensificación de las ocasiones de daño a la persona en la Sociedad industrial han acentuado la frecuencia y la gravedad de esta última figura de daño [...]; por otro lado, hay una “segunda «revolución» se encuentra en curso de desarrollo, al interior del concepto mismo de daño a la persona. Para Guido GENTILE, esta figura se resolvía esencialmente en la «pérdida económica que deriva para el lesionado de una determinada modificación negativa de su capacidad de trabajo», de modo tal que «el ingreso es el parámetro del daño a la persona». Hoy la referencia, cada vez más insistente y compartida, al «daño a la salud» (o «daño biológico») y al daño a la identidad personal es válida para trasladar el «eje» del problema de un daño parametrado según el ingreso a un daño referido al «valor ser humano» en su concreta dimensión: valor que no es asimilable a la sola aptitud para producir riqueza, sino que se liga a la suma de las funciones naturales (las cuales tienen relevancia biológica,

⁹⁵ F. D. BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, en “Rivista Critica del Diritto Privato”, año V, núm. 1, Nápoles, 1987, p. 30. Una versión resumida de este importante ensayo fue presentada como ponencia (*La tutela civil de la persona humana: Una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano*) al Congreso *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, cuyas actas fueron publicadas por Cultural Cuzco Editores en 1990.

En su ponencia citada (p. 51), el profesor BUSNELLI destaca, con justicia: “El artículo 17 [del Código Civil peruano de 1984] a pesar que en su formulación definitiva ha perdido parte de aquella fuerza innovativa que Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO le había impreso en el proyecto preliminar, permanece todavía como una norma importante. Es, según me consta, la primera vez que un código otorga un alcance general a la acción inhibitoria en el cuadro de la tutela de los derechos de la personalidad, modificando la tradición codificadora –a la cual se uniforma también el vigente Código civil italiano– que concibe dicha acción como remedio ocasional y no siempre referido a la tutela de la persona”. Estas consideraciones tienen que ver con el esquema original de protección de la persona que FERNÁNDEZ SESSAREGO proyectó cuando fue integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1936, lamentablemente alterado en las revisiones previas a la aprobación del texto final.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

social, cultural y estética, en relación con las distintas variables ambientales en las que se desenvuelve la vida, y no sólo a la económica) concernientes al sujeto”⁽⁹⁶⁾.

Como se aprecia, BUSNELLI se limita a constatar un hecho: la importancia cobrada por la cuestión de los daños a la persona en las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia. Ello es bien distinto de defender una falsa visión histórica o de pretender imponer una terminología en el medio italiano. Por si existieran dudas, BUSNELLI concluye que el sistema italiano de resarcimiento de los daños a la persona en sentido estricto se organiza en dos modelos: el de “los daños patrimoniales (que constituye la categoría general de daños contemplada, sin límites, en el art. 2043, y resultante de una revisión de los tradicionales esquemas restrictivos de la patrimonialidad) y el modelo de los daños no patrimoniales (que constituye una categoría especial de daños, dominada por el principio de tipicidad contenido en el art. 2059 e influenciada por la vinculación de dicha norma con el art. 185 cód. pen., que conduce a identificar la figura principal, pero no necesariamente exclusiva, de dichos daños en los daños morales subjetivos)”⁽⁹⁷⁾.

Como se aprecia, el autor citado no pierde de vista la clasificación que, para bien o para mal, ha sido adoptada por el legislador italiano de 1942.

Con mucha mayor autoridad que la mía, se ha destacado que es innecesario crear una especie adicional de daño, denominada “daño a la persona”: “En Derecho, las categorías son fundamentalmente operativas; se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. Pero la categoría «daños a la persona» no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría «daño moral» (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago o impreciso)”⁽⁹⁸⁾.

Todo ello es cierto.

La consecuencia de la informalidad legislativa que devino en la inclusión accidentada, y por lo mismo reversible, del “daño a la persona” en el Código Civil peruano es que tenemos un sistema con tres tipos de daño: el de nuestra cláusula normativa general (art. 1969: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”); el daño moral (“Art. 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”) y el daño a la persona (“Art. 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 28-29. El último enunciado citado corresponde a la sentencia de la Corte de Casación italiana núm. 2396 del 6 de abril de 1983, y no tiene nada que ver con ninguna evolución de pensamiento filosófico.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁹⁸ F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, p. 110.

a la persona, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”).

8. ALTERNATIVAS DE INTERPRETACIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN VIGENTE.

Como primer punto, hay que determinar qué clasificación de daños es la seguida por el Código Civil peruano.

La respuesta está a la vista: no es la distinción alemana (e italiana) entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino la francesa, y a medias.

Ya en el Anteproyecto de Fernando DE TRAZEGNIES para la “responsabilidad civil no derivada de acto jurídico” (art. 18) se establecía que “Sólo excepcionalmente el juez considerará el daño moral para efectos de establecer la procedencia de la indemnización y para fijar el monto de ésta”, y se le excluía “en todos los casos sometidos al régimen de seguro obligatorio”. El autor citado exponía en favor de la regulación propuesta que “en estos casos, ante la falta de una prueba precisa del daño material, pero teniendo el juez la convicción firme de que éste se ha producido dada la naturaleza de los hechos, puede utilizar la noción de daño moral para compensar discrecionalmente aquello que, si bien es teóricamente susceptible de ser valorizado, resulta imposible de ser calculado en la práctica. Solamente por este motivo el Anteproyecto conserva, por lo menos para situaciones excepcionales, la obligación de reparar el daño moral. Pero queda sujeto a la apreciación del juez de acuerdo a las siempre cambiantes circunstancias y valoraciones sociales”⁽⁹⁹⁾.

En el art. 351, en materia de disolución del vínculo patrimonial, se prevé que “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”⁽¹⁰⁰⁾.

Pero al dedicarse una norma específica al daño moral uno podría pensar que se está admitiendo, a todas luces, que esta figura tiene características que impo-

⁹⁹ F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *De la responsabilidad civil no derivada de acto jurídico*, cit., p. 414.

¹⁰⁰ En Cas. N.º. 373-95 se lee: “Si bien se ha probado la causal de adulterio, no corresponde la reparación del *daño moral* del cónyuge inocente si no se acredita que los hechos comprometen gravemente su interés personal”. La Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, por su parte, ha tenido oportunidad de expresar que “Existe legítimo interés personal, como cónyuge inocente, por haber sido víctima precisamente de los actos de violencia que configuran una de las causales de divorcio previstas en la ley” (Exp. 382-98, Resol. del 30 de abril de 1998); y que “a pesar de que el artículo 351º del Código Civil dentro del Capítulo de Divorcio, también puede ser aplicado para establecer el daño moral que provoque el demandado a su cónyuge e hijo al haber promovido una desestimada acción de negación de paternidad de su hijo habido dentro del matrimonio” (Exp. 1152-98, Resol. del 2 de julio de 1998).

nen distinguirlo del daño común y corriente, es decir, del daño al que se hace referencia en nuestra cláusula normativa general. Sin embargo, esta interpretación sería errada, porque el art. 1984 no tiene ningún propósito clasificatorio, sino más bien práctico.

Porque la diferenciación no se formula en términos categóricos (de aquí que considere que se ha asumido “a medias” el esquema francés). La única precisión que se hace en el art. 1984 tiene que ver con criterios que deben ser observados por el juez al fijar el monto que recibirán los damnificados por concepto de daño moral. En la norma se impone al juez atender a la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima o a la familia de ésta.

El art. 1984 no dice “también es resarcible el daño moral”, ni tampoco que “el daño moral también debe ser indemnizado”.

El texto de la norma es ininteligible, en no menor medida que los comentarios de José LEÓN BARANDIARÁN a todo el libro de la responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano. ¿Qué cosa significa atender a la magnitud del daño moral? ¿Acaso que solamente merecen ser satisfechos los grandes sufrimientos? Nada nos guía en la búsqueda del sentido del texto, pero da la impresión de que en él se exigiera, precisamente, un grado de relevancia del daño, para efectos del reconocimiento de su resarcibilidad. Igual de oscura es la segunda parte de la norma; pero atender al “menoscabo producido a la víctima o a su familia” puede significar que únicamente los familiares –y será necesario delimitar el ámbito de este concepto– están legitimados para percibir el monto judicialmente asignado a título de daño moral⁽¹⁰¹⁾.

Con todo, no existiría sino una limitación de carácter secundario (relativa a los legitimados a demandar el daño moral) en nuestro art. 1984. Por ello es forzoso, y conforme a la lógica, aceptar que nos hallamos totalmente al margen del debate italiano sobre las limitaciones al resarcimiento del daño no patrimonial; y

¹⁰¹ L. TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., pp. 58-59, postula que “daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc.”. Para avalar su posición, llama en causa el art. 215 del Código Civil, relativo a la intimidación como vicio de la voluntad, donde se permite al juez decidir la anulación, según las circunstancias, cuando la amenaza ha sido dirigida a “otras personas o bienes” (ni familiares, ni bienes de familiares).

La interpretación es errónea, porque la interpretación sistemática no puede conducir a alterar los presupuestos de las dos instituciones confrontadas: en el caso de la intimidación se busca anular los efectos de un negocio jurídico que no se habría celebrado de no haber existido la amenaza (la amplitud de las personas y bienes amenazables aspira a proteger íntegramente la esfera del contratante intimidado); en cambio, el daño moral, por su propia naturaleza y elaboración histórica, debe ser reconocido en la esfera de unos pocos, porque redundará siempre en una imposición patrimonial al responsable, y hay que procurar que ella sea justa.

por lo tanto, que también somos ajenos a todas las voces creadas en dicho medio para paliar sus deficiencias legislativas.

Nuestro sistema, al menos en lo tocante al daño moral, porque no pueden callarse sus no pocas imperfecciones, es intachable.

“¡Pero también está el daño a la persona, y a renglón seguido!”— se me podría replicar⁽¹⁰²⁾.

En principio, creo que es suficiente recordar la abrupta incorporación de esta expresión importada para descalificarla de elenco de las voces de un derecho de la responsabilidad civil que tenga como base el Código Civil peruano.

Como si no bastara, el art. 1985 es un cajón de sastre donde se ha hecho espacio a todo lo que se le olvidó al legislador en el resto de la normativa. Es en esta norma donde encontramos, además del daño a la persona, la teoría de la causalidad adecuada. Todos los que conozcan la materia saben que la causalidad se analiza en la parte general de la responsabilidad civil. Aquí también es donde se establece que el hecho generador del daño puede consistir en una omisión.

Sólo que, desde luego, nadie habría echado de menos el daño a la persona; como sí habría ocurrido, seguramente, con la teoría de la causalidad acogida en materia.

Una forma de resolver el problema es la asumida, implícitamente, por los redactores de las máximas jurisprudenciales citadas. En perfecta coherencia con el estado de la cuestión durante el Código Civil de 1936, los magistrados de la Corte Suprema demuestran seguir razonando en función, exclusivamente, del daño moral. No tienen ningún problema en reconocer el daño a la persona, pero no es necesario nominarlo, porque puede asumirse, sin problemas, que las lesiones

¹⁰² El mismo TABOADA afirma, correctamente esta vez (*Elementos de la responsabilidad civil*, cit., p. 63): “Nos parece muy interesante la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente. Más aun, la regulación del Código Civil peruano mantiene la diferencia entre ambas categorías de daños, lo que significa que hoy por hoy no podemos adherirnos a la posición que sostiene que el daño moral debe desaparecer para referirnos solamente al daño a la persona. El hecho que sea muy difícil probar el daño moral y cuantificarlo no significa que deba ser eliminado como categoría de daño jurídicamente indemnizable”. El parecer ha recibido la adhesión de J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., p. 161.

Por mi parte, *Consideraciones sobre los daños por homicidio*, cit., p. xxxi, he señalado que el texto del art. 1985 admite dos interpretaciones: a) Las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño comprenden únicamente el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; y b) Las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño son “x, y, z” (no sabemos cuáles, porque el texto no lo señala), pero, “además”, hay que incluir el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Si se acepta la primera interpretación, contra toda lógica, queda fuera del ámbito de los daños susceptibles de indemnización el mismo “daño emergente”. Sólo la segunda, entonces, a pesar de no ser satisfactoria, es admisible.

a la integridad psicofísica están incluidas en el daño moral, como en Francia y en la tradición del derecho civil peruano, o bien en la cláusula normativa general del art. 1969, que no distingue entre tipos de daño.

Esta forma de proceder es la típica, y sempiterna, sanción que se aplica a las normas privadas de lógica. Ignorarlas en la aplicación práctica es una forma legítima de descalificarlas. El mismo fenómeno se verifica con respecto a la normativa del Código Procesal Civil dedicada a la responsabilidad civil de los jueces.

Pero si tenemos que convivir con la expresión, hay que entenderla, simplemente, como una reiteración, como un pleonasma, de la naturaleza resarcible del daño a la integridad psicofísica.

9. CÓMO NO HACER LAS LEYES CIVILES: EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE LA COMISIÓN ALTERINI.

Una de mis mayores sorpresas ha sido constatar en múltiples trabajos de estudiosos peruanos referencias al Proyecto de Código Civil argentino elaborado por una comisión presidida por Atilio Aníbal ALTERINI, e integrada por Héctor ALEGRÍA, Jorge Horacio ALTERINI, María Josefa MÉNDEZ COSTA, Julio César RIVERA y Horacio ROITMAN⁽¹⁰³⁾.

Se trata de una mole de más de 2,500 artículos, que su promotor presenta como “el resultado de coincidencias” a las que los redactores han llegado “luego de fructíferos debates, en los cuales se depuso siempre el preconceito personal en aras de soluciones” que se han procurado adecuar “a los criterios de racionalidad y de justicia”.

Ya he tenido oportunidad de referirme a los defectos de este documento, en especial por su presentación en forma de tratado, excesivo en definiciones⁽¹⁰⁴⁾, y

¹⁰³ El texto se puede consultar vía Internet: <http://www.alterini.org>

¹⁰⁴ Paradójicamente se recuerda al jurista romano JAVOLENO, pero para contradecirlo: “No hemos vacilado en incluir las definiciones que consideramos necesarias. Algunos suelen recordar a Javoleno (11 *epist.*, en Digesto, 50, 17, *De regulis juris*, 202), quien sostuvo que «en Derecho civil toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada». Ese argumento de autoridad queda desvirtuado, por lo pronto, porque el Código Civil [argentino] emplea frecuentemente definiciones; y éstas tienen contenido normativo cuando también se prevé una consecuencia de Derecho vinculada a ellas, como en el caso de los artículos 523 y 524, que definen a la obligación accesoria y a los accesorios de la obligación, en tanto el artículo 525 asigna la correspondiente imputación normativa. En la nota al artículo 495 del Código Civil, Vélez Sársfield admite la definición, con tal «que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley». En el Derecho moderno las definiciones son de rigor, no sólo en las normas de origen anglonorteamericano que rigen los negocios internacionales, sino también en el Derecho continental europeo; «no se citará un ejemplo de una sola legislación civil, sin excluir las más adelantadas y recientes, que no contenga una serie de definiciones legales» (Colmo). Las palabras propias del lenguaje natural suelen adolecer de ambigüedad y de vaguedad y, cuando son empleadas en la ley, trasiegan esas fallas: el dolo, por ejemplo, está definido implícitamente en el ar-

contrariamente a los términos de ALTERINI, favorable a su particular visión de las instituciones del derecho civil, invariablemente caracterizada por el análisis superficial, cuando no por la mera reseña. Él mismo tiene escrito que “las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas”¹⁰⁵. Sin embargo, en su Proyecto se dice, sin nada de belleza, que “son personas jurídicas todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones” (art. 138); o, sin nada de coherencia, que “son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, trátase de adquirir, modificar o extinguir derechos” (art. 250); o, sin nada de discreción legislativa, que “las escrituras públicas son los instrumentos matrices extendidos en el protocolo de los escribanos públicos o de otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos” (art. 275); o, sin nada de técnica legislativa, que “puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones” (art. 327, 1^{er}. párrafo).

En el tema que nos interesa, destacaré que hay un artículo en materia de bienes propios de cada uno de los cónyuges (477) donde se excluyen de este rubro “las indemnizaciones por daño **extrapatrimonial** causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales”; en otro, incluido en la normativa sobre la separación judicial (525), se establece: “si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los **daños materiales y morales** que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo es procedente en el mismo proceso de separación. –Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables”.

título 1072 del Código Civil (acto obrado a sabiendas y con intención de dañar), pero es también mencionado, sin definirlo, por el artículo 506; esta omisión ha dividido a la doctrina entre quienes creen que se trata de una única figura, quienes consideran suficiente la intención deliberada de no cumplir, y quienes lo asimilan a la malicia. Una definición apropiada, esto es, la «proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial» (Diccionario de la Lengua Española, 2^a acepción), clarifica la ley, evita los disensos inútiles y brinda certeza, afirmando de tal modo la seguridad jurídica”.

¹⁰⁵ A. A. ALTERINI, *La legislación desinsexatoria en la Argentina: Virtualidad de los intereses como mecanismo alternativo de ajuste*, en “Thémis-Revista de Derecho”, 2^a. época, núm. 25, Lima, 1993, p. 118.

Hasta este punto ya se confundieron las clasificaciones francesa y alemana. Pero en el art. 1600, los redactores del documento, sin recordar cuanto han escrito antes –acaso por el número de páginas acumuladas– dan rienda suelta a sus ambiciones magisteriales:

- a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables.
- b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida¹⁰⁶, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas.
- c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto.
- d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona.
- e) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso”.

En el art. 1601 se consideran “daños reparables”: “el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable”.

En la definición del daño extrapatrimonial se equipara el daño al proyecto de vida al daño a la salud, es decir, al daño a la persona en sentido estricto (lesión de la integridad física y psíquica); luego se añade que también está comprendido en

¹⁰⁶ En el art. 968 del documento se lee entre las “estipulaciones prohibidas en los contratos predispuestos” aquellas que “limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida” (!). Yo no creo que ningún predisponente de un contrato, a menos que tenga a la mano un manual de “derecho de daños” del profesor ALTERINI, se vea tentado a anotar en su formulario una exoneración de responsabilidad “por daños al proyecto de vida”.

Según FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, cit., p. 202, el daño al proyecto de vida, “el acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación”, es “el más grave daño que se puede causar a la persona”; en otras palabras, no es el único. Pospongo, para una nueva ocasión el análisis de esta figura, que constituye un interesante desarrollo de la doctrina del jurista peruano.

este rubro “el daño a la libertad, a la dignidad personal...”, que es también daño a la persona, aunque en sentido amplio (lesión de derechos de la personalidad), y por último, “cualesquiera otras afecciones legítimas”, que es una expresión con la que el repertorio queda abierto.

Y si la intención de ALTERINI y los suyos fue dejar a un lado el daño moral, no lo han logrado: en primer lugar, porque ya lo mencionaron en otros lugares del proyecto; en segundo lugar, porque el daño moral puede ser considerado, justamente, como una afección legítima.

Es ocioso dedicar espacio a comentar un Proyecto como éste, que como ya he tenido oportunidad de señalar, es del todo prescindible en una eventual reforma del Código Civil peruano⁽¹⁰⁷⁾, ahora reactivada mediante la Resolución Ministerial N° 460-2002-JUS. Pero además de sus falencias, no se le puede dejar de reprochar su infidelidad.

Infidelidad porque los doctores Atilio Aníbal y Jorge Horacio ALTERINI, así como Julio César RIVERA han participado en congresos académicos peruanos, en los cuales, al lado de sus demás paisanos, entre los que destacaba Jorge MOSSET ITURRASPE, no cesaban en halagar las virtudes de la doctrina del daño a la persona, cuando no la “persona” de Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. No hay visos de esta categoría en ni una sola de las líneas del voluminoso Proyecto. Atrás parecen haber quedado los tiempos en que se escribía: “siempre en el centro de la cuestión está y debe estar la persona humana, que es un dato biográfico antes bien que un concepto biológico, que es exaltada en el nuevo Código Civil peruano, y cuyos contornos conceptuales han sido magníficamente delineados por el Maestro Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Muchas veces se lo pierde de vista, en discusiones plagadas de desconceptos, que derivan, seguramente, de que los debates en profundidad sobre las relaciones del Derecho, el Estado, la Economía y el Hombre, se habían ido desvaneciendo, y ahora han sido puestos en el primer plano por las urgencias que derivan de la instalación de las economías de mercado⁽¹⁰⁸⁾; o que “la idea promisoriosa y fecunda del daño a la persona fue defendida en Perú por un jurista de primera línea, el profesor de la Universidad de Lima, don Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, y de allí se extendió a toda América⁽¹⁰⁹⁾”.

¹⁰⁷ En mi *Nota preliminar* a G. ALPA y otros, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, Lima, ARA Editores, 2002, nota 6 (en prensa).

¹⁰⁸ A. A. ALTERINI, *Caso fortuito y falta de culpa en el Código Civil peruano de 1984*, en *Diez años del Código Civil*, cit., t. II, p. 402.

¹⁰⁹ J. MOSSET ITURRASPE, *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 1, *Daños a la persona*, Santa Fe, 1992, pp. 22-23. FERNÁNDEZ SESSAREGO (*Daño al proyecto de vida*, cit., pp. 62-63) ha correspondido con expresiones de este tenor: “[...] compartimos a plenitud el pensamiento de MOSSET ITURRASPE cuando sostiene que la expresión daño moral «es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas». Obviamente, en este caso, el maestro argentino se refiere a

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

Para tener una idea de la falta de coherencia de MOSSET ITURRASPE, basta consultar las primeras páginas de su volumen sobre el daño moral. Allí leemos que “el denominado «daño moral» [...] o «agravio moral» [...] no repercute en la conciencia sino en el patrimonio” (¡!), y a renglón seguido, que el daño moral “es rigurosamente un daño a la persona extrapatrimonial” (¡!) ⁽¹¹⁰⁾.

Pero ahora resulta, además, que MOSSET ITURRASPE ha condenado el texto propuesto por sus colegas, y es renuente a erradicar las “antiguallas” de su propio Código Civil, entre otras razones, porque le “parece extraño que el Proyecto no recuerde para nada el proceso de codificación de Perú”. Y el doctor ALTERINI le responde con este incómodo mentís (incómodo y vergonzante para los estudiosos del derecho de nuestro país):

“Le hago saber que el gobierno peruano, a través del Congreso de la República, va a entregar a los firmantes del Proyecto argentino la *Medalla del Congreso*. Que la Comisión reformadora del Código Civil peruano, que viaja a tal efecto a Buenos Aires, ha expresado en sus sesiones, y públicamente, la importancia del Proyecto argentino, estimando que, de convertirse en ley, será un Código *de vanguardia*. Que en agosto se llevará a cabo en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa –con los auspicios, entre otros, del Congreso de la República del Perú y de la Corte Superior de Justicia– un multitudinario Congreso Internacional para comparar las tareas recíprocas”⁽¹¹¹⁾.

Y sin embargo, fue precisamente en Argentina, hacia 1992, donde Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, con una agudeza superior a la de todos los autores citados, se preguntaba, con verdadero sentido común, si servía al derecho argentino esa “creación pretoriana” de la jurisprudencia italiana que es el daño a la persona, entendido como daño a la salud, y limitaba los objetivos de su importante aporte, pleno de inapelables referencias históricas y jurisprudenciales, al logro de un replanteamiento de la “problemática del daño sicofísico a la persona, la posibilidad de modificar los criterios tremendamente restrictivos en materia de legitimación del daño moral y el auxilio que la informática puede prestar a la magistratura

aquellas tradiciones [...] que han perdido vigencia pues han surgido nuevas formas o modalidades de conductas humanas intersubjetivas diversas, sustitutorias o de signo contrario”. Pero los halagos del argentino desaparecen en su obra *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., pp. 18-19.

¹¹⁰ J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., pp. 10 y 11. Y allí (pp. 11-12) insiste en que “La perseverancia en el uso de la expresión «daño moral», pese a ser incorrecta, equívoca, verdadera antigualla, sólo encuentra justificación en el respeto por la tradición jurídica, por aquello que ha logrado una enorme difusión, un uso generalizado”.

¹¹¹ Todo esto se puede leer en su escrito *¿No a la reforma? ¿No a esta reforma? Sobre ciertas críticas al Proyecto de Código Civil de 1998*, que también se puede consultar en <http://www.alterini.org>. Desconozco si semejantes condecoraciones, inmerecidas y envanecedoras, se han concretizado.

[argentina] para evitar criterios tan dispares en al indemnización de daños análogos”⁽¹¹²⁾.

Con la misma agudeza hay que preguntarnos si sirve al derecho peruano ese daño a la persona, y la respuesta, por cuanto no tenemos los problemas y limitaciones del ordenamiento jurídico argentino (especialmente los que derivan de un Código Civil decimonónico, que se presta a las más coloridas interpretaciones) es negativa.

10. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

La expresión “daño a la persona”, sacada de su entorno italiano de formación y desarrollo, y accidentadamente incluida en el lenguaje jurídico y en el Código Civil peruano, es repetitiva e inútil.

La llamada “guerra de etiquetas”, desatada desde la promulgación del Código Civil de 1984, ha hecho perder de vista una tarea de mucho mayor importancia, que siempre ha ido de la mano con el tema del daño moral, cual es la de perfeccionar la técnica para su cuantificación.

Es a este último objetivo que deberían dedicarse los modernos estudios de responsabilidad en el Perú.

Pisa, agosto del 2003.

¹¹² A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 1, *Daños a la persona*, Santa Fe, 1992, pp. 69 y ss.

J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., p. 18, responde a esta pregunta con estas palabras: “[...] la evolución pretoriana de la jurisprudencia italiana ha venido a iluminar, tanto en nuestro país como en Latinoamérica una concepción enriquecedora del «daño a la persona», mucho más generosa y rica que la esquemática del daño moral = sufrimiento”.