

Daño a la Persona o Daño Moral

¡Eh ahí el dilema!

Por MANUEL OMAR TAFUR MARQUEZ

Desde su incorporación en nuestro Código Civil vigente (1984) el llamado “*daño a la persona*” ha originado discusiones en cuanto a su definición, alcances y aún en su propia inclusión dentro de este cuerpo normativo; las mismas que van desde su desnaturalización – diferenciando como lo hacen ciertos autores y alguna jurisprudencia al daño evento, del daño consecuencia, refiriéndose éste último a los efectos o repercusiones de la lesión, los mismos que pueden ser tanto personales como extrapersonales o patrimoniales- hasta su carácter genérico frente al daño moral ,también consagrado por nuestro ordenamiento jurídico.

A casi veinte años de la promulgación de Nuestro Código (14/11/1984) continúa aún la discusión de mantener, o quizás eliminar el concepto de daño moral; puesto que, al haberse incluido como nueva sistematización del daño, al daño a la persona¹, se considera a éste último con un espectro mucho mas amplio que la simple esfera emocional o sentimental del ser humano (daño moral), abarcando una protección integral de éste y posibilitando un resarcimiento completo de los perjuicios irrogados como consecuencia de la afectación de los bienes mas preciados de todo hombre: su libertad y su dignidad.

El doctor Carlos Fernández Sessarego, es uno de los convencidos de la necesaria exclusión de nuestro sistema de responsabilidad civil, del llamado daño moral, pues lo considera innecesario al haber sido

¹ Considerado por Andre Tunc, como el mas importante hallazgo de las últimas décadas

incorporada la figura del daño a la persona dentro del artículo 1985 del acotado código, dado que éste únicamente alude a una simple perturbación psíquica, generalmente no patológica, que se traduce en un dolor, sufrimiento, aflicción, indignación, irritación, rabia y otros sentimientos análogos², mientras que el “*daño a la persona*”, como su nombre lo indica, comprende todo tipo de daños que pueda sufrir el sujeto, incluyendo una inmensa gama de lesiones al soma o a la psique (daño moral), así como el daño al ejercicio mismo de la libertad que se traduce objetivamente en el *proyecto de vida*.

Contrario a esta posición, Fernando De Trazegnies, considera que es suficiente con la mención del llamado daño moral, incluido en nuestro ordenamiento a partir de la dación del Código de 1936, puesto que es de la opinión que este agregado era innecesario, al adoptar una clasificación del daño en base a su patrimonialidad, arriba a la conclusión de que “*todo daño es, directa o indirectamente, un daño a la persona (incluyendo los daños patrimoniales). Nosotros preferimos llamarlo daño Extrapatrimonial (o no patrimonial si se quiere...)*”³. De acuerdo a ello se infiere claramente la posición del Dr. De Trazegnies, quien considera – inversamente a lo señalado por el Dr. Fernández Sessarego – que el daño a la persona no es sino una sub especie del daño moral; consecuentemente bastaría únicamente – según su criterio- la mención al daño moral, puesto que no habría necesidad de crear una especie adicional. .

A la par de las dos posiciones anteriores surge una de naturaleza ecléctica, apoyada dentro de nuestro sistema, entre otros, por el Dr. Juan Morales Godo quien considera con connotaciones propias al daño a la

² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos en “Daño Moral y daño al Proyecto de vida”; artículo publicado en el primer número de la Revista GENESIS JURIDICA – Junio del 2003.

³ DE TRAZEGNIES, Fernando “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomo II Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú 1988. Pag. 109

persona, las mismas que trascienden al daño moral; existiendo una relación de género a especie, y que si bien este último concepto no fue eliminado, como así lo sugiere el Dr. Fernández Sessarego, su presencia resulta acertada, alcanzando únicamente al campo sentimental (dolor, aflicción, angustia) del ser humano, el mismo que puede coexistir perfectamente con el daño patrimonial y con el daño a la persona.

La intención en el presente ensayo es sólo rescatar lo mas importante de tales corrientes tratando de clarificar definiciones, pues considero que mas allá de una cuestión meramente conceptual, lo mas importante es que nuestro Sistema Jurídico cuenta – o al menos esa es la intención – con un Sistema Integral de Reparación de daños, cuya protección abarca un amplio espectro, el mismo que tiene como finalidad primordial la protección de la persona humana (incluyendo al concebido) como un todo en el cual tanto parte material (soma) como parte espiritual (psique) tienen que estar en perfecto equilibrio para lograr plenamente la tan afamada “*realización*”.

1.- NOCION JURIDICA DEL DAÑO

En principio cabe señalar que nuestro Código Civil no nos brinda ninguna definición precisa del daño, ni siquiera un concepto a partir del cual se pueda partir, mas aún da por supuesto su significado en los distintos preceptos que lo regulan. Es la doctrina la que nos da los alcances necesarios para comprender el concepto jurídico de daño.

Desde sus orígenes en el Derecho Romano fue entendido como un atentado al derecho ajeno, para ampliarse luego su significación considerando bajo el concepto de daño (*damnum*) a toda lesión o deterioro causado a las personas o cosas; surge así el término perjuicio

(praeindicium), noción complementaria al concepto de daño que trae consigo una significación económica – menoscabo económico – necesario para que opere el “derecho a la reparación”. La Ley de las Doce Tablas que sancionaba los delitos privados junto a la injuria y al robo (furtum), consideraba algunos otros que no entraban ni en la noción de injuria (porque eran delitos contra los bienes y ésta constituía un ataque a la persona), ni tampoco en la noción de furtum porque no comportaban propósito alguno de lucro en sus autores; tales actos eran aquellos que se traducían en daños a los bienes ajenos (damnum injuria datum). Esta Ley instituía contra el autor de ciertos daños una acción única que tenía por objeto el monto del perjuicio calculado sobre el mas alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido sea en el año, sea en el mes que había precedido al delito.

La doctrina actual por su parte, para definir al daño, lo hace desde un punto de vista meramente objetivo, caracterizándolo como “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁴.

Bajo esta óptica, y en opinión de Santos Briz, para que exista el concepto de daño deben incluirse los siguientes elementos: **la responsabilidad; que el acto infrinja una norma jurídica; y, que la que lo cause sea una conducta antijurídica**. Con la presencia de estos elementos se infiere un concepto mucho mas completo entendido así como el detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico; interés que en un primer momento corresponde al **Interés Jurídico General** de no verse dañado por la conducta de otros sujeto, tornándose luego en un interés específico de la víctima.

⁴ SANTOS BRIZ, Jaime “Derecho de daños” pag. 106

Entonces, lo mas importante, de acuerdo con el citado jurista español, no es el daño en sí mismo (entendido como menoscabo, perjuicio detrimento, dolor, molestia – acepción dada por el Diccionario de la lengua española de la Real Academia) sino en la medida en que debe ser resarcido, esto es en sus efectos, por ello es que toma como elementos esenciales a la responsabilidad y a la antijuricidad.

Por otro lado desde nuestro enfoque, lo mas importante, no se trataría de la lesión que en un primer momento recae sobre el bien, sino que ese bien colme la satisfacción de un interés humano, que es lo que en la práctica le interesa al derecho; pues **la simple lesión a un bien no es un daño jurídico**, si ese bien no satisface un interés humano; ello en tanto se entienda al **bien** como todo aquello que pueda satisfacer una necesidad (todo objeto de satisfacción), haciendo alusión no sólo a las cosas materiales, derechos o créditos, sino también al cuerpo, la salud, la intimidad, el honor, la propia imagen, etc. En base a lo dicho estamos en la posición de afirmar por ejemplo que un mismo bien puede satisfacer intereses de distinta naturaleza, tal como sucede cuando un valioso cuadro que satisface un interés patrimonial que está dado por su valor pecuniario, también satisface un interés extrapatrimonial, en cuanto colma una satisfacción cultural.; por ello resulta válido afirmar **que la naturaleza del daño viene dada por la naturaleza del interés en juego.**

Así pues, el menoscabo a un interés jurídicamente tutelado se va a manifestar en una afectación a la esfera personal y/o patrimonial de un sujeto en virtud de un hecho antijurídico o no antijurídico.

ZANNONI⁵ considera que debemos postular una diferencia entre lo que entendemos por "bien jurídico" y lo que se concibe como "interés jurídico". Para este autor "bien jurídico" es el objeto de satisfacción (cosas, bienes inmateriales, cuerpo, salud, integridad física, entre otros) e "interés jurídico" es un poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción.

A partir de esta idea, entonces, la naturaleza del daño está determinada no por la naturaleza de los bienes afectados sino por aquella que corresponde al interés conculcado. Por ejemplo: "Un sujeto x de forma intencional destruye el vehículo de otro sujeto el que había pertenecido anteriormente a sus ascendientes. Si bien es cierto el vehículo pertenece a la esfera patrimonial del sujeto perjudicado, no es cierto que el daño que se ha ocasionado sólo sea un daño "patrimonial", puesto que también se ha ocasionado al sujeto un "daño moral", ya que el vehículo tenía un valor sentimental para el propietario al haber pertenecido a sus ascendientes".

Ahora que han sido, en cierto modo, precisados estos conceptos, se hace necesario desarrollar y delimitar cada una de éstas esferas (personal y patrimonial), para arribar más adelante a una clasificación del daño.

En cuanto a la esfera personal de un sujeto, ésta comprende un doble aspecto: el biológico, que se refiere al soma del sujeto (el que comprende tanto su estructura anatómica así como su esfera psicológica); y el social, vinculado al conjunto de interrelaciones establecidas entre los particulares que persigue su desarrollo en tanto "ser social".

Por otro lado, en la esfera patrimonial comprendemos al conjunto de bienes ciertos que forman parte del patrimonio del sujeto en un tiempo determinado, debiéndose entender como "bien" a "todo aquello que tiene la

⁵ Citado por GUIDO ALPA, en su libro "Responsabilidad Civil y Daño" Lineamientos y Cuestiones. Editorial

cualidad de satisfacer una necesidad".

Con lo dicho hasta este momento, y a manera de conclusión, se infiere que el daño al que hacemos referencia debe cumplir con determinados requisitos a efectos de ser indemnizado:

a.- Certeza

Todo daño a efecto de ser indemnizado debe ser "cierto"⁶ esto implica, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia tal como lo exige el artículo 424 del Código Procesal Civil al hacer referencia a los "fundamentos de hecho, de derecho ya los medios probatorios".

El análisis de la certeza del daño discurre en dos sentidos: uno referido a la certeza fáctica y otro vinculado con el estudio de la certeza lógica; la primera de ellas referida a la constatación material que el analista realiza de los hechos vinculados a un resultado dañoso, así como la observación de las características del "perjuicio" a efectos de realizar una determinación preliminar de los daños a ser indemnizados⁷; y la segunda, considerada como una primera aproximación al análisis de la "relación causal". Aplicando así el criterio lógico y necesario de la Teoría de la Causa Adecuada, recogida en el artículo 1985 del Código Civil de 1984, delimitamos aquellos daños que son "relevantes", dejando de lado todo supuesto que no resulte una consecuencia "general y regular" de los

Gaceta Jurídica. Primera Edición – Mayo del 2001

⁶ GUIDO ALPA, en su libro "Responsabilidad Civil y Daño" Lineamientos y Cuestiones. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición – Mayo del 2001 Pág. 533

⁷ En nuestro país son las autoridades policiales quienes realizan el primer estudio de los hechos vinculados a un resultado dañoso, formando lo que se conoce como "atestado policial" (que es el resultado de las investigaciones efectuadas por los agentes policiales quienes se han apoyado en las conclusiones extraídas de las pericias realizadas, de la evaluación de las pruebas materiales, de la información prestada en los

hechos desarrollados.

b.- Afectación personal del daño

Según lo establecen autores como los MAZEAUD y TUNC⁸ " Sólo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido"

En todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar el pago de la indemnización respectiva al haberse perjudicado su interés.

Como lo hemos indicado al iniciar el estudio del presente elemento, el daño se va a concebir como el menoscabo a un interés (diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado), por ende, la víctima no necesariamente va a ser "el sujeto" que es afectado de forma concreta sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado, así por ejemplo: un sujeto es atropellado perdiendo las extremidades inferiores. Este sujeto antes del accidente era chofer de una empresa, percibiendo un ingreso suficiente para cubrir sus necesidades y las de sus hijos (quines aún dependían económicamente de él). Con el accidente no sólo es víctima el sujeto quien fue atropellado, sino también los hijos quienes no podrán continuar estudiando ni cubrir sus necesidades puesto que la remuneración de su padre era lo único que les proporcionaba ingresos.

Otro aspecto relacionado con la afectación personal de la víctima, es el vinculado con la indemnización de los **daños a intereses difusos** donde

testimonios de los sujetos intervinientes en los hechos que generaron los daños así como de los testigos, entre otros.

⁸ Citados por GUIDO ALPA, en su libro "Responsabilidad Civil y Daño" Lineamientos y Cuestiones. Editorial Gaceta Jurídica . Primera Edición mayo 2001 – Lima – Perú. Pág. 517

no podemos determinar con precisión quien es el sujeto responsable y quien es la víctima. Un ejemplo claro de ello lo encontramos en los casos de contaminación ambiental producto del uso de un aerosol, ¿Quién (es) es (son) el (los) responsable(es)? ¿Todos aquellos que usen el aerosol así como la sociedad entera que lo permite? Y ¿Quién (es) es (son) la(s) víctima(s)? ¿la propia sociedad que se ve afectada por los rayos ultravioletas producto de un deterioro de la capa de ozono? ¿estamos quizás no frente a un daño personal sino ante un “daño social”? En este caso, para establecer responsables y víctimas debemos acudir al estudio de aquel instituto que la doctrina procesal denomina “Patrocinio de Intereses Difusos” con la finalidad de solucionar el problema que se nos presenta, lo que finalmente nos postulará la indemnización mediante la utilización de lo que denominamos “*difusión social del riesgo*”⁹

c.- Subsistencia del Daño: Que no haya sido indemnizado con anterioridad

Este requisito establece que a efectos de solicitar una indemnización el interés dañado a reparar debe no haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que de permitir su indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido.

d.- Que el daño sea injusto

Es decir que se trate de un daño cuya realización no sea “justificada” por el ordenamiento jurídico.

⁹ La Teoría de la Difusión Social del Riesgo según Frenando De Trazegnies, en “La Responsabilidad Extracontractual”. Lima Fondo Ed. PUCP, 4ª Ed. 1990 P. 53 (...) consiste en diluir el peso económico del daño, intersubjetivamente e intertemporalmente, de manera que “el responsable” no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico”

Cubiertos estos cuatro requisitos podemos establecer que el daño ocasionado al interés de un sujeto (el que puede ser determinado o indeterminado) puede ser pasible de una prestación indemnizatoria.

2.- CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

El estudio de la clasificación del daño - como en toda clasificación - depende del criterio que se utilice para su distinción.

Existen pues en la doctrina diferentes criterios de clasificación , apoyados y desvirtuados entre sí por diversos juristas, haciendo alusión – por citar un ejemplo - unos a la naturaleza de los bienes afectados y otros a las consecuencias que origina la afectación de esos bienes; así también otros aluden a la certeza del daño ocasionado y otros a la temporalidad de éste; clasificaciones que en ciertos casos mas que clarificar el asunto, lo enredan mucho mas; es por ello que en aras de una comprensión metodológica y principalmente para distinguir los daños que trae a colación este pequeño ensayo, trataré la clasificación mas difundida y quizás la mas aceptada (al menos dentro de nuestra realidad jurídica) que es aquella que considera al daño como patrimonial (material o económico) y no patrimonial(extrapatrimonial, moral, inmaterial, no económico).

No se trata pues aquí de ahondar en el análisis de cada uno de los supuesto del daño, pues solo haremos referencia al concepto; nos detendremos tan solo cuando se trate del análisis del daño moral y el daño a la persona, por la importancia de éstos, y porque así nos permitirá llegar a la conclusión que es materia del presente ensayo.

2.1. Daño Patrimonial y Daño Extrapatrimonial:

Como se deduce de su propia denominación son daños que se basan en el carácter patrimonial o no patrimonial del perjuicio ocasionado. El primero de ellos alude a aquellos daños que producen una merma o menoscabo valuable en dinero sobre intereses patrimoniales de una persona; aquí se diferencian claramente dos categorías: *daño emergente*, que es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida; y el *lucro cesante*, que es la renta, ganancia o beneficio que se ha dejado de percibir como consecuencia del daño.

Se hace necesario anotar que esta clasificación del daño, si bien es cierto es la mas difundida, actualmente viene siendo cuestionada por lo mismo que hace girar al daño en torno al patrimonio, con lo cual resulta difícil ubicar plenamente los derechos de la personalidad, especialmente el de la vida privada; puesto que cuando se trastoca la vida privada, la persona aparentemente sufre un daño extrapatrimonial, pero no se puede negar que éste puede traer consigo consecuencias económicas, como por ejemplo cuando una persona mal intencionada, por tener alguna rencilla con un profesional (un médico por ejemplo) comienza a difundir informaciones acerca de su sexualidad, lo cual hace que los pacientes que regularmente llegaban a su consultorio dejen de hacerlo, ocasionando la pérdida de sus ingresos y consecuentemente un agravio económico para él y quizás también para su familia.. En este caso, como bien se puede apreciar, existe un agravio de naturaleza extrapatrimonial (inmaterial) pero es evidente que también se le ha causado un daño económico. Y si queremos ir mas allá, podremos afirmar que cuando una persona sufre un daño físico, éste no sólo ocasiona un perjuicio en su esfera patrimonial, porque de considerarlo así solamente estaríamos considerando la

reparación del daño emergente, diríamos que existe también un daño inmaterial, expresado por ejemplo cuando al sufrir esta lesión (fractura permanente de la columna a un periodista como consecuencia de un accidente de tránsito, por ejemplo) lo imposibilitaría en el futuro de dedicarse a la misma actividad, ocasionando el truncamiento de su proyecto de vida, rebasando así los límites del daño material.¹⁰

El Doctor Carlos Fernández Sessarego postula una clasificación moderna del daño en su artículo “Hacia una Nueva Sistematización del Daño a la Persona”, clasificación que creo conveniente mencionar, pues nos da luces del ámbito resarcitorio del llamado daño a la persona:

A.- Daño Subjetivo: Que vendría a ser aquel que afecta el plano de subjetividad de la persona, que puede ser natural o jurídica, aunque éste autor pone especial énfasis en la persona natural puesto que se refiere a daños psicosomáticos y a la libertad que son esferas propias de ésta, así establece: "El daño subjetivo es el que agravia o afecta al ser humano mismo..."

A manera de crítica, diríamos que al considerar que el agravio afecta al ser humano, se está dejando de lado otros sujetos de derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico diversos a la "persona" como son: el concebido y la denominada "persona jurídica irregular", que también pueden ser pasibles de daños a ser indemnizados. Debemos indicar que el autor reconoce la presente limitación señalando en una nota a pie de página lo siguiente:

¹⁰ El Dr. JUAN MORALES GODO, en su libro “El Derecho a la Vida Privada y el conflicto con la libertad de información”. Ed. Grijley Lima – Perú 1995, considera que la clasificación no debería tener como referencia el patrimonio sino el propio ser humano. En consecuencia, será daño personal, aquel que transgreda los derechos fundamentales del ser humano con repercusión económica o no; será daño no personal, aquel que incide fundamentalmente en los bienes materiales del hombre.

" La denominación "daño subjetivo", por su amplitud, comprende no sólo el daño a la persona natural sino también el inferido al concebido. No obstante, la expresión "daño a la persona" se ha impuesto en la doctrina sin que exista ninguna dificultad teórica para incluir el daño causado al concebido. Por ello usamos indistintamente ambas expresiones. "

Entonces si bien es posible indemnizar los daños ocasionados al concebido, no resulta óptimo desde el punto de vista "técnico" el incluirlo dentro del "daño subjetivo" (tal como lo define FERNANDEZ SESSAREGO) puesto que el autor lo equipara al "daño a la persona" y como es de nuestro conocimiento el concebido no es "persona" hasta su nacimiento.

Dentro del daño subjetivo tenemos al:

a) Daño psicosomático.- Aquel que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto, que son aquellas que determinan la "salud" del mismo. Debe señalarse que la Doctrina concibe a la "Salud" como un estado de equilibrio "psicosomático" en un espacio temporal determinado.

Este puede consistir a su vez en un:

- daño biológico.- Constituido por la lesión, considerada en si misma, inferida a la persona víctima del daño. Por ejemplo: una pierna quebrada por un golpe; y/o en un

- Daño a la salud.- Constituido por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto. Por ejemplo: Producto de la lesión surge un tumor que genera la amputación del miembro.

b.- Daño a la libertad.- Que es el daño que afecta el proyecto de vida, esto es, aquel daño que recae sobre la persona del sujeto que le

impide realizar su actividad habitual que es aquella que efectuaba para proveerse los bienes indispensables para su sustento así como en la que estaban plasmadas aquellas metas que le permitirían su realización personal. Por ejemplo: un futbolista que sufre una amputación de un pie; un pianista que le cortan la mano, etc.

B.- Daño Objetivo.- Que es aquel que afecta la esfera patrimonial del sujeto, es decir, aquel que incide sobre los objetos que integran su patrimonio. En este daño tenemos a:

a) El Daño emergente.- Aquel que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima. Por ejemplo: Un sujeto "x" incendia el vehículo de un sujeto "y". Esta conducta va a generar que el bien "automóvil" salga del patrimonio de "y".

b) El lucro cesante.- Aquel que genera que la víctima deje de percibir por efecto del daño un determinado bien, es decir, que por efectos del daño no ha ingresado un determinado bien en el patrimonio de la víctima.

Lo que a primera vista, aparece de esta clasificación es que queda pendiente el daño moral, el mismo que para el Dr.FERNANDEZ SESSAREGO debe asimilarse a un daño psicosomático, puesto que no existe una afectación patrimonial. Así establece:

"El llamado daño moral, en cambio, no compromete la libertad del sujeto sino que es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento. Es, por lo tanto, un daño que no se proyecta al futuro, que no está vigente durante la vida de la persona... Por el contrario, las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y a desaparecer, por lo general con el transcurso del tiempo".

Al asimilar el daño moral a un daño psicosomático, implícitamente lo estaríamos considerando como un daño subjetivo (daño a la persona), resultaría entonces que nos encontramos frente a una especie (daño moral) del daño genérico (daño a la persona); aduciendo que el primero compromete primariamente la esfera emocional o sentimental del sujeto, por lo que siendo de carácter predominantemente psíquico no trasciende al plano externo de la productividad, tendiendo a desaparecer o a convertirse en otros sentimientos con el transcurso del tiempo,¹¹ por lo tanto, nos dice este autor, que no es concebible – tal como lo hace la legislación francesa o italiana – reducir todo el daño que se pueda infligir a una persona dentro del limitado concepto de daño moral.

En conclusión, en opinión de este jurista (principal promotor de la incorporación del concepto de daño a la persona dentro de nuestra legislación) el concepto de daño moral es un concepto anticuado, en palabras de Mosset Iturraspe¹² *“un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestra debilidades, por nuestras torpezas”* y por lo mismo debería omitirse del código y sustituirse únicamente por el concepto de daño a la persona¹³.

¹¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos en “Daño Moral y daño al Proyecto de vida”; artículo publicado en el primer número de la Revista GENESIS JURIDICA – Junio del 2003

¹² MOSSET ITURRASPE, Jorge en “El DAÑO A LA PERSONA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO-DIEZ AÑOS DEL CODIGO CIVIL PERUANO: BALANCE Y PERSPECTIVAS”. Universidad de Lima y W.G. Editores Lima. Tomo I

¹³ El Doctor Fernández Sessarego, nos refiere: ...” *Como también se aprecia del texto del artículo 1985º, antes transcrito, la indemnización comprende, aparte del daño emergente y del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Lamentablemente, no fue posible, por la estrechez del tiempo transcurrido entre la incorporación del daño a la persona en el artículo 1985º y la promulgación del Código, eliminar del texto de este numeral la alusión al “daño moral” que, como lo hemos señalado, en cuanto dolor o sufrimiento (pretium doloris) es un daño psíquico de carácter emocional, por lo que está comprendido dentro de la genérica voz de “daño a la persona”. .En efecto, la inclusión del “daño a la persona”, que no aparecía en el proyectado texto del mencionado numeral, se produjo en la última y conclusiva sesión de la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil del 3 de julio de 1984, convocada expresamente por el Ministro de Justicia de aquel entonces, doctor Max Arias Schreiber, para revisar y dar los ajustes finales de redacción al texto del Código. La ceremonia formal de promulgación de este instrumento legal se había fijado para días después, el 24 de julio del mismo año. Esta circunstancia, como está dicho, impidió plantear cualquier debate - que hubiera sido extemporáneo dada la índole de la reunión -, tendente a suprimir el daño “moral” del texto del artículo así como modificar el artículo 1984º dedicado a regular lo concerniente al daño moral con*

Por su parte la Doctrina Clásica, aquella que ha desarrollado extensamente el concepto de daño moral, tiene en consideración dos subtipos de daños:

El *Daño moral subjetivo*.- Que es aquel conocido como el "pretium doloris" o "precio del dolor", donde se lesiona la esfera interna del sujeto, esto es, el plano de los sentimientos y/o de la autoestima del sujeto no trascendiendo el daño al plano externo de la productividad (o del desarrollo conductual del sujeto). En este caso tenemos por ejemplo a: los daños generados por los insultos..

El *Daño moral objetivo*.- Que es aquel que no se limita a un menoscabo en la esfera interna del sujeto (en los sentimientos o afectos del sujeto) puesto que los efectos del daño trascienden a la esfera de productividad, es decir va a afectarse la actividad que el sujeto realizaba, el desarrollo normal de su vida, etc; en este caso entonces el daño escapa de cierto modo a la esfera interna del sujeto repercutiendo en la conducta del mismo generando un daño patrimonial indirecto; surge aquí un concepto recogido por el Dr. Jorge Beltrán Pacheco (autor nacional), que creemos

prescindencia del daño a la persona. Al no ser posible reabrir el discusión, lo más que se pudo obtener, y ello constituyó un gran logro, fue incorporar el daño a la persona entre aquellos daños cuyas consecuencias o perjuicios deberían ser indemnizados. Quedaba como proyecto a cristalizar en una próxima futura ocasión el perfeccionar sistemáticamente la materia contenida en los artículo 1984° y 1985° del Código civil vigente. Cabe recordar que la Comisión Revisora, ante la cual se planteó la necesidad de incorporar el daño a la persona dentro del texto del Código civil, no aprobó, en primera instancia, la propuesta que se le sometía. Por ello, y tal como se apunta en el párrafo anterior, hubo que esperar una nueva y propicia ocasión para obtener, un 3 de julio de 1984, su inclusión dentro del Código. Las vicisitudes ocurridas en esta oportunidad, que permitieron extemporáneamente incorporar al Código el daño a la persona, están por nosotros narradas en un trabajo anterior al cual remitimos al lector curioso por obtener mayor información al respecto. Lo sucedido el 3 de julio de 1984 pertenece a la historia interna del Código civil a la cual difícilmente accederán los historiadores del derecho que se ocupen de la materia. No fue tarea fácil que se aceptase en el Perú de la primera mitad de la década los años ochenta los alcances del novedoso concepto de "daño a la persona"...En relación con la tardía incorporación del daño a la persona en el artículo 1985° del Código civil, quedaron dos concretas tareas que enfrentar para cuando se presentase la oportunidad de revisar el Código civil de 1984 a fin de proponer, en esa ocasión, algunas enmiendas destinadas a perfeccionar y actualizar su texto..."

necesario mencionar, el del **“daño social”** que hace referencia al aspecto social de la vida humana, puesto que al considerarse a la vida como una unidad bio-psico-social, aceptamos que tiene tres niveles: siendo el último de ellos, es decir el social, el que resulta directamente afectado con este tipo de daño, esto es el desarrollo de la vida humana a partir de sus vinculaciones con terceros. Aunque a criterio nuestro, las consecuencias originadas por el llamado “daño social” bien podrían encuadrarse únicamente dentro del llamado daño a la persona, pues el ser humano, al ser un ente social por naturaleza, cualquier daño que se le ocasione lógicamente habría de repercutir en su relación con los demás seres humanos, pero nos resulta difícil concebir que pueda producirse única y exclusivamente una lesión en este ámbito, si es que no es consecuencia ya sea de un daño personal (no patrimonial) o no personal(material o patrimonial).

La otra cara de la moneda, pues es aquella tesis que considera al daño a la persona como la especie, frente al carácter genérico del daño moral, posición que tiene entre sus principales adeptos a los juristas franceses, de los cuales en nuestro país su mas importante exponente es el doctor Frenando de Trazegnies, para quien *“el daño a la persona no es sino una sub especie del daño moral, por lo tanto bastaba únicamente la mención al daño moral en el artículo 1985 de Nuestro Código”*

Para hacer tal afirmación, el citado autor al analizar las diferentes dimensiones que definen el daño a la persona, observando en primer lugar a las lesiones psicológicas a la persona (las que producen una "perturbación o alteración de su equilibrio psíquico de magnitud - o sea que justifique un tratamiento psiquiátrico - por ello no cabe duda de que los gastos de curación y los días o meses de inhabilitación constituyen un daño patrimonial), considera que tal daño psicológico vendría a ser una

lesión económicamente similar a la física; y, consecuentemente, dará lugar a un daño emergente y lucro cesante.

Por otro lado, las cosas se presentan diferentes – nos refiere – cuando hablamos de perturbaciones o alteraciones del equilibrio psíquico que no llegan a crear una patología. Entonces estamos ante las emociones fuertes de la vida: una gran pena, un gran dolor, un sufrimiento, una frustración. Sin embargo, conforme antes ha sido definido por el Dr. Fernández S., todo ello parece pertenecer a la categoría de los daños morales

En base a ello el Dr. De Trazegnies, es de la opinión que, muchas de las violaciones consideradas por el Dr. Fernández como daño a la persona, producen daños patrimoniales: la privación ilegal de la libertad, la pérdida de la integridad física, la lesión al honor, la apropiación por persona ajena de los derechos de autor o inventor, etc. conllevan consecuencias económicas. Sin embargo- nos refiere - cabe también la posibilidad de considerar los daños que se derivan de ellas desde una perspectiva no patrimonial, conjuntamente o independientemente de la perspectiva patrimonial: la humillación de la prisión injusta, la frustración del proyecto de vida de quien ha sufrido una lesión física deformante, el sentimiento herido del honor, etc. Pero tales daños espirituales tampoco no son diferentes de lo que se ha conocido tradicionalmente como daño moral.

Con ello este autor trata al daño moral – como así lo hicieron los juristas franceses quienes crearon esta expresión- como una referencia amplia a todo daño no patrimonial, considerándolo como un daño inmaterial (que protege los derechos extrapatrimoniales de todo ser humano como los derechos de la personalidad, los derechos de la familia, etc.) en oposición al daño material (protector de los derechos reales y

personales); considera adecuado además utilizar la expresión de “daños extrapatrimoniales” para definir lo que el Dr. Fernández Sessarego denomina daños a la persona; pero igual - el autor comentado - considera innecesario crear una nueva categoría de daños para nombrar a aquellos que operativamente ya habían sido distinguidos por la doctrina clásica.

Una tercera posición, es aquella que considera útil la permanencia del llamado daño moral, dentro de la sistemática de Nuestro Código Civil por cuanto delimita su campo a la protección de los derechos de la personalidad¹⁴, es decir que la protección que se ofrece como consecuencia de la conceptualización de este daño es específica, abarcando mas al campo de la afección (aflicción, dolor, sufrimiento, indignación, irritación, rabia, etc.) sentimental. Además, no tendría ningún problema para coexistir con el daño patrimonial y con el daño a la persona.

En el punto expresado en el párrafo anterior, pensamos que es donde viene la confusión, por cuanto si decimos que el daño moral es la afectación de los derechos de la personalidad (entendidos en su sentido mas amplio), en buena cuenta estamos incurriendo en el ámbito del llamado daño a la persona; ¿no es acaso la salud un derecho de la personalidad? ¿no es acaso el derecho a gozar de una integridad física un derecho a la personalidad? ¿no es acaso la libertad un derecho a la personalidad?; entonces si nosotros fuéramos víctimas de un daño psicosomático o un daño a nuestro proyecto de vida (daño a la persona) ello generaría, como es lógico sentimientos de dolor, sufrimiento aflicción, etc. (daño moral). La diferencia radica, a nuestro entender en que el daño a la persona tiene alcances mucho mas amplios puesto que hablamos de bienes jurídicos de naturaleza mucho mas trascendentes, cuya lesión no es tan simple de ser indemnizada (o en todo caso compensada), bienes que

al ser lesionados originan daños de consecuencias incalculables (pecuniaria o materialmente hablando). Pero ello no impide tampoco que nos pueda causar daños a nuestra psique (sentimientos de angustia, intranquilidad, temor, etc.) es por ello que resulta aceptable la tesis que considera al daño moral como la especie frente al gran género del daño a la persona; lo cual no sería sustento suficiente para eliminarlo de la sistemática del Código Civil, creemos que su eliminación traería consigo aún mas confusiones conceptuales, por cuanto al tratar de una manera específica ciertos aspectos de la personalidad, ello permite también una reparación específica de los mismos, logrando alcanzar en buena cuenta una reparación integral por los daños que se ocasionen a todo ser humano.

Para entender mejor la connotación de los daños analizados, piénsese por ejemplo en Pepe, estudiante del último año en la Facultad de Derecho de la U.N.P.R.G. con 25 años de edad, casado y con un hijo, trabajador nombrado en el Poder Judicial del distrito de Lambayeque, sufre un accidente automovilístico, y como consecuencia de ello pierde ambos brazos; en el presente caso, primero podemos verificar la existencia de daños patrimoniales como por ejemplo: **daño emergente**, el mismo que esta constituido por los gastos de hospitalización , medicamentos, gastos de operaciones, etc. un **lucro cesante**, constituido por la ganancia que ha dejado de percibir durante todo el tiempo que duró su recuperación (si es que la hay), la misma que tendrá que estimarse de acuerdo al sueldo mensual que percibía (y si es que ya le es imposible regresar al trabajo, el que pudo percibir de haber continuado); así mismo encontramos daños no patrimoniales, como por ejemplo: **un daño moral**; expresado en el sentimiento de angustia, aflicción y quizás temor que le produce el hecho de no volver a desempeñarse de la manera como lo ha venido haciendo,

¹⁴ Como lo señala Santos Briz: *..” Es criterio que puede considerarse predominante la conceptualización del*

además de la preocupación constante ocasionada por el hecho de no poder sustentar a su pequeño hijo; incluso podemos ir mas allá y considerar la profunda depresión en la que Pepe se ve envuelto y que lo ha llevado a intentar autoeliminarse; y, **un daño a la persona**¹⁵, concebido en primer lugar como el daño a su salud, la misma que lógicamente ha quedado resquebrajada como consecuencia del accidente; en segundo lugar existe también un daño a su proyecto de vida, puesto que Pepe se encontraba cursando el último año de la carrera de derecho, era un dedicado estudiante con amplias perspectivas de desarrollarse profesionalmente y llegar a ocupar un cargo dentro de la magistratura; proyecto de vida que ahora se ve truncado (en el mejor de los casos modificado) con el accidente y con la pérdida de sus extremidades superiores. Lógicamente todos estos daños inciden directamente sobre la víctima (Pepe), pero ello no impide que se verifiquen daños – podríamos denominarlos colaterales – que afectan a los seres queridos de Pepe (su hijo y su madre, por ejemplo), en buena cuenta resulta válido afirmar que estos daños son consecuencia también de los daños sufridos por Pepe¹⁶.

daño moral como el que afecta principalmente a los derechos de la personalidad...”

¹⁵ “(...) Es por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su proyecto de vida(...)” Extraído de la Sentencia de Reparaciones expedida el 03 de diciembre del 2001 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Luis Alberto Cantoral Benavides.

¹⁶ “(...) Con respecto a José Antonio Cantoral Benavides, por haber sido afectado por la situación por la que pasaba su familia, el encarcelamiento de sus hermanos, la inseguridad y el temor de ser apresado, salió del país y actualmente se encuentra en Bolivia. Si bien no hay una prueba fehaciente que demuestre los daños inmateriales sufridos por él, se puede presumir que al igual que su madre y sus hermanos, no podría ser indiferente a lo sucedido a su hermano y a su familia, y en consecuencia debe ser indemnizado por daño inmaterial (...)” Párrafo extraído de la Sentencia de Reparaciones expedida el 03 de diciembre del 2001 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Luis Alberto Cantoral Benavides.

3.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DAÑO A LA PERSONA Y EL DAÑO MORAL

Bajo nuestro punto de vista, expresado anteriormente, el daño a la persona y el daño moral, si bien es cierto tienen una relación de género a especie, motivo por el cual surge la iniciativa de eliminarlo de la sistemática de nuestro Código Civil, al considerar a este último bajo los alcances del primero; nos parece útil mantener dicha clasificación, en base a las razones también expuestas; pero asimismo nos parece acertada la tesis de modificar la denominación del daño que engloba los derechos protegidos por éstos (daño no patrimonial), considerando más apropiado -aunándonos a esta nueva tendencia doctrinaria- referirnos en estos casos al “daño subjetivo”- esto es el daño ocasionado al sujeto de derecho, frente al daño no subjetivo (daño patrimonial) denominado también “daño objetivo”¹⁷, en cuanto ocasiona una merma, justamente a los objetos de derecho, denominación con la cual este se pueda determinar exactamente¹⁸. Bajo estas nuevas denominaciones, entonces se estaría colocando como punto medular de referencia para distinguir al daño en general al sujeto de derecho, alejándonos así de la clasificación genérica del daño basada en simples criterios patrimonialistas.

Pero volviendo al tema que nos atañe, creemos conveniente señalar algunas semejanzas y diferencias que en cierto modo apoyarían la tesis propuesta:

Empezaremos señalando las semejanzas existentes; dentro de las cuales la principal y más importante es que ambas tienen un carácter no

¹⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos en “Hacia una Nueva sistematización del daño a la persona” artículo publicado en “Cuadernos de Derecho”, N° 3, Año 2, Lima, Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1993

¹⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, en “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 2002. Lima – Perú. Pag. 160

patrimonial o inmaterial, puesto que afectan o lesionan aspectos subjetivos (internos) del ser humano; en buena cuenta afectan los denominados derechos de la personalidad, cuya característica es precisamente su no patrimonialidad, puesto que están fuera del comercio de los hombres; ello nos conlleva a establecer una segunda semejanza relacionada a su no cuantificación pecuniaria, es decir que no pueden ser apreciados en dinero.

Ahora bien, para anotar las diferencias entre ambas figuras, debemos tener en cuenta – al aceptar la inclusión del daño moral dentro del daño a la persona- que efectivamente existen notorias diferencias pero con el aspecto referente a la lesión al llamado “proyecto de vida” (parte integrante del alcance de éste último daño), puesto que – conforme lo diríamos anteriormente- la intención de mantener el llamado daño moral dentro de nuestro ordenamiento nos es útil para especificar (o en su oportunidad delimitar) los alcances del daño a la persona, pues no es lo mismo decir que todo daño moral es de consecuencias no patrimoniales, a decir que todo daño de consecuencias no patrimoniales es un daño moral; las diferencias, entonces, entre ambas figuras, saltan a la vista: la primera y más resaltante entre ambos daños¹⁹(daño moral y daño al proyecto de vida) es que cada uno de ellos afecta o lesiona distintos aspectos o esferas de la realidad unitaria en que consiste el “ser humano”; el daño moral es aquel que lesiona preponderantemente la esfera de los sentimientos de la persona (daño psíquico de carácter emocional), mientras que el daño al proyecto de vida es un daño que lesiona nada menos que la libertad del sujeto, traducida en su capacidad de realización personal.

Otra de las diferencias presente en ambos daños es aquella que versa en cuanto a las consecuencias que producen en el ser humano; mientras

que el daño moral afecta específicamente la esfera emocional, ocasionando quizás un dolor o un sufrimiento (daños emocionales o psíquicos), el daño al proyecto de vida genera un truncamiento del destino personal, con consecuencias devastadoras, pues comprometen al futuro de la persona, truncan su destino, le impiden ser lo que libremente decidió ser en la vida²⁰, comprometiendo enteramente al ser humano y causando una honda depresión que pueda llegar a convertirse en un vacío existencial.

Se vislumbra así una tercera diferencia referida a la temporalidad del daño causado, puesto que, mientras el daño moral, como perturbación psíquica no patológica que genera a veces dolor o sufrimiento, va disminuyendo o desaparece con el transcurso del tiempo, puesto que como sabemos un sentimiento como el dolor no necesariamente acompaña a la persona durante toda su vida²¹; el daño al proyecto de vida es futuro y cierto, duradero, que compromete generalmente de por vida a la persona, un daño de esta magnitud difícilmente se supera, pues acompaña a la persona por toda su existencia, o en el mejor de los casos deja en la persona una huella tan profunda y tan honda que resulta indeleble.

Existe una última diferencia que considero merece una mención aparte, y es aquella que le asigna un valor económico al daño a la persona, por cuanto puede influir en la capacidad productiva y de rendimiento del sujeto - valor económico que no necesariamente está vinculado a su

¹⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos en “Daño Moral y daño al Proyecto de vida”; artículo publicado en el primer número de la Revista GENESIS JURIDICA – Junio del 2003

²⁰ IBIDEM

²¹ Al respecto el Dr. Fernández Sessarego, nos refiere: “(...) *En este sentido, el dolor o el sufrimiento que se experimenta por la desaparición de un ser querido es comprensiblemente hondo en un primer momento. Luego, con el decurso del tiempo este dolor amengua y, con frecuencia, se transforma o es sustituido por otros sentimientos. Así, al mes retorna en parte la serenidad aunque el dolor siga presente. El sufrimiento no desaparece, pero se ha mitigado. Pasado un buen tiempo, cinco o diez años; el dolor, por un determinado mecanismo psicológico se ha convertido en un sentimiento diverso. La persona afectada ya no siente mas el intenso dolor de los primeros días, ya no sufre, sino que, mas bien, este sentimiento se transforma en un emocionado recuerdo, generalmente impregnado de una mezcla de gratitud y orgullo, tanto por lo que se recibió en vida del ser querido como por lo que él significó(...)*”

carácter de no cuantificable pecuniariamente -,valor que además no se aprecia en el daño moral; según nuestro criterio se trataría de una diferencia de carácter relativo, pues como es sabido cada ser humano es distinto de los demás (atributo inherente a nuestra personalidad), y por tanto existen personas que fácilmente no se dejan doblegar por las adversidades, mientras que otras son más proclives a entrar en estados de profunda depresión repercutiendo lógicamente su capacidad y rendimiento productivo, especialmente cuando dependen económicamente de ello; es por ello que considero que no se puede generalizar esta diferencia debiendo ser apreciada por el juzgador en el caso concreto.

4.- LA REPARACION EN EL DAÑO SUBJETIVO: DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL

Nuestro ordenamiento contempla diversos mecanismos procesales para la defensa y protección del daño a la persona y el daño moral, entendidos estos, como daños de naturaleza no patrimonial (inmaterial o no apreciables pecuniariamente). En base a lo expresado, para indemnizar este tipo de daños; o en buena cuenta para restablecer el orden jurídico perturbado, el Derecho concibe dos caminos: por un lado **La Pena Aplicable** (en el caso de ilícitos penales), donde el ordenamiento jurídico se dirige especialmente a sancionar al “autor de los hechos” cuyo accionar ha rebasado el marco de las relaciones interpersonales perturbando el orden social. Por otro lado **La Reparación**, donde el Sistema apunta su mirada a restablecer la situación de los bienes al estado anterior de la perturbación, (criterio aplicable en el derecho privado) donde la preocupación es eminentemente la víctima.

Es menester hacer aquí la aclaración que desde el punto de vista de la sanción, el responsable por el hecho ilícito cometido (campo penal), en el que no sólo se responsabiliza e individualiza al autor del mismo, aplicándole una sanción (pena privativa de la libertad), sino también se fija una indemnización de carácter pecuniaria para la víctima o para sus deudos (REPARACIÓN CIVIL) contribuyendo de esta manera, en cierto modo, a la reparación del daño causado, pero la diferencia radica fundamentalmente en el énfasis que se le da a la sanción o pena aplicable al autor de los hechos.

Con relación a la reparación en el campo civil (Derecho Privado), esta puede adquirir diversas modalidades, como por ejemplo: **Reparación In Natura**, reparación específica que consiste en la entrega de una cosa similar a la dañada, o en la reparación de la cosa dañada, **Compensación por el Equivalente en Dinero**, aquí se distinguen dos situaciones: *La Primera* cuando el daño ocasionado puede ser evaluado en dinero (**Carácter Compensatorio**); cuando el agravio es incuantificable pecuniariamente (**Rol de Satisfacción**) Con respecto al rol de satisfacción surge un inconveniente: ¿ como debe hacer el juez para fijar la cuantía de un daño que no es medible pecuniariamente?, a esto se le aúna el hecho de que por mas que no se pueda medir pecuniariamente, se debe proteger a la persona en su dimensión sicosomática, pues resulta incongruente pensar que se puede proteger el patrimonio de los seres humanos y no los derechos fundamentales de la persona humana, cuando éstos son transgredidos.

Cuando el derecho transgredido se refiere a la vida privada, incluso puede darse otras formas de reparación no patrimonial como por ejemplo “**una Reparación Nominal**”, que en buena cuenta se trata de fijar una suma simbólica en dinero (un dólar, por ejemplo) para sortear el concepto

de indemnización; puesto que como lo que se ha visto perjudicado es el honor de la persona, el interés del agraviado se centra en que este quede limpio, caso en el cual la reparación primordial está dada por el fallo fundado del juzgador y la consiguiente publicidad del mismo.

En base a lo expuesto, cabe hacer aquí mención a los mecanismos con que cuenta Nuestro Ordenamiento Jurídico para la defensa del daño moral y el daño a la persona, los que en buena cuenta podemos encontrarlos en el Derecho Constitucional, por ejemplo a través de la Acción de Amparo, Garantía Constitucional consagrada en Nuestra Carta Política de 1993 en su artículo 200 inciso 2° y normado por la Ley 23506²², cuyo ámbito de protección se extiende a los derechos consagrados por Nuestra Constitución diferentes a la libertad individual y los derechos constitucionales conexos, la misma que en su artículo uno señala que el objeto de todas las acciones de garantía es reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; garantía esta que nos permite por ejemplo reponer la violación a nuestro derecho al honor bajo el criterio de la reparación in natura²³.

De otra parte en materia Civil, quien ha visto vulnerado sus “derechos a la persona” para la defensa de los mismos tiene la acción de INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, acción que tendrá la vía abreviada o de conocimiento, según el monto reparatorio (monto pecuniario) que se solicite.

²² En la Actualidad ha sido promulgado el Código Procesal Constitucional a través de la Ley 28237 del 31/05/2004 cuya entrada en vigencia se dará el 01/12/04 Código que regula las Garantías Constitucionales antes establecidas en esta Ley.

²³ Siguiendo este criterio también podría considerarse a la Acción de Habeas Corpus, Garantía Constitucional que protege el derecho a la libertad individual y sus derechos conexos, cuya violación podría ser generadora de un daño psíquico o somático (daño a la persona)

Dentro de este ámbito cabe resaltar que el Derecho Procesal Civil ha puesto a disposición de los justiciables para la defensa del daño a la persona ciertos mecanismos procesales como son la MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS, especialmente en los casos en los que el daño se produzca en el honor (daño a la persona aplicable a la transgresión de la vida privada). Estos tipos de medidas cautelares constituyen instrumentos procesales a través del cual el órgano jurisdiccional adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, puesto que tienden a modificar el estado de hecho o de derecho existente constituyendo una intromisión del juzgador en la espera de la libertad de los justiciables al ordenárseles que se cese en una actividad contraria a derecho. Esta medida tiene por finalidad (art. 682° C.P.C.) “reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda” y justamente uno de sus ámbitos de aplicación se da ante la violación del derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz (Art. 686° C.P.C.). Un caso aplicativo de este tipo de medida, se presenta por ejemplo cuando un actor, quien ha visto vulnerado su derecho a la intimidad frente al asecho periodístico incluso dentro del ámbito familiar, y lo que desea es simplemente el pronto y definitivo cese del acoso y nada más (Indemnización Nominal), esta medida puede servirle.

Dentro del ámbito penal, como se hiciera referencia anteriormente también se protege o debiera protegerse – aunque desde otro punto de vista- el daño a la persona; gracias a la institución de la REPARACIÓN CIVIL (art. 93° C P.), incluso posibilitando la reparación (indemnización) del daño en la vía civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a éste (art. 99° C.P.) mas aún nuestro Ordenamiento Jurídico Penal hace la atingencia expresa de la aplicación de la normatividad civil, en todo lo referente a la indemnización por daños (art. 101° C.P.), norma que nos da la oportunidad de afirmar que en esta

vía es posible también la reparación de dichos daños, aunque se hace necesario recalcar que conforme a la jurisprudencia penal analizada, la reparación civil se limita únicamente al campo del daño emergente, y en el mejor de los casos al lucro cesante (aunque de manera sumamente restringida), dejando de lado al daño a la persona y al daño moral; quizás por el enfoque desde el cual es analizado el perjuicio ocasionado (dando mayor énfasis a la sanción al responsable, considerando primordialmente la transgresión al precepto normativo que excede la esfera jurídica personal afectando la vida social; en contraposición a la reparación del daño causado a la víctima que es lo fundamental par el ámbito civil).

Lógicamente la reparación aludida en los párrafos precedentes es aquella adoptada por Nuestro Sistema Jurídico, que dota así de los mecanismos procesales expuestos, para que el daño sufrido por cualquier persona pueda ser indemnizado; pero legislaciones mas desarrolladas que la nuestra en el tema que nos atañe, consideran como mecanismos de reparación lo que se designa como “baremos” (o tablas de infortunios o tarifas indemnizatorias), que son elaborados por grupos multidisciplinarios, compuestos por médicos, jueces, abogados, psicólogos, economistas, aseguradores, entre otros, teniendo en cuenta para ello tanto la jurisprudencia existente sobre la materia como las condiciones socioeconómicas del país y otros factores concomitantes²⁴

La legislación española cuenta con un baremo, el cual tiene un carácter meramente indicativo, ya que presenta un modelo elaborado sobre la base de una limitación en la indemnización del daño a la persona. Esta limitación ha suscitado críticas en la doctrina, un sector de la cual considera que es inconstitucional en tanto se opone a la reparación

²⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos en “Hacia una Nueva sistematización del daño a la persona” artículo publicado en “Cuadernos de Derecho”, N° 3, Año 2, Lima, Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1993

integral del “daño a la persona”. En este modelo – afirman - predomina el factor de uniformidad no dejando espacio para la flexibilidad que los jueces requieren en la fijación de las consiguientes reparaciones de dichos daños. Es decir, disminuye o desaparece el **margen de equidad**. Criterio sumamente indispensable cuando se trata de establecer la indemnización.

El resultado de la existencia en estas legislaciones de un baremo, ha permitido que el juez, partiendo de este punto de referencia, pueda aumentar el valor de la reparación si el caso lo amerita, pues la suma fijada en el baremo por concepto de indemnización por ejemplo en la pérdida de una mano, parte del principio que el valor de esta es igual para todos los seres humanos, sin embargo este no es un criterio rígido, puesto que para algunos la mano puede ser el miembro mas útil de su cuerpo (por ejemplo para el pianista), en virtud de lo cual los jueces pueden valorar tal situación en el caso concreto - puesto que la aplicación de los baremos no es obligatoria - pero teniendo como base un monto referencial y así lograr una indemnización realmente equitativa.

Volviendo a nuestra realidad legislativa a manera de crítica, creo necesario resaltar, que si bien es cierto contamos con un sistema de reparación o indemnización de daños con herramientas suficientes que nos permiten manejar la problemática de la responsabilidad; el problema no se encuentra tanto en como se ha conceptualizado el daño en Nuestro Código, sino mas bien, éste se presenta a la hora de hacer efectiva dicha indemnización, en buena cuenta a la hora que el juez tiene que evaluar los daños para establecer el resarcimiento de los mismos, situación que no sólo atañe a la cuantificación pecuniaria; puesto que no podemos esperar indemnizaciones millonarias, como las que se otorgan en países con

economías mucho más estables que la nuestra²⁵, pero tampoco conformarnos con indemnizaciones injustas en las cuales no se observa una verdadera aplicación del criterio de equidad. Asimismo debido a la concepción cerrada de muchos juzgadores de considerar al ser humano como tan sólo una “cosa” o, cuando más, como un sujeto productor de riqueza; de suerte que en la entrada del nuevo milenio, poco a poco, estas concepciones van superándose tomando en consideración ya no una concepción patrimonialística de la vida, sino una concepción mucho más personalista.

²⁵“(…) No podemos, por tanto, usar los mismos estándares ni tampoco podemos usar sistemas de responsabilidad idénticos a los que tiene países más desarrollados como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Italia. Debemos aspirar, al menos por ahora, a algo distinto (…).”Citando al Dr. Alfredo Bullard González en su libro “Derecho y Economía” – El Análisis Económico de las Instituciones Legales. Editorial Palestra. Primera Edición Agosto del 2003. Lima – Perú Pag. 514

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ ALPA, Guido. *“Responsabilidad Civil y Daño, Lineamientos y Cuestiones”*. Edit. Gaceta Jurídica, Mayo del 2001: Lima.
- ✓ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. 2003. Lima.
- ✓ DE TRAZEGNIES, Fernando. *“La Responsabilidad Extracontractual”*. 1989. Tomo II. Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.
- ✓ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 2002. *“Derecho de la Responsabilidad Civil”*, Edit. Gaceta Jurídica: Lima.
- ✓ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *“Daño Moral y daño al Proyecto de vida”*. Revista GÉESIS JURÍDICA, Junio del 2003.
- ✓ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. 1993. *“Hacia una Nueva sistematización del daño a la persona”*. Artículo publicado en *“Cuadernos de Derecho”*, N° 3, Año 2, Lima, Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
- ✓ MORALES GODO, Juan. 1995. *“El Derecho a la Vida Privada y el conflicto con la libertad de información”*. Edit. Grijley: Lima.
- ✓ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *“El daño a la persona en el Código Civil peruano- diez años del código civil peruano: balance y perspectivas”*. Edit. Lima Editores: Lima.
- ✓ SANTOS BRIZ, Jaime. *“Derecho de daños”*. Lima.