

ANDRÉS SÁNCHEZ RAMÍREZ*

El daño a la persona en el derecho civil peruano

*Recepción, desarrollo y desafíos***

Sumario: 1. Recepción. - 2. Desarrollo. - 2.1. Consideraciones previas en torno a la estructura de la persona. - 2.1.1. Criterios para una clasificación (genérica) del daño. - 2.1.1.1. En función de la naturaleza del ente dañado. - 2.1.1.1.1. Daño a la persona. - 2.1.1.1.1.1. Daño psicosomático. - 2.1.1.1.1.1.1. Daño biológico. - 2.1.1.1.1.1.2. Daño psíquico. - 2.1.1.1.1.1.3. Daño a la salud o daño al bienestar. - 2.1.1.1.1.1.4. Daño moral. - 2.1.1.1.2. Daño a la libertad o libertad fenoménica. - 2.1.1.1.2. Daño objetivo. - 2.1.1.2. En función de sus consecuencias. - 2.2. Posicionamiento del Daño a la Persona en la codificación civil peruana. - 3. Desafíos. - 3.1. Hacia una unificación de criterios para cuantificar el daño a la persona.

1. *Recepción*

El “daño a la persona”, en tanto creación doctrinal, fue incorporada al escenario jurídico peruano por obra del destacado jurista peruano Carlos Fernández Sessarego a principios de los años ochenta del siglo pasado, a su regreso de un largo *soggiorno* académico en tierras itálicas (1977-1983), en las que tuvo ocasión de ejercer labor investigativa y de enseñanza en las universidades de Siena y Nápoles.

* *Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Becario DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst). Estudios de especialización en Derecho Civil en la Philipps-Universität Marburg (Alemania). Adjunto de Docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Cátedra en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* A Juan Espinoza Espinoza, con mucha gratitud y admiración.

Es precisamente en este contexto de nutrida interacción académica en la que el jurista, graduado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tomó contacto directo con el surgimiento del “daño a la persona”, participando en numerosos congresos, foros, seminarios, así como en diversas conversaciones con sus pares italianos, pudiendo asimilar de primera mano la discusión académica en torno a esta novísima figura doctrinal.

A través de dicho *percorso*, pues, Carlos Fernández Sessarego entendió que era necesario sistematizar todas las voces de daño que por ese entonces circulaban -sobre todo en el formante doctrinal italiano-, estableciendo una clasificación ordenada de los mismos, así como, también, elaborar un dispositivo legal que pudiera permitirle al operador jurídico, fundamentalmente jueces, alcanzar una mejor y más adecuada reparación de los perjuicios sufridos. Este fue uno de los objetivos más importantes a los que se dedicaría el jurista sanmarquino luego de su retorno al Perú.

De esta manera, a partir de 1983 emprendió un infatigable trabajo en la conformación teórica del *daño a la persona*, dotándole -como es habitual en la metodología de Carlos Fernández Sessarego- de un sustento filosófico que la respalde y, además, que le distinga de aquellas otras voces de daño, poco sólidas teóricamente, pero que aspiraban a identificarse como aquella.

En 1984, como consecuencia de su perseverante trabajo, Fernández Sessarego logró que la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil peruano -que se promulgaría en julio del mismo año- decidiera incorporar la obligación de indemnizar el “daño a la persona” junto a las clásicas voces de daño resarcible, esto es, el daño moral, el daño emergente y el lucro cesante.

Fue así, entonces, que luego de casi medio siglo, con la promulgación del Código Civil peruano de 1984, se logró positivizar la categoría del *daño a la persona*, a través del art. 1985, el cual establece lo siguiente: «*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, 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.*».

La incorporación legislativa del *daño a la persona* en el Código Civil peruano de 1984 constituyó un hito importante en la historia de las codificaciones latinoamericanas -sobre todo en lo

tocante a la tutela civil de la persona- ya que fue el primer código de la región en regular de manera más precisa y adecuada aquellas lesiones que no se encuadraban en el estricto concepto de daño moral y que, por su naturaleza, merecían un tratamiento más cuidadoso y reflexivo por parte del operador jurídico. De ahí que el propio Pietro Rescigno haya reconocido que el Código Civil peruano «es un texto legislativo de gran interés para el jurista de Europa continental y, en particular, para el italiano»¹. En similar sentido se pronunció el jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe, destacando que «El daño a la persona es, como expresión o fórmula concisa, un feliz hallazgo del eminente jurista peruano Don Carlos Fernández Sessarego, nacido al conjuro del artículo 1985° del Código Civil peruano de 1984»².

Finalmente, consideramos, junto a Fernández Sessarego, que «El aporte peruano en cuanto “al daño a la persona” radica, como está dicho, en su sistematización y el haberlo recreado para desarrollar sus modalidades, entre las que se hallan el “daño biológico”, el “daño al bienestar” y el “daño al proyecto de vida”, entre otras»³.

2. Desarrollo

Para comprender en qué consiste la formulación del daño a la persona, es necesario hacer una breve revisión de la sistematización de daños elaborada por Carlos Fernández Sessarego ya que sólo así tendremos un marco conceptual más apropiado para abordar el asunto en cuestión.

2.1. Consideraciones previas en torno a la estructura de la persona

Antes de entrar a considerar los criterios en función a los cuales se erige esta nueva sistematización del daño a la persona, es importante conocer, previamente, de qué manera está estructurada la persona a fin de establecer con precisión a qué *zona* de su *estructura* se le ha lesionado, y cuáles son sus consecuencias jurídicamente relevantes a considerar.

¹ Pietro RESCIGNO, *Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código Civil peruano de 1984*, en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 235.

² Jorge MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Tercera Edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 327.

³ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los veinticinco años del Código civil peruano de 1984: historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Primera Edición, Motivensa, Lima, 2009, p. 468.

De este modo, debemos partir delineando la estructura de la persona, señalando que “**el ser humano es una unidad psicósomática, constituida y sustentada en su libertad**”⁴.

La realidad ontológica que puede ser dañada, además de los objetos o cosas, es la del propio ser humano y, en atención a ello, es sobre la estructura de éste que recaen todos los daños existentes a la persona. Así, la persona está constituida, en principio, por una *estructura psicósomática*. De ahí entonces que los daños ocasionados en este ámbito puedan ser localizados, bien a nivel del *soma* (daños a la estructura-integridad física), bien a nivel de la *psique* (daño psíquico, daño moral, etc.). Sin embargo, es de suma relevancia apuntar que la persona está constituida - además de una estructura psicósomática- por otro elemento de no menos importancia que el primero. Se trata de aquel elemento consustancial a la propia naturaleza del ser humano, que lo define como tal y lo diferencia del resto de las especies vivientes. Nos estamos refiriendo, pues, a la *libertad*.

Como ya lo adelantáramos en el capítulo segundo del presente trabajo, la libertad es un elemento consustancial de la persona. Sin libertad, no podríamos ser el *ser* que somos: un *ser humano*. Es, pues, gracias a esa libertad que podemos constituirnos en la especie más evolucionada de los seres vivientes, así como distinguirnos, de la manera más clara posible, de nuestro ancestro común: el primate, cuya característica distintiva es la de carecer, precisamente, de eso que nos hace ser lo que somos: la libertad.

Pues, bien. Esa libertad, de la cual gozamos todos, tiene dos formas de manifestarse (o plasmarse) en la realidad. La primera, denominada como *libertad ontológica*, que se revela en aquel soporte material (estructura psicósomática) sobre la cual se sostiene y posibilita el ejercicio de nuestra libertad. Y la segunda, pero no menos importante, denominada como *libertad fenoménica*, que consiste en la libertad desplegada en actos, en comportamientos. Es la ejecución propiamente dicha de la libertad ontológica, la cual se exterioriza, justamente, en actos de conducta, en un hacer, en un obrar, en actividades desplegadas por la propia persona.

⁴ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, en *Foro Jurídico*, Año 1, N° 2, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 17.

De este modo, estamos frente a dos ámbitos que conforman la estructura misma de la persona. Por un lado, la así llamada *libertad ontológica*, representada en la estructura psicosomática de la persona y, por el otro, la denominada *libertad fenoménica*, la cual se traduce en actos y comportamientos tendientes a concretizar el proyecto de vida de la persona. Pues bien, sobre cualquiera de estos dos aspectos integrantes de la estructura de la persona puede recaer un daño al ser humano en cuanto tal. Es por ello que, no existe un daño a éste que no recaiga sobre alguno de estos dos ámbitos existenciales antes referidos.

Finalmente, una vez delineada claramente la estructura de la persona y advirtiendo, en consecuencia, los únicos ámbitos que pueden ser lesionados a raíz de la ocurrencia de algún hecho dañoso a su dimensión existencial, tenemos camino abierto para proceder a analizar a detalle las vías y modos en que se le puede ocasionar daño, en función, siempre, a determinados criterios que a continuación procederemos a explicar.

2.1.1. Criterios para una clasificación (genérica) del daño

En esta sección nos corresponde exponer la nueva clasificación (o sistematización) del daño a la persona concebida por Fernández Sessarego, la cual se configura, básicamente, en función a dos criterios matrices. El primero, referido a *la naturaleza del ente* que se ha lesionado y, el segundo, en lo que concierne a *las consecuencias derivadas del daño*. Cada uno de estos criterios será explicado con mayor detalle a continuación.

2.1.1.1. En función de la naturaleza del ente dañado

Este primer criterio busca centrar la atención del análisis, fundamentalmente, sobre qué elemento o estructura de la realidad ha recaído la acción del daño. Y tal como ya lo hemos venido señalando anteriormente, las únicas “entidades” existentes que pueden ser pasibles de ser lesionadas son dos: o bien las cosas u objetos, los cuales forman parte del patrimonio de las personas, o bien los seres humanos. De manera genérica, estas son las únicas dos categorías sobre las cuales podemos observar se pueden incidir daños. A la primera, la doctrina le ha asignado la denominación de *daño objetivo*, en tanto se tratan de entidades materiales o no personales y, a la segunda,

se le conoce ampliamente como *daño a la persona* o *daño subjetivo*⁵. En consecuencia, sobre estos dos ejes -daño a la persona (o daño subjetivo) y daño objetivo- versará este apartado. Aunque, como es evidente, por tratarse del tema central de la presente investigación, nuestra mayor preocupación durante todo el desarrollo de la misma se abocará en el primer eje de análisis, esto es, en el daño a la persona.

2.1.1.1.1. *Daño a la persona*

Como ya hemos advertido previamente, empleamos la expresión “daño a la persona” de manera equivalente a la de “daño subjetivo”, la cual hace referencia a todos los daños que se le pueden hacer al sujeto de derecho *ser humano* y cuyo ciclo vital, tutelado de manera expresa por nuestro orden constitucional, comienza desde la concepción hasta su muerte.

Asimismo, partiendo de la premisa que el ser humano es aquella “**unidad psicosomática, constituida y sustentada en su libertad**”, cualquiera de los daños que se le cause recaerá, indefectiblemente, en alguno de sus dos ámbitos constitutivos de su estructura vital. Es decir, o bien el daño incide en su estructura psicosomática, o bien lesiona su libertad fenoménica (o como nosotros lo llamamos, su proyecto de vida).

Sin embargo, como acertadamente apuntara nuestro maestro Fernández Sessarego⁶, cuando hacemos uso del término *libertad*, lo hacemos en su acepción fenoménica, haciendo referencia, precisamente, a aquella libertad exteriorizada en actos y comportamientos, tendientes y encaminados hacia la realización de nuestro proyecto vital; y no así de aquella otra acepción, la

⁵ Sobre la preferencia en el uso del término “daño subjetivo”, un atento sector de la doctrina peruana observó, precisamente, que la voz “daño a la persona” era muy limitativa en cuanto a los sujetos de derecho que englobaba, dejando sin protección a otro sujeto de derecho tan importante como los anteriores, como lo es el concebido. Este último, al no ser persona, no estaría protegido dentro de la categoría de “daño a la persona”, motivo por el cual se optó por un *nomen iuris* más abarcativo y que incluyese de esta forma al concebido, el cual vendría a bautizarse con el título de “daño subjetivo”, recogiendo en él a todos los sujetos de derecho pasibles de ser víctimas de daño. Al respecto, véase, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 23.

⁶ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 26.

cual alude más bien a la libertad ontológica, y que se le daña de manera radical con la muerte, poniendo fin, de este modo, a su existencia.

2.1.1.1.1.1. *Daño psicosomático*

Como sabemos bien, el ser humano está compuesto de una estructura psicosomática. Esto quiere decir que cualquier daño que se le cause puede recaer, ya sea sobre su cuerpo (soma), *strictu sensu*, como también sobre su *psiche*. A su vez, la lesión en cada una de estas áreas puede repercutir en la otra, ello en la medida que se trata de una inescindible unidad psicosomática, como es propiamente la del ser humano.

A su vez, para efectos didácticos, se puede clasificar el daño psicosomático en dos tipos: en daño *biológico*, el primero, y *daño a la salud* o también conocido como *daño al bienestar*, el segundo. Asimismo, se suele señalar que ambos tipos de daño se encuentran en íntima vinculación. El daño biológico, *grosso modo*, viene a ser la lesión en sí misma –y por ende, el momento **estático**– y el daño a la salud o daño al bienestar, en cambio, se constituye como el momento **dinámico** del daño psicosomático. De este modo, se afirma que este último daño, el daño a la salud, representa las modificaciones y las alteraciones (en un sentido negativo) que provoca en el normal desenvolvimiento del dañado. Es lo que consideramos, junto a nuestro maestro Fernández Sessarego, que se le suele denominar en Italia con la voz de *daño existencial*⁷.

2.1.1.1.1.1.1. *Daño biológico*

Podemos definir al daño biológico como *la lesión en sí misma* producida en cualquiera de las dos áreas de la estructura psicosomática del ser humano. Esto es, se puede configurar dicho daño en los casos de lesiones a la integridad física y/o psicológica de la persona, como podría ser, por ejemplo, la amputación de alguna extremidad, la pérdida o atrofia de algún órgano, el desequilibrio emocional sufrido, etc.

⁷ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 27.

En una excelente obra, y sobre todo con un perfil personalista del Derecho, Paolo ROZO define al daño biológico como «el daño representado por las lesiones de la integridad física y/o síquica y de la salud, prescindiendo de los efectos económicos negativos.

En otras palabras, el daño biológico consiste en aquellas situaciones de invalidez física, pérdida de funcionalidad de un órgano, deturpación, impotencia sexual, enfermedades nerviosas y sicosomáticas, insomnio, trastornos mentales y cualquiera otra lesión, permanente o no, de la persona en cuanto entidad biológica»⁸.

Una autorizada doctrina italiana sostiene, en relación a la evolución de la categoría del daño biológico en Italia, que «ya no existen dudas: el daño biológico deriva de la simple lesión de la salud, y está vinculado con el menoscabo fisiopsíquico del sujeto; él es, justamente, “siempre lesivo, sin necesidad de ninguna prueba, del bien jurídico salud». De dicho evento puede, luego, derivarse un daño patrimonial, y si existe delito, también un daño moral. Sin embargo, el *derecho viviente* considera que el daño biológico sólo se enlaza con el artículo 2043 del Código Civil: la Corte se adecua a esta línea de pensamiento, pero no sin destacar que cuando se piensa en el daño biológico no se capta solamente el aspecto patrimonial, privilegiado por el legislador en la codificación, sino que se piensa también en los valores ideales de la persona, sin que con ello se trascienda al daño meramente moral, resarcible sólo en caso de delito («el artículo 2043 del Código Civil, en correlación del artículo 32 de la Constitución, debe ser extendido, necesariamente, hasta comprender el resarcimiento, no sólo de los daños patrimoniales en sentido estricto, sino (...) de todos los daños que, por lo menos potencialmente, obstaculizan las actividades realizadoras de la persona humana»)⁹.

2.1.1.1.1.2. Daño psíquico

Se le denomina así - daño psíquico - a toda lesión provocada a nivel de la *psiche* del hombre, la cual, por la naturaleza del ente dañado, es de carácter extrapatrimonial, aunque -según sea el

⁸ Paolo Emanuele ROZO SORDINI, *El daño biológico*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 112.

⁹ Guido ALPA, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, traducción a cura de Leysser L. LEÓN, Primera Edición en castellano, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 509-510.

caso- puede tener repercusiones tanto a nivel patrimonial como extrapatrimonial en la esfera existencial de la persona.

Para un sector autorizado de la doctrina argentina, el daño psíquico (o también llamado *daño psicológico*) consiste en «la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual pre-existente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella¹⁰. MILMANIENE afirma que el daño psíquico «se configura por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma¹¹ que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica»¹².

Por su parte, ZAVALA DE GONZÁLEZ define al daño psíquico «como una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente»¹³.

En este nivel de análisis, como afirmara GHERSI, «no se trata ni de “comprender”, ni de identificarse empática o moralmente con alguien; lo que se impone es llegar a un diagnóstico clínico claro y preciso que nos otorgue la medida de la significación simbólica de determinado trauma sobre un sujeto en particular. Por lo tanto, deben tomarse en consideración estrictamente los trastornos de la estructura psicológica, las alteraciones sintomáticas, las movilizaciones fantasmáticas, las variaciones del humor, la disminución de las funciones psíquicas y vitales, etcétera. El profesional busca objetivizar un diagnóstico clínico que tenga entidad psicopatológica, ajeno en lo posible a valoraciones de tipo ideológico»¹⁴.

¹⁰ Hernán DARAY, *Daño psicológico*, Segunda Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 16.

¹¹ De acuerdo a WEINGARTEN, el *trauma* está caracterizado “por un estímulo súbito, de inusual intensidad, que sorprende y desarticula la arquitectura simbólica del aparato psíquico”, Sima WEINGARTEN, *Impacto psicológico de un accidente automovilístico*, en AA.VV., *Accidentes de tránsito. Derecho y reparación de daños*, Parte Segunda, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 23.

¹² José MILMANIENE, *El daño psíquico*, en AA.VV. *Los nuevos daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 70, citado en Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 27.

¹³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a la persona*, t. II, P. 264, citado en Hernán DARAY, *Daño psicológico*, cit., p. 16.

¹⁴ Carlos Alberto GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, 3ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 82.

A nivel de la jurisprudencia argentina, se ha opinado en torno al daño psíquico (o psicológico), manifestando que éste «se configura mediante la alteración de la personalidad, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que altere su integración en el medio social»¹⁵. Asimismo, se ha dicho que el daño psíquico «consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc., y cuya forma más acabada de acreditación es el informe psicopatológico»¹⁶.

Es importante resaltar que un amplio sector de la doctrina argentina diferencia el denominado daño moral del daño psicológico¹⁷. Evidentemente, coincidimos en el extremo de afirmar que el daño psíquico no se encuentra dentro del daño moral, reconociendo así la autonomía que aquél ostenta. Sin embargo, más allá de reconocer *por separado* la resarcibilidad de ambas voces de daños, nosotros nos inclinamos, más bien, por la opinión de un sector autorizado de la doctrina nacional, el cual sostiene que el **daño moral**, en realidad, es un tipo de **daño psíquico no patológico**¹⁸ y, por lo tanto, su existencia se circunscribe, coherentemente con la sistematización de los daños a la persona esbozada preliminarmente, dentro de la estructura psicósomática de la persona. Así lo explica FERNÁNDEZ SESSAREGO, cuando manifiesta que «El “daño a la persona” que compromete preferentemente la esfera síquica del sujeto puede incidir, primaria y notoriamente, en alguna de las manifestaciones en que teóricamente solemos descomponerla, como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectual. Precisamente, cuando la incidencia del daño se presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño

¹⁵ CNEspCivCom, Sala II, 23/5/88, *ll*, 1989-B-622; Íd., Sala V, 31/8/81, *JA*, 1982-II-242; CNCiv, Sala H, 14/6/95, *ll*, 1997-A-179; íd., Sala K, 23/10/92, *ll*, 1994-B-298, citado en Carlos Alberto GHERSI, *Cuantificación económica. Daño moral y psicológico*, 2ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 204.

¹⁶ CCivCom Azul, Sala II, 12/7/96, *JA*, 1997-III-213, citado en Carlos Alberto GHERSI, *Cuantificación económica. Daño moral y psicológico*, cit., p. 205.

¹⁷ Para una breve corroboración, pueden consultarse las siguientes obras, Carlos Alberto GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, cit.; Hernán DARAY, *Daño psicológico*, cit.; AA.VV., *Accidentes de tránsito. Derecho y reparación de daños*, Parte Segunda, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000; José MILMANIENE, *El daño psíquico*, cit.

¹⁸ No obstante, es menester señalar que, como bien advierte Fernández Sessarego, en alguna ocasión una determinada perturbación psíquica no patológica - como de la que estamos haciendo referencia - puede a la postre mutar y convertirse en una patología psíquica.

“moral” en su restringido sentido tradicional de “dolor de afección”. Se trata, en este caso, de un daño psíquico no patológico. El daño “moral”, en cuanto dolor o sufrimiento, no es una enfermedad psíquica sino tan sólo un daño emocional o perturbación psíquica. No es frecuente que una perturbación psíquica de esta naturaleza pueda convertirse en una patología¹⁹.

Finalmente, resulta interesante acotar que - de acuerdo a la doctrina que venimos siguiendo - el daño psíquico tiene dos fuentes. La primera, que se presenta como consecuencia de anteriores agresiones físicas que generan en la víctima importantes lesiones en su aparato psíquico. Y la segunda, en donde, más bien, se presenta un daño a la psiche de la víctima sin verificarse lesiones a nivel somático (al menos no desde un primer momento), no obstante la repercusión existente siempre entre uno y otro plano²⁰.

2.1.1.1.1.3. *Daño a la salud o daño al bienestar*

El daño a la salud consiste, básicamente, en la repercusión que tiene cualquier lesión psicosomática en el normal desenvolvimiento de la personalidad del dañado. Tiene que ver con el impacto en el diario vivir que provoca alguna lesión, tanto a nivel psíquico como somático dentro de la esfera existencial de la víctima.

FERNÁNDEZ SESSAREGO señala que el daño a la salud - o daño al bienestar - «alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad. El “daño a la salud” es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona»²¹.

Como se puede observar, es inevitable que alguna afectación a la esfera psicosomática de la persona modifique en mayor o menor medida - dependiendo de la intensidad de la lesión - el

¹⁹ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 27.

²⁰ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 27.

²¹ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 27.

normal desarrollo de su vida cotidiana. En otras palabras, cualquier perjuicio somático o psíquico tendrá un impacto, ya sea leve o severo, en la salud de la persona, o como también se prefiere llamar, en su bienestar.

En ese sentido, conviene definir el término “salud” a fin de comprender mejor la dimensión del objeto materia de daño, para lo cual, recogemos la definición que hiciera la Organización Mundial de la Salud al respecto, señalando que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»²².

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución ha tutelado el bienestar como uno de los derechos fundamentales de la persona. Así lo ha expresado en el inciso 1), artículo 2º, al sentenciar que: «*Toda persona tiene derecho: 1.- (...) a su libre desarrollo y bienestar (...)*».

Es ese sentido que FERNÁNDEZ SESSAREGO afirma que «el daño al bienestar (...) compromete, por lo tanto, el entero “modo de ser” de la persona. Las consecuencias del mismo, por decirlo de alguna manera, constituyen carencias, un déficit de diversa magnitud e intensidad en el bienestar integral del ser humano»²³.

Dicho todo esto, podemos concluir afirmando - como lo hiciera nuestro maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO - que el daño biológico y el daño a la salud son las dos caras de una sola moneda. Esto es, que el daño biológico se configura como el momento estático (la lesión en sí misma) y el daño a la salud o daño al bienestar, como el momento dinámico del daño provocado. Precisamente, de acuerdo a la doctrina que venimos siguiendo, es a este último tipo de daño que en el ordenamiento jurídico italiano ha sido reconocido y asimilado con la voz de “daño existencial”²⁴.

²² La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

²³ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 28.

²⁴ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., pp. 21-22.

2.1.1.1.1.4. *Daño moral*

Podemos comenzar esta sección, ofreciendo la que es conocida por todos como la noción clásica de daño moral, la cual se encarga de definirlo como aquel dolor, aflicción, pena, sufrimiento, de carácter no patológico, padecido por la víctima de un hecho dañoso (*pretium doloris*).

JANNARELLI define al daño moral como «los dolores y los sufrimientos morales, las preocupaciones y turbamientos de ánimo respecto de los cuales el dañado padece por efecto de la lesión sufrida, independientemente del hecho que esta última haya cubierto directamente la esfera personal o patrimonial de tal sujeto»²⁵.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, pronunciándose en torno al daño moral, afirmó que este «en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo (...), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso»²⁶.

De todo lo expuesto precedentemente, así como de la observación hecha en lo atinente al daño psíquico, debemos concluir, junto a FERNÁNDEZ SESSAREGO, que el mal llamado daño moral no es en realidad una voz autónoma de daño ni mucho menos, sino que es, más bien, un tipo de lesión psíquica pero de carácter no patológico²⁷. Así lo explica el destacado

²⁵ Antonio JANNARELLI, *Il danno risarcibile*, en AA.VV., *Lineamenti di diritto privato*, a cura di Mario Bessone, Terza edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 618.

²⁶ C. S. de J., Sala Civil, sent. 18 septiembre 2009, exp. 0001-3103-005-2005-00406-01. Magistrado ponente: William Namén Vargas, citado en María Cristina ISAZA POSSE, *De la cuantificación del daño. Manual teórico-práctico*, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 2011, p. 55.

²⁷ Respecto al carácter no patológico y temporal del denominado “daño moral”, una autorizada doctrina peruana ha opinado al respecto, señalando que «Si el daño moral es un sufrimiento que afecta a la psiquis de un individuo, dado que la naturaleza humana está hecha para superar padecimientos psíquicos (bajo el instinto de supervivencia, el ser humano está hecho para dominar el dolor), dicho daño tiene que ser temporal. Es muy raro y casi imposible que alguien “muera de amor” o “por amor o dolor”; o, más aún, pensemos en el más grande dolor que podría ser la pérdida de un ser querido: la naturaleza humana nos permite vencer dichos sufrimientos, y ello es parte —como se ha indicado— del instinto de conservación de la especie humana. Entonces, la característica esencial del daño moral es que el mismo afecta a la faz interna del sujeto, siendo de naturaleza temporal», Gastón FERNÁNDEZ CRUZ,

jurista sanmarquino, cuando sostiene que «Lo que se daña son los *principios morales* de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En síntesis, a propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto (...) Una afrenta o agravio a los “valores morales” de una persona lo que lesiona, en última instancia, es su psiquismo, el mismo que sufre alteraciones o perturbaciones de distinta intensidad»²⁸.

De este modo, podemos afirmar, y con confianza, que el (mal llamado) daño moral no es en realidad uno tal, sino simplemente un tipo de daño psíquico, encuadrado dentro de nuestra sistematización de daños esbozada previamente, como un tipo de daño psicosomático, aunque con especialidad énfasis en virtud de la entidad lesionada, como uno de tipo psíquico.

Es así como nos adscribimos a aquella posición que propone un cambio de perspectiva en torno a la naturaleza del ser humano, comprendiendo cabalmente su estructura como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Bajo esta visión del ser humano, es fácil reconducir en su exacta dimensión cualquier tipo de daño que se le pueda causar, así como emplear la denominación más adecuada en función, precisamente, a su estructura sobre la cual se constituye. Llevando a cabo esta metodología de análisis se logra vislumbrar, sin mayores inconvenientes, la problemática que existe al hacerse referencia a una supuesta “autonomía” de un tipo de daño extrapatrimonial denominado como “moral”, cuando, en realidad, lo que se está lesionando, en su caso, es un aspecto del aparato psíquico de la persona. Y por lo tanto, al ser un tipo de daño psíquico –con alcances no patológicos– se posiciona, propiamente, como un daño a la persona, estableciéndose, así, **una relación de género-especie**, siendo el daño psíquico (refiriéndonos para este caso al mal llamado daño moral) la especie del genérico daño a la persona.

La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños, en AA.VV., *Análisis sistemático del código civil. A tres décadas de su promulgación*, coordinado por Juan Espinoza Espinoza, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 514-515.

²⁸ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 21.

2.1.1.1.1.2. *Daño a la libertad o libertad fenoménica*

Como ya hemos adelantado líneas arriba, la *libertad*, que es el ser del hombre, está compuesta de dos tipos: la *libertad ontológica* -que también es conocida como el soporte psicosomático de la persona- y la *libertad fenoménica*, que consiste en la libertad desplegada en actos de conducta, en un hacer, en un obrar, en comportamientos tendientes a concretizar el *proyecto de vida* de la persona. Pues bien, cualquier perjuicio o afectación a esta libertad fenomenalizada es al que se le denomina como *daño a la libertad* o *daño al proyecto de vida*.

2.1.1.1.2. *Daño objetivo*

De acuerdo a la clasificación genérica del daño, señalábamos precedentemente que, frente a aquel daño que lesionaba concretamente a la persona - también llamado “daño subjetivo”, se situaba aquel otro que recaía, más bien, en aquellos objetos o cosas pertenecientes a la realidad externa del ser humano, recibiendo aquél la denominación de “daño objetivo”²⁹. El daño objetivo se refiere, entonces, a aquella lesión que recae sobre las cosas, los objetos, «de los cuales se valen instrumentalmente las personas para realizarse»³⁰. Como expresara doctrina autorizada que ha devenido en clásica, «De ahí que podamos referirnos al daño subjetivo o “daño a la persona”, que es el que agravia o afecta a los seres humanos considerados en sí mismos, y al daño objetivo, que es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas. El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al *ser* humano, considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al “haber” del sujeto de derecho. Esta constituye, desde nuestra óptica, la primera y básica clasificación de los daños»³¹.

²⁹ En ese sentido, se ha expresado que «No se puede discutir la fundamental diferencia ontológica que existe entre el ser humano, que es libertad, coexistencialidad y temporalidad y sensibiliza valores, y las cosas del mundo exterior que, contrariamente, carecen de libertad, no vivencian valores y son acabadas, terminadas, macizas. Esta tajante diferencia marca el diverso criterio y el tratamiento técnico jurídico que merece cada una de estas tan disímiles calidades de entes en el trance de indemnizar las consecuencias de un evento dañino», Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., pp. 25-26.

³⁰ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 26.

³¹ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 26. Asimismo, la funcionalidad de la citada distinción de acuerdo a la entidad lesionada no es mera retórica, sino que responde, precisamente, a un criterio de inspiración humanística y que da cuenta del valor primario de la

2.1.1.2. *En función de sus consecuencias*

Este segundo criterio de clasificación del daño se enfoca, más bien, en lo referente a todas aquellas consecuencias (desventajosas) que se pueden desencadenar, producto del evento dañoso. O, dicho de otra manera, lo que se busca escudriñar en este segundo nivel de análisis, es en qué medida repercute el impacto del daño en la esfera existencial de la víctima, entendida ella desde una perspectiva global.

Clasificando el daño en función a sus consecuencias, la doctrina clásicamente ha esquematizado a aquél en dos grandes categorías de daño: los *daños patrimoniales* y los *daños extrapatrimoniales*. A continuación expondremos en detalle cada uno de ellos.

- **Daño patrimonial:** se denomina así a aquel daño, cuya repercusión desfavorable en la esfera existencial de la víctima puede ser traducida directamente en términos económicos³². Al mismo tiempo, el daño patrimonial se subdivide en:

a) **Daño emergente:** Podemos definir al daño emergente como aquella disminución patrimonial sufrida por la víctima con ocasión del evento dañoso³³. Una clásica doctrina

persona en el análisis jurídico. Así lo expresa el citado autor, cuando declara que «A nadie escapa, por lo demás, que la diversidad ontológica entre el ser humano y las cosas que integran su haber o patrimonio, se refleja en las especiales y distintas características que asume la indemnización por las consecuencias derivadas del daño que afecta específicamente a cada una de tales calidades de entes. No se puede, “con un criterio economicista y materialista, dejar de reconocer el diverso rol que cumple la indemnización en el caso que se destruya una cosa, que cuando se agravia al ser humano mismo, creador, eje y centro del Derecho», Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño moral” y “daño al proyecto de vida”*, cit., p. 26.

³² En ese sentido, un sector de la doctrina colombiana, denominando más bien al daño patrimonial como *daño material* - como se estilaba mucho en diversas latitudes durante el siglo pasado - ha referido que «en la valuación del daño material se tiene en cuenta la situación anterior al hecho dañoso, lo que valía el objeto materia de la destrucción o deterioro, la situación de hecho preexistente en un contrato, y lo que quedó valiendo la cosa, el estado de ruina provocado por la inexecución del contrato. Es, pues, una operación aritmética de resta, de diferencia, la que se hace para la apreciación del daño», Rafael DURÁN TRUJILLO, *Nociones de responsabilidad civil (contractual y delictuosa)*, Temis, Bogotá, 1957, pp. 80-81.

³³ En relación al tema, doctrina autorizada española expresa que «En el llamado daño emergente se comprenden las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir (p. ej., la destrucción de un elemento de una colección repercute en la colección entera). En aquellos casos en que sea posible la reparación, si tras ella las cosas son susceptibles de cumplir su destino económico, habrá de considerarse como daño el valor de reparación», Luis Díez PICAZO, *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 322-323. De manera muy interesante, DE CUPIS, fiel a su estilo, define el daño emergente, explicando que «Si el objeto del daño es un interés actual, o sea,

argentina ha definido el daño emergente como “aquellos perjuicios que se traducen en un *empobrecimiento del contenido económico actual* del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar. Tanto en uno como en otro caso, hay un empobrecimiento, una disminución patrimonial provocada como consecuencia del evento dañoso”³⁴.

b) **Lucro cesante:** se define al lucro cesante como aquella ganancia dejada de percibir producto de la ocurrencia del evento dañoso. En ese sentido, se sostiene que «frente al daño emergente, que implica disminución de una utilidad ya integrada en el patrimonio (...), el lucro cesante supone la privación de una utilidad no poseída, pero que sí habría llegado a poseerse sin la producción del daño. Algo que previsiblemente hubiera ingresado en nuestro patrimonio si las cosas hubieran seguido su curso normal y en virtud del dinamismo jurídico-económico que las mismas son susceptibles de generar, se ha frustrado por el hecho de haberse producido un daño por causas imputables al deudor»³⁵.

- **Daño extrapatrimonial:** se denomina así a aquella lesión cuya valoración económica no puede ser traducida directamente en términos económicos. En esta categoría de daños podemos encontrar aquellos que hemos venido desarrollando precedentemente, como son el daño a la

el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente», Adriano DE CUPIS, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, traducido por Angel MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975, p. 312.

³⁴ Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 88.

³⁵ Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 16. Resulta interesante la noción de lucro cesante en el escenario de responsabilidad civil contractual, cuando se afirma que «el lucro cesante es la ganancia que el acreedor ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato (...); implica un *provecho* o ventaja que hubiera obtenido en caso de cumplimiento del contrato, y del que se ha visto *privado* como consecuencia del incumplimiento. El provecho supone, normalmente, un incremento de valor de su patrimonio, aunque no sea ésa la idea primaria de lucro. Si consideramos que, en caso de retraso en la entrega de una cosa, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por la privación temporal del uso personal de ella, conforme al valor que dicho uso tenga en el mercado, el beneficio perdido en este caso, equiparable a un lucro cesante, no implica directamente un incremento del patrimonio», Antonio M. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 31.

persona (o daño a su estructura psicosomática, esto es, daño biológico, daño psíquico, daño a la salud) y el daño al proyecto de vida.

2.2. Posicionamiento del Daño a la Persona en la codificación civil peruana

En primer lugar, debemos comenzar señalando que el legislador peruano ha recogido como las únicas voces de daño extrapatrimonial las que se señalan en el artículo 1985, el cual expresa que: «*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, 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*».

Como se puede apreciar, sólo son dos las voces de daño extrapatrimonial reconocidas por el legislador civil: el *daño a la persona* y el *daño moral*, siempre ellas al lado de las voces ya conocidas de daño patrimonial, como son el daño emergente y el lucro cesante³⁶. Cabe aclarar que estas voces de daño (daño moral y daño a la persona) son las que se derivan de un supuesto de **responsabilidad extracontractual**, normadas bajo las reglas del 1969 c.c. y ss. Para el supuesto de daños generados en un escenario de **responsabilidad contractual** (art. 1321 c.c. y ss.), en cambio, el legislador ha optado por incluir como única voz de daño extrapatrimonial a la de daño moral. Así lo expresa claramente su artículo 1322, cuando indica que: «*El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento*».

De lo expuesto precedentemente, nos corresponde ahora elaborar algunas apreciaciones críticas, las cuales detallaremos a continuación:

³⁶ Sin embargo, cabe recordar que ello no siempre fue así. En el código derogado de 1936, en lo que se refiere a daños extrapatrimoniales, el legislador de aquel entonces sólo había considerado al daño moral como la única voz de daño extrapatrimonial, no existiendo aún la voz de daño a la persona, la misma que habría de desarrollarse en la doctrina comparada (fundamentalmente la italiana) recién a partir de las década de los setenta, llegando al Perú, como ya se señalado, por obra del jurista Carlos Fernández Sessarego. Configurado así dicho código, todas las afectaciones a los derechos personalísimos (daño a la integridad psicofísica, al honor, a la imagen, etc.) así como lo concerniente a las aflicciones emocionales-psicológicas, habrían de ser tratadas conjuntamente en la voz de daño moral, entendida ésta, entonces, en un sentido amplio. Para mayor abundamiento, véase a Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*.

1) en el artículo 1985 c.c. se regula de manera inapropiada los daños extrapatrimoniales. Como ya lo hemos venido sosteniendo, de acuerdo a la estructura psicosomática de la persona -constituida y fundada en su libertad- no es posible seguir afirmando que el denominado “daño moral” es una categoría autónoma de daño. Todo lo contrario. El así llamado “daño moral”, entendido como *pretium doloris*, viene a ser una especie del genérico y omnicompreensivo “daño a la persona”, en tanto no existe daño que se le pueda generar que no recaiga sobre alguna parte de su estructura psicosomática (para este caso, como se trata de daño moral en sentido estricto, se trataría, más bien, de una lesión de carácter psíquico no patológica). Por lo tanto, en virtud de un uso apropiado de los contenidos semánticos de los términos, es más conveniente afirmar como única voz de daño extrapatrimonial a la de daño a la persona -en tanto su carácter omnicompreensivo- y, más bien, como una especie de aquél, al denominado daño moral *stricto sensu*.

2) En materia de responsabilidad contractual, no puede ser posible que solamente se conciba como única voz de daño extrapatrimonial al daño moral, dejando de lado (erróneamente) al daño a la persona. Queremos creer que ello se debió a la mentalidad del legislador - fuertemente influenciada por el derecho francés y su código napoleónico- que mantenía como única voz de daño extrapatrimonial a la de daño moral, entendiéndola así en su sentido *lato sensu*, y que por ello el legislador peruano mantuvo la idea de regular cualquier daño de naturaleza extrapatrimonial bajo la genérica concepción de daño moral, aun en el supuesto de inejecución de obligaciones. Con todo, consideramos un despropósito no haber considerado como daño resarcible -en materia de responsabilidad contractual- al daño a la persona, máxime cuando, por lo ya dicho, su sentido viene a ser genérico y omnicompreensivo en términos conceptuales.

3. Desafíos

Quizá el problema mayor que se suscita en el terreno del daño a la persona, más que uno teórico o de conflicto doctrinal es, por el contrario, otro de índole práctico. Esto es, la cuestión de mayor preocupación gira en torno a cuáles son los mecanismos que los operadores del derecho (jueces y abogados) emplean - si es que así fuera - para cuantificar precisamente aquellos

bienes -o entidades- de difícil valoración económica. Es allí, recién, cuando los verdaderos problemas comienzan a surgir y en donde la solidez de los postulados teóricos es puesta a prueba como nunca antes.

A continuación, describiremos los problemas más resaltantes que hemos podido observar que se presentan con cierta frecuencia en nuestro medio:

a) **No existe uniformidad de criterios en la judicatura para cuantificar el daño a la persona.** En realidad, podríamos afirmar que este es quizá el mayor problema en el sistema de indemnizaciones peruano y desde cual se desprenden, a su vez, los demás errores y deficiencias que se suelen ver a diario en los tribunales. El no contar con un esquema único de criterios que permitan valorar *ex ante* el tipo de lesión sufrida (como sucede, por ejemplo, en sistemas como el italiano) y dejando todo el trabajo del cálculo del daño al criterio de equidad del juez, termina siendo sumamente pernicioso, no sólo para las partes procesales involucradas, sino, lo que es aún peor, para todo el sistema de indemnizaciones. Es muy frecuente ver, por ejemplo, que por la pérdida de una pierna el juez A otorgue una indemnización por un valor de 100, mientras que por la pérdida de la misma extremidad en otra persona el juez B asigne una reparación por valor de 500; o que por la muerte de un cónyuge en un accidente de tránsito el juez C ordene una reparación con un valor de 1 000 000 mientras que por similar daño el juez D conceda una indemnización por valor de 10 000 000. O que (casi) por la sola invocación del demandante de la frustración del daño a su proyecto de vida, el juez ordene montos resarcitorios casi millonarios, mientras que en otro caso donde efectivamente se acreditó la afectación al proyecto de vida invocado el juez no reconoció dicha pretensión o, si lo hizo, ordenó un monto resarcitorio minúsculo en atención a la gravedad del daño. Y así por el estilo, podríamos continuar relatando más ejemplos que se suscitan a diario en la práctica judicial en donde se evidencian serias irregularidades, pero respecto de los cuales aún no ha habido una toma de decisión seria por parte de los magistrados peruanos para corregir dichas incongruencias. A eso se le puede sumar la escasa o casi nula capacitación de los jueces en materia de técnicas de cuantificación de daños, los mismos que en muchos casos terminan por guiarse casi por su intuición al momento de definir el *quantum* indemnizatorio.

b) **Los demandantes reclaman cifras exorbitantes, las mismas que no se corresponden con la realidad de la lesión sufrida.** Este problema es una consecuencia (casi inmediata) del anteriormente citado. Cuando no existen criterios uniformes en el sistema indemnizatorio que permitan prever cuál será el *quantum* asignable, lo primero que surge es el caos. Comienza el desorden, nadie sabe qué es lo que se espera realísticamente recibir como reparación, y los demandantes empiezan a plantear a su gusto y criterio lo que ellos creen merecen recibir por concepto indemnizatorio. Es así, pues, como se empieza a producir lo que se conoce comúnmente como la *inflación de los resarcimientos*, lanzándose a la colectividad toda un mensaje completamente distorsionado (y hasta perverso) de lo que en realidad significa la reparación justa de los daños. Finalmente, el sistema indemnizatorio se convierte casi en una suerte de *ruleta de la fortuna*, en donde dependiendo de qué juez analice tu caso podrás obtener un resultado (sentencia) que linda en algunas ocasiones con el ganarse una lotería millonaria, como también pudiera darse el caso donde la suerte jugaría en contra de uno, resignándose el demandante a una irrisoria reparación.

c) **Los jueces conceden montos indemnizatorios exorbitantes o irrisorios.** Como los jueces no cuentan con por lo menos una guía práctica e instrumental que los oriente a la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio, se ven ellos así en la total soledad, desprovistos de herramientas o técnicas adecuadas que les permita hacer frente a tamaña tarea. A lo sumo, con el único texto legal de auxilio con el que cuentan es el propio Código Civil, pero como sabemos, este es por demás insuficiente para dicho cometido. Como consecuencia de ello, el sistema los deja a su libre juicio, a que simplemente echen mano de su criterio de equidad, y en base a este, formulen una suma monetaria resarcitoria. Monto económico que parece demandar más que sólo un bien intencionado criterio de equidad y el cual, finalmente, suele desnaturalizarse en su cifra final. De esta manera, se pueden verificar decisiones judiciales en donde los jueces, o bien modificaron el monto indemnizatorio planteado por el demandante, aumentándolo considerablemente y así enriqueciendo injustamente a la víctima, bien conservando el monto resarcitorio planteado por el demandante (el cual podría o no estar por encima del daño realmente sufrido) o bien reduciéndolo considerablemente, generando un serio perjuicio a la víctima así

como, en muchos casos, empobreciéndola injustamente. Como se puede observar, los jueces suelen “pecar” por exceso o por defecto en situaciones en donde no existe un claro panorama de cuáles son las valoraciones monetarias preexistentes que le corresponden a la lesión de un determinado bien –no patrimonial- de la persona. Mientras no se corrija ello, los casos descritos anteriormente persistirán y las situaciones de inequidad se incrementarán desagradablemente.

d) **La poca predictibilidad del sistema indemnizatorio afecta al sistema económico.** Está de más recordar que el fenómeno jurídico tiene un impacto no menor en la economía de un Estado, y viceversa. Es por ello, que no debería de extrañarnos que las decisiones judiciales a nivel indemnizatorio repercutan en cierta medida en los agentes económicos y en las decisiones que estos vayan a tomar dentro del mercado³⁷.

De este modo, cuando un sistema indemnizatorio ofrece poca predictibilidad, lo que termina proyectando (y en esta ocasión, de manera realista) es inseguridad jurídica. Y cuando existe inseguridad jurídica, la economía de un país no logra crecer adecuadamente, por cuanto los inversionistas y los empresarios no cuentan con las condiciones mínimas de estabilidad legal para desarrollar eficientemente su actividad económica. De hecho, con relación al impacto que dicha problemática genera en las empresas aseguradoras, se ha expresado que este tipo de indemnizaciones (exorbitantes) “es en la práctica un grave error, puesto que si bien la intención de los jueces es loable –por considerar que el estado físico y psíquico de la víctima amerita una indemnización lo más justa posible-, pone sobre el tapete la no existencia de tablas donde se fijen los montos indemnizatorios promedios - y utilizados por todos los operadores de derecho judiciales - que eviten indemnizaciones dispares e incluso astronómicas, con el perjuicio que no se puedan hacer efectivas para las víctimas y que se genere problemas colaterales en el sistema financiero -

³⁷ Primigeniamente, esto fue ya descubierto con gran pericia por el Premio Nobel de Economía, el profesor inglés Ronald COASE, en su revolucionario trabajo “*El problema del costo social*” publicado en el año 1960. En él, el destacado economista da cuenta del importante rol que juega la función jurisdiccional dentro del esquema mercantil (concretamente, en materia de asignación de indemnizaciones) y el comportamiento que asumen los agentes económicos dentro del mercado como reacción a determinadas decisiones producidas en el ámbito legal por parte de los operadores jurídicos (jueces, en este caso). Dicho binomio (fenómeno legal y actividad económica) se va configurando dinámicamente en virtud a los incentivos y desincentivos que se van generando en la interacción constante entre ambos polos de la relación.

concretamente, entre las aseguradoras”. Y más adelante agrega que «Con ello, creemos que se conseguiría, por un lado, facilitar a los operadores jurídicos el tener una visión más humanista de la persona (dejando de lado criterios completamente patrimonialistas) y, por el otro, **tranquilizar a las aseguradoras, confiando que las indemnizaciones puedan ser cubiertas por las pólizas de seguros, siendo predecibles los fallos judiciales y evitando que se den sumas astronómicas, que en la práctica no se puedan hacer efectivas, sin riesgo a caer en riesgo de quiebra** (las negritas son mías)»³⁸. Por otra parte, las propias empresas no podrían proyectar su contabilidad de manera medianamente estable, ya que las pérdidas por concepto de externalidades negativas (indemnizaciones por pagar) que eventualmente tendrían que asumir, no podrían ser contempladas *ex ante* debido a que no existe tal cuantificación de daños (previa) en el propio sistema judicial que permita tal planificación (aunque sea mínima). Peor aun cuando los montos indemnizatorios, como ya lo dijimos líneas arriba, pueden variar de un momento a otro escandalosamente. Esa inestabilidad jurídica en el terreno indemnizatorio no es neutral. Esto es, sí envía un mensaje al mercado, y en este caso el mensaje en cuestión es uno de desincentivación de actividades económicas, de inversión y de producción para el país, lo cual termina afectando en última instancia los niveles de crecimiento macroeconómico.

3.1. *Hacia una unificación de criterios para cuantificar el daño a la persona*³⁹

Como ya hemos venido relatando líneas arriba, el problema mayor -y el gran desafío- que enfrenta actualmente el derecho de daños, y de manera especial nuestro propio ordenamiento jurídico, es el de establecer criterios uniformes para la cuantificación del daño no patrimonial (*rectius*, daño a la persona). Ante ello, lo que pretendemos a continuación es ofrecer una suerte de bosquejo que contenga las nociones y criterios elementales que deben de tener en cuenta

³⁸ Joel DÍAZ CÁCEDA, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 63-64.

³⁹ Para una revisión detallada del estado de la cuestión en el escenario nacional, véase a Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano*, en AA.VV., *Responsabilidad civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, a cura de Juan Espinoza Espinoza, Editorial Rodhas, Lima, 2006, pp. 251-281.

nuestros operadores jurídicos a la hora de valorar – acertadamente - el daño a la persona. Dado que el sistema indemnizatorio peruano urge de un esquema cuantificatorio previo, esperamos con este trabajo aportar con *un grano de arena* para alcanzar dicho propósito.

No quisiéramos comenzar esta sección sin antes aclarar que –como bien lo advierte ESPINOZA ESPINOZA- en nuestro medio, a pesar de que judicialmente no existen aún tablas o esquemas claros de cuantificación *ex ante* del daño a la persona (como sí ocurre en el derecho italiano, por ejemplo⁴⁰), lo que sí existe es dicho criterio tabular, pero a nivel legislativo. Concretamente, éste se encuentra vinculado al tema de accidentes de tránsito y a la regulación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)⁴¹.

A continuación, presentamos los aspectos principales que se deben tener en cuenta para valorar el daño a la persona:

1. La gravedad del daño. No todos los daños producidos comparten la misma dimensión y el mismo impacto en la esfera de las víctimas. Existen algunos perjuicios que, por su inferior tamaño o por el leve impacto que generan en aquéllas, reciben un monto indemnizatorio bastante reducido, lo cual resulta lógico. Inclusive, en algunos casos la indemnización otorgada no es una de naturaleza pecuniaria sino, por el contrario, de distinto orden (como puede ser, por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria en un diario oficial, o el desagravio público de distinto tipo en un medio de comunicación de mayor repercusión social, etc.). Lo importante aquí radica en que el juez contemple a la víctima en su esfera global, y analice la dimensión de la repercusión del agravio en cada una de las áreas de la persona. Vale recordar

⁴⁰ Así lo demuestra el citado autor al referirse a las tablas empleadas por los jueces de los tribunales de Milán, Venecia, Boloña, Florencia, Roma, etc. Al respecto, Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano*, cit., pp. 268 ss.

⁴¹ Para mayor abundamiento, véase a Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano*, cit., pp. 265-268.

que el propio Código civil peruano (art. 1984°) establece este criterio como imperativo⁴², al afirmar lo siguiente: «*El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*».

Como señalara MORALES GODO en torno a la intensidad del daño producido, «a.1) Algunos daños provocarán cambios en el proyecto de vida de la víctima, debido a las lesiones físicas o psíquicas que impedirán que desarrolle sus ocupaciones habituales, por el trastocamiento de su capacidad productiva (...) a.2) Otros, significando un atentado contra los derechos de la personalidad, no son de la magnitud de los anteriores, pero tienen una repercusión económica, aun cuando no medibles pecuniariamente (...) a.3) Otro grupo de daños que significan también atentado contra ciertos derechos de la personalidad sin ningún tipo de reparación económica y lo que produce es un malestar psíquico de dolor, angustia, pena, un ataque al sentimiento de la víctima»⁴³.

2. Condición del dañante. Ciertamente, en un supuesto de responsabilidad civil, la parte involucrada que genera mayor preocupación (o por lo menos, debería) es la víctima del

⁴² Sobre su aplicabilidad a nivel jurisprudencial, podemos reproducir un extracto de la siguiente sentencia, recogida en Mercedes MANZANARES CAMPOS, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, Primera Edición, Grijley, Lima, 2008, pp. 151-152.

CAS. N° 1676-2004 LIMA. INDEMNIZACIÓN. Lima, veintiséis de setiembre del dos mil cinco. Se trata del recurso de casación interpuesto por la Empresa Ingeniería Dinámica Sociedad Anónima, contra la sentencia de vista de fojas trescientos setenta y ocho, su fecha treinta de enero del dos mil cuatro, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la sentencia apelada de fojas trescientos cuarenta y dos, su fecha diecinueve de mayo del dos mil tres, declara Fundada en parte la demanda de fojas veinte, ordenando que la demandada cumpla con pagar a los demandantes por concepto de reparación civil la suma de cincuenta mil nuevos soles; con costas y costos. Que, en vista que las partes se imputaban responsabilidades respecto de cada una de ellas invocando cada una lo dispuesto en los artículos mil novecientos setenta y mil novecientos setenta y tres del Código Civil respectivamente, la Sala de mérito estaba facultada para graduar el monto de la reparación en base a los hechos materia del proceso y de acuerdo al artículo mil novecientos setenta y tres del Código Civil, no pudiendo considerarse que ello restituya un pronunciamiento sobre hecho no controvertido, toda vez que en virtud a lo preceptuado en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el juez está facultado para aplicar el derecho que corresponde al proceso; por la razón que en el presente caso no se ha incurrido en contravención del principio de congruencia a que se refiere el artículo cincuenta inciso sexto del Código Procesal citado ni en infracción de lo dispuesto en los artículos trescientos setenta y trescientos setenta y seis del acotado Código, respecto de los alcances del recurso de apelación cuando se absuelve el grado. (Diario oficial *El Peruano*, “Casación”, Lima, viernes 2 de junio de 2006, pp. 16260, 16261).

⁴³ Juan MORALES GODO, *Naturaleza del daño moral, punitiva o resarcitoria?, y criterios de cuantificación*, en AA.VV., *Responsabilidad civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, pp. 200-201.

daño, la persona humana, constituyéndose ésta en el principal factor de análisis. Todos los esfuerzos de la disciplina jurídica deberían de estar encaminados a satisfacer el interés lesionado en su esfera personal. Sin embargo, muchas veces los jueces, a la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio se enfocan tanto en el agraviado y el daño inferido, que pierden de vista al otro protagonista del fenómeno jurídico, esto es, al agente causante del daño: al responsable. Este es un personaje no menor a tener en cuenta, y respecto del cual el juez debe de considerar en todo momento⁴⁴. La razón es muy simple. Si de algún lugar saldrá el dinero para pagar la indemnización ordenada será del bolsillo del dañante. Será este y únicamente este quien estará obligado jurídicamente a efectuar el pago por dicho concepto. En el mundo jurídico no existirá otro sujeto habilitado para hacer frente a dicho mandato judicial. Por tal razón, al no existir otro sustituto que pueda afrontar dicha obligación - y más aun tratándose de graves daños perpetrados y en donde eventualmente el *quantum* habrá de ser elevado - el juez deberá considerar el estado financiero del agente y su capacidad patrimonial para poder cumplir satisfactoriamente con el pago de la suma dineraria adjudicada por concepto de indemnización. De nada serviría a la víctima que el juez ordene una suma indemnizatoria exorbitante cuando, finalmente, el agresor nunca podrá cumplir con dicha obligación dada su precaria situación económica **existente antes** de la ocurrencia del hecho dañoso.

Ciertamente, nuestro vigente Código Civil establece un supuesto específico en donde el juez deberá tomar en consideración la situación económica de las partes. Así, el artículo 1977 del citado cuerpo normativo afirma lo siguiente: «*Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto*

⁴⁴ Aunque, como acertadamente nos lo recuerda MANZANARES CAMPOS, sobre este aspecto la doctrina clásica opinaba radicalmente diferente. Así, por ejemplo, los hermanos Mazeaud y Chabas sostenían que «si bien se debe examinar dentro de los límites antes indicados la situación de la víctima, el juez debe, por el contrario, para evaluar el perjuicio, cerrar los ojos sobre la situación personal del responsable y, especialmente, sobre su situación de fortuna y su situación de familia. Pobre o rico, poco importa; el responsable debe reparar todo el daño causado por la culpa. Sin duda, una sentencia que ordena el pago de una indemnización puede arruinar a un individuo, mientras que supone solamente una ínfima reducción del patrimonio de otra», MAZEAUD, Henri y León, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Segunda Parte, Vol. II, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1975, pp. 762-763, citado en Mercedes MANZANARES CAMPOS, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, cit., pp. 154-155.

anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo».

Como se ve, ya el legislador previó una circunstancia especial donde el juez puede considerar el *status* patrimonial del responsable del daño. El problema es que esta previsión no es una de aplicación general a todos los supuestos de daño, sino que está diseñada exclusivamente, en principio, para el caso de responsabilidad de los representantes de incapaces sin discernimiento. Sin embargo, a pesar de dicha ausencia normativa, los jueces han tratado de suplir la misma convenientemente para ciertos casos en donde las circunstancias así lo meritaban⁴⁵. Esta actitud responsable de los jueces nos hace recordar, una vez más, que el Derecho no puede aplicarse de espaldas a la realidad, por más justa que aparentemente resulte la decisión judicial adoptada. Deberá tenerse en cuenta, por lo tanto, - además - la condición económica del responsable del daño⁴⁶.

Con relación al comportamiento del agente, otro aspecto que deberá de observar el juez al momento de valorar el *quantum* es el grado de culpabilidad con el que se actuó. Se tendrá que verificar, así, el nivel de negligencia o imprudencia con el que se cometió la lesión o si, por el contrario, el dañante ejecutó su comportamiento de manera dolosa. Este último dato puede ser de mucha utilidad para que el monto indemnizatorio sea incrementado a favor del demandante⁴⁷.

⁴⁵ Así lo expresaban, por ejemplo, las siguientes sentencias:

- Exp. 2562-98 (28/10/98): Si bien la vida de una persona no tiene precio, también es que el señalar una cantidad elevada por concepto de indemnización y fuera del alcance de los obligados, haría ilusorio su abono, por cuanto se evidencia de los autos, que los co-demandados no cuentan con los medios suficientes para pagar el importe de la suma demandada.

- Ejecutoria Suprema 30/11/96: A efecto de dosificar el *quantum* se debe tener en consideración la capacidad económica del obligado y las necesidades de quienes dependieron económicamente de la víctima”, las mismas que se encuentran recogidas en Mercedes MANZANARES CAMPOS, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, cit., p. 156.

⁴⁶ No obstante, como nos lo recuerda una clásica doctrina española, es importante precisar que “si su situación patrimonial es mala (la del agente), esto no debe conducir tampoco a la desaparición total de su obligación, ya que el factor patrimonial es sólo uno de los varios que se han de tener en cuenta. La mala situación económica del agente tendrá más o menos importancia según el motivo u ocasión del hecho dañoso”, Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 143.

⁴⁷ Asimismo, la conducta de la víctima en la producción del daño deberá ser también materia de análisis, toda vez que su vinculación de causalidad con el hecho generador del daño atenuará (o no) la indemnización asignada o, en el peor de los casos, resultará en la exoneración de la misma a favor del demandado.

3. Incapacidad laboral generada. Este criterio tiene mucha relación con el de la gravedad del daño porque es precisamente a través de aquél con el que se puede visualizar mejor la dimensión del perjuicio producido. Con este criterio, el juez podrá darse cuenta de la repercusión económica actual - y sobre todo futura - que el daño ha provocado en la esfera del dañado. De este modo, al contar con circunstancias que permitan una mayor proximidad tangible a la lesión sufrida, el juzgador podrá disponer de parámetros contables más definidos para establecer el *quantum* indemnizatorio.

4. El proyecto de vida. A diferencia de la posición del creador de la figura, Carlos Fernández Sessarego -para quien el daño al proyecto de vida debe ser resarcido como voz autónoma de daño, al lado del daño moral y del daño a la persona-, nosotros somos de la opinión⁴⁸, más bien, que el proyecto de vida debe de considerarse - y en sobremanera - como un importante criterio a la hora de cuantificar el daño a la persona. Con cargo a desarrollar esta opción interpretativa de manera más amplia en una ulterior publicación⁴⁹, lo que podemos señalar al respecto es que, efectivamente, el proyecto de vida es un aspecto crucial que debe de evaluarse con bastante cuidado por el juez al momento de establecer el monto indemnizatorio. Evidentemente, el reconocer la dimensión del proyecto de vida lesionado podrá ayudar al juez a comprender cabalmente cuál ha sido la magnitud del daño producido en la víctima, y así, entonces, otorgar una indemnización que se acerque más al principio de reparación integral del daño, entendiendo que el proyecto de vida es un aspecto crucial en la estructura de la persona, y que su reparación debe de estar integrada pertinentemente en el monto indemnizatorio por concepto de *daño a la persona*.

⁴⁸ Junto a la del profesor Juan Espinoza Espinoza, quien fue, entre nosotros, el primero en adoptar dicha posición. Al respecto, véase a Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, Séptima Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2013, p. 254.

⁴⁹ La cual tendrá como basamento nuestra investigación intitulada “*Funcionalidad del daño al proyecto de vida como criterio de cuantificación del daño a la persona en el ordenamiento jurídico peruano*” presentada como tesis para la obtención de nuestro Título de Abogado, la misma que sustentamos el 4 de abril del 2019 en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Abstract

The author describes how the theory of damage to person was incorporated into the Peruvian legal scene, highlighting the most important facts that served as background. Subsequently, it analyzes the most substantial aspects around the Peruvian elaboration of the damage to person, such as those consisting of the new systematization of damages, as well as the discovery of important voices of damage, among which stands out, the “damage to the project of life”. Finally, he proposes various pending objectives to be resolved by the legal operator, which represent the greatest challenges that damage to person currently faces in the Peruvian legal system.

Abstract

El autor describe cómo la teoría del daño a la persona fue incorporada al escenario jurídico peruano, resaltando los hechos más importantes que sirvieron como antecedente. Posteriormente, analiza los aspectos más sustanciales en torno a la elaboración peruana del daño a la persona, como los consistentes en la nueva sistematización de daños, así como el hallazgo de importantes voces de daño, entre las que destaca, el “daño al proyecto de vida”. Finalmente, propone diversos objetivos pendientes a ser resueltos por el operador jurídico, los cuales representan los mayores desafíos que enfrenta actualmente el daño a la persona en el ordenamiento jurídico peruano.

Lima, diciembre 2021.